

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO,
PROCESSUALE CIVILE, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Studi di diritto pubblico

62

SARA VALAGUZZA

LA FRAMMENTAZIONE
DELLA FATTISPECIE
NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
A CONFORMAZIONE EUROPEA



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2008

“Quando le cose non sono semplici (...), (...) pretendere la semplificazione a tutti i costi è faciloneria, e proprio questa pretesa obbliga i discorsi a diventare generici, cioè menzogneri. Invece, lo sforzo di cercare di pensare e d'esprimersi con la massima precisione possibile proprio di fronte alle cose più complesse è l'unico atteggiamento onesto e utile”.

ITALO CALVINO

Giuffrè Editore

Giuffrè, Editore

A Ice e Friend

Giuffrè, Editore

Giuffrè, Editore

INDICE

INTRODUZIONE. Precisazioni terminologiche e piano della ricerca.	XIII
--	------

CAPITOLO I

DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO E DIRITTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI: RICOSTRUZIONE DEL CONCETTO E LIMITI DELLE IMPOSTAZIONI ATTUALI

I.1.	Il naturale isolamento del diritto pubblico e la prospettiva di uno <i>ius commune</i> europeo	1
I.2.	Obiezioni principali all'esistenza di un diritto amministrativo europeo: la carenza di una parte generale	8
I.3.	Il <i>deficit</i> democratico e il diritto amministrativo europeo	16
I.4.	Le tesi favorevoli all'individuazione di un diritto amministrativo europeo	21
I.5.	Conclusioni del capitolo e prospettive di ricerca	27

CAPITOLO II

SIGNIFICATI E CONTENUTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

Parte I

Il diritto amministrativo come diritto amministrativo per principi

II.I.1.	Principi di diritto amministrativo europeo: significato e capacità uniformante. In particolare la cosiddetta <i>authenticity</i> dei principi comunitari	30
II.I.2.	Il principio di legalità: crucialità del principio nell'ambito del diritto amministrativo europeo	41

Parte II

*Sezione I*Le specificità del concetto europeo di legalità
rispetto agli ordinamenti nazionali

II.II.I.1.	Il principio di legalità: il dibattito sull'esistenza di un concetto europeo di legalità amministrativa	45
II.II.I.2.	Le peculiarità della legalità comunitaria rispetto alle esperienze nazionali: il rispetto della legge come necessità sistematica dell'ordinamento comunitario	51
II.II.I.3.	La base normativa del principio comunitario di legalità: le disposizioni dei Trattati	75
II.II.I.4.	Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee	87
II.II.I.5.	Conclusioni: differenza tra il principio di legalità nella dimensione europea e il principio di legalità come regola cardine degli Stati membri	91

Sezione II

Il principio comunitario di legalità: quadro analitico e sistematico

II.II.II.1.	Impostazione analitica: la legalità attribuzione	93
II.II.II.2.	Legalità organizzazione	109
II.II.II.3.	Legalità procedimentale	115
II.II.II.4.	Legalità spettanza	121
II.II.II.5.	Impostazione sistematica. Il senso comunitario della teoria della separazione dei poteri: la legalità come strumento di garanzia per gli Stati membri. La necessità di un concetto rigoroso di legalità	127
II.II.II.6.	Legalità e giurisdizioni europee	135
II.II.II.7.	Il principio di legalità e il principio democratico	138
II.II.II.8.	Il principio di legalità tra i principi fondamentali del Trattato: sua collocazione rispetto al principio di certezza del diritto	141
II.II.II.9.	... e rispetto alla libertà di concorrenza	151
II.II.II.10.	Il principio di legalità e l'effetto utile: interpretazione teleologica delle direttive comunitarie e limitazione dei poteri dell'amministrazione	153
II.II.II.11.	Conclusioni: l'essenzialità del principio di legalità nel diritto amministrativo europeo	157

CAPITOLO III

L'ARMONIZZAZIONE COMUNITARIA PER PRINCIPI:
IL SUPERAMENTO DEL CONCETTO DI SITUAZIONI MERAMENTE
INTERNE E GLI OBBLIGHI DI ADEGUAMENTO
PER I GIUDICI NAZIONALI

Parte I

*Il superamento del concetto di situazioni meramente
interne nel diritto amministrativo*

III.I.1.	L'armonizzazione comunitaria e la nozione di situazioni meramente interne	162
III.I.2.	Il superamento del concetto di situazioni meramente interne come risultato dell'uniformazione per principi	171
III.I.3.	I principi dell'ordinamento comunitario secondo l'art. 1 della legge n. 241 del 1990	177
III.I.4.	La violazione delle norme e dei principi comunitari tra violazione di legge ed eccesso di potere. L'impossibilità di sostenere la tesi della disapplicazione dell'atto amministrativo.	183
III.I.5.	Il concetto di legalità spettanza e il rapporto tra decisioni della Commissione ed atti amministrativi con esse contrastanti.	199

Parte II

*L'interpretazione adeguatrice alla legalità comunitaria come esigenza formale
delle giurisdizioni nazionali*

III.II.1.	La necessità di superare l'angolo visuale del singolo interprete. .	205
III.II.2.	I giudici nazionali come giudici del diritto comunitario nel combinato operare degli articoli 101 e 117 della Costituzione: le tecniche del recepimento normativo ed interpretativo del diritto comunitario	211
III.II.3.	I giudici nazionali come giudici comuni del diritto europeo	225
III.II.3.1.	L'interpretazione conforme.	227
III.II.3.2.	L'essenzialità del rinvio pregiudiziale: tra teoria dell' <i>acte clair</i> e controlimiti	231
III.II.4.	L'interpretazione adeguatrice come esigenza formale dell'ordinamento nazionale	242
III.II.5.	Il principio di legalità come guida all'interpretazione del rapporto tra legge ed amministrazione nei casi di dubbia interpretazione. .	244
III.II.6.	Il principio di legalità nel sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti	255
III.II.7.	Conclusioni	277

CAPITOLO IV

LA FRAMMENTAZIONE DELLA FATTISPECIE

IV.1.	Policentrismo normativo e frammentazione della fattispecie. Primi lineamenti.....	281
IV.2.	Principali fenomeni di interazione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. L'implementazione diretta ed indiretta del diritto comunitario. Necessità di ampliare il concetto di implementazione indiretta anche con riferimento alle Carte dei diritti.....	290
IV.3.	Gli orientamenti della giurisprudenza Costituzionale: la frammentazione nell'art. 117 comma 1 della Costituzione	296
	a) Il meccanismo dell'interpretazione conforme.....	299
	b) La possibilità di ottenere una pronuncia di incostituzionalità per contrasto del diritto interno col diritto comunitario e per contrasto del diritto interno con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.....	301
	c) Il riconoscimento di limiti imposti dal diritto comunitario alla potestà normativa nazionale e il bilanciamento degli stessi attraverso il sistema dei controlli al diritto comunitario.....	310
IV.4.	Un'altra faccia del "policentrismo normativo". Dalla frammentazione della fattispecie normativa alla frammentazione delle situazioni soggettive. Superamento dell'impostazione tradizionale e presa di posizione in favore di un nuovo tipo di situazioni soggettive: le situazioni soggettive europeizzate	312
IV.5.	Le conseguenze pratiche della frammentazione: i principali modelli di interazione. Alcuni fenomeni applicativi.....	319
	IV.5.1. Una prima applicazione del concetto di situazioni giuridiche frammentate tratta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Le libertà europee come parametro di legittimità per l'attività delle amministrazioni nazionali	321
	IV.5.2. Una seconda applicazione del concetto di situazioni giuridiche frammentate tratta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee: il caso della <i>golden share</i> . Le libertà comunitarie come fattore di riduzione della discrezionalità delle amministrazioni nazionali.....	345
	<i>Conclusioni</i>	369
	<i>Bibliografia</i>	383

INTRODUZIONE

PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE
E PIANO DELLA RICERCA

La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea. Il titolo del libro riassume il risultato della ricerca: il riconoscimento della *frammentazione* di situazioni soggettive nazionali per effetto dell'incidenza sul diritto amministrativo del cosiddetto *diritto europeo*.

In prima approssimazione, il fenomeno della *frammentazione* descrive quelle particolari fattispecie regolate da più norme concorrenti appartenenti a sistemi giuridici diversi, ancorché integrati. In particolare, la frammentazione è stata di seguito approfondita tenendo in considerazione le influenze derivanti dal *diritto amministrativo europeo* e, specialmente, dal diritto comunitario, che costituisce senza dubbio la parte più invasiva del diritto europeo, considerato che esso ha effetti diretti sugli ordinamenti nazionali.

L'espressione *diritto amministrativo europeo* è impiegata in modo volutamente generico, valendo ai fini della presente ricerca, nei limiti delle specificazioni che seguiranno. Ugualmente generici saranno i termini *sistema sovranazionale* o *dimensione sovranazionale* o *diritto sovranazionale*, che verranno utilizzati per richiamare, ancora più genericamente, ciò che è *oltre* lo Stato, comprendendo atti frutto della cooperazione internazionale.

L'influenza del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale è vicenda relativamente recente, ma ormai accerta-

ta: l'iniziale resistenza del diritto amministrativo degli Stati nazionali è quasi unanimemente considerata superata, in dottrina e in giurisprudenza, in favore di una più comunitaria condivisione di interessi, obiettivi e tecniche di tutela.

Infatti, l'incidenza del diritto europeo e, in particolare del diritto comunitario, sul diritto amministrativo nazionale può essere facilmente percepita sia al livello della produzione normativa, ove si ritrovano spesso *concetti* e *istituti* elaborati nel diritto sovranazionale (si pensi, per fare solo alcuni esempi, al continuo richiamo ai “*principi comunitari*” — art. 1, legge n. 241/1990; alle “*regole del diritto comunitario e del diritto internazionale*” — art. 117 della Costituzione; al “*principio di sussidiarietà*” — numerosi sono i richiami di questo principio nella legislazione regionale; al “*principio di proporzionalità*” — art. 2 del codice dei contratti d.lgs. n. 163/2006; al “*giusto processo*” — art. 111 della Costituzione), sia al livello dell'attività giurisdizionale, nel cui ambito, ad esempio, sono state sottoposte alla valutazione della Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, alcune norme importanti del codice civile italiano (si pensi ai rinvii che hanno portato la Corte di Giustizia a ritenere incompatibili col diritto comunitario le interpretazioni prospettate dal giudice remittente degli artt. 2909 e 2449 del codice civile, obbligando i giudici nazionali alla applicazione delle citate norme codicistiche).

Gli stessi *termini* impiegati dal legislatore e dai giudici attestano l'ascendenza del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale: si parla, per citare solo alcune esemplificazioni, di affidamenti *in house*; di *selezione comparativa*, di *diologo competitivo*, di *regulation* e di *market failures*.

Al di là della terminologia utilizzata, esistono poi *ulteriori manifestazioni*, meno evidenti, dell'influenza europea. Un esempio è la valorizzazione da parte della giurisprudenza, prima, e del legislatore nazionale, poi, del concetto di legalità sostanziale (ora contenuta nell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del

1990), simile a quello dell'art. 230 del Trattato, che ritiene annullabili i provvedimenti adottati in violazione di “*forme sostanziali*”: la ripresa, in ambito nazionale, del concetto di legalità sostanziale, deriva probabilmente anche dalla progressiva assimilazione dei ragionamenti sostanzialistici della Corte di Giustizia, che considera legittimo o illegittimo un provvedimento impugnato, in presenza di vizi formali, a seconda dell'effetto concreto del vizio sull'episodio di azione amministrativa globalmente considerato.

L'aumentare degli episodi di intersezione tra sistema europeo e ordinamento nazionale, anche per quanto riguarda il diritto amministrativo, ha interessato la dottrina pubblicista. I contributi sul tema comprendono oggi saggi, monografie, commenti a sentenze e articoli, dal più vario contenuto: dai temi dell'organizzazione amministrativa fino a comprendere complesse ricostruzioni su aspetti del diritto pubblico dell'economia piuttosto che sugli strumenti propri dell'attività amministrativa, autoritativa e non.

La presente ricerca è nata, specificamente, da uno studio sul *principio di legalità* nel diritto amministrativo *comunitario*.

Proprio nello svolgere l'approfondimento sulla legalità, intesa come indice della concezione comunitaria del rapporto tra potere amministrativo e legge, e tra legge, potere amministrativo e libertà economiche, si è notata la profonda differenza concettuale che distingue il principio comunitario di legalità dallo stesso principio così come percepito in ambito nazionale. Differenza concettuale che comporta, tra l'altro, una diversa nozione di potere amministrativo, una nuova concezione del rapporto tra detto potere e situazioni soggettive dei privati, del controllo giurisdizionale e delle tecniche di interpretazione.

Dopo aver ricostruito la predetta differenza, sia dal punto di vista analitico, sia da quello sistematico, studiando l'impatto, sull'ordinamento nazionale, della concezione comunita-

ria di legalità si è avuta l'impressione che, in tutti i casi in cui vi fossero da ponderare, nell'esercizio dei poteri amministrativi nazionali, ovvero da valutare, in sede contenziosa, situazioni soggettive, per qualche ragione e in qualche frammento, regolate dal diritto comunitario, non si potesse prescindere dall'individuata concezione di legalità.

Seguendo questa intuizione, la ricerca si è allargata molto: lo studio sul *principio di legalità* nel diritto *comunitario* è diventato l'occasione per affrontare, più ampiamente, attraverso i principi generali, non solo del diritto comunitario, ma del diritto amministrativo europeo, *tutte* le conseguenze giuridiche che possono derivare dal riconoscimento della coerenza dei principi europei anche in ambito nazionale, sia a livello amministrativo sia a livello giurisdizionale.

Così il saggio, ripercorrendo i tratti del rapporto tra diritto europeo e ordinamento nazionale, approfondisce gli aspetti concernenti il diritto amministrativo, ed è il risultato di un unico filo rosso costituito dalla risposta alla seguente catena di quesiti: esiste un diritto amministrativo europeo? Ove esista, da cosa è caratterizzato? I principi comunitari richiamati dall'art. 1 della legge n. 241/1990, ove siano principi generali, hanno lo stesso significato assunto in sede nazionale? Il sistema sovranazionale (ora comunitario ora europeo) è in grado di condizionare il diritto amministrativo nazionale che si connota come diritto proprio dell'organizzazione dello Stato? Quali sono gli obblighi di conformazione che incombono sull'attività del giudice e dell'amministrazione per effetto dei principi di diritto amministrativo sovranazionale?

La ricerca si colloca in questo ambito generale, con alcune peculiarità sulle quali è opportuno soffermarsi fin da subito.

Il titolo del Volume delimita il campo di indagine al *diritto amministrativo a conformazione europea*, e lascia emergere quindi la prima peculiarità dello studio cui si è dovuto già

accennare nelle prime pagine di questa introduzione: oggetto della ricerca non è solo l'influenza del diritto *comunitario* sul diritto amministrativo. Essa comprenderà anche riflessioni a portata più generale, che descrivono la vicenda delle interazioni tra ordinamento nazionale e sistema *europeo*.

Infatti, l'approfondimento degli atti e delle decisioni più recenti maggiormente rilevanti per il diritto amministrativo ha messo in risalto, accanto alle pronunce della Corte di Giustizia, le decisioni di altri organi europei, estranei al modello della cooperazione comunitaria (come il Consiglio d'Europa, o la Corte europea dei diritti dell'Uomo). La Corte europea dei diritti umani, ad esempio, ha considerato lesivo del diritto di proprietà l'istituto dell'*accessione invertita*, che da quasi trent'anni rappresentava un punto fermo per la giurisprudenza della nostra Cassazione.

Dalle esemplificazioni richiamate nelle pagine che precedono emerge già che l'integrazione sovranazionale interessa un ambito che si espande oltre i limiti e le competenze comunitarie, per riguardare, più genericamente, la dimensione europea: comprendendo quindi anche produzioni normative e decisioni giurisprudenziali frutto della cooperazione internazionale, enunciazioni di carattere politico istituzionale come la Carta di Nizza o la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, e giurisprudenza delle Corti europee, in aggiunta ai tradizionali impulsi del diritto di fonte comunitaria. Così, negli ultimi anni, gli studi che si sono interessati del fenomeno che prende il nome di "*integrazione europea*", hanno approfondito, indistintamente, aspetti legati, ad esempio, alla tutela multilivello dei diritti, ovvero al dibattito sulla Costituzione europea, oltre che ai caratteri del c.d. spazio giuridico europeo, alla comparazione tra sistemi giuridici moderni e agli effetti delle Carte dei diritti.

Da qui, dimostratasi non appagante la sola dimensione comunitaria, è emersa la necessità, per ragioni di completezza

di indagine, di verificare l'influenza non solo del diritto comunitario, ma anche, e più propriamente, del diritto amministrativo europeo sul diritto amministrativo nazionale.

Individuata tale necessità, è opportuno precisarne i termini: in una prima accezione, per diritto europeo potrebbe intendersi il diritto prodotto all'interno dell'Europa, riconosciuto dagli Stati e reso effettivo grazie all'operare delle Corti europee.

Tuttavia, quest'ultima nozione varrebbe in sostanza a ricomprendere ogni produzione normativa riconosciuta nell'ambito geografico europeo e sarebbe perciò particolarmente ampia, troppo ai fini del presente saggio.

D'altra parte, non esiste oggi un *ordinamento giuridico europeo*, autonomo e sovrano, capace di incorporare il diritto internazionale pattizio e consuetudinario, insieme col diritto comunitario. Per comprendere il concetto cui si farà riferimento, occorre premettere alcune considerazioni.

Ai fini della presente ricerca, l'espressione *diritto amministrativo a conformazione europea*, invece di quella, pur possibile, di *diritto amministrativo a conformazione comunitaria* ha una ragione empirica: l'esame delle influenze sovranazionali sul diritto amministrativo obbliga a tenere in considerazione almeno le tre seguenti esperienze di carattere "europeo": 1) il diritto comunitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, 2) la Carta dei diritti di Nizza e 3) la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, con la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Oltre al diritto comunitario, infatti, le codificazioni in materia di diritti fondamentali comportano effetti non trascurabili sulle regole ascrivibili, in sede nazionale, al diritto amministrativo.

Ciò detto, non potendo circoscrivere lo studio delle relazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nel diritto amministrativo all'influenza *comunitaria* in senso stretto, si è ritenuto opportuno estendere l'indagine anche al

più ampio ambito del diritto europeo, intendendo con ciò inserire nella ricerca anche atti frutto della cooperazione internazionale e, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e la Carta dei diritti di Nizza.

Peraltro, la scelta di ampliare la ricerca anche alla Convenzione EDU e alla Carta di Nizza non ci allontana troppo dal diritto comunitario: basta considerare che entrambe le Carte sono costantemente utilizzate come appoggio argomentativo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e compaiono nel Trattato UE, dove sono richiamate come principi generali di diritto comunitario. Più in particolare, ove le Carte vengono richiamate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia come principi generali di diritto, queste costituiscono, sebbene indirettamente e con gli adattamenti del caso, parametri direttamente vincolanti per l'ordinamento nazionale, al pari del diritto comunitario.

A ben vedere, spesso l'ordinamento comunitario incorpora valori e principi nati nell'ambito della cooperazione internazionale e, in particolare, affermati nelle Carte dei diritti; in casi siffatti, dal momento in cui diritti e libertà provenienti dall'esperienza internazionale vengono incorporati nel diritto comunitario, questi non possono più essere trattati solo come obblighi derivanti dal diritto internazionale pattizio, ma evidentemente assurgono, sebbene rielaborati, al rango di principi comunitari, ottenendo il trattamento corrispondente.

Si ricorda che un importante sviluppo nel senso della comunitarizzazione dei diritti riconosciuti da un Trattato internazionale è avvenuta, proprio con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, per via dell'articolo F del Trattato di Maastricht secondo cui: *“L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto princi-*

pi generali del diritto comunitario". Questa norma, inserita nel Trattato UE (art. 6.2), ha consentito alla Corte di Giustizia di fare propri i diritti enunciati dalla CEDU e, quindi, di renderli, indirettamente, parte del diritto comunitario.

La dottrina è divisa tra chi ritiene che per il tramite del citato art. 6.2. sia ormai riconosciuto il valore comunitario della CEDU e chi sostiene invece che i diritti enunciati dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo in realtà non godono di rilevanza propria ed autonoma nell'ambito dell'ordinamento comunitario, in quanto il loro riconoscimento come principi comunitari implicherebbe una rivisitazione della Corte di Giustizia alla luce delle esigenze dell'integrazione economica e nell'ottica della massima valorizzazione degli obiettivi della Comunità.

Ciò non toglie, tuttavia, che, nel caso citato, per l'esplicito richiamo contenuto nel Trattato UE, le enunciazioni dei diritti fondamentali, avvenute inizialmente al livello della cooperazione internazionale, siano in qualche modo traslate anche sul piano del metodo comunitario.

Si ritiene necessario, in questa introduzione, accennare alle principali problematiche connesse alla Convenzione EDU e alla Carta di Nizza, che, insieme al diritto comunitario, costituiscono i riferimenti principali dell'analisi che verrà svolta.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, costituisce una solenne enunciazione del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, non ha il valore di una norma pattizia, ma racchiude i principi fondamentali comuni in materia di diritti, ricavati sia dalle tradizioni costituzionali comuni, sia dagli sviluppi comunitari e, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. La Carta rappresenta un documento di carattere politico-istituzionale dell'Unione europea, che contiene un sorta di sintesi di valori già elaborati nel diritto comunitario,

il cui riconoscimento era, a prescindere dall'inserimento nella Carta, indiscusso.

Non è chiaro il valore giuridico da attribuire alla Carta di Nizza. Non trattandosi né di un atto comunitario in senso proprio, né di un accordo internazionale, la dottrina, fin dalla sua proclamazione, ha segnalato che il principale limite della Carta consiste proprio nella mancanza di indicazioni circa l'intrinseco valore giuridico da attribuire alla nuova e solenne proclamazione del catalogo dei diritti dell'Unione.

A riguardo, com'è ovvio, si sono distinte posizioni antitetiche: secondo alcuni, alla Carta di Nizza deve essere riconosciuto valore cogente pari alle norme dei Trattati, secondo altri deve escludersi, invece, che la Carta abbia qualsiasi capacità vincolante.

Ciò che è stato però unanimemente riconosciuto è che il mandato assegnato dal vertice di Colonia ai redattori della Carta non fu quello di coniare nuovi diritti, bensì di raccogliere diritti già esistenti nel contesto europeo, *“con l'obiettivo di renderli ben visibili”*. Perciò, dal punto di vista sostanziale, il problema del valore giuridico della Carta è superato dal fatto che le enunciazioni in tema di diritti e libertà contenute nel documento sottoscritto a Nizza si ritrovano anche altrove nell'impianto del diritto comunitario, e rilevano spesso, quindi, già, come principi generali di diritto comunitario.

Nell'incertezza del valore giuridico da attribuire alla Carta, è interessante l'atteggiamento della Corte di giustizia che, come ha avuto più volte occasione di ricordare l'avvocato generale Tizzano, si ritiene ad essa vincolata.

Peraltro, anche la giurisprudenza nazionale e, in particolare, il Consiglio di Stato, pur ritenendo la Carta un atto giuridicamente non vincolante ove proiettato nella realtà amministrativa degli Stati membri, ne esamina i contenuti, per affermare che essi sono già incorporati nel sistema amministrativo nazionale.

In una prospettiva *de iure condendo*, l'intenzione di ritenere vincolanti i principi affermati nella Carta di Nizza si evince dall'esame dei contenuti dei progetti di riforma avviati in ambito comunitario: nel progetto di Costituzione europea, il testo della Carta di Nizza era incorporato nei Trattati e, da ultimo, il Trattato di Lisbona, nel testo approvato e sottoscritto il 13 dicembre 2007 e che attende le ratifiche degli Stati membri per entrare in vigore nel 2009, ha esplicitato che "*L'Unione riconosce la Carta di Nizza che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*".

Con riferimento invece all'altra dichiarazione dei diritti che verrà presa in considerazione nelle pagine che seguono, si deve precisare che la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 8488, come ogni Trattato internazionale, vale nel nostro ordinamento come diritto internazionale pattizio che abbia ricevuto l'ordine di esecuzione.

Anche il sistema convenzionale, cioè, deve essere tenuto distinto dai modelli dell'interazione *comunitaria* in senso proprio, appartenendo ad un sistema autonomo ed esterno rispetto all'ordinamento comunitario, ma, al pari di quest'ultimo, separato e distinto da quello nazionale. Come accade tipicamente nelle forme di cooperazione internazionale, il sistema convenzionale trova la sua fonte di obbligatorietà nella ratifica della Convenzione da parte degli Stati che vi abbiano voluto aderire, cosa che è avvenuta per taluni dei Paesi firmatari, anche prima della nascita delle Comunità europee. Ciò conferma che l'adesione all'ordinamento convenzionale è del tutto indipendente dalla partecipazione al modello di interazione comunitario.

Quanto al valore giuridico delle norme CEDU, prima della modifica dell'art. 117, co. 1 della Costituzione, la dottrina internazionalista riteneva che i rapporti tra diritto nazio-

nale e diritto internazionale pattizio, riconosciuto nell'ordinamento interno tramite una legge nazionale di esecuzione, dovessero essere retti dai normali principi della gerarchia delle fonti; la stessa Corte Costituzionale non riconosceva alle norme della Convenzione uguale valore gerarchico delle norme costituzionali che sanciscono diritti fondamentali, ma piuttosto quello della legge ordinaria che aveva reso esecutiva nello Stato tale Convenzione.

Successivamente alla modifica dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, la dottrina ha messo in evidenza la necessità di ripensare i rapporti tra ordinamento italiano e sistema CEDU, segnalando una certa insoddisfazione per l'equiparazione della CEDU al rango delle leggi ordinarie e per la collocazione sistematica del tema nel troppo ristretto ambito della teoria delle fonti.

Quasi in risposta, nell'ottobre del 2007, è intervenuta la Corte Costituzionale, che ha preso posizione sul tema del rapporto tra norme CEDU e diritto nazionale, superando la tesi tradizionale. Nella nuova impostazione della Corte, le norme CEDU fungono da norme interposte nel giudizio di costituzionalità svolto ai sensi dell'art. 117, comma 1 e costituiscono perciò, nell'ambito della gerarchia delle fonti, un rango intermedio tra quello delle disposizioni costituzionali e quello delle leggi ordinarie.

La Corte Costituzionale ha ritenuto di non poter invocare né l'art. 10, né l'art. 11 della Costituzione per riconoscere diretta applicazione alle norme CEDU, in quanto non si tratta di norme consuetudinarie ma di norme pattizie e per averne limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 della Costituzione occorrerebbe: l'esistenza di un "ordinamento sovranazionale" in senso proprio (cioè con proprie strutture, istituzioni e regole), e la capacità di questo ordinamento di produrre norme con effetti diretti in ambito interno.

Esaminando tali parametri, è un dato inconfutabile quel-

lo messo in risalto dalla Corte Costituzionale per cui “*La Convenzione EDU non crea un ordinamento giuridico soprannazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale ... da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l’incorporazione nell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omissio medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri*”.

Piuttosto l’art. 117, comma 1 della Costituzione è stato utilizzato per ricostruire la prevalenza delle norme CEDU sul diritto nazionale: la Corte ha ritenuto che il nuovo testo dell’art. 117 della Costituzione “*se da una parte rende inconfutabile la maggiore forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall’altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione di leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale*”.

La parte finale del ragionamento giuridico della Corte costituzionale contiene poi una precisazione importante: considerato che, per il tramite dell’art. 117 Cost., le norme CEDU entrano a far parte del nostro ordinamento come norme interposte, “*proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione*”. Quindi, il giudice costituzionale verificherà, prima di procedere ad eventuali dichiarazioni di incostituzionalità per contrasto con l’art. 117, co. 1 Cost. per come integrato dalle norme CEDU, se tali norme, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza di Strasburgo, siano o meno compatibile col quadro costituzionale.

Questa breve ricostruzione vale anche a chiarire che si è ben a conoscenza delle differenze tra cooperazione comunita-

ria e cooperazione internazionale e tra effetti del primato del diritto comunitario ed obblighi di conformazione al diritto internazionale pattizio: è chiaro cioè che quando il diritto amministrativo nazionale è interessato dal diritto comunitario, l'impatto può essere diretto ed immediato, mentre quando si tratti di verificare le conseguenze di previsioni normative contenute in atti che appartengono alla cooperazione internazionale, tale impatto è meno invasivo.

Il metodo comunitario mantiene propri originali caratteri che consentono di raggiungere un elevato livello di integrazione con gli ordinamenti degli Stati membri, affermando il primato del diritto comunitario sulle norme nazionali, ed implica un immediato adeguamento del diritto nazionale eventualmente interferente e difforme. Non così per le norme contenute in Trattati internazionali, per i quali non vale alcun primato, diretto ed immediato, ma è la legge di esecuzione a far sì che l'ordinamento interno ne sia conforme.

Tuttavia, occorre introdurre un'ulteriore precisazione che verrà poi ampiamente sviluppata nel testo: se si rimane al livello dei principi generali di diritto amministrativo, l'influenza dei principi di stretta derivazione comunitaria e dei principi enunciati nelle Carte europee può essere assimilata. Infatti, l'art. 1, comma 1 della l. n. 241/1990, nel richiedere che l'azione amministrativa sia conforme ai principi comunitari, richiama certamente i principi dei Trattati per come letti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma indirettamente ricomprende anche i diritti fondamentali enunciati nelle Carte europee, in quanto *a*) i diritti proclamati dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo sono a tutti gli effetti principi comunitari ai sensi dell'art. 6.2. del Trattato UE e *b*) i diritti enunciati nella Carta di Nizza sono stati riconosciuti solennemente dagli stessi organi comunitari (Consiglio, Commissione e Parlamento) e la Corte di Giustizia li include nel rango dei principi comunitari.

Viceversa, è l'impatto del diritto comunitario e quello del diritto contenuto nella CEDU (Convenzione europea dei diritti dell'Uomo) e nella CED (Carta di Nizza) sulla normativa nazionale incompatibile a non poter essere equiparato. Infatti, come si accennava, la giurisprudenza costituzionale per il momento esclude di poter ricorrere alla disapplicazione nell'ipotesi di contrasto tra il diritto interno e il citato diritto convenzionale.

Inevitabilmente, quindi, l'operazione di ampliamento e dilatazione dell'indagine oltre il diritto comunitario ha comportato l'approfondimento di esperienze tra loro eterogenee: *a)* il livello *comunitario* della normativa dei Trattati e della normativa derivata con gli sviluppi concettuali della Corte di Giustizia, *b)* il livello *europeo* del progetto di Costituzione europea, della Carta dei diritti e del Trattato di Lisbona, e *c)* il livello *internazionale* della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo nell'elencazione dei diritti elaborati dalla Corte EDU.

L'eterogeneità dei livelli considerati implica l'impossibilità di individuare un solo tipo di impatto del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale, ovvero conseguenze uniformi sul piano dell'azione amministrativa e del relativo controllo giurisdizionale.

La diversificazione degli effetti delle enunciazioni comunitarie, piuttosto che europee o internazionali, è particolarmente significativa, sia sul piano formale sia su quello sostanziale. Mentre il diritto comunitario ha l'effetto di conformazione automatica sul diritto amministrativo nazionale, in quanto le regole comunitarie, proprio in virtù del c.d. metodo comunitario, prevalgono sul diritto nazionale e ne richiedono un adeguamento immediato, le esperienze europee e quelle internazionali, invece, non godono di un riconoscimento formale del tipo cui si è appena accennato, esercitando sul diritto nazionale un'influenza solo indiretta.

Dal punto di vista dell'impostazione della ricerca, chiarito che per diritto amministrativo europeo ci si intende riferire all'ambito, più esteso, dell'Unione europea, tenendo in considerazione anche atti e giurisprudenza di organi estranei alla cooperazione comunitaria ma propri della cooperazione internazionale, in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e la Carta di Nizza — che tuttavia si distinguono, all'interno del *genus* dei Trattati internazionali, in quanto hanno un riconoscimento, diretto e indiretto, nel diritto comunitario —, in alcune parti del testo ci si concentrerà su temi propriamente comunitari, come il rapporto tra diritto comunitario e atti amministrativi nazionali, in altre ci si soffermerà, invece, su questioni di diritto europeo, come la nozione di proprietà enucleata dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

L'alternanza degli schemi concettuali e dei sistemi di riferimento è risultata inevitabile data la citata eterogeneità.

Il primo capitolo, dal titolo "*Diritto amministrativo europeo e diritti amministrativi nazionali: ricostruzione del concetto e limiti delle impostazioni attuali*", risponde al quesito di partenza: esiste un diritto amministrativo sovranazionale che sia in grado di condizionare il diritto amministrativo nazionale? Per rispondere a tale interrogativo, vengono prese in rassegna le principali obiezioni formulate, anzitutto, intorno alla possibilità di individuare un concetto autonomo di diritto amministrativo comunitario e, di riflesso, di diritto amministrativo europeo.

Il capitolo esordisce con la proposta di una definizione di *diritto amministrativo europeo*, ritenendo che esso possa essere inteso come l'insieme delle norme, degli istituti, dei principi e dei concetti, contenuti nel diritto scritto o elaborati dalla giurisprudenza comunitaria o dagli organi giurisdizionali europei cui l'Italia ha riconosciuto sovranità (si pensi, ad esempio, alla Corte Europea dei diritti dell'uomo), diretti a

regolare l'attività dell'Unione Europea (in persona dei soggetti istituzionali ad essa ausiliari), per realizzare, concretamente, gli obiettivi dei Trattati, attuando le politiche comunitarie, ovvero comunque incidenti sulle regole dell'azione amministrativa e sui diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione (come CEDU e CED). Poiché la definizione proposta di diritto amministrativo europeo è una definizione aperta, cioè potenzialmente capace di comprendere qualsiasi atto o decisione ascrivibili alla cooperazione comunitaria ovvero internazionale, è bene ribadire che, ai fini del presente lavoro, verranno esaminate principalmente le influenze del diritto comunitario e quelle della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e della Carta di Nizza sul diritto amministrativo nazionale.

Come si anticipava, sono state ripercorse e affrontate le obiezioni "tradizionali" alla possibilità di configurare un vero e proprio diritto amministrativo europeo, legate principalmente alla difficoltà di individuare una disciplina scritta di parte generale ed al *deficit* istituzionale e democratico del sistema sovranazionale.

Superate tali obiezioni, ci si è soffermati sulle principali tesi sostenute dalla dottrina nei diversi contesti nazionali, cercando di mettere in evidenza alcune essenziali caratteristiche del diritto amministrativo europeo.

In chiusura del capitolo sono stati presentati quelli che si ritengono i *limiti* degli studi attuali, che consistono principalmente: *a*) nell'assunzione di posizioni aprioristiche ed ideologiche filo o anti europeiste; *b*) nella rinuncia a trarre tutte le conseguenze giuridiche che derivano dalla primazia del diritto europeo anche nel campo del diritto amministrativo.

Il secondo capitolo, intitolato "*Significati e contenuti del diritto amministrativo europeo*", è diviso in due parti. La prima volta ad individuare i principi generali del diritto amministrativo europeo, attraverso una ricognizione dei principi co-

munitari che, come si è detto, ricomprendono, da un lato, anche i diritti e le libertà della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, intese come principi generali di diritto comunitario, e, dall'altro, hanno portato alle enunciazioni della Carta di Nizza; la seconda dedicata all'approfondimento del principio di legalità.

Studiando il contenuto dei principi generali, si è quindi concentrata l'attenzione sul principio *comunitario* di legalità.

Secondo la ricostruzione proposta e nell'impostazione che verrà seguita, il principio di legalità, in quanto principio generale dell'ordinamento comunitario, sebbene inteso come principio *comunitario* di legalità, incorpora anche il senso della legalità che emerge dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dalla Carta di Nizza, perciò, il riferimento che in questa parte del libro verrà svolto all'ordinamento *comunitario* serve ai fini di elaborare una nozione valida come riferimento per il diritto amministrativo *europeo*.

Per cogliere appieno il senso comunitario di legalità dell'azione amministrativa, dopo aver esaminato le proprietà del significato comunitario e nazionale di legalità e le conseguenze che le due nozioni comportano, si sono scomposti ed esaminati tutti i segmenti della legalità comunitaria in modo analitico, dalla legalità intesa come attribuzione di potere al concetto di legalità-spettanza, coniato al fine di riassumere il significato più proprio della concezione europea di legalità amministrativa.

L'analisi sul principio di legalità si è dimostrata particolarmente importante in quanto ci consegna un concetto di legalità diverso rispetto a quello condiviso in ambito nazionale. Quindi, il capitolo si è sviluppato attorno ad un ulteriore interrogativo: i principi comunitari richiamati dall'art. 1 della legge n. 241/1990, ove siano principi generali, hanno lo stesso significato assunto in sede nazionale? E ove il significato

sia diverso, prevale il significato nazionale o il significato comunitario?

La ricerca passerà quindi ad approfondire il tema dell'effetto sul nostro ordinamento giuridico della cogenza dei principi comunitari ed europei e delle conseguenze che ne derivano sul trattamento da parte delle amministrazioni e dei giudici interni delle situazioni giuridiche nazionali. Tali approfondimenti cominceranno ad essere svolti nel terzo capitolo, che è intitolato "*L'armonizzazione comunitaria per principi: il superamento del concetto di situazioni meramente interne e gli obblighi di adeguamento per i giudici nazionali*".

La prima parte di questo capitolo sarà concentrata su un quesito essenziale della presente ricerca, ovvero se, per effetto della vigenza dei principi europei e considerate le recenti innovazioni normative (in particolare, visto il nuovo comma 1 dell'art. 1 della l. n. 241/1990), conservi validità la distinzione, talora presente nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, tra situazioni meramente interne e situazioni comunitarie.

Si anticipa che la tesi che si è sviluppata a riguardo, attraverso un percorso di interpretazione sistematica della giurisprudenza e delle norme vigenti, conclude per ritenere superato il concetto di situazioni meramente interne per quanto concerne il diritto amministrativo.

Le argomentazioni utilizzate hanno portato ad esaminare anche il tema della fase patologica del rapporto tra diritto amministrativo nazionale e diritto europeo e, in particolare, i profili di illegittimità dell'attività amministrativa che contrasti con i principi generali di diritto comunitario (che sono anche i principi generali di diritto europeo, secondo l'accezione qui proposta). In questa parte verranno affrontate criticamente anche la teoria della disapplicazione dell'atto per contrasto con il diritto comunitario e il rapporto tra decisioni della Commissione ed atti amministrativi con esse contrastanti.

Accertata la necessità di un collegamento tra diritto am-

ministrativo nazionale e diritto europeo, la seconda parte del capitolo svilupperà il tema dal punto di vista dell'esercizio della funzione giudiziaria. Una volta riconosciuto il valore vincolante dei principi comunitari per le amministrazioni nazionali, diventa infatti cruciale garantire che il giudice pronunci l'illegittimità dell'azione amministrativa che con tali regole comunitarie si ponga in contrasto.

Si anticipa che lo studio condotto a riguardo ha portato ad individuare, a partire dalla lettura delle norme costituzionali vigenti, un preciso vincolo per i giudici nazionali di conformazione ai dettati comunitari ed europei.

Nella parte finale del capitolo terzo, i risultati del capitolo secondo e quelli della prima parte del capitolo terzo verranno uniti in una esemplificazione: il concetto comunitario di legalità, per come ricostruito nel testo, sarà utilizzato come criterio interpretativo per risolvere i casi dubbi legati al contenzioso sugli atti delle Autorità indipendenti.

Il quarto capitolo dà il titolo al libro. Traendo le conclusioni sul rapporto tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale, la ricerca descrive il fenomeno della "*Frammentazione della fattispecie*".

In questo capitolo finale, presa una posizione favorevole all'individuazione di un'area autonoma di regole e principi da ricondurre al diritto amministrativo europeo e approfondito il tema dell'incidenza dei principi generali di diritto comunitario sull'attività giurisdizionale nazionale, si trarranno *tutte* le conseguenze giuridiche che ne derivano, tentando una sistematizzazione concettuale.

Lo studio della relazione tra diritto amministrativo europeo e diritto nazionale ha portato ad evidenza la crescita esponenziale del policentrismo normativo: cioè del fenomeno per cui le norme che l'amministrazione e i giudici si trovano ad applicare sono il prodotto di sistemi diversi, che si intersecano tra loro ed integrano l'ordinamento nazionale.

La frammentazione della fattispecie, quindi, sarà colta anzitutto al livello normativo: essa descrive il fenomeno per cui determinate situazioni soggettive nascono ora nell'ordinamento interno ora nell'ordinamento comunitario o nel contesto europeo e vengono poi disciplinate, totalmente o parzialmente, in un ordinamento diverso da quello della loro creazione, risultando appunto *frammentate* nella regolazione.

Tale frammentazione, che porta ad una rilevanza sempre maggiore del diritto europeo nell'ambito nazionale, verrà analizzata nel corso del capitolo.

Interrogandosi sulle conseguenze giuridiche di tale riconosciuta frammentazione, ci si domanderà poi se alla frammentazione normativa possa corrispondere anche una frammentazione delle situazioni soggettive, e quali obblighi comporti il riconoscimento della natura frammentata delle situazioni soggettive stesse.

Si affronteranno così le posizioni della dottrina che è solita distinguere tra situazioni soggettive comunitarie e situazioni soggettive interne, prospettando una terza via che individua le situazioni soggettive ascrivibili al diritto amministrativo come situazioni giuridiche frammentate normativamente, ma unitarie ed autonome in quanto *europizzate*.

Il riconoscimento della natura *europea* delle situazioni soggettive proprie del diritto amministrativo comporterà conseguenze non indifferenti nel trattamento delle stesse, sia da parte dell'amministrazione sia da parte dei giudici, introducendo nuove responsabilità. Perciò, utilizzando due vicende importanti e recenti, si cercherà di dimostrare quale potrebbe essere il percorso per rispondere a tali nuove responsabilità, portando a compimento il percorso svolto nella ricerca, esemplificando gli effetti delle tesi esposte sull'attività amministrativa e giurisdizionale.

CAPITOLO I

DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO
E DIRITTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI:
RICOSTRUZIONE DEL CONCETTO
E LIMITI DELLE IMPOSTAZIONI ATTUALI

SOMMARIO: I.1. Il naturale isolamento del diritto pubblico e la prospettiva di uno *ius commune* europeo. — I.2. Obiezioni principali all'esistenza di un diritto amministrativo europeo: la carenza di una parte generale. — I.3. Il *deficit* democratico e il diritto amministrativo europeo. — I.4. Le tesi favorevoli all'individuazione di un diritto amministrativo europeo. — I.5. Conclusioni del capitolo e prospettiva di ricerca.

I.1. *Il naturale isolamento del diritto pubblico e la prospettiva di uno ius commune europeo.*

Fino ai primi anni novanta, il diritto amministrativo è rimasto poco permeabile all'influenza del diritto comunitario (1) e, ancora di più, del diritto europeo. Ciò si spiega facilmente considerando che esso si occupa, almeno nella sua

(1) Invero, già negli scritti di M.S. GIANNINI un accenno all'organizzazione comunitaria compare nelle premesse generali del tomo I del suo *Diritto amministrativo*, Milano 1993, 58. Ivi, l'Autore fa riferimento al fenomeno della pluralità dei pubblici poteri nell'età contemporanea, indicando i poteri internazionali, le comunità economiche superstatali, gli enti regionali, i partiti politici etc... Il riferimento alle comunità superstatali è funzionale a spiegarne la rilevanza nell'ambito della politica economica. L'insigne giurista nota che "lo sviluppo continuo dell'azione della Comunità restringe gli ambiti di attribuzione statali in maniera sempre più consistente", 59.

Tuttavia, è significativo che negli stessi scritti di Giannini non vi sia alcun riferimento al diritto comunitario, né nell'elaborazione della teoria dell'atto né nelle teorie sull'organizzazione amministrativa.

forma originaria, di regolare soggetti e rapporti pubblicistici, espressione tipica della sovranità dello Stato.

La nozione di potere, le singole manifestazioni di autorità, i limiti e le conseguenze che ne derivano sono questioni affrontate prevalentemente dall'ordinamento nazionale, in quanto attinenti direttamente al concetto di potestà statale.

Una certa propensione, non solo del diritto amministrativo, ma dell'intero diritto pubblico, a restare vicenda nazionale è naturale, dipendendo dal suo oggetto, che esprime valori in grado di distinguere tra loro gli Stati democratici: si pensi, ad esempio, alle scelte punitive del diritto penale, alla struttura istituzionale dell'ordinamento, o all'autonomia processuale degli Stati membri (2).

Per quanto riguarda più specificamente le norme del diritto amministrativo, esse individuano il modo in cui lo Stato si manifesta, attraverso una pluralità di amministrazioni pubbliche o di soggetti privati con funzioni pubblicistiche, e so-

(2) Anche l'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, nei noti limiti dell'effettività della tutela e dell'equivalenza nel trattamento delle situazioni interne e comunitarie, rappresenta una sorta di protezione pubblicistica, effetto della sovranità piena ed esclusiva dello Stato sulle norme processuali. Si ritengono perciò eccessivi recenti tentativi di individuare una sottomissione del diritto processuale nazionale al diritto comunitario nell'ambito della definizione di un diritto processuale uniforme degli Stati europei: la questione della giurisdizione e delle norme processuali resta diritto interno. Cfr. J.S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *Eur. Law Journal*, 2003, 599, che, attraverso uno studio delle interazioni tra le forme processuali e i rimedi sostanziali, afferma: "*The European legal order has moved, as a praxis, from national procedural autonomy to a combination of national procedural competence and European procedural primacy. I tried to draw attention to the rationale existing behind these new rule of game. As these developments are quite novel, they are certainly not definitive. In my view, there is more to come*", 613.

Tuttavia, di recente la Corte di Giustizia ha dimostrato di non arretrare il proprio giudizio nemmeno nei confronti della compatibilità comunitaria di norme processuali proprie dell'ordinamento nazionale, ritenendo di dover superare, nel caso specifico degli aiuti di Stato, il limite posto dall'art. 2909 cc. al giudicato pur di far prevalere il diritto comunitario (nella specie, una decisione della Commissione europea), cfr., Corte di Giust., 18 luglio 2007, *Lucchini c. Italia*, in C-119/05, in *www.europa.eu.int*.

no perciò fortemente ancorate ad opzioni, anche *costituzionali*, proprie dell'ordinamento nazionale.

Nell'ultimo decennio, tuttavia, l'iniziale isolamento del diritto amministrativo rispetto al diritto comunitario, da un lato, e al diritto europeo, dall'altro, è stato superato (prima con riferimento al diritto comunitario e solo più di recente con riferimento al diritto europeo), e le specificità nazionali sono state assorbite, in gran parte, dall'affermarsi di un modello di *ius commune* in grado di delimitare un'area autonoma di *diritto amministrativo europeo* (3).

Per *diritto amministrativo europeo* intendo le norme, gli istituti, i principi ed i concetti, contenuti nel diritto scritto o elaborati dalla giurisprudenza comunitaria o dagli organi giurisdizionali europei cui l'Italia ha riconosciuto sovranità (si pensi, ad esempio, alla Corte Europea dei diritti dell'uomo) richiamati dalla giurisprudenza comunitaria o nazionale (anche costituzionale), diretti a regolare l'attività dell'Unione Europea (in persona dei soggetti istituzionali ad essa ausiliari), per realizzare, concretamente, gli obiettivi dei Trattati, attuando le politiche comunitarie, ovvero comunque incidenti sulle regole dell'azione amministrativa e sui diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione. La nozione di diritto amministrativo europeo per come qui ricostruita è volutamente ampia, in grado di ricomprendere sia fenomeni propri dell'integrazione comunitaria, sia manifestazioni della cooperazione internazionale, prime fra tutte le Carte europee dei diritti.

(3) Tale aspirazione, sempre più attuale, si trova, per prima, in uno scritto di Mario Chiti, considerato base per lo studio dello sviluppo del diritto amministrativo europeo, ancora oggi imprescindibile, M. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 797: "l'aspirazione ad un diritto comune europeo, anche nel campo del diritto amministrativo — solo pochi anni or sono aspirazione quasi chimerica di un'élite di studiosi — comincia ad essere una tangibile realtà", 801.

Per le ragioni anticipate nell'introduzione, ai fini del presente lavoro, verranno esaminate, in particolare, le influenze sul diritto amministrativo nazionale del diritto comunitario e quelle della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e della Carta di Nizza, in quanto si ritiene che esse siano gli strumenti che attualmente esercitano le implicazioni più importanti sul modo di concepire i rapporti tra azione amministrativa e cittadino al livello dell'ordinamento nazionale.

La dottrina ha avuto il merito di evidenziare, per prima e con diverse sfaccettature, l'esistenza di un nucleo di regole (perlopiù comunitarie), divenute di comune applicazione, capaci di condizionare il diritto amministrativo degli Stati nazionali (4).

(4) La bibliografia in questo senso è davvero sterminata, tra commenti a decisioni giurisprudenziali, saggi e manuali; per ovvie ragioni di sintesi, in questa sede è stato necessario compiere una selezione del materiale dottrinale.

Per cominciare, e fatte salve le precisazioni e gli approfondimenti che saranno oggetto di specifica trattazione nel presente saggio, si segnalano i contributi di: AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007; S. MIRANTE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'altro diritto europeo in Italia Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007; P. CRAIG, *EU Administrative law*, Oxford, 2006; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006; A. BATTINI-G. VESPERINI, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo: la nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005; C.F. BERGSTROM, *Comitology*, Oxford, 2005; AA.VV., *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di G. MORBIDELLI e F. DONATI, Torino, 2005; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004; N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004; A. MASSERA, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004; M. CONDINANZI, *L'adattamento al diritto comunitario e dell'Unione europea*, Torino, 2003; J.S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *Eur. Law Journal*, 2003, 599; D. CHALMERS, *The Reconstitution of European Public Spheres*, in *Eur. Law Journal*, 2003, 127; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 2000, 81; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni*

Inizialmente, la necessità di confrontarsi, in particolare, col diritto comunitario è stata trattata come un'esigenza di tipo economico, basata prevalentemente sulla globalizzazione del commercio.

Questo è piuttosto ovvio e mantiene un senso attuale. Ad esempio: una gara indetta dallo Stato italiano per le licenze di vendita dei telefoni cellulari dell'ultima generazione può interessare imprese straniere e richiede perciò l'applicazione di un nucleo stabile di regole valide in ogni Stato membro.

della Commissione europea e atti amministrativi nazionali, Milano, 2000; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa: contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiana e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999; N. NUGENT, *Governo e politiche dell'Unione*, Bologna, 2001; S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, 321, e, *ivi*, M. GNES, *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, 401; M. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 499; T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, Oxford, 1998; P. CRAIG-G. DE BURCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Londra, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997; E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997; G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 797; C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne: analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, 1995; S. WEATHERILL-D. BEAUMONT, *E.C. Law*, Londra, 1995; S. GIACCHETTI, *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, in *Cons. St.*, 1994, II, 97; D. WYATT-A. DASHWOOD'S, *European Community Law*, Londra, 1993; G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993, 85; E. PICOZZA, *Alcune considerazioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiana*, in *Studi in onore di F. Piga*, vol. I, Milano, 1992, 715; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria: la coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992; R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992; S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 23; M. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, cit., 813; M. AKEHURST, *The Application of general principles of law by the Court of Justice of European Communities*, in *British yearb., Int., L.*, 1981, 29.

Proprio citando l'esempio appena ricordato, autorevole dottrina ha affermato che la rilevanza di ciò che è "oltre lo Stato", è un fenomeno moderno, infatti "... questi ed altri esempi dimostrano che il mondo, fino al XIX secolo affollato dagli Stati, è ormai pieno di ordinamenti ultrastatali, e che gli Stati hanno perduto quella esclusività che era una volta loro propria, non presentano più barriere insormontabili" (5).

O, ancora, si pensi al fenomeno delle liberalizzazioni: l'Unione Europea ha deciso di perseguire il valore della concorrenza anche nel delicato settore dei pubblici servizi e, di conseguenza, in ottemperanza ad una serie di direttive europee, i governi nazionali hanno aperto ambiti tradizionalmente riservati al monopolio pubblico, consentendo alle imprese private di accedere a settori quali quelli delle telecomunicazioni, dell'energia elettrica, del gas, delle poste (6), in un regime giuridico, in larga parte, definito dalla normativa europea. Anche in questo caso perciò è evidente l'influenza delle scelte economiche (e di politica economica) comunitarie sui temi più classici del diritto amministrativo nazionale.

Progressivamente, l'estensione della normazione e della giurisprudenza comunitaria in materie inerenti il diritto amministrativo di parte speciale (7), come il diritto comunitario

(5) Cfr. S. CASSESE, *Gli Stati nella rete internazionale dei pubblici poteri*, cit., 321.

Si rinvia anche agli esempi elaborati dallo stesso Autore, sulle modalità di incidenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale, più di recente, S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007, I, 8-9.

(6) Per un quadro generale dell'effetto dell'integrazione europea sull'economia si veda, per adesso, E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1998.

(7) Un sintetico resoconto dell'evoluzione del diritto pubblico in Europa è condotto, con precisi riferimenti storici, nello scritto di M.R. COLELLA, *Dal diritto statale al diritto comunitario: cenni*, in *Nuova Rass.*, 1999, 2346. Più di recente si veda il contributo di S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, cit., 1.

dell'ambiente (8), il diritto sanitario (9) e il diritto alimentare (10), ha esteso il condizionamento del diritto comunitario sul diritto amministrativo in direzioni diverse ed ulteriore rispetto all'economia.

Da ultimo, anche il fenomeno dell'influenza del *diritto*

Per avere un'idea dell'espansione del diritto comunitario nella complessa area dei diritti sociali, quindi ben oltre la tradizionale sua influenza economica, si rinvia anche al lavoro che riassume i contributi emersi nel corso della conferenza tenuta all'Istituto Universitario europeo di Fiesole, a cura di G. DE BURCA-B. DE WITTE, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005.

(8) In via generale si vedano AA.VV., *Diritto ambientale comunitario*, a cura di S. CASSESE, Milano, 1995; AA.VV., *Diritto ambientale e Costituzione: esperienze europee*, a cura di D. ALMIRANTE, Milano, 2000; L. KRAMER, *Diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002; AA.VV., *I nuovi diritti nello Stato sociale in trasformazione. La tutela dell'ambiente tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di R. FERRARA-M.P. VIPIANA, Padova, 2002; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 2015; G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol Dir.*, 2003, 581; G. PAGANETTO, *Le politiche comunitarie in materia ambientale*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2004, 112; P. RAGO, *L'ambiente come nuovo diritto fondamentale della persona nella futura Costituzione europea*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2004, 273; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 71 ss.; G. COCCO-A. MARZANTI-R. PUPILLELLA, *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, cit., parte speciale, I, 157 e A. GRASSO-A. MARZANATI-A. RUSSO, *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, *ivi*, 273.

(9) Sempre in generale si rinvia a: AA.VV., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio: profili di ordine etico, giuridico ed economico*: atti del Convegno svoltosi sul Belvedere di San Leucio-Caserta, 23 e 24 marzo 2001, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003; S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. Dir. Lav. e Rel. Industr.*, 2004, 9; N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2015; T. HERVEY-J. MCHALE, *Health law and the European Union*, Cambridge, 2004; G. ALPA, *La protezione della salute e il risarcimento del danno alla persona in una prospettiva europea*, in *Rass. Forense*, 2005, 793; G. PERMANAND, *EU pharmaceutical regulation: the politics of policy-making*, Manchester university press, 2006; M. GNES, *Farmaci*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, cit., parte speciale, I, 1075.

(10) R. VITOLO, *Il diritto alimentare nell'ordinamento interno e comunitario*, Napoli, 2003; D. HOLLAND-H. POPE, *E.U. food law and policy*, Kluwer law International, 2004; M. GNES, *Alimenti*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, cit., parte speciale, I, 117; M. GOLLA, *Salute pubblica*, *ivi*, 1765; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, *ivi*, I, 1897.

europeo sul diritto amministrativo nazionale è stato valorizzato dalla dottrina, che ha ritenuto di poter qualificare le Comunità europee come “*Comunità di Diritto Amministrativo*” (11), e ha messo in evidenza che, nel campo del diritto amministrativo, le novità più significative si sono verificate a causa dell’impatto col diritto di fonte sovranazionale contenuto nelle Carte dei diritti umani.

Ad esempio, è stata mostrata la diffusione di modelli basati su tratti similari, risultanti dal progressivo superamento dei tradizionali riferimenti nazionali. Così, ad esempio, i Paesi di *common law*, resistenti, per cultura giuridica nazionale, a concepire regole di diritto amministrativo, di recente hanno introdotto istituti di carattere continentale tratti dai sistemi amministrativi europei; e i Paesi continentali si scambiano continuamente istituti e discipline, alla ricerca della *better law* nell’ambito dei rapporti tra cittadini ed Amministrazione, secondo schemi tipicamente comunitari.

I.2. *Obiezioni principali all’esistenza di un diritto amministrativo europeo: la carenza di una parte generale.*

Prima di approfondire il tema dell’influenza del diritto amministrativo comunitario o meglio, più in generale, del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale, è necessario confrontarsi con gli studi che hanno dubitato della capacità da parte dei sistemi europei di influenzare il diritto amministrativo nazionale, offrendo alla discussione numerosi spunti critici (12).

(11) J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 1992, 4.

(12) Un approfondimento particolarmente completo ed interessante in merito alle posizioni sostenute dai giuristi italiani con riferimento ai diversi momenti dell’integrazione europea è svolto nell’articolo di A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l’integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 859 ss. Ivi l’Autore, dopo aver affrontato le posizioni di autorevole dottrina,

Ovviamente, le prime interessanti prese di posizioni dottrinali hanno riguardato l'ordinamento *comunitario* che, con la sua progressiva espansione negli ordinamenti degli Stati membri e la sua riconosciuta capacità vincolante, inseriva, per primo, nuovi parametri di riferimento, provenienti da organi istituzionali di per sé estranei alla realtà statale. Solo più di recente, invece, i contributi della dottrina hanno approfondito le conseguenze e l'impatto dell'affermarsi negli Stati nazionali dello spazio giuridico europeo globalmente inteso.

Procedendo, in questa sede, nell'esame delle prime posizioni dottrinali, si ricorda, anzitutto, una delle opinioni più significative sostenute con riferimento specifico all'ordinamento comunitario (13) secondo cui non poteva ravvisarsi nemmeno un vero e proprio diritto dell'amministrazione pubblica all'interno del fenomeno di integrazione comunitaria, data la carenza di una parte generale contenente principi di diritto amministrativo e considerato che l'ordinamento comunitario non aveva, *ab origine*, fini generali e che i soggetti di quell'ordinamento erano gli Stati, non i cittadini.

La citata posizione (14) ha messo in evidenza quello che

in particolare nel pensiero di Giannini, Orlando, Barile e Crisafulli, prospetta tre dimensioni dell'integrazione europea: la comparazione tra sistemi giuridici; la Convenzione europea dei diritti umani e lo spazio giuridico europeo.

(13) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981, 365 e, più diretto, in *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, Roma, 1967.

(14) In questo stesso senso vedasi anche P. REUTER, *Organisations européennes*, Parigi, 1968. Si richiama anche quanto sostenuto, qualche anno dopo, da N. MARZONA, *Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990, 70: "il rapporto tra lo Stato e la Comunità si svolge prevalentemente sul piano delle fonti, traducendosi in meccanismi di collegamento tra i sistemi rispettivi, ma in genere arrestandosi prima di toccare e di coinvolgere l'amministrazione e i suoi istituti; non può parlarsi in termini propri di un diritto amministrativo o di un'amministrazione comunitaria, sia per la genericità dei principi dettati in materia dai Trattati, sia perché comunque tali principi, mutuati, dai sistemi amministrativistici degli Stati membri, non sono tali da formare un corpo dotato di autonomia e organicità".

per lungo tempo è stato un indiscutibile *deficit* del sistema comunitario e europeo.

È vero, infatti, che nel diritto comunitario non esiste, nemmeno oggi, una normativa *generale* in tema di procedimento amministrativo, non vi sono norme scritte sull'esercizio dei poteri di autotutela, né regole concernenti la validità temporale degli atti amministrativi. Va da sé che il diritto europeo, in quanto unione di esperienze di generi diversi, ordinamentali e non, comunitarie e internazionali sia carente di una *normativa organica* di parte generale.

Tuttavia, se si accoglie la nozione generica di diritto amministrativo quale insieme di regole che disciplinano i rapporti tra politica ed amministrazione, stabiliscono diritti nei confronti dei soggetti pubblici e attribuiscono ad organi giudicanti il compito di risolvere i conflitti tra amministrazione e cittadini (15), che tali regole siano, quanto meno attualmente, presenti nel quadro comunitario ed europeo, normativo o giurisprudenziale, non vi è chi possa negarlo.

Vi sono, infatti, nel diritto amministrativo sovranazionale previsioni di carattere generale, contenute in normative di settore o elaborate dalla giurisprudenza, seppure sprovviste di organicità. Certamente se si prende a riferimento l'ordinamento comunitario.

D'altronde, anche riflettendo proprio sull'esperienza nazionale, si verifica che la mancanza di un quadro definito ed onnicomprensivo di regole generali scritte in tema di diritto amministrativo non può essere intesa, di per sé sola, come indice dell'assenza di un diritto amministrativo *tout court*.

In sede nazionale, infatti, nessuno dubitava, prima dell'emanazione della legge n. 241/1990, che ha formalizzato i

(15) Questa nozione è tratta da quella emersa dall'indagine storica di S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 4.

principi generali in materia di azione amministrativa, dell'esistenza di un diritto amministrativo in Italia.

Si precisa, inoltre, che la ricordata autorevole obiezione è, in gran parte, superata, nel merito, con riferimento proprio all'ordinamento comunitario, dato che la carenza di una parte generale è stata, dal 1999 ad oggi, parzialmente supplita grazie all'emanazione di normative di settore, contenenti prescrizioni ed adempimenti relativi ai principi generali del procedimento amministrativo. Mi riferisco, in particolare, alle nuove norme sul diritto d'accesso (16) e sulla partecipazione procedimentale, sul silenzio inadempimento e sul sistema dei ricorsi amministrativi, i cui contenuti verranno approfonditi nel capitolo II, nel paragrafo dedicato alla legalità procedimentale (cap II.II.II.3). Prova che l'integrazione, anche al livello dei principi generali di diritto amministrativo, avvenga, nel diritto amministrativo comunitario, attraverso normative di settore è data, tra le norme recenti, dalla direttiva *Bolkestein* (17) relativa ai servizi nel mercato interno. La citata direttiva, infatti, si occupa, ad esempio, di definire il concetto di autorizzazione amministrativa, disciplinando le procedure autorizzatorie (comprese le relative forme di pubblicità), introduce delle ipotesi di silenzio assenso (art. 13, comma 4).

(16) Cfr., ad esempio, G. GERBASI, *Diritto d'accesso e giudice comunitario*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 275.

Sul diritto di accesso, soprattutto in applicazione del regolamento CE n. 1049 del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, la giurisprudenza comunitaria mostra degli orientamenti particolarmente interessanti, che indicano una sensibilità molto simile a quella della giurisprudenza nazionale che, da una parte, afferma la necessità della trasparenza dell'azione amministrativa e, dall'altra, riserva una certa discrezionalità all'amministrazione nell'escludere l'accesso. Esemplificativa dello stato dell'arte, è la recentissima decisione della Corte di Giustizia del 1° febbraio 2007, in C-266/05, *Jose Maria Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, in www.europa.eu.int.

(17) Dir. 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE.

Peraltro, con specifico riferimento invece al diritto europeo, previsioni di carattere generale sono ora contenute anche nella Carta di Nizza (18) che, all'art. 41, enuncia, ad esempio, il *diritto* alla buona amministrazione, comprensivo dei diritti di essere sentiti per le questioni che incidano sulla propria sfera giuridica e di ottenere un trattamento imparziale ed equo entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. Il secondo comma dell'art. 41 disciplina poi anche il diritto di accesso ai documenti amministrativi, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza, del segreto professionale e l'obbligo di motivazione.

Nella relazione che accompagna la Carta si legge chiaramente che le previsioni contenute nell'art. 41 erano già state tutte enunciate nella giurisprudenza comunitaria e sono ac-

(18) La bibliografia sul punto conta ormai numerosissimi interventi. *Ex multis*, AA.VV., *Libro bianco e la Carta di Nizza: il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, a cura di G. GHEZZI-G. NACCARI-A. TORRICE, Roma, 2002; C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra carta di Nizza e trattato Costituzione*, Milano, 2005; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 2005, 3; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 581; A. CELOTTO-G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 2005, II, 427; G. GRECO, *Profili di diritto amministrativo e ruolo della Commissione nel Progetto di Costituzione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1113; F. TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario: dal silenzio dei Trattati istitutivi alla Carta di Nizza*, Napoli, 2004; D. CURTIN-R. WESSEL (a cura di), *Good Governance and the European Union; Reflections on concepts, institutions and substance*, Antwerp/New York, 2005; J. SCHONLAU, *Drafting the EU Charter; Rights Legitimacy and Process*, Hampshire:Palgrave Macmillan, 2005; AA.VV., *I giudici e la Carta dei diritti dell'Unione europea: giurisprudenza, documenti e riflessioni sulla Carta di Nizza*, a cura di G. BISOGNI-G. BRONZINI, Taranto, 2006; R. GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Riv. Giur. Soc. e Prev. Soc.*, 2006, 519; V. PICCONE, *Fundamental rights, Carta dei diritti, interpretazione conforme*, in *Riv. Critica Dir. Lavoro*, 2006, 679; L. CUOCOLO, *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria*, in *Dir. Pubbl. Com. Eur.*, 2006, 293; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 2006, 7; G. BRONZINI, *il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale*, in *Dem. e Dir.*, 2006, 195; A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Questione Giustizia*, 2006, 503.

quisite, ormai, al patrimonio del diritto amministrativo europeo: “L’articolo 41, è basato sull’esistenza di una comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha sancito segnatamente il principio della buona amministrazione (cfr. tra l’altro, la sentenza della Corte del 31 marzo 1992, causa C-255/90 *Burban*, Racc. 1992, I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, T-167/94, *Nölle*, Racc. 1995, pag. II-2589; 9 luglio 1999, T-231/97, *New Europe Consulting e altri*, (Racc. II-2403). Le espressioni di questo diritto enunciate nei primi due paragrafi derivano dalla giurisprudenza (cfr. le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, Racc. 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem*, Racc. 1989, pag. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, *TU München*, Racc. 1991, pag. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, *Lisrestal*, Racc. 1994, pag. II-1177; 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, Racc. 1995, pag. II-258) e, per quanto attiene all’obbligo di motivare, dall’articolo 253 del trattato CE”.

In realtà, la relazione sottovaluta la novità che discende dall’introduzione di un vero e proprio *diritto* ad una buona amministrazione. Autorevole dottrina (19) ha di recente notato che l’art. 41 non realizza una vera e propria riscrittura dei principi elaborati dalla giurisprudenza: infatti, il principio di buona amministrazione, pur esistendo ben prima della proclamazione della Carta dei diritti, rispecchiava un’impostazione ambigua, in cui il principio di buona amministrazione restava principio interno dell’agire amministrativo, mentre “l’as-

(19) F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, cit., I, 49 ss. citazione 53. Ivi si considera anche che “Il punto di vista per noi usuale nella riflessione sulla buona amministrazione, appare, nella CED, perfettamente rovesciato. Non si muove dai doveri dell’Amministrazione per ricavarne possibili posizioni giuridiche di vantaggio per i singoli, ma si afferma senz’altro, il diritto di ciascuno ad una buona amministrazione”, 54.

sunzione della buona amministrazione ad oggetto di un diritto è operazione di chiarimento e di promozione di interpretazione del sistema normativo orientate alla tutela dei soggetti nel loro rapporto con le istituzioni comunitarie”.

Tale trasformazione del principio di buona amministrazione in *diritto* ad una buona amministrazione (che si riassume concretamente in regole procedurali cui l'Amministrazione è tenuta) non stupisce se si considera l'impostazione tendenzialmente individualista propria della dimensione europea, che ha il suo fondamento nella necessità di garantire un sistema in cui, sia in sede comunitaria ed europea, sia (e soprattutto) in sede nazionale, venga garantito il godimento dei diritti ivi proclamati.

I principi appena ricordati, contenuti nella Carta di Nizza, riguardano direttamente le istituzioni europee e non invece le amministrazioni nazionali, tuttavia la loro efficacia nel diritto interno passa attraverso la nuova versione dell'art. 1 della legge n. 241/1990 (20) che vincola l'azione amministrativa a tutti i principi generali del diritto comunitario (21), che richiama a sua volta, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, le previsioni della Carta di Nizza.

La Corte di Giustizia, infatti, proprio citando le norme contenute nella Carta di Nizza e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, tramite cui trovano tutela i diritti fondamentali, lo Stato di diritto, il principio di legalità, ha costruito un vero e proprio sistema a diritto amministrativo, nel senso precedentemente inteso (22).

(20) L'efficacia delle norme convenzionali per il tramite del novellato art. 1 è affermata anche da E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione amministrativa e sul procedimento amministrativo: considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Il Cons. St.*, 2005, 1419, spec. 1420.

(21) Per un approfondimento su questo specifico aspetto si rinvia al capitolo IV, par. IV. 5.1.

(22) Da ultimo, cfr. conclusioni Avvocato Generale Mengozzi, 26 ottobre 2006, in C-354/04, *Gestoras Pro Amnistia*, cfr. punti 76 e ss.: “Va inoltre menzionata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata solenne-

Quindi, riprendendo il filo del ragionamento principale, da questi pochi cenni è emerso che sia il diritto comunitario

mente il 7 dicembre 2000 a Nizza dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione dopo essere stata approvata dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri (in prosieguo: la « Carta »). Se è pur vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il suo obiettivo principale, come emerge dal suo preambolo, è quello di riaffermare « i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal Trattato [UE] e dai trattati comunitari, dalla [CEDU], dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (...) e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo ». 77. Per quanto riguarda il principio dello stato di diritto, ricordo che la Corte ne ha già dedotto quale corollario, con riferimento alla Comunità europea e nel qualificare quest'ultima come « comunità di diritto », l'assoggettamento degli Stati membri e delle istituzioni al controllo della conformità dei loro atti al Trattato CE e ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali. Analogamente, deve ritenersi che, se l'Unione è fondata sul principio dello stato di diritto (art. 6, 1, UE), le sue istituzioni e gli Stati membri che la compongono, anche laddove agiscano in base ai titoli V e VI del Trattato UE, non possono essere sottratti al controllo della conformità dei loro atti a detto trattato, in particolare all'art. 6, n. 2, dello stesso. 78 Per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, quali parte integrante dei principi generali del diritto, è noto che la Corte ne garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito, in particolare dalla CEDU, che, secondo la Corte, riveste a questo proposito un « significato particolare ». Come la Corte ha inoltre precisato, ne deriva che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti e garantiti, il quale costituisce, quindi, un requisito di legittimità degli atti comunitari. Analoghe considerazioni vanno evidentemente fatte, stante il dettato dell'art. 6, n. 2, UE e la sua collocazione nell'ambito delle « Disposizioni comuni » di cui al titolo I del Trattato UE, con riferimento alle misure con cui si estrinseca l'azione dell'Unione nei settori della politica estera e di sicurezza comune (c.d. « secondo pilastro ») e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (c.d. « terzo pilastro »). Il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e il principio dello stato di diritto presentano dunque una dimensione « interna », quale valore posto a fondamento dell'Unione e parametro di valutazione della legalità dell'azione delle sue istituzioni e degli Stati membri nelle materie di competenza dell'Unione, e una dimensione « esterna », quale valore da « esportare », attraverso gli strumenti della persuasione, dell'incentivo e della negoziazione, al di fuori dei confini stessi dell'Unione. Ora, la Corte ha già evidenziato che il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti, invocato nella specie dai ricorrenti, fa parte dei principi giuridici generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che esso è anche sancito dagli artt. 6, n. 1, e 13 della CEDU. Aggiungo

sia il diritto europeo hanno prodotto nel tempo regole capaci di individuare un'area di principi generali, applicabili in particolare al procedimento amministrativo.

I.3. *Il deficit democratico e il diritto amministrativo europeo.*

La tematica del *deficit* democratico riguarda principalmente quella branca del sistema europeo che è costituita dall'ordinamento comunitario.

Diversi studiosi (23) hanno messo in evidenza l'anomalia del sistema pubblicistico comunitario, segnalando il cosiddetto *deficit* democratico che caratterizza le istituzioni comunitarie, le quali sono sottratte al modello della responsabilità politico/amministrativa propria dei contesti nazionali.

Questa obiezione è il risultato della tendenza al paragone tra i canoni distintivi e caratterizzanti dell'ordinamento

che detto diritto è inoltre riconosciuto dagli artt. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 217 A (III) del 10 dicembre 1948, nonché dagli artt. 2, n. 3, e 14, n. 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato il 19 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976. La stessa Carta lo contempla nel suo art. 47^o.

(23) Cfr., V. ANGIOLINI, *Legalità dell'amministrazione interna e comunitaria*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 23ss.: l'Autore, in linea generale favorevole all'individuazione di un diritto amministrativo europeo, evidenzia tuttavia una preoccupazione non trascurabile: "il pericolo è che il progetto di un diritto comune europeo, anche primariamente per rapporto alle pubbliche amministrazioni, viva o si alimenti a breve solo dal dialogo tra le Corti e i giudici, nazionali e comunitari, magari coinvolgendo per l'indispensabile gli apparati amministrativi e tecnici, ma non riuscendo a raggiungere una dimensione propriamente politica che stia dentro o superi i confini delle nazioni", 29-30.

Sullo stesso tema si consultino A. FOLLESDAL-S. HIX, *Why there is a democratic deficit in the EU: a response to Majone and Moravcsik*, in *Jour. of Comm. Market*, 2006, 533; S. PUNTSCHER RIEKMANN, *The cocoon of power: democratic implication of interinstitutional agreements*, in *Europ. Law Journ.*, 2007, 4; P. HABERLE, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2006; S. NINATTI, *Giudicare la democrazia?: processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Milano, 2004.

pubblicistico nazionale con quelli propri dell'ordinamento comunitario. E rappresenta uno snodo fondamentale soprattutto negli studi di impostazione costituzionalista che approfondiscono il quadro europeo e ne valutano possibili configurazioni di tipo federale.

Le perplessità segnalate intorno alla carenza di democraticità coinvolgono la rappresentanza territoriale del popolo, il concetto di sovranità, la nozione di *demos* europeo, l'idea di una burocrazia neutrale ed organizzata in modo gerarchico. In particolare, è stato constatato (24) che il trasferimento di competenze dall'area degli Stati nazionali a quella dell'Unione europea ha comportato una ridefinizione dei "confini politici" della sovranità statale dal punto di vista funzionale. Questo spostamento avrebbe implicazioni democratiche non trascurabili: il sistema di Governo dell'Unione "snatura l'equilibrio tra organi esecutivi e organi legislativi degli Stati membri" e il neo-corporativismo del sistema politico europeo produce l'ulteriore conseguenza, negativa dal punto di vista della percezione democratica, di rafforzare i grandi gruppi (i quali partecipano alla formazione della legislazione europea) ed indebolire i soggetti portatori di interessi più diffusi e frammentati che restano totalmente estranei alle dinamiche del sistema di Governo dell'Europa.

Rispondendo a queste obiezioni sul tema della democraticità in Europa, sono particolarmente interessanti le riflessioni di quella dottrina (25) che ha messo in luce, verso la fine degli anni '90, l'inopportunità del paragone tra democrazia e democraticità negli Stati membri e in Europa. Nella tesi proposta, l'integrazione comunitaria, in quanto di carattere prevalentemente economico, in assenza di una piena integrazione

(24) Si veda M. CARTABIA-J.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2000, 45ss.

(25) G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in *Eur. Law Journ.*, 1998, 5.

di carattere politico, implicherebbe, coerentemente, che la normativa comunitaria sia in prevalenza una legislazione di carattere tecnico, mancando la legittimazione, *democratica in senso nazionale*, alle istituzioni comunitarie per effettuare scelte e valutazioni di carattere politico-sistematico.

È abbastanza ovvio, tuttavia, che il modello istituzionale europeo non sia quello di uno Stato nazionale, basato sulla sovranità territoriale (tanto che alcuni autori, per distinguerla dagli Stati, hanno definito l'Unione europea non uno Stato, ma una *policy* (26)), e quindi è altrettanto ovvio che l'essenzialità della democrazia del sistema vada cercato in elementi diversi da quelli propri degli ordinamenti nazionali. Ma se l'Unione europea non è uno Stato, il modello parlamentare non può essere usato per affermare o negare la democraticità dell'ordinamento comunitario.

La mancanza del modello parlamentare provoca un'importante conseguenza nella configurazione delle istituzioni dell'Unione: l'assenza di un'amministrazione organizzata gerarchicamente e rispondente a meccanismi di responsabilità politica. Questa constatazione ha fatto sì che alcuni studi recenti (approfondendo il tema della legittimazione) proponessero, piuttosto, di concepire l'organizzazione istituzionale europea nei termini di interazione e cooperazione tra soggetti istituzionali dotati di assoluta autonomia, interagenti l'un l'altro secondo la sola logica della cooperazione (27).

(26) J.H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 2403; P.C. SCHMITTER, *Imagine the future of Euro-polity with help of new concepts*, in G. MMARKS-F.W. SCHARPF, P.C. SCHMITTER-W. STREECK, *Governance in the European Union*, Londra, 1996, 121.

(27) "As most of these administrations enjoy an important level of autonomy, their cooperation can hardly be identified with the hierarchically structured one-dimensional administration of the neutral bureaucracy idea. Their interaction can rather be defined as a fusion of administrations": S. SMISMANS, *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, Oxford, 2004, 15.

Dal punto di vista del diritto amministrativo europeo, quindi, la carenza di democraticità si riflette, prevalentemente, sul sistema istituzionale. Infatti, come anticipavo, gli apparati operativi in ambito europeo sono sottratti al circuito della responsabilità politica e non rispondono, direttamente o indirettamente, al voto popolare.

C'è da chiedersi allora se il segnalato *deficit* di democraticità del sistema influisca sulla presenza di un diritto amministrativo europeo.

Ciò è da escludere se si richiama la definizione data precedentemente: *“per diritto amministrativo europeo intendo le norme, gli istituti, i principi ed i concetti, contenuti nel diritto scritto o elaborati dalla giurisprudenza comunitaria o dagli organi giurisdizionali europei cui l'Italia ha riconosciuto sovranità (si pensi, ad esempio, alla Corte Europea dei diritti dell'uomo) richiamati dalla giurisprudenza comunitaria o costituzionale, diretti a regolare l'attività dell'Unione Europea (in persona dei soggetti istituzionali ad essa ausiliari), per realizzare, concretamente, gli obiettivi dei Trattati, attuando le politiche comunitarie, ovvero incidenti sulle regole dell'azione amministrativa e sui diritti dei cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”*.

Ora, il difetto di democraticità del sistema istituzionale europeo influenza la connotazione che, in concreto, il diritto amministrativo europeo viene ad assumere, ma non ne nega l'esistenza.

I problemi della democraticità hanno infatti portato ad approfondire alcune peculiarità del diritto amministrativo europeo, ma non a negarne l'esistenza, ragionando attorno al tema della partecipazione procedimentale e alle forme di legittimazione dell'azione amministrativa.

In un interessante saggio sul tema (28), ad esempio, è

(28) S. SMISMANS, *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, cit.

stata elaborata una teoria sulla partecipazione funzionale (29) dei cittadini europei all'attività regolatoria delle istituzioni comunitarie, come forma di legittimazione delle Comunità e come rispetto della *rule of law*, nella configurazione di una nuova "*transparency and accountability*" dell'amministrazione europea. In sostanza, in questa impostazione, la legittimazione dell'amministrazione andrebbe ritrovata non *ex post*, nei meccanismi della responsabilità politica o del mandato elettorale (che possono portare, in seguito all'inefficienza delle istituzioni, a cambiare le maggioranze di Governo), ma *ex ante*, nella partecipazione democratica e funzionale ai processi di formazione della volontà amministrativa che, via via, determinano il concreto assetto delle politiche europee (30).

Ciò per confermare che il rischio del *deficit* democratico non elimina la possibilità di individuare il diritto amministrativo europeo, ma ne stimola originali ricostruzioni.

Occorre infine aggiungere che la ricostruita obiezione, ove lamenta la carenza di democraticità delle istituzioni comunitarie, perde parte della sua attualità, confrontandosi ora con gli aggiustamenti introdotti dal Trattato di Lisbona che ha introdotto significative modifiche al Trattato Ce proprio al fine di riconoscere e valorizzare la democraticizzazione delle istituzioni comunitarie e dei processi normativi ed amministrativi europei.

(29) "*Functional representation and participation could thus contribute to a political process in which citizens have multiple ways for democratic expression via the ballot-box*": S. SMISMANS, *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, cit., 21.

(30) "*Within the framework of the parliamentary model, transparency ensures that the parliament can control the executive, while citizens may go to elections well informed. Within a more participatory model of democracy transparency also ensures that citizens or interest groups can ensure accountability through access to courts or to an ombudsman. Moreover, within a participatory democracy transparency plays a role in enabling the participation of citizens and organized interests in the policy-process ex ante*": S. SMISMANS, *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, cit., 22.

I.4. *Le tesi favorevoli all'individuazione di un diritto amministrativo europeo.*

Questi spunti critici hanno permesso di sviluppare gli studi nazionali sul diritto comunitario e sul diritto europeo, approfondendo anche tematiche relative al diritto amministrativo europeo. In particolare, le ricordate riflessioni gianniniane hanno avuto il merito di spingere la dottrina a valutare altri indici, diversi dalla presenza di una normativa organica di parte generale, per stabilire se l'ordinamento comunitario e/o il sistema europeo fossero dotati di un diritto amministrativo.

L'enucleazione di una serie di regole in grado di individuare nel diritto di fonte sovranazionale un nucleo di istituti capaci di circoscrivere un vero e proprio diritto amministrativo è avvenuta, *in primis*, attraverso lo studio del diritto comunitario.

È stato inizialmente uno studioso tedesco (31) a segnalare la fondamentale importanza dell'analisi dettagliata della giurisprudenza comunitaria, dalla quale è stata estrapolata una fitta rete di principi fondanti i lineamenti essenziali del diritto amministrativo europeo. Sui singoli principi ci soffermeremo più avanti, nel capitolo II.

Più di recente autorevole dottrina di origine anglosassone (32), forse eccedendo nel tentativo di individuareintonie tra diritto comunitario e diritti nazionali, si è spinta fino ad affermare l'avvenuta "*costituzionalizzazione*" dell'amministrazione comunitaria, attraverso l'analisi del Regolamento Finanziario n. 1605/2002, dal quale ha dedotto la presenza di principi regolatori dei modelli di amministrazione comunitaria propri di un sistema evoluto per regole di carattere generale

(31) J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 201.

(32) Pare interessante richiamare la ricostruzione di P. CRAIG, *The Constitutionalisation of Community Administration*, New York University School of Law, 2003.

e superprimario (questo aspetto verrà approfondito al capitolo II Parte II sezione II in tema di legalità-attribuzione, cui si rinvia). In particolare, dall'analisi del Regolamento Finanziario, sono stati individuati tre tipi di gestione amministrativa: una gestione amministrativa centralizzata, una gestione concorrente o decentrata e una gestione congiunta con organizzazione internazionali. La portata sintetica e riassuntiva del regolamento, pur riguardando espressamente il bilancio della Comunità, ha fatto ritenere che: *“The principles governing Community administration have now been enshrined in a norm, the New Financial Regulation”*.

Un importante contributo all'individuazione dei caratteri essenziali del diritto amministrativo europeo è venuto anche dagli studiosi del diritto italiano (33). Sul tema specifico dei principi di diritto amministrativo, si è affermato (34): *“non vi è alcun dubbio (...) che esista un diritto amministrativo europeo, pur se questo si differenzia dai diritti amministrativi nazionali o almeno da alcuni di essi. Si differenzia da quelli continentali (come la Francia e l'Italia) nei quali, abbandonando l'impostazione iniziale, la scienza giuridica ha coltivato separatamente il diritto amministrativo e il diritto costituzionale. Questi, nell'Unione europea, sono solo parzialmente distinti,*

(33) Gli approfondimenti e gli studi compiuti nel citato *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, cit., sono particolarmente preziosi perché hanno il merito di evidenziare, oltre ai dettagli della parte generale del diritto amministrativo comunitario, anche le numerose specificità colte dall'esame delle complesse discipline di parte speciale.

Gli studi condotti in Italia hanno visto un progressivo avvicinarsi alle tematiche del diritto europeo in una prospettiva tipicamente pubblicistica di stampo costituzionale, si ricordano a proposito i recenti scritti di R. MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004; A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta europea dei Diritti dell'Unione europea*, Padova, 2004; AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. BILANCIA-E. DE MARCO, Milano, 2004.

(34) G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, in *Corso di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, spec. 50.

tanto è vero che non esiste un potere esecutivo ben distinto da quello normativo e neppure integralmente separato da quello giurisdizionale. Inoltre, il diritto amministrativo europeo interagisce con quelli nazionali, determinandone una maggiore apertura nei confronti dell'esterno e, in alcuni ambiti, un ravvicinamento”.

Il passo riportato dimostra come siano subito state specificate le differenze esistenti rispetto al concetto di diritto amministrativo statale, generalmente inteso. In particolare, è stato rilevato che l'amministrazione europea era inizialmente costruita nei termini della c.d. *amministrazione di missione*, intendendo con ciò che i compiti delle istituzioni comunitarie erano prevalentemente politici, mentre l'implementazione amministrativa rimaneva in carico alle autorità amministrative degli Stati membri (35). Solo di recente è stato segnato il passaggio da amministrazione di missione ad *amministrazione di gestione*, significando l'assunzione di compiti di amministrazione diretta da parte delle istituzioni europee medesime (36).

Questo cambio di prospettiva è stato particolarmente significativo al fine di incrementare le regole proprie di un sistema a diritto amministrativo complesso ed evoluto, in quanto l'ordinamento dell'Unione europea ha dovuto introdurre specifiche disposizioni in grado di disciplinare, almeno in parte, l'attività di implementazione svolta direttamente da propri organi.

Il diritto amministrativo europeo è studiato, oggi, anche

(35) G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, II, 1800. Aspetto questo evidenziato con molti dettagli anche da S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 770; J.L. QUERMONNE, *Le système politique de l'Union européenne*, Parigi, 1996.

(36) Cfr. G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, op. ult. cit., 1810; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma, 2002; precedentemente già G. MAJONE, *La crescita dei poteri regolativi nella Comunità europea*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 1995, 435.

dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa (37), come sistema complesso in cui si intersecano diverse modalità di amministrazione: dall'amministrazione diretta, ad opera degli organi comunitari o europei, all'amministrazione indiretta, delegata alle istituzioni nazionali, all'amministrazione congiunta o coamministrazione, espressione della condivisione di funzioni comunitarie e nazionali.

Dunque, l'evoluzione attuale del sistema comunitario ed europeo ospita, a detta di autorevole dottrina amministrativista, un sistema autonomo e differenziato di diritto amministrativo, dotato di caratteri propri e di effettività.

Dalle ricordate prime affermazioni perplesse della dottrina, molto è cambiato, tanto che ora non si ha dubbi nel ritenere che *“se per effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario si intende una ampia e significativa sua presenza, con i connotati tipici degli ordinamenti ad atto amministrativo, nonché una sua verificata idoneità a realizzare concretamente gli scopi cui è preposto, con certezza delle situazioni giuridiche e completezza di regolamentazione e tutela, non mi pare che vi possono essere dubbi sulla presenza di tale connotato nel sistema che disciplina le istituzioni comunitarie”* (38).

Assodata la presenza di regole generali di diritto amministrativo europeo, la dottrina si è impegnata, di recente, anche in ricostruzioni settoriali, volte ad individuare le regole applicabili a settori specifici, in particolare, del diritto amministrativo comunitario.

(37) Si vedano ad esempio, M.P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in F. BIGNAMI-S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004; M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., I, 415; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

(38) G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 277 ss.

Un tentativo particolarmente interessante è contenuto negli studi (39) dedicati ad esaminare il campo delle diverse tipologie di accordi presenti nel diritto europeo, che giungono alla conclusione che “*si stia sempre più diffondendo l'uso di meccanismi consensuali come strumenti di implementazione pubblicistica dei precetti comunitari*”. Tali meccanismi consensuali si basano proprio sull'applicazione di regole che non sono altro se non la “*traduzione in principi generali dell'ordinamento europeo di elementi strutturali comuni delle discipline dei contratti di ambientazione pubblicistica*”. Ovviamente, tali principi generali del diritto comunitario (si tratta, ad esempio, della facoltà riconosciuta all'Amministrazione comunitaria di intervenire unilateralmente nella fase esecutiva dell'accordo) devono essere rispettati nell'azione degli organismi amministrativi interni che esercitino funzioni capaci di intaccare interessi comunitari.

Riconosciuta un'area autonoma al diritto amministrativo europeo, generale o speciale, è stata poi studiata l'influenza di esso sul diritto amministrativo nazionale. Di tale influenza ci occuperemo nei paragrafi seguenti.

Per meglio comprendere l'importanza e l'incisività di questa influenza, sono state fondamentali le intuizioni di chi (40) ha evidenziato come, a causa dell'impatto con il diritto europeo, non solo gli ordinamenti degli Stati membri si trovano ad applicare le medesime regole, ma la forza del diritto europeo è riuscita anche a provocare un fenomeno di approssimazione e convergenza tra i diritti amministrativi nazionali (41).

(39) N. BASSI, *Accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004 e, più sinteticamente, *Accordi nel diritto comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, cit., parte speciale, I, 1.

(40) S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi*, cit., 23, spec. 31.

(41) A proposito della convergenza tra gli ordinamenti nazionali e l'ordi-

Questo fenomeno ha portato a differenziare due tipi di convergenza: la “*convergenza naturale*”, frutto di un’esperienza culturale comune e di una modernizzazione simile degli Stati europei, esterna a effetti di tipo giuridico, e la “*convergenza indotta*”, generata dall’armonizzazione europea, di tipo propriamente giuridico, grazie alla quale “*viene a costruirsi una parte comune, che esercita una “vis attractiva”, fa convergere verso di sé le parti divergenti, producendo un effetto di omogeneizzazione*”.

Peraltro tale convergenza procura un effetto virtuoso sugli istituti degli ordinamenti nazionali portando alla prevalenza le soluzioni giuridiche maggiormente efficienti dal punto di vista della tutela del cittadino ed efficaci dal punto di vista dell’azione pubblica.

Un esempio di tali fenomeni di convergenza è stato approfondito dagli studiosi del diritto pubblico (42), nel momento cruciale in cui la Cassazione ha optato per introdurre, anche sulla base di spinte comunitarie, la risarcibilità degli

namento comunitario, C. CASTRONOVO, *L’interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1999, 1262, secondo cui: “l’unità [del diritto europeo] si raggiunge non solo adottando leggi comuni, ma pure facendo a meno delle differenze che, quando pure siano glorioso retaggio delle tradizioni nazionali, rendono difficile l’idea europea”, 1263.

(42) Questo aspetto è stato di recente messo in evidenza dalle relazioni presentate alla XXXIII *Tavola rotonda di diritto comunitario: “L’influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno”*, svoltasi presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 24 novembre 2000, i cui atti non sono ancora stati pubblicati; in particolare mi riferisco agli interventi di L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell’impatto del diritto comunitario sul diritto interno*, e A. ADINOLFI, *La tutela minima giurisdizionale delle situazioni soggettive individuali*; il primo ha teorizzato tre diversi livelli di influenza del diritto comunitario, ciascuno capace di una diversa intensità, la seconda ritiene presente accanto ad una precisa armonizzazione diretta, anche una più generica armonizzazione indiretta, meno decisa, ma ugualmente in grado di influenzare gli Stati.

Intendendo il diritto comunitario come il grimaldello che ha fatto saltare il dogma dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi, cfr., G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1126.

interessi legittimi. Il tema della risarcibilità degli interessi legittimi è stata l'occasione per rendersi conto che principi comuni e convergenze degli ordinamenti non derivano sempre da un'opera di armonizzazione diretta, compiuta attraverso norme uniformi di cui si impone la comune applicazione all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati; a volte l'influenza esercitata dal diritto comunitario agisce anche ad un livello più nascosto, ma non per questo meno penetrante, che porta ad un progressivo e spontaneo allineamento.

L'approfondimento che verrà svolto sul principio comunitario di legalità e sulla sua influenza al livello dell'ordinamento nazionale (capitolo II, parte II), rappresenta la dimostrazione di come questa "convergenza" si estenda fino ad involgere i principi essenziali del diritto amministrativo nazionale.

I.5. *Conclusioni del capitolo e prospettiva di ricerca.*

In conclusione, si osserva che dell'accennata specificità del diritto amministrativo è rimasta poca traccia nelle prese di posizione più recenti, in cui l'iniziale resistenza al diritto comunitario e, più in generale, al diritto europeo, si è tramutata in un progressivo allineamento, spesso poco giustificato (43).

(43) Per dare un senso alla percezione che spesso è presente in dottrina circa la pervasività del diritto comunitario sul diritto amministrativo, pare un efficace richiamo l'immaginifico paragone di S. GIACCHETTI, *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, in *Cons. St.*, 1994, II, 97; lì è condotto un parallelismo efficace tra l'attività di erosione delle termiti e quella del diritto comunitario: si sostiene che come tali insetti, anche il diritto comunitario stia silenziosamente erodendo i lineamenti del sistema nazionale, sostituendo con i suoi parametri buona parte del nostro sistema di giustizia amministrativa; l'autore insiste nell'evidenziare la minaccia delle termiti comunitarie: "le norme comunitarie non si limitano a distruggere, ma costituiscono dall'interno un loro sistema che viene gradualmente a sostituire quello nazionale: non c'è il pericolo che tutto crolli all'improvviso. Ma c'è sempre l'effetto della continua, inarrestabile e tendenzialmente irreversibile erosione dell'ordinamento comunitario."

Si riscontrano, a proposito, due carenze di uguale importanza.

La prima: troppo spesso la necessità di adeguamento del diritto amministrativo al diritto di fonte sovranazionale è data quasi per scontata, senza che si individuino precise esigenze di carattere formale. L'uniformità derivante da esigenze giuridiche e l'uniformità derivante da ragioni di opportunità sono spesso confuse.

La seconda: se è noto ed indiscusso che il diritto europeo condiziona, direttamente, l'azione dei soggetti pubblici nazionali che agiscono in attuazione di compiti comunitari ovvero incidono su diritti o libertà affermate dal diritto europeo, è altrettanto vero che, da questo dato acquisito, ci si dimentica di trarre *tutte* le conseguenze giuridiche che ne derivano sui comportamenti dei soggetti nazionali.

Nel tentativo di affrontare tali carenze, nel presente saggio si approfondirà il tema dell'influenza del diritto europeo sul diritto amministrativo nazionale, senza dimenticare le caratteristiche proprie del diritto pubblico, ed individuando, in una logica il più possibile positivista, gli aspetti formali di tale relazione.

Si raccoglie cioè la sfida sottesa ad un recente scritto sul tema della mondializzazione (44) che, in una prospettiva ancora più ampia rispetto a quella di chi si concentra (come qui si intende fare) sul diritto europeo, trattando di mondializzazione dell'economia e di mondializzazione della cultura, precisa che "*mentre nessuno negherebbe queste, si può essere tentati di rifiutarle (alla mondializzazione) un senso giuridico, mentre invece un senso, anzi molti significati giuridici di mondializzazione esistono*" e meritano di essere approfonditi.

(44) U. ALLEGRETTI, *Considerazioni preliminari per uno studio giuridico della mondializzazione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, 1 ss.

CAPITOLO II

SIGNIFICATI E CONTENUTI
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

SOMMARIO: *Parte I. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO COME DIRITTO AMMINISTRATIVO PER PRINCIPI.* — II.I.1. Principi di diritto amministrativo europeo: significato e capacità uniforme. In particolare la c.d. *authenticity* dei principi comunitari. — II.I.2. Il principio di legalità: crucialità del principio nell'ambito del diritto amministrativo europeo. — *Parte II. Sezione I. Le specificità del concetto europeo di legalità rispetto agli ordinamenti nazionali.* — II.II.1.1. Il principio di legalità: il dibattito sull'esistenza di un concetto europeo di legalità amministrativa. — II.II.1.2. Le peculiarità della legalità comunitaria rispetto alle esperienze nazionali: il rispetto della legge come necessità sistematica dell'ordinamento comunitario. — II.II.1.3. La base normativa del principio comunitario di legalità: le disposizioni dei Trattati. — II.II.1.4. Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee. — II.II.1.5. Conclusioni: differenza tra il principio di legalità nella dimensione europea e il principio di legalità come regola cardine degli Stati membri. — *Sezione II. Il principio comunitario di legalità: quadro analitico e sistematico.* — II.II.2.1. Impostazione analitica: la legalità attribuzione. — II.II.2.2. Legalità organizzazione. — II.II.2.3. Legalità procedimentale. — II.II.2.4. Legalità spettanza. — II.II.2.5. Impostazione sistematica. Il senso comunitario della teoria della separazione dei poteri: la legalità come strumento di garanzia per gli Stati membri. La necessità di un concetto rigoroso di legalità. — II.II.2.6. Legalità e giurisdizioni europee. — II.II.2.7. Il principio di legalità e il principio democratico. — II.II.2.8. Il principio di legalità tra i principi fondamentali del Trattato: sua collocazione rispetto al principio di certezza del diritto. — II.II.2.9. ... e rispetto alla libertà di concorrenza. — II.II.2.10. Il principio di legalità e l'effetto utile: interpretazione teleologica delle direttive comunitarie e limitazione dei poteri dell'amministrazione. — II.II.2.11. Conclusioni: l'essenzialità del principio di legalità nel diritto amministrativo europeo.

*Parte I*IL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO COME
DIRITTO AMMINISTRATIVO PER PRINCIPIII.1. *Principi di diritto amministrativo europeo: significato e capacità uniformante. In particolare la c.d. authenticity dei principi comunitari.*

Per individuare quale sia il “*senso giuridico*” del rapporto tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale, e quali conseguenze comporti, occorre approfondire (e soprattutto circoscrivere) il significato del primo dei termini di tale relazione. Perciò la prima parte del capitolo prenderà in esame *i lineamenti del diritto amministrativo europeo*, per verificare quali contenuti esso proponga.

Una caratteristica essenziale del diritto amministrativo europeo è quella di presentarsi come, in massima parte, diritto amministrativo di principi. Non si tratta, qui, di un’anomalia insolita: basta pensare al diritto amministrativo nazionale e, in particolare, alle numerose applicazioni giurisprudenziali dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento per accorgersi che l’elaborazione per principi è forse una caratteristica immanente al diritto amministrativo in quanto tale (1).

Tuttavia, in ambito europeo, è il ruolo dei principi generali a suscitare particolare interesse. Non si tratta infatti di un ruolo meramente integrativo del diritto positivo esistente (come spesso avviene in sede nazionale), quanto piuttosto di un ruolo definitorio di prima istanza.

Si è fatto cenno alla carenza di una parte generale nel

(1) Su questo tema si rinvia allo scritto di A. MASSERA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007, 285 ss.

diritto amministrativo europeo codificata in norme scritte. Proprio i principi generali, per come elaborati dalla giurisprudenza soprattutto comunitaria, rispondono a tale carenza e costituiscono dati di riferimento essenziali in mancanza di norme di diritto positivo che ricostruiscano i caratteri generali del diritto amministrativo europeo.

Inoltre, i principi generali, elaborati tenendo conto, da un lato, dei principi generali comuni alle esperienze degli Stati e destinati, dall'altro, ad esprimere tutta la forza uniforme del loro essere *generali*, manifestano quella capacità del diritto amministrativo europeo di generare fenomeni di convergenza e di armonizzazione sui diritti amministrativi degli Stati nazionali (2).

L'approfondimento che segue viene svolto con riferimento ai principi generali del *diritto comunitario*, considerato che l'elaborazione degli stessi da parte della Corte di Giustizia è arrivata ad un livello di sufficiente maturazione e che i principi di diritto europeo di maggiore interesse sono ormai stati incorporati dalla giurisprudenza della Corte valendo, anch'essi, ai sensi dell'art. 6 del Trattato UE, come principi generali del diritto comunitario.

Quindi, il riferimento ai principi generali di diritto comunitario non comporta lo spostamento in una prospettiva

(2) Così, ad esempio, si è riscontrato che “inevitabilmente i principi generali del diritto comunitario, autonomamente elaborati dalla Corte di Giustizia pur se con riferimento ai principi e alle tradizioni giuridiche comuni agli ordinamenti degli Stati membri, sono penetrati tra le fonti dei diritti nazionali, affievolendo la specificità tradizionale dei diritti amministrativi di quegli Stati. Ne è nata una nuova *koiné* giuridica, nella quale anche la consueta distinzione tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti continentali a diritto amministrativo ha perso parte almeno della sua rilevanza e per la cui formazione il terreno di incontro rappresentato dal diritto comunitario in senso stretto è stato per certi aspetti finanche sopravanzato dagli scambi, dai trapianti e dalle ibridazioni, che spontaneamente si sono realizzati, in più direzione, tra le diverse aree culturali ed istituzionali”. A. MASSERA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITI-GRECO, cit., 287.

esclusivamente comunitaria: si fa riferimento ai principi comunitari al fine di individuare i principi generali del diritto amministrativo europeo, posto che, come si è ricordato nell'introduzione, i principi comunitari ricomprendono anche i diritti e le libertà della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo intesi come principi generali di diritto comunitario, e sono, parimenti, la base delle enunciazioni della Carta di Nizza, e, dunque, di tutto quell'ambito di diritto europeo che si è dichiarato di volere approfondire nella presente ricerca.

Anzitutto, nello studio dei principi generali del diritto comunitario, ci si è imbattuti in un'ambiguità che rende necessario chiarire cosa s'intenda dire utilizzando l'espressione "*principi generali di diritto comunitario*".

Il concetto di principi generali di diritto comunitario è a tutt'oggi discusso. In dottrina si rinvencono principalmente due orientamenti relativi alla cosiddetta "*authenticity*" di suddetti principi: secondo taluni (3), si tratterebbe di principi non scritti, frutto dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ormai saldamenti consolidati nell'ordinamento comunitario; secondo altri (4), i principi generali dovrebbero essere applicati dalle istituzioni comunitarie e potrebbero provocare un'illegittimità (sanzionabile col ricorso per annullamento), solo qualora abbiano la loro fonte in un'espressa disposizione di diritto comunitario, originario o derivato; infine, c'è chi (5) sostiene che essi assommino di-

(3) M. CARTABIA-J.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 89. Ivi pare scontato che il richiamo ai principi generali del diritto comunitario coinvolga *principi non scritti* frutto dell'elaborazione creativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

(4) Si veda ad esempio J. SCHWARZE, *European administrative law*, Londra, 1992, che dà conto anche del dibattito sul tema intercorso nella dottrina tedesca.

(5) J. BENOËT-XEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993, 71ss. Ivi l'Autore analizza dettagliatamente la tematica dei *general principles of law*, seguendo le sistematizzazioni tentate in dottrina e, principalmente, la ricostruzione di J. IGARTUA, *Sobre Principios y Positivismo Legalista*, in *Rivi-*

sposizioni di diritto positivo con regole generali di universale applicazione in tutti gli ordinamenti giuridici moderni.

Su questo punto specifico, discusso in dottrina, non si è espressa la giurisprudenza della Corte, che si è limitata a fare uso dei principi, che tra poco verranno elencati, ritenendoli parte integrante del diritto vigente, senza approfondire il tema della loro origine, giurisprudenziale o normativa.

Dunque, cosa intenda la Corte con l'espressione principi generali (6) resta incerto.

Probabilmente vale anche nel diritto comunitario (specie se si considera che la giurisprudenza della Corte usa un approccio di tipo comparatistico) quanto vale nella giurispru-

sta Vasca de la Administracion Publica, 1986, 14 a sua volta fondate sulle suggestioni di J. CARRIÒ e J. WROBLEWSKI, *Il modello teorico della applicazione della legge*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1967, 44.

Similmente si è espresso T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, Oxford, 1998, 131.

(6) A volte, per esempio, l'espressione è legata ai diritti fondamentali ed al libero esercizio degli stessi di cui la Corte deve assicurare il godimento, come nelle decisioni Corte di Giustizia, sentenza 18 settembre 1986, C-116/82, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 2519; Corte di Giustizia, sentenza 21 maggio 1987, C-133, 134, 135, 136/85, *Rau c. BALM*, in *Racc.*, 2289; Corte di Giustizia, sentenza 11 luglio 1989, C-265/87, *Schrader c. Hauptzollant*, in *Racc.*, 2237; Corte di Giustizia, sentenza 13 novembre 1990, C-379/88, *Marshall*, in *Racc.*, I-4071; Tribunale, sentenza 29 gennaio 1990, T-113/96, *Dubis c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, II-125; Corte di Giustizia, sentenza 28 aprile 1998, C-200/96, *Metronome Musik c. Musik Point Hokamp*, in *Racc.*, I-1953; altre volte la tematica dei principi fondamentali si interseca con quella dell'effettività della tutela giurisdizionale che deve *garantir le pouvoir de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle*: V., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borelli c. Commissione*, in *Racc.*, I-6131; Corte di Giustizia, sentenza 6 dicembre 2001, C-269/99, *Kubne*, in *Racc.*, I-9517; Tribunale, sentenza 3 maggio 2002, T-177/01, *Jego-Quere c. Commissione*, in *Racc.*, II- 2365; Corte di Giustizia, sentenza 25 luglio 2002, C-50/00, *Union de Pequenos Agricultores c. Consiglio*, in *Racc.*, I-6677; Corte di Giustizia, sentenza 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commissione*, in *Racc.*, 8375; Tribunale, sentenza 15 gennaio 2003, T-377, 379, 380/00 e T-260, 271/01, *Philip Morris International c. Commissione*, in *Racc.*, II-1; Corte di Giustizia, sentenza 19 giugno 2003, C-476/01, *Eribrand*, in *Racc.*, I-6471; Tribunale, sentenza 5 agosto 2003, T-116, 118/01, *PE&O European Ferris c. Commissione*, in *Racc.*, II, 2957; Corte di Giustizia, sentenza 11 settembre 2003, C-13/01, *Safaleno*, in *Racc.*, I-8679.

denza degli Stati membri, e cioè che i principi non scritti non sono vincolanti ove non siano, almeno nel nocciolo, codificati.

Pur tuttavia, basta pensare al riferimento ormai costante del Consiglio di Stato al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale per rendersi conto che, anche nella giurisprudenza nazionale, non si richiede, per affermare la vincolatività di taluni principi, la sussistenza di una codificazione precisa degli stessi, essendo sufficiente che essi si ricavino dalla lettura sistematica dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Infatti, proseguendo con l'esempio, anche in assenza di una norma che parli espressamente di effettività della tutela giurisdizionale, dagli articoli della Costituzione e dagli accordi internazionali si deriva il principio secondo cui la tutela fornita nell'ambito di un processo deve essere effettiva, cioè garantire la miglior tutela della situazione giuridica dedotta in giudizio.

Tutto ciò per dire che pare più appropriato, in quanto inerente all'uso che si rinviene nella giurisprudenza della Corte, che impiega espressioni quali *general principles*, o *generally accepted rules*, o *basic principles of law*, o *fundamental principles*, ritenere che i principi generali di diritto comunitario derivino la loro legittimazione a regolare questioni giuridiche da una norma o dall'insieme delle norme costituenti l'ordinamento giuridico comunitario (7), ovvero dalle enunciazioni contenute nelle Carte europee dei diritti e delle libertà.

Da un lato, quindi, si ritiene di dover criticare l'impostazione secondo la quale i principi generali dell'ordinamento comunitario sarebbero principi non scritti e, dall'altro, non pare necessario nemmeno individuare norme precise che contengano l'enunciazione non equivoca di quel principio che si vuole invocare.

(7) Di quest'avviso pare J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 65.

Con ciò non s'intende dire che i principi generali, cui fa riferimento la Corte, costituiscono un elenco chiuso e rigido. Al contrario, proprio il fatto che essi traggano origine o si sviluppino nell'insieme delle norme giuridiche che costituiscono l'ordinamento comunitario, garantisce la loro estrema capacità di adattarsi alle mutevoli esigenze ed ai continui cambiamenti che interessano sia il diritto dei Trattati, sia il diritto comunitario derivato, ovvero il diritto internazionale pattizio prodotto nell'ambito dell'Unione europea e incorporato, più o meno direttamente, nel diritto comunitario.

In sintesi, i principi generali di diritto comunitario derivano la loro legittimazione da norme di diritto positivo, e sono espressione, sintetica, degli interessi e degli equilibri istituzionali che in quel determinato momento storico caratterizzano l'Unione europea.

Quindi, affermare che il diritto amministrativo comunitario è un diritto amministrativo fatto di principi generali, significa che esso costruisce il proprio sistema di regole a partire da dati di diritto positivo o da enunciazioni di carattere formale, sebbene embrionali, che vengono progressivamente sviluppate per via giurisprudenziale o dottrinale, fino a formare un *corpus* di regole di generale applicazione per l'azione amministrativa e per i rapporti tra le amministrazioni comunitarie e i cittadini europei.

Questa collocazione dei principi generali di diritto, tra il diritto scritto e la giurisprudenza creativa della Corte, pare coerente con una delle principali peculiarità dell'ordinamento europeo, cioè quella di essere il risultato della fusione di due tradizioni giuridiche diverse: quella di *civil law* e quella di *common law*.

La ricostruzione qui sostenuta in ordine all'*authenticity* dei principi generali del diritto comunitario viene avvalorata da un interessante dato di fatto: nell'ambito del diritto amministrativo europeo, la crescita della codificazione ha compor-

tato un proporzionale aumento dei principi generali, che sono derivati, appunto, dalla sintesi delle nuove regole di diritto introdotte in seguito alla codificazione di alcuni settori. Ciò prova un collegamento tra i principi generali e la *written law*, che, come si vedrà meglio più oltre, ha il pregio di ridurre l'arbitrarietà del contenuto decisionale delle sentenze del giudice comunitario.

La collocazione nella gerarchia delle fonti di detti principi dipende dalla natura che s'intende riconoscere agli stessi: seguendo la ricostruzione qui proposta, essa dipende dalla fonte normativa da cui essi sono derivati. Se sono derivati dalle disposizioni contenute nei Trattati istitutivi, avranno rango superiore al diritto comunitario derivato, non così se trovano base giuridica nel diritto derivato.

Lo studio dei principi generali ad oggi maggiormente applicati in ambito comunitario dimostra che la maggior parte dei principi che regolano l'attività amministrativa comunitaria, riconosciuti attualmente come parte integrante del diritto amministrativo europeo (alcuni dei quali sono ora formalizzati in normative di settore), a partire da scarni dati normativi sono stati sviluppati dal *creative law making* della Corte di Giustizia e, più in particolare, nell'ambito dei processi decisionali volti a stabilire la legittimità dei provvedimenti delle istituzioni comunitarie (8).

(8) In dottrina si è ritenuto che la base teorica delle iniziative assunte dalla Corte di Giustizia dovesse rinvenirsi nella suggestione del pensiero giuridico francese, secondo cui (art. 4 code civil) "*le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*". Detto in altri termini, la Corte trovandosi in presenza di un insieme di norme oscure o contraddittorie, in ambiti disorganici come quelli delle materie relative al diritto amministrativo europeo, ha fatto ricorso ai principi generali di diritto, per risolvere la questione sottoposta, spesso in assenza di una normativa inequivoca sul punto controverso, J. SCHWARZE, *Droit administratif*, cit., cfr. 7 ss.

Certo è che lo spazio per il richiamo ai principi generali del diritto si può rinvenire nell'art. 164 del Trattato, norma sulla quale si fonda la legittimazione

Per quanto concerne la funzione, i principi generali indubbiamente assicurano una certa flessibilità alle decisioni giurisprudenziali e costituiscono un valido riferimento per scegliere tra le diverse opzioni interpretative che spesso si prospettano nei giudizi davanti alla Corte di Giustizia. Il valore interpretativo (9) dei principi generali di diritto non deve essere trascurato, specie se si considera che le questioni sottoposte alla Corte in seguito al rinvio dei giudici nazionali si basano perlopiù su dubbi di natura ermeneutica e prospettano soluzioni tutte di per sé compatibili col paradigma normativo preso a riferimento.

L'esame della giurisprudenza comunitaria consente di individuare un gran numero di principi ascrivibili all'ambito del diritto amministrativo.

Tra i principi impiegati più di frequente, si possono citare quelli che seguono (10):

il principio di amministrazione secondo la legge (11) (*lé-*

istituzionale della Corte di Giustizia e che consente ai giudici comunitari, dato il generico riferimento al "diritto" e non alla "legge", di fondare le proprie decisioni facendo ricorso, appunto, ai principi generali del diritto.

(9) C. PERELMAN, *La règle du droit: reflexion de méthode*, Bruxelles, 1971; C.J. HAMSON, *Methods of Interpretation. A Critical Assessment of the Results*, in *Judicial and Academic Conferences*, Lussemburgo, 1976; H. KUTSCHER, *Methods of Interpretation as Seen by Judge at the Court of Justice*, *ivi*; F. DUMON, *The Case-Law of the Court of Justice: A Critical Examination of the Methods of Interpretation*, in *Judicial and Academic Conference*, Lussemburgo, 1976; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985, 65; C. FARALLI-E. PATTARO, *Reason in law*, Milano, 1987; J. BENOETXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*, 233.

(10) Si veda anche la classificazione impiegata da F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, 107ss che, con un'impronta prettamente civilista, distingue i principi generali del diritto comunitario in relazione a vari criteri, attinenti alla loro origine, alle loro funzioni, al loro ambito materiale di applicazione e alla loro portata ed estensione applicativa, nonché alla loro coesistenzialità al sistema comunitario. Uno sforzo classificatorio interessante è quello compiuto da R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, 1996, 8 ss.

(11) Richiamano il principio di legalità, nella genericità della sua nozione

galité; the principle of administration trough law); il principio di non discriminazione (12) (*égalité et non discrimination; the principle of non discrimination*); il principio di proporzionalità (13) (*proportionalité; the principle of proportionality*); il

originaria, tra tutte le seguenti decisioni della Corte di Giustizia e del Tribunale: C-134/84, in *Racc.*, 1985, 2233; C-46/87, in *Racc.*, 1989, 2924; C-85/87, in *Racc.*, 1989, 3157; C-97/87, in *Racc.*, 1989, 3186; T-30/90, in *Racc.*, 1991, II-216; T-156/89, in *Racc.*, 1991, II-430; C-228/92, in *Racc.*, 1994, 1473; C-147/92, in *Racc.*, 1994, I-2646; T-73/95, in *Racc.*, 1997, II-394; T-227/95, in *Racc.*, 1997, 1212; T-236/97, in *Racc.*, 1998, 51; T-51/89, in *Racc.*, 1990, II-339; C-74/95, in *Racc.*, 1996, I-6637; C-304/94, in *Racc.*, 1997, I-3599; C-74/95, in *Racc.*, 1996, I-6620; C-304/94, in *Racc.*, 1997, I-3575; 133/85, in *Racc.*, 1987, 2312.

(12) Tra le molte decisioni sul tema, specie adottate nell'ambito del diritto della concorrenza e della tutela delle libertà comunitarie, si citano a titolo esemplificativo le seguenti: 71/61 e 20/61, in *Racc.*, 1962, 615; 6/71, in *Racc.*, 1971, 823; 29/77, in *Racc.*, 1977, 1835; 149/77, in *Racc.*, 1978, 1365; 810/79, in *Racc.*, 1980, 2747; C-8/82, in *Racc.*, 1983, 371; 281/82, in *Racc.*, 1984, 1969; 283/83, in *Racc.*, 1984, 3791; 236/84, in *Racc.*, 1986, 1923; 160/86, in *Racc.*, 1987, 1783; 84/87, in *Racc.*, 1988, 2647; 167/88, in *Racc.*, 1989, 1653; C-267/88, in *Racc.*, 1990, I-435; T-100/92, in *Racc.*, 1994, II-275; T-177/94, in *Racc.*, 1996, II-2041; C-149/96, in *Racc.*, 1999, I-8395; T-146/96, in *Racc.*, 1998, II-281; T-112/96, in *Racc.*, 1999, II-623; T-222/99, in *Racc.*, 2001, II-2823; T-92/00, in *Racc.*, 2002, II-1385.

(13) La giurisprudenza sul principio di proporzionalità è sterminata; la valenza del principio, di derivazione comunitaria, è ormai riconosciuta anche nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Solo a titolo esemplificativo si richiama il suo impiego per la risoluzione di alcuni cause recenti: v., in tal senso, sentenze 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Église de scientologie*, in *Racc.*, I-1335, punto 18, sentenze 14 dicembre 1995, cause riunite C-163/94, 165/94, 250/94, *Sanz de Lera e a.*, in *Racc.*, I-4821, punto 23; T-136/95 98, p. II-3317 ss. E, tra le più recenti, V. T-183/96, in *Racc.*, 1998, FP-57; T-74/96, in *Racc.*, 1998, FP, 352; C-181/96, in *Racc.*, 1999, I-427; C-390/95, in *Racc.*, 1999, I-817; C-161/97, in *Racc.*, 1999, I-2166; C-31/98, in *Racc.*, 1999, I-2443; C-293/97, in *Racc.*, 1999, I-2645; C-255/97, in *Racc.*, 1999, I-2861; C-350/97, in *Racc.*, 1999, I-2944; C-33/97, in *Racc.*, 1999, I-3215; C-106/97, in *Racc.*, 1999, I-6015; C-84/96, in *Racc.*, 1999, I-6563; C-273/97, in *Racc.*, 1999, I-7442; C-6/98, in *Racc.*, 1999, I-7637; T-37/97, in *Racc.*, 1999, II-901; T-44/98, in *Racc.*, 1999, II-1457; C-369/96, in *Racc.*, 1999, 8514; C-74/98, in *Racc.*, 1999, 8784; C-101/98, in *Racc.*, 1999, 8871; T-89/96, in *Racc.*, 1999, 95; T-106/96, in *Racc.*, 1999, 61; T-125/96, in *Racc.*, 1999, 73; T-158/96, in *Racc.*, 1999, 95; T-216/96, in *Racc.*, 1999, 101; T-141/97, in *Racc.*, 1999, 105; T-171/97, in *Racc.*, 1999, 69; T-14/98, in *Racc.*, 1999, 85; T-33/98, in *Racc.*, 1999, 79.

Si rinvia, per una ricostruzione dettagliata del principio di proporzionalità e delle sue ricadute sul diritto interno, agli studi di D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Na-

principio di certezza del diritto (14) (*securité juridique; the principle of legal certainty*) il principio della tutela dell'affidamento (15) (*protection de la confiance legittime; the principle of legitimate expectation*); il principio del contraddittorio procedimentale (*the right to a hearing*); il principio di trasparen-

poli, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; C. CATTABRIGA, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, 1998, 113 ss.; E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di Giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 1544; E. CARATELLI, *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Il Cons. Stato*, 2003, II, 2481; J. SCHWARZE, *Il principio di proporzionalità e il principio di imparzialità nel diritto amministrativo europeo*, 2003, 53.

(14) *Ex multis*, V.C-34/92, in *Racc.*, 1993, I-4174; C-188/92, in *Racc.*, 1994, I-852; C-4/94, in *Racc.*, 1995, I-1010; C-319/93, in *Racc.*, 1995, I-4509; C-212/94, in *Racc.*, 1996, I-423; C-178/95, in *Racc.*, 1997, I-603; C-44/96, in *Racc.*, 1998, I-116; C-161/97, in *Racc.*, 1999, I-2164; C-187/98, in *Racc.*, 1999, I-7743; T-37/97, in *Racc.*, 1999, II-894; T-154/98, in *Racc.*, 1999, II-49; T-110/95 98, II-3641; T-149/96, in *Racc.*, 1998, II-3857; T-91/96, in *Racc.*, 1998, FP-30; T-21/97, in *Racc.*, 1998, FP-63; T-116/96, in *Racc.*, 1998, FP-129; T-23/96, in *Racc.*, 1998, FP-76; T-40/98, in *Racc.*, 1998, FP-25; C-54/95, in *Racc.*, 1999, I-82; C-136/97, in *Racc.*, 1999, I-2513; C-310/97, in *Racc.*, 1999, I-5414; C-84/96, in *Racc.*, 1999, I-6558; T-37/97, in *Racc.*, 1999, II-894; T-82/96, in *Racc.*, 1999, II-72; T-257/97, in *Racc.*, 1999, FP-43; T-125/96, in *Racc.*, 1999, 115; T-132/96, in *Racc.*, 1999, 213; T-158/96, in *Racc.*, 1999, 63; T-182/96, in *Racc.*, 1999, 191; T-126/97, in *Racc.*, 1999, 47.

(15) Il contenzioso comunitario spesso viene risolto dando prevalenza al principio del legittimo affidamento posto dal privato nell'esercizio legittimo dell'attività amministrativa. Si segnalano di seguito alcune decisioni ritenute significative: Corte di Giustizia, sentenza 14 gennaio 1987, C-278/84, *Germania c. Commissione*, in *Racc.*, 1; Corte di Giustizia, sentenza 1° ottobre 1987, *Regno Unito c. Commissione*, C-84/85, in *Racc.*, 3765; Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 1990, C-350/88, *Delacre c. Commissione*, in *Racc.*, I-395; Corte di Giustizia, sentenza C-221788, *CECA c. Busseni*, in *Racc.*, I-495; Tribunale, sentenza 19 maggio 1994, T-2/93, in *Racc.*, II-323; Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1994, C-133, 300, 362/93, *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*, in *Racc.*, I-4863; Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 1998, C-372/96, *Pontillo c. Donatab*, in *Racc.*, I-5091; Corte di Giustizia, sentenza 14 gennaio 1997, C-169/95, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, I-135; Corte di Giustizia, sentenza 17 aprile 1997, C-90/95, *De Compte c. Parlamento*, in *Racc.*, I-1999; Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1998, C-284/94, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.*, I-7309; Tribunale, sentenza 7 luglio 1999, T-106/96, *Wirtschaftsvereinigung Stahl c. Commissione*, in *Racc.*, II-2155; Corte di Giustizia, sentenza 14 ottobre 1999, C-109/97, *Atlanta c. Comunità europea*, in *Racc.*, I-6983.

za; il principio di precauzione; il principio di prevenzione; il principio del libero esercizio dell'attività economica; il principio di tutela della proprietà privata; *le principe de diligence et de bonne administration* (16); *le principe de sollicitude* (17); *le principe de non rétroactivité* (18).

Cercando di sistematizzare i principi generali del diritto, in dottrina sono stati proposti diversi moduli di raggruppamento per tipo (19).

Per quanto concerne i principi rilevanti per il diritto amministrativo europeo, la ricostruzione più funzionale parrebbe quella che distingue tra: 1) principi relativi alla struttura dell'ordinamento comunitario, che definiamo *principi istituzionali*, tra cui il principio di legalità, il principio dell'effetto diretto, il principio della supremazia delle norme comunitarie sulle norme nazionali, la teoria dei poteri impliciti (20), i principi sui diritti fondamentali (21), il principio della re-

(16) È ampio il riferimento a suddetto principio nella giurisprudenza del Tribunale, specie in materia di pubblico impiego, V. T-77/95, in *Racc.*, 1997, II-31; T-73/95, in *Racc.*, 1997, II-394; T-105/96, in *Racc.*, 1998, II-307; T-82/96, in *Racc.*, II-28; T-126/97, in *Racc.*, 1999, 50; T-33/98, in *Racc.*, 1999, 153; T-127/98, in *Racc.*, 1999, 37; T-572/93, in *Racc.*, 1995, II-2043; T-81/95, in *Racc.*, 1997, II-1290; T-229/94, in *Racc.*, 1997, II-1732; T-110/95, in *Racc.*, 1998, II-3642; T-125/96, in *Racc.*, 1999, 122; T-231/97, in *Racc.*, 1999, 38.

(17) V. T-167/94, in *Racc.*, 1995, II-2618.

(18) V. C-13/92, in *Racc.*, 1993, I-4790; C-310/95, in *Racc.*, I-2267; C-259/95, in *Racc.*, 1997, I-5320; C-244/95, in *Racc.*, 1997, I-6486; C-230/97, in *Racc.*, 1998, I-6807; C-60/98, in *Racc.*, 1999, I-3966; C-149/96, in *Racc.*, 1999, 8447; C-292/95, in *Racc.*, 1997, I-1943; C-310/95, in *Racc.*, 1997, I-2238; C-259/95, in *Racc.*, 1997, I-5309; C-149/96, in *Racc.*, 1999, 8402.

(19) M. CARTABIA-J.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, op. cit., 89; J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, op. cit., 71; J. IGARTUA, *Sobre Principios y Positivismo Legalista*, cit., 14; T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, cit., 131; J. SCHWARZE, *Il principio di imparzialità e il principio di proporzionalità nel diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 53.

(20) Si veda ampiamente, sia per la ricostruzione fornita che per la bibliografia indicata, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

(21) M. CARTABIA-J.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 217.

sponsabilità degli Stati per inadempienza agli obblighi comunitari (si tratta di principi validi a qualificare l'ordinamento comunitario, e non il sistema europeo nel suo complesso); 2) *principi di organizzazione*: tra cui il principio di legalità in senso stretto, il principio della separazione dei poteri, il principio di democraticità, il principio di sussidiarietà (anche in questo caso, tali principi vanno più propriamente riferiti al diritto comunitario e non incorporano valori europei); 3) *principi di azione*: tra cui il principio di legalità procedimentale, il principio di proporzionalità, il principio di non discriminazione, il principio del contraddittorio procedimentale (molti di tali principi valgono in tutto il sistema europeo e hanno prodotto o riflettono le indicazioni delle Carte dei diritti); 4) *principi di giurisdizione*: il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, il principio del controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni, in altre parole il principio di legalità, il diritto di difesa, il contraddittorio processuale, la regola del rinvio pregiudiziale e l'azione in carenza.

Individuati i principi generali del diritto amministrativo comunitario, che — si ribadisce — incorporano la maggior parte dei principi generali di diritto amministrativo europeo, per completezza vanno aggiunti, tra le enunciazioni della Carta di Nizza, in particolare, il diritto ad una buona amministrazione, e tra i principi indicati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il diritto di proprietà.

II.I.2. *Il principio di legalità: crucialità del principio nell'ambito del diritto amministrativo europeo.*

Approfondendo il contenuto dei principi accennati, nel tentativo di ricostruire i contenuti essenziali del diritto amministrativo europeo, è parso che il principio chiave della concezione europea di amministrazione sia il principio di legalità.

Anche in questo caso, l'esame prediligerà la dimensione

comunitaria, che verrà via via integrata con le specificazioni necessarie per dare conto della dimensione europea considerata nel presente lavoro.

Si premette che, di seguito, ogni riferimento al principio *comunitario* di legalità, incorpora anche riflessioni sul senso della legalità nell'accezione che tale principio acquista nel sistema europeo: ossia nel sistema che vede come centro l'Unione europea, ma che comprende anche le proclamazioni dei diritti e libertà incorporate nel diritto comunitario.

Il principio di legalità assume un ruolo centrale, in quanto rappresenta il modo in cui un sistema giuridico, considerato nel suo complesso, concepisce l'essenza stessa del potere pubblico e il rapporto di quest'ultimo con il diritto.

Lo studio del principio di legalità, come si dimostrerà di seguito, ha messo in evidenza che non solo il principio di legalità è il *principio dei principi*, in quanto, rivolgendosi alla relazione tra formante normativo e azione amministrativa, è la sintesi della posizione istituzionale delle amministrazioni in un dato contesto normativo, ma in quanto rappresenta anche un'imprescindibile elemento strutturale dell'intero ordinamento europeo che, come forma di cooperazione istituzionale tra Stati sovrani, si basa (sia se teniamo presente il metodo comunitario sia se teniamo presente il metodo internazionale) sugli incontri di volontà che vengono incorporati proprio nella legge comunitaria o europea, il cui estremo rispetto risulta quindi cruciale.

D'altra parte, per definizione, il principio di legalità, condizionando direttamente le manifestazioni dei pubblici poteri, rientra nell'area di quei concetti che sono tipica espressione della sovranità nazionale e, quindi, (come è stato messo in evidenza al capitolo I, par. 1) tendono a restare impermeabili ad influssi esterni.

Tuttavia, anche in un settore così delicato, attinente direttamente ai limiti esterni della sovranità nazionale, la conce-

zione europea esercita un'influenza sul diritto amministrativo nazionale, almeno nei settori in cui i pubblici poteri nazionali incidono su libertà economiche o su libertà proclamate nelle Carte dei diritti, e quindi l'amministrazione nazionale si trova responsabile di azioni i cui parametri di riferimento non sono esclusivamente nazionali. In casi siffatti (come vedremo meglio nel capitolo finale), l'azione amministrativa, qualora incida su situazioni soggettive riconosciute e protette dal diritto sovranazionale, deve anzitutto attenersi al concetto comunitario di legalità che, anche laddove sia diverso da quello interno, prevale (22).

Poste queste premesse è necessario verificare, quindi, il contenuto che il principio di legalità assume in sede comunitaria, per applicarlo poi, di riflesso, in ambito nazionale.

Si anticipa, fin da subito che nell'ambito di un attento esame dei principi che caratterizzano il diritto amministrativo europeo, non appaiono convincenti le opinioni di chi ha ritenuto il principio di legalità, nell'accezione di *rule of law*, un concetto estraneo al sistema sovranazionale (23).

Affrontando l'autorevole dottrina che contesta, in particolare, la presenza di un concetto comunitario di legalità dell'azione amministrativa, si evidenzieranno i caratteri della legalità comunitaria, e le peculiarità che il principio di legalità

(22) Si condivide perciò una preveggenze intuizione di autorevole dottrina che, già agli inizi degli anni '90 ha sostenuto che, qualora i pubblici poteri nazionali abbiano a che fare con situazioni soggettive riconosciute dal diritto dei Trattati, non possono "addurre una efficacia giuridica autoritativa ed imperativa dei propri atti e comportamenti, vuoi che la medesima sia basata sull'esercizio di posizioni generali di sovranità o di autonomia pubblica, vuoi che venga fondata sui connotati del potere inteso quale situazione giuridica soggettiva", Così E. PICOZZA, Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario *sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 1209 ss., spec. 1224. Ciò perché una tale imperatività ed autoritatività è da ritenersi assente, nell'opinione dello studioso citato, dai concetti propri del diritto amministrativo europeo.

(23) Si rinvia a proposito alle teorie esposte al paragrafo immediatamente successivo.

assume rispetto alle esperienze nazionali, ritenendo che esso sia il concetto basilare per definire in concreto i lineamenti essenziali del diritto amministrativo europeo.

Peraltro, lo studio sul principio di legalità è indicativo del modo in cui si sviluppano i principi generali del diritto amministrativo europeo, oltre che delle differenze concettuali non trascurabili tra principi europei e principi nazionali.

Giuffrè, Editore

Parte II

Sezione I

Le specificità del concetto europeo di legalità rispetto agli ordinamenti nazionali

II.II.I.1. Il principio di legalità: il dibattito sull'esistenza di un concetto europeo di legalità amministrativa.

Approfondendo il tema della definizione dei lineamenti essenziali del diritto amministrativo europeo e dei contenuti che esso propone agli Stati membri e quindi anche al nostro ordinamento nazionale, in questa parte del capitolo ci si occuperà di esaminare il principio di legalità, in tutte le sue manifestazioni, cogliendone le peculiarità rispetto al modello nazionale ed individuando l'impatto di tale principio sul diritto amministrativo nazionale.

Anzitutto, in questa sezione, ci si concentrerà nell'esame delle specificità del principio comunitario di legalità rispetto allo stesso principio per come sviluppatosi in sede nazionale.

Nei primi anni di esistenza della cooperazione istituzionale europea, il ruolo del principio di legalità e l'importanza del rispetto delle norme di legge è stato enfatizzato, allo scopo di limitare l'ambito di "sovranità" delle Comunità, perché non andasse ad ulteriore detrimento di quella dei singoli Stati membri.

Di recente, invece, pur ammettendo, in via generale, la sottoposizione dell'amministrazione comunitaria alla "legge" (o meglio, al diritto), alcuni studiosi hanno evidenziato importanti carenze del principio di legalità colto nella sua dimensione sovranazionale.

Anzitutto, autorevole dottrina (1), paragonando il concetto comunitario di legalità con quello accolto negli Stati nazionali, ha precisato che le amministrazioni comunitarie mancano di una soggezione totale ed assoluta alla *rule of law*, in quanto, nell'area del diritto amministrativo europeo, deve essere garantita l'elasticità dell'attività degli operatori istituzionali, specie considerato che l'intervento delle istituzioni comunitarie concerne prevalentemente materie economiche, le quali necessitano di regole flessibili.

Quindi, le specificità dell'ordinamento comunitario comporterebbero un atteggiamento meno rigoroso nel considerare il rapporto tra l'attività delle istituzioni comunitarie e la legge.

Ragionando in questi termini si è anche sostenuto (2),

(1) Così J. SCHWARZE, che ha evidenziato la necessaria flessibilità delle norme in materia economica, cui segue una soggezione "elastica" dell'amministrazione alle regole del diritto che delegano poteri dai tratti piuttosto indefiniti: cfr. *European administrative law*, cit., 210: "*The variety nature of life's contingencies can frequently be dealt with fairly by the legislature only when it uses flexible, undefined legal concepts which the administration can apply in the light of the actual necessities of the individual case. Moreover, the difficulty arises of formulating sufficiently precise legal provisions, especially in the field of economic administrative law (...). This is particularly apparent in the case of Community Law, which is primarily designed to achieve economic aims*".

(2) G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Tratt. Dir. Amm.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, II, in particolare, 1873, par. 8.1. *Un'amministrazione non soggetta alla legge ma alle règle de droit*: ivi, nell'elencare le profonde diversità che intercorrono tra il diritto europeo e i diritti degli Stati dell'Europa continentale si afferma che la principale differenza sta nel fatto che "questo regime giuridico non sia imperniato sul principio di legalità nel senso ampio (legalità sostanziale) in cui esso è sovente inteso nell'Europa continentale. Tra gli atti, manca la legge, intesa come complesso di istituti positivi e, prima ancora, come categoria tecnica, sicché l'uso della locuzione legislazione non solo è privo di valore prescrittivo, ma è da soppesare con cautela anche sul piano conoscitivo", 1874.

La posizione dell'Autore in merito alla valenza comunitaria del principio di legalità appare di recente smussata dall'affermazione, che parrebbe in contraddizione con la citazione appena richiamata, secondo cui "Nell'Unione europea, come in tutti gli Stati membri, l'azione delle amministrazione è retta dal principio di legalità: è cioè sottoposta alla regola di diritto", G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, in *Corso di diritto amministrativo*, a cura di

più radicalmente, che il regime giuridico dell'amministrazione comunitaria, diversamente da quello delle amministrazioni nazionali, non possa dirsi imperniato sul principio di legalità, nel senso ampio della legalità sostanziale.

Tali ultime prese di posizione non paiono condivisibili: in questa parte del presente saggio si tenterà di dimostrare non solo che il principio di legalità sia fondamentale per l'ordinamento comunitario, ma anche che esso impone un rispetto rigoroso delle norme di legge e dei principi della giurisprudenza comunitaria, richiedendo che i provvedimenti degli organi comunitari non meno che delle amministrazioni nazionali (che incidano su libertà comunitarie (3)) ne siano conformi.

Altri autori (4) hanno segnalato la difficoltà di indivi-

S. CASSESE, Milano, 2006, 181 ss. Tuttavia, nell'analisi dettagliata del principio di legalità, le specificità rinvenute nel diritto europeo portano l'Autore a concludere che "Il diritto europeo, per un verso, ha dato vita ad un autonomo principio di legalità, diverso nel suo fondamento dal principio di legalità degli Stati membri. Per altro verso, ha inciso sul modo di intendere la legalità nel diritto nazionale: aggiungendo al parametro interno il nuovo parametro sopranazionale, ha accresciuto la complessità del principio di legalità ed ha sollevato questioni nuove, che attendono una adeguata sistemazione".

(3) Favorevole all'individuazione di un concetto comunitario di legalità è F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001: l'Autore, pur non sottraendo la differenza tra il principio di legalità nel diritto europeo e lo stesso principio nel diritto interno, in cui la legge è espressione democratica della volontà generale, afferma che "il principio di legalità, inteso nella sua accezione sostanziale, è pacificamente incluso tra i principi fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte assicura l'osservanza e comporta la necessità che l'azione amministrativa sia delimitata da preve norme e che essa si sviluppi, per quanto possibile, attraverso fasi procedurali, idonee a consentire ai soggetti, che ne sono coinvolti, determinate forme di partecipazione", 29.

Ammette l'esistenza, seppure con caratteri peculiari, del principio di legalità nell'ordinamento comunitario A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, 41 ss., ivi si sostiene che il principio comunitario di legalità si colloca in quell'ordinamento ad un livello, per così dire anticipato, trovando appiglio nelle norme del Trattato, per come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, piuttosto che in norme di legge attributive dei singoli poteri. L'Autore conclude che "il principio di legalità si pone, quindi, in termini più ridotti rispetto a quanto avviene a livello nazionale".

(4) Molto interessante la ricostruzione proposta di recente da D. MINESHI-

duare un concetto uniforme di *rule of law* nell'ambito del diritto comunitario, data la pluralità di significati che tale regola assume negli Stati membri e, più precisamente, accertato un contrasto tra la visione del principio nell'Europa continentale, da un canto, e nei Paesi Anglosassoni, dall'altro. Le tradizioni giuridiche dei due diversi sistemi di *civil* e *common law* avrebbero sviluppato delle concezioni diverse della legalità dell'azione amministrativa, che rispecchiano correlativamente le rispettive idee di Stato, di legge, del ruolo dei giudici e del governo.

Tuttavia, non ci si allineerà neppure a queste ricostruzioni, non soltanto perché enfatizzano eccessivamente antinomie, a ben vedere, più apparenti che reali, ma anche perché il diritto amministrativo europeo non appare la somma, o la riduzione a sistema, delle caratteristiche comuni dei diversi diritti amministrativi nazionali, individuando invece un autonomo insieme di regole ed istituti che, in parte, si assomigliano e, in parte, si differenziano da quelle vigenti negli Stati membri. Perciò l'uniformità del principio di legalità non sarà trovata nell'armonia di significati tra le diverse realtà nazio-

MA, *The Rule of Law and EU Expansion*, in *Liverpool Law Review*, 2002, 73: "It is differences (...) that make it difficult and very challenging, with regard to developing a uniform conception of the rule of law for the entire Community, especially when taking into account the current expansion proceedings to include countries which historically and culturally differ from current member states", 76. In particolare, ivi, la differenza ritenuta più significativa è quella che diversifica due atteggiamenti che la *rule of law* può assumere: uno volto a intendere il principio di legalità in chiave istituzionale, per spiegare i rapporti tra potere amministrativo e potere giurisdizionale, come limite al sindacato sulla discrezionalità amministrativa; l'altro in relazione all'importanza del riconoscimento normativo di alcuni diritti ritenuti fondamentali nelle democrazie moderne: "the former places emphasis upon judges and underlines a more institutional-based rule of law conception, while the latter definition emphasises a rights-based conception of the rule of law", 76.

Posizioni particolarmente originali si rinvencono anche negli scritti di D. TRIANTAFYLLOU, *The European Charter of Fundamental Rights and the "rule of law": restricting fundamental rights by reference*, in *Common Market Law Review*, 2002, 53 e A. MARMOR, *The Rule of Law and its Limits*, in *Law and Philosophy*, 2004, 1.

nali, ma piuttosto andrà ricercata restando all'interno dell'ordinamento europeo medesimo.

In una posizione più progressista, c'è stato anche chi (5) ha sostenuto che il principio comunitario di legalità si collocherebbe, nell'ordinamento comunitario, ad un livello, per così dire, anticipato, trovando appiglio nelle norme dei Trattati, per come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, piuttosto che in norme di legge attributive di singoli poteri, concludendo che *“il principio di legalità si pone, quindi, in termini più ridotti rispetto a quanto avviene a livello nazionale”*.

Nemmeno questa impostazione pare condivisibile, in quanto, oltre a scontare eccessivamente una visione nazionale della legalità, è legata ad un concetto di legalità limitativo, intesa quest'ultima solo come necessità di conformità alla legge e non coglie appieno il significato della relazione tra potere amministrativo e vincoli interni allo stesso.

Vi è anche una parte della dottrina che conferma la presenza del principio di legalità tra i principi cardine del diritto amministrativo europeo.

Pur non sottacendo la differenza tra il principio di legalità nel diritto europeo e lo stesso principio nel diritto interno, in cui la legge è espressione democratica della volontà generale, è stato così affermato che *“il principio di legalità, inteso nella sua accezione sostanziale, è pacificamente incluso tra i principi fondamentali del diritto comunitario di cui la Corte assicura l'osservanza e comporta la necessità che l'azione amministrativa sia delimitata da preve norme e che essa si sviluppi, per quanto possibile, attraverso fasi procedurali, idonee a consentire ai soggetti, che ne sono coinvolti, determinate forme di partecipazione”* (6).

(5) A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, cit., 41 ss.

(6) Cfr., F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, 29.

In questa prospettiva, risulta particolarmente interessante la ricostruzione di chi ha ricompreso la *rule of law* tra i principi costituzionali dell'Unione europea (7), ritenendo tale regola comprensiva di una serie di valori eterogenei, concernenti la legalità delle istituzioni comunitarie, la giustiziabilità dei provvedimenti e la certezza del diritto (8).

Peraltro, ancor prima che da ricostruzioni teoriche o di sistema, la conferma della presenza di un concetto giuridico di legalità comunitaria si evince dai documenti approvati dalle istituzioni comunitarie: anzitutto, secondo la Commissione europea, il principio di legalità è ritenuto un valore fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario cui gli Stati non solo devono sottostare, ma che hanno anche il dovere di incrementare, in quanto esso rappresenta un "*principio fondamentale di ogni sistema democratico volto ad incoraggiare e promuovere i diritti, siano essi civili, politici od economici,*

(7) Ci si riferisce al recente ed approfondito lavoro di ricerca svolta da M.L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The rule of law in the European Constitution*, Londra, 1999, ivi si ritiene che "*The idea of the Rule of Law is intrinsically bound to the ensuring of legal protection by an independent judiciary*", 35.

In questa stessa prospettiva, la Corte di Giustizia ha inteso il principio di legalità come principio fondamentale del diritto comunitario, nella sua qualità di principio costituzionale comune agli Stati membri, cfr., sentenza 11 luglio 1989, in C-265/87, *Schrader e a.*, in *Racc.*, 2237; sentenza 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, in *Racc.*, I-6609.

(8) M.L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The rule of law in the European Constitution*, op. cit., "*First, the principle of the Rule of Law underlies the whole Community legal system. In this sense, the Community is a Community of Law, in which all legal acts of the institutions intended to have legal effects may be reviewed by the Court of Justice. From this idea, the Community as a Rechtsgemeinschaft, it results that the Community legal order has a complete system of legal remedies, and that the Court of Justice has engaged itself to perfect the system of legal protection. The notion of Rechtsgemeinschaft is used by the Court of Justice as an inspiring idea and a justification tool in its task of guaranteeing the completeness of the legal system. Secondly, the principle of the Rule of Law also includes the principle of the legality in Community law. A first aspect of the principle of legality requires that the respect of law is ensured by an independent organ, the Court of Justice. A second aspect of the principle of legality requires power to be divided among the institutions, that is, the avoidance of the concentration of powers*", 175.

sociali o culturali” (9). In secondo luogo, nelle dichiarazioni del Parlamento europeo, il termine *rule of law* si trova, invece, legato ad affermazioni relative all’indipendenza ed all’imparzialità della magistratura, alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali e ad una buona e trasparente amministrazione (10). In terzo luogo, il Consiglio, nell’implementazione delle politiche comunitarie, ha ritenuto di fondamentale importanza lo sviluppo ed il consolidamento del principio di legalità, inteso come appendice della democrazia e del rispetto dei diritti umani (11).

Come si vedrà in seguito, nonostante le perplessità della dottrina citata per prima, gli studi di diritto comunitario dimostrano che il concetto di legalità assume un ruolo centrale nel diritto amministrativo europeo, la cui autonomia concettuale non è trascurabile e consente numerosi approfondimenti.

II.II.I.2. *Le peculiarità della legalità comunitaria rispetto alle esperienze nazionali: il rispetto della legge come necessità sistematica dell’ordinamento comunitario.*

Il principio di legalità è una nozione sfuggente; intorno ad essa sono state formulate riflessioni pressoché in ogni settore del diritto.

Il concetto di legalità che verrà approfondito nelle pagine a seguire è doppiamente circoscritto: alla legalità amministrativa ed alla legalità comunitaria.

Questa delimitazione dell’oggetto della ricerca è necessa-

(9) COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione, “Democratizzazione. Stato di diritto”* 12 marzo 1998, 2.

(10) PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sull’allargamento*, 9 dicembre 1997, Bruxelles, 4.

(11) CONSIGLIO, *Proposta di regolamento sullo sviluppo e il consolidamento della democrazia e il ruolo del principio di legalità e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, COM 97/357, I, art. 2.

ria per giustificare il fatto che alcuni aspetti, pur connessi al tema della legalità, ma non essenziali al principio di legalità per come inteso nell'ambito del diritto amministrativo europeo, verranno inevitabilmente trascurati.

Fin dalle prime analisi storiche, il citato principio è stato considerato un valore imprescindibile per gli ordinamenti democratici: l'origine della *legalità, in senso pubblicistico*, si può rinvenire già nella *Politica* di Aristotele (III.16, 1287a19), dove si affermava la necessità di un insieme ordinato di leggi, per dare ordini e regolare la comunità, in un contesto democratico. Da questa primissima affermazione, lo studio della legalità è stato approfondito, prima di essere oggetto di considerazione nell'area del diritto pubblico, dagli studiosi della filosofia del diritto e dagli storici del diritto: essi ne hanno colto il senso di ideale della convivenza civile, ponendolo in relazione con le teorie sulla forma di Stato e di Governo e leggendo le esigenze di legalità in contrapposizione con l'anarchia e l'assolutismo monarchico.

Viceversa, il principio di legalità ha cominciato ad interessare la dottrina pubblicista del diritto amministrativo in quanto indica, primariamente, la regola, *organizzativa*, secondo la quale una pubblica amministrazione può esercitare solo quel potere attribuitole dalla legge e nei limiti dalla legge stessa stabiliti.

Nell'esperienza degli Stati nazionali, l'affermazione della soggezione della autorità alla legge risale al momento della concretizzazione dello Stato di diritto ed al radicarsi dei valori ad esso connaturati (specialmente sec. XIX). Allora si cominciò a ritenere fondamentale che l'attività autoritativa dell'amministrazione pubblica fosse previamente autorizzata da norme di legge e che fosse, per quanto stabilito, ad esse conforme.

Regola cardine del nuovo Stato, fondato sul rispetto di regole precostituite — il c.d. Stato di diritto — era appunto il principio di legalità dell'amministrazione, cui si affiancava

quello di separazione dei poteri. L'intento specifico della vincolatività alla legge dell'attività degli apparati operativi statali, consisteva nella necessità di proteggere i cittadini da eventuali interventi arbitrari e vessatori delle autorità pubbliche, frequenti in quell'*humus* in cui il principio di legalità era cresciuto (*to guarantee the freedom of the citizen*). Tutto ciò in antitesi al precedente regime in cui vigeva l'insindacabilità e l'illimitatezza del potere sovrano.

Con l'evolversi delle forme di Stato, la legge diventava espressione del principio democratico e della rappresentatività popolare: un parlamento, eletto dal popolo, emanava leggi cui le autorità erano soggette (12).

A questo proposito e riflettendo in particolare sul legame tra legalità e democrazia, in un'interessante e complessa ricerca è stato messo in evidenza (13) che "l'*appeal democratico del principio di legalità*", così forte all'origine, è ora estremamente ridotto a causa dell'evoluzione del sistema politico dello Stato, organizzato sul Governo della maggioranza e sulla responsabilità politica che portano a "*rinunziare ai corollari del paradigma tradizionale, tra cui anche la pretesa unificante ed accentratrice del principio di legalità*" (14).

In effetti, nella concezione moderna di Stato, il nesso tra legalità e democrazia, in cui la volontà dei rappresentanti corrisponde a quella del corpo elettorale e si riversa nella legge, è affievolito, o forse superato, dall'accoglimento del principio maggioritario, in cui decide una sola parte politica e la legge diventa frutto della volontà della maggioranza. Con queste

(12) Questa prospettiva è stata approfondita da B. SORDI, in Atti del Convegno di Varenna "*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*", in corso di pubblicazione.

(13) S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 467 ss.

(14) S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, cit., 523.

premesse si avverte che, oggi, “*il principio di legalità non può che ricevere una lettura molto differente da quella adombrata precedentemente. La legge fatica ad essere vista come espressione della volontà popolare. Le virtù democratiche della legge in quanto tale tendono inevitabilmente a scolorire*” (15).

È ben vero però che attualmente esiste un consenso generalizzato sugli elementi essenziali che caratterizzano un ordinamento giuridico ispirato al principio di legalità: che la legge sia chiara, coerente, certa; che gli organi di governo ne siano sottoposti come i semplici cittadini; che la violazione delle norme possa essere denunciata davanti ad un giudice. Tuttavia, la genericità della nozione, che indica qualsivoglia forma di soggezione alla legge, lascia che il principio di legalità conservi, nella realtà degli Stati nazionali, una pluralità di significati, giuridici non meno che storici.

Questa indeterminatezza rappresenta il primo punto di comunanza tra il concetto comunitario di legalità e quello nazionale. Affermare, in via di prima approssimazione, che col termine principio di legalità s'intende la regola per cui l'azione amministrativa è conforme alla legge, non cambia di molto la vaghezza dell'espressione, e non consente di cogliere il nesso tra l'astrattezza delle norme e la realizzazione concreta del potere amministrativo (16).

La genericità del concetto “principio di legalità” si percepisce chiaramente, ad esempio, da una lettura delle prime righe di un interessante scritto (17) che lo riassume così: “*il*

(15) S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, cit., 511.

(16) Sotto il principio di legalità c'è molto di più, c'è “una questione che sembra in realtà trascendere le competenze e le capacità codificatorie del legislatore positivo (anche se di livello costituzionale), per investire in effetti il cuore stesso del nostro attuale sistema istituzionale”, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 133.

(17) A. CATALANI, *Il principio di legalità e la soggettività dell'operazione interpretativa*, in *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002, 353 ss.

nostro ordinamento, come ogni altro Stato moderno libero e democratico, si basa sul rispetto della legge, quale viene enunciata come espressione della sovranità popolare. Alla legge non solo i privati, ma anche gli organi pubblici, devono ottemperare”.

Tale genericità è, allo stesso modo, il limite e la forza del principio che si sta per approfondire. *Limite*, in quanto porta con sé innumerevoli incertezze ed approssimazioni che rischiano di allontanarci dalla natura cruciale e vincolante del principio come regola cardine del diritto positivo statale e sovranazionale. *Forza*, perché ha in sé l’attrattiva dei concetti fondanti dei sistemi giuridici, resistenti ai mutamenti della storia e del diritto.

Si usa dire che, mentre per i privati la legge genera un vincolo di tipo negativo, per l’Amministrazione essa genera un vincolo di tipo positivo. Nel senso che i privati possono fare tutto ciò che risponde all’esercizio libero ed autonomo della propria autodeterminazione, nei limiti, negativi appunto, delle norme vigenti; viceversa, i soggetti pubblici possono fare solo ciò che le norme dell’ordinamento consentono loro di fare, nei limiti, positivi, delle norme vigenti.

Queste prime approssimazioni continuano però a non essere soddisfacenti per quanto concerne la definizione di principio di legalità. Resta ancora necessario intendersi su quale sia, più di preciso, il significato comune dell’espressione in analisi (18).

(18) Il significato del principio di legalità ha impegnato costantemente la dottrina nazionale; si citano di seguito alcuni dei contributi più significativi, anche se, come si cerca di dimostrare in queste pagine, le peculiarità dell’ordinamento comunitario non consentono una sovrapposizione concettuale piena delle esperienze nazionali con quella europea. C. MARZUOLI, *Principio di legalità a attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; M.R. DONNARUMMA, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell’art. 113 della Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 517; F. SORRENTINO-R. BALDUZZI, *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989, 1207; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990; R. CAVALLO PERIN, *Poteri di ordinanza e principio di*

La molteplicità di valenze che il principio di legalità viene ad assumere si percepisce, innanzitutto, considerando la realtà degli Stati nazionali (19).

legalità, Milano, 1990; G. MORANGIU-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 113 ss., *ivi* in particolare si veda P.A. CAPOTOSTI, *Verso una nuova configurazione del principio di legalità?*, 133; F. LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di "crisi"*, 153; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dis. Disc. Pubbl.*, IX, 1994, 85; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 247; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 91; A. D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1996, 25; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1997, 3303; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 111; F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. Amm.*, 1999, 359; C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative ed ordinamenti. Atti del Convegno si Macerata, 21 e 22 maggio 1999*, Milano, 2000; SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, *ivi*, 3; G.U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, 152; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; S. FOIS, *I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Torino, 2002; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, *passim*; R. TONIATTI, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 503.

(19) Con riferimento ai significati assunti dal principio di legalità N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, op. ult. cit. L'Autore individua due nozioni di legalità dell'azione amministrativa: 1) l'idea per cui l'azione amministrativa debba essere sempre e comunque conforme alla "legge"; 2) l'idea per cui ciascun intervento autoritativo di un organo amministrativo poggi su di un conferimento del relativo potere operato su una fonte normativa a ciò abilitata, 6 ss.

Come si noterà più oltre, le due nozioni appena riferite di legalità, che possono essere riassunte nei binomi legalità-legittimità e legalità-attribuzione, sono complicate nell'ordinamento dell'Unione da una pluralità di altre sfumature concettuali (a tal proposito si rinvia ai paragrafi successivi). In particolare, il concetto di legalità-mandato, che esprime i condizionamenti sostanziali operati dalla legge sull'esplicarsi dei poteri amministrativi, risulta, in quel contesto, fondamentale, al fine di percepire fino a che punto il legislatore comunitario possa delimitare l'esercizio delle pubbliche funzioni.

Si segnala anche l'impostazione di A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, cit., che prende le mosse dall'analisi del principio di legalità condotta con riferimento alla realtà degli Stati membri ritenendo, a differenza di quanto sostenuto qui nel corpo del testo, che "il principio di legalità, così come è cresciuto negli ordinamenti interni degli Stati membri nella versione più diffusa

Un'attenzione particolare meritano gli sviluppi dottrinali sul principio di legalità nel nostro sistema nazionale. In particolare, gli studi effettuati da autorevole dottrina nel corso del XX secolo (20), offrono lo spunto per segnalare l'accezione del concetto di legalità dell'azione amministrativa così come percepito nel contesto istituzionale dello Stato di diritto (21).

sopra richiamata (n.d.r.: nella versione dello Stato costituzionale di diritto), è il risultato di una evoluzione storica ben determinata e, come tale, è accolta nell'ordinamento comunitario", 2. L'Autore sostiene, in particolare, che un importante punto di comunanza tra il principio di legalità per come percepito nell'ordinamento comunitario, da un lato, e negli ordinamenti nazionali, dall'altro, sia rappresentato dal principio di azionabilità. Perciò si afferma che "la ricostruzione del principio di legalità quale principio generale dell'ordinamento comunitario, desunto dagli ordinamenti e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, se appare valida e condivisibile per ciò che attiene alla c.d. legalità-garanzia, nella quale la contestazione della base legale o del superamento dei limiti dell'esercizio dei poteri pubblici comunitari riecheggia le analoghe problematiche di diritto interno, per ciò che concerne, invece, il rispetto della legalità comunitaria nell'interesse generale della Comunità affidata all'iniziativa diretta degli Stati e delle istituzioni comunitarie, si è in presenza di un principio che nasce con lo stesso diritto comunitario, attraverso un processo di astrazione e generalizzazione delle norme poste a presidio degli equilibri interni (tra le istituzioni comunitarie) ed esterni (tra istituzioni comunitarie e Stati)", 35.

(20) Oltre agli studi di seguito citati, si rinvia, per quanto qui considerato, agli approfondimenti di: F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano*, 1901, III, 1; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, XVI, 1924, 281; S. BARTHOLINI, *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte*, Padova, 1957; R. ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, 49; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904; S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 913; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; A. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 1355.

(21) Si veda, ad esempio, O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 141: "Lo Stato in quanto si sottopone al diritto e di questo assicura l'osservanza anche in riguardo a sé medesimo, per mezzo di apposite istituzioni, è Stato di diritto".

Già agli inizi del 1900, la soggezione dell'attività amministrativa alla legge era un dato importante per gli studiosi del diritto amministrativo: il principio di legalità significava che anche lo Stato, nell'esercizio della funzione amministrativa, era tenuto a sottostare al diritto, nascesse questo dalla consuetudine o da fonti normative primarie (22).

È bene precisare che lo studio delle riflessioni svolte dalla dottrina italiana del XX secolo porta a concludere per l'essenzialità del diritto come confine esterno all'esercizio dei poteri pubblici: il diritto per l'amministrazione non era nullo se non l'insieme di norme, secondo o nei limiti delle

Anche il Miele (G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953) affermava la fondamentale soggezione dell'attività amministrativa al diritto oggettivo, intendendola come attività vincolata all'osservanza delle norme legislative e regolamentari esistenti: "effetto, questo, che nella sua intensità ed espansione è proprio dello Stato moderno", G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 25. Nella sensibilità giuridica dell'Autore, l'importanza del principio di soggezione alla legge era legata alla mutata concezione politica ed al subentro dello Stato costituzionale sull'idea assolutistica di Governo, per cui "le funzioni non erano più considerate un'emanazione del Sovrano, o esposte alla sua mutevole volontà, ma venivano distribuite tra una molteplicità di organi e disciplinate in modo obiettivo", G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 26.

Sulla nozione di Stato di diritto, senza pretese di esaustività, ma come bibliografia essenziale si vedano: F. PERGOLESI, *Sullo Stato di diritto*, Padova, 1931; P. BODDA, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935; SANTI ROMANO, *Lo Stato di diritto e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969; e, tra i più recenti, M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, in *Filosofia politica*, 1991, 325; M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, Torino, 1994; F. HAMON-C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Parigi, 1999; G. GOZZI, *Democrazia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia Costituzionale*, Roma, 1999; F.M. NICOSIA, *Sovrano occulto: lo Stato di diritto tra Governo dell'uomo e governo della legge*, Milano, 2000; F. BARTOLOMEI, *Saggi di diritto pubblico. Stato di diritto e amministrazione*, Milano, 2000; P. COSTA-D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milano, 2002.

(22) Tuttavia, inizialmente, la sottoposizione alla legge non era considerata un elemento decisivo nella definizione dell'attività amministrativa, ciò in quanto non era considerata "un elemento che appartenesse al suo concetto e non era poi di essa esclusivo e caratteristico": O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 268. Dunque, il principio di legalità, pur, senza dubbio, valore essenziale dell'ordinamento, restava, agli albori, solo marginalmente inserito nella teoria dell'attività amministrativa.

quali, essa era tenuta ad agire per soddisfare i bisogni e gli interessi posti nei suoi fini. Perciò si affermava che “*come l'individuo, dentro questi confini, vuole e opera liberamente per soddisfare i suoi bisogni, raggiungere i suoi fini, attuare in genere i compiti che si propone nella vita, guidato normalmente, nella sua attività dal criterio della convenienza, vale a dire di ciò che meglio può condurlo allo scopo, cui tende, così lo Stato nell'amministrazione deve considerare il diritto solo come la barriera esteriore, il limite della sua attività dentro del quale esso può e deve agire liberamente, determinato dallo scopo di soddisfare il bisogno collettivo, di cui si tratta, e guidato dal criterio della convenienza, vale a dire di ciò che meglio può contribuire a raggiungere tale scopo*” (23).

Emerge chiaramente, in particolare negli scritti di Oreste Ranelletti, che l'organo amministrativo poteva ben trovarsi in situazioni in cui il contenuto e la portata della norma giuridica risultava incerto e controverso. In tali evenienze si consentiva al soggetto esercente funzioni amministrative di procedere a risolvere i problemi giuridici relativi all'applicazione della norma, e ciò “*non per decidere delle questioni, e per applicare il diritto nel caso concreto, ma per conoscere la norma e quindi la regola e i limiti della sua azione, nel provvedere ai bisogni e soddisfare gli interessi, di cui nel caso si tratta*” (24).

Le elaborazioni della dottrina italiana evidenziano anche la consapevolezza che tale soggezione degli apparati amministrativi alla legge non poteva dirsi sempre perfetta aderenza ai dettami normativi: si percepiva, cioè, oltre alla necessità

(23) R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978, 239 ss.

Sulla storia del diritto amministrativo in Italia, utile per intuire il significato delle posizioni via via assunte dagli studiosi italiani sul tema della legalità dell'azione amministrativa si rinvia a G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica*, Milano, I, 1998; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.

(24) O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 271.

di una sottoposizione dell'amministrazione alle norme di legge, l'esistenza di un'area, per così dire grigia, in cui l'azione amministrativa poteva completare essa stessa il dato normativo, nella soddisfazione dei bisogni che le norme miravano a garantire.

Nelle esperienze nazionali, una tale concezione del rapporto tra legge ed amministrazione si giustificava parzialmente col tentativo di delineare una netta distinzione tra la funzione amministrativa e la funzione giurisdizionale.

Alle origini dello Stato moderno, il compito dell'amministrazione, percepito in antitesi con quello giurisdizionale, era inteso come l'applicazione della legge alla luce dei bisogni e degli interessi della collettività (25).

Successivamente, il rapporto tra azione amministrativa e disposizioni di legge veniva spiegato tenendo conto del diverso grado di determinazione dell'interesse pubblico nella legislazione, da una parte, e nell'attività amministrativa, dall'altra: generale ed astratto, il primo, e attuale e concreto, il secondo. Perciò, sebbene si riconoscesse quale esigenza propria dello Stato di diritto la necessità di disciplinare nel modo più stretto possibile l'attività dell'amministrazione, si segnalava tuttavia che *“una determinazione positiva, espressa, dell'interesse pubblico concreto da parte della legge sarebbe stata impossibile, a causa della infinita gamma dei diversi casi pratici e delle diverse situazioni pratiche che si possono presentare, sì che la legge, come si è detto, è costretta ad una determinazione imperfetta, approssimativa, fatta appunto mediante l'indicazione dei minimi di pubblico interesse la cui sussistenza quanto meno essa esige per giustificare un provvedimento concreto”* (26).

D'altra parte, per rafforzare il principio di legalità, pren-

(25) Cfr., O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 271; P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione*, in *Studi*, 1957.

(26) R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 242.

deva piede anche la convinzione che una corretta amministrazione avrebbe dovuto non solo rispettare la legalità formale, ma tenere conto anche di quelle norme non giuridiche che caratterizzavano il buon esercizio del potere pubblico (c.d. legalità sostanziale). Da ciò seguiva l'opinione che i poteri discrezionali non potevano essere poteri di mero arbitrio totalmente svincolati dal dato normativo (27).

Sempre in sede nazionale, nel primo decennio della seconda metà del '900, la nozione di legalità dell'azione amministrativa veniva ancora meglio specificata ed emergeva la differenza, a tutt'oggi essenziale, tra principio di legalità nel diritto privato e principio di legalità nel diritto pubblico.

Considerando il particolare atteggiamento delle norme di legge colte in relazione all'attività dell'amministrazione (28), si riteneva (29) che, confrontando la legislazione amministrativa con quella di diritto privato, alla funzione di limite, che è propria del diritto in generale, il diritto amministrativo ne aggiungesse un'altra, cioè quella di determinazione positiva della condotta delle pubbliche amministrazioni, nell'esercizio dei pubblici poteri. E, dunque, il diritto amministrativo veniva ad acquisire una funzione più sostanziale, colta sia nei confronti dell'attività interamente vincolata dalle

(27) Così, molto chiaramente, S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 40-41.

(28) Ci si riferisce in particolare agli studi dello Zanobini, il quale pare aver colto un aspetto ancora oggi fondamentale per lo studio del principio di legalità dell'amministrazione; cfr., G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Milano, 1958.

Si vedano anche *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1924, I, 383; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., 38; A. LEVI, *Attività libera individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Scritti in onore di Cammeo*, Padova, 1933, vol. II, 79; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, 8; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 24 ss.

(29) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, op. ult. cit., 32.

norme del diritto oggettivo, sia nei confronti dell'esercizio di poteri discrezionali. In questa prospettiva si è sostenuto che l'attività discrezionale è vincolata dalla legge in quanto si concreta, diversamente dalla libertà privata, in una facoltà di scelta con cui l'amministrazione agisce *al servizio di altri*, cioè per il conseguimento di fini voluti ed imposti dal legislatore. Di questo passo, si è giunti alla conclusione che le leggi amministrative non delineassero solo i confini esterni della sfera giuridica della pubblica amministrazione, ma determinassero anche e in modo penetrante il contenuto positivo dell'azione amministrativa. Questo ulteriore contenuto, scritto nelle norme, assumeva anch'esso rilevanza esterna. In sostanza, il diritto pubblico richiedeva che la conformità alla legge fosse non solo formale, ma anche sostanziale (30).

Il diritto amministrativo, cioè, dovendosi interessare anche della tutela dell'interesse pubblico, non poteva prescindere da una limitazione sostanziale della potestà d'azione dell'amministrazione, quantomeno mediante una determinazione estrinseca dell'interesse la cui concreta sussistenza era necessaria a legittimarne l'attività.

Infine, la dottrina italiana metteva in relazione il principio di legalità con la supremazia giuridica generale riconosciuta all'amministrazione, come titolare del potere di imperio (31). Il *favor* per la libertà di determinazione delle amministrazioni pubbliche emerge chiaramente dagli scritti del Cammeo (32), il quale utilizzava l'espressione "*sano arbitrio*" per descrivere l'area in cui l'amministrazione poteva esercita-

(30) Per quanto concerne la differenza dell'operare del principio di legalità ora nei confronti dell'amministrazione, ora nei confronti dei privati, si è ritenuto che la funzione amministrativa producesse dei *comandi complementari* al comando legislativo. Cfr., diffusamente in R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 229.

(31) Sulla supremazia dell'amministrazione si veda, a titolo esemplificativo, V.E. ORLANDO-F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1949, 25.

(32) Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.

re il proprio potere discrezionale, ciò in quanto “*le leggi, dopo aver designato nelle linee generali, gli scopi dello Stato e i mezzi per raggiungerli, non possono determinare in modo così minuto e preciso l'azione concreta dello Stato da renderla una mera esecuzione, ma devono lasciare all'amministrazione, nei confini segnati, una certa latitudine discrezionale, spesso ampia, nella quale essa può operare a suo sano arbitrio*” (33).

Invero, una simile percezione del potere amministrativo si trovava, sebbene più temperata, già negli scritti del Santi Romano, il quale affermava che, se è vero che l'attività amministrativa non è mera esecuzione di un comando di legge, in quanto munita di un'area di libertà, tuttavia, la libertà dell'amministrazione non può essere equiparata alla libertà dei privati, in quanto “*le finalità che può porsi l'amministrazione debbono corrispondere a quelle che sono, sia pure genericamente, determinate dalla norma da cui il potere discrezionale deriva: altrimenti si ha un'azione illegittima, perché viziata di eccesso di potere*” (34).

In quest'ottica, si riteneva che l'esercizio della funzione amministrativa potesse svolgersi oltre gli stretti limiti di legge, purché ciò fosse legittimato dal conferimento di una potestà di agire, pressoché generale, da parte di una norma giuridica. L'importante era che il potere amministrativo trovasse il proprio fondamento nel diritto obiettivo, “*mediante un conferimento esplicito o implicito, specifico o generico, da parte di una norma giuridica legislativa*” (35).

Così descritta più dettagliatamente l'esperienza italiana, l'analisi della storia degli altri Stati nazionali dimostra che il concetto di legalità dell'azione amministrativa presenta pressoché le medesime caratteristiche, sebbene ogni contesto nazio-

(33) Segnalando l'inesattezza della terminologia che definisce esecutiva l'attività amministrativa, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 13.

(34) S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, op. ult. cit., 40.

(35) R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 230.

nale si presti a valorizzazioni o sottolineature della legalità adatte alla teorica complessiva dell'ordinamento di riferimento.

Il primo dato che emerge dallo studio dei sistemi nazionali è la *storicità* del principio di legalità: si conferma, cioè, l'impressione che la legalità dell'azione amministrativa, applicata agli Stati nazionali, sia fortemente legata alla storia politico istituzionale di ciascun Paese ed alle opzioni giuridiche che la incarnano e sia, di conseguenza, un concetto fortemente relativo.

Così in Germania, ad esempio, il principio di legalità e la soggezione dell'amministrazione alla legge tornano ad essere essenziali nel periodo che succede al Governo nazionalsocialista, tanto da venire consacrati nella Costituzione di Bonn. Nella Repubblica tedesca, il primato della legge è il risultato di un'evoluzione che va dal superamento dello Stato assoluto del XVIII secolo, in cui la burocrazia era imponente ed i pubblici poteri non erano sottoposti ad alcuna regola di diritto, allo Stato di diritto sancito prima dalla Costituzione di Weimar (1919) e poi dalla citata Costituzione di Bonn (1949), che ha attribuito alla pubblica amministrazione anche funzioni sociali, passando attraverso le Costituzioni liberali del XIX secolo, in cui le decisioni delle autorità amministrative venivano gerarchicamente subordinate agli statuti e non veniva consentito ai pubblici poteri di limitare le libertà dei cittadini se non per espressa autorizzazione di legge (36).

In Francia, già con i principi della Rivoluzione Francese, il principio di legalità diventa determinante come limite esterno all'invasione pubblica nella sfera delle libertà individuali: la centralità che nella storia dell'ordinamento francese ha ac-

(36) Per tutti V. OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895; e nella rielaborazione di E.V. HEYEN, *Otto Mayer-Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungswissenschaft*, Berlino, 1981, peraltro ripreso in molti degli scritti della dottrina italiana come esempio della concezione pura dello Stato di diritto.

quistato il rispetto delle libertà fondamentali dei cittadini e, in particolare, il diritto di proprietà privata ha fatto sì che le autorità amministrative non possano limitarne l'esercizio se non previa espressa disposizione del Parlamento. Occorre considerare che è caratteristica non trascurabile del sistema francese che il Parlamento non goda del monopolio sul potere legislativo: la bipartizione di questo potere tra Parlamento e Governo distingue l'esperienza francese da quella di altri Stati (come il Regno Unito) ed evidenzia ancora come il concetto di legalità risenta delle diverse esperienze istituzionali nazionali. Nell'ordinamento francese, cioè, la legalità dell'azione amministrativa ha il senso preminente di salvaguardare il monopolio del potere legislativo parlamentare, ma di garantire i cittadini del godimento delle libertà loro attribuite dalla legge e guadagnate nella storia.

Nel Regno Unito, il ruolo riconosciuto al Parlamento ha portato ad una concezione originale di legalità: il principio di legalità è cresciuto in parallelo con il principio cardine del sindacato giurisdizionale inglese sull'attività amministrativa, cioè con la dottrina dell'*ultra vires* (37): tale teoria è fortemente legata ad un aspetto essenziale della sovranità del Regno, cioè al monopolio del Parlamento come legislatore; essa consente di far rispettare rigorosamente i limiti derivanti dalle leggi attributive di poteri ai soggetti pubblici.

In sostanza, l'*ultra vires* richiede, da un lato, che i soggetti ai quali sia stato attribuito un qualche potere dal Parlamento lo esercitino solo negli ambiti designati dalla legge e, dall'altro, consente che i Ministeri e le *agencies* abbiano una capacità legale d'azione relativamente alle materie loro delegate.

Lo stretto legame tra l'*ultra vires principle* ed il rispetto della sovranità del Parlamento giustifica che, nel verificare se

(37) Sulla natura dell'*ultra vires Principle*, si veda, *ex multis*, P. CRAIG, *Administrative law*, Londra, 2001, 4 ss.

i soggetti pubblici abbiano oltrepassato i limiti dei poteri attribuiti, i giudici facciano riferimento all'intenzione del legislatore (*the will of Parliament*). È proprio l'intento di preservare la *rule of law* e, cioè, le prerogative del Parlamento, a giustificare un'interpretazione giurisprudenziale restrittiva dell'ambito dei poteri amministrativi (38).

Così il Parlamento inglese, specialmente negli ultimi anni, ha attribuito alle autorità pubbliche poteri che potevano sembrare *absolute e arbitrary*, ma le corti, di risposta, non si sono ritratte nel sindacare, e hanno elaborato contestualmente dei principi di diritto pubblico capaci di restringere di molto l'ambito del potere amministrativo, imponendo il rispetto di requisiti procedurali particolarmente stringenti ed attuando approfonditamente il sindacato sulla ragionevolezza delle decisioni assunte (39).

Questi primi cenni alle esperienze degli Stati nazionali confermano, come si accennava, la particolare tendenza del principio di legalità ad essere un portato della storia: la valorizzazione della legalità è servita per proteggere i cittadini dall'arbitrio dei poteri monarchici o assolutisti, per affermare la protezione delle libertà individuali, e per garantire un particolare equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato.

Il secondo dato rilevante è che il principio di legalità dell'azione amministrativa è talmente importante da trovare

(38) Nel ripercorrere l'istituto dell'*ultra vires*, la dottrina inglese ha evidenziato alcune perplessità in relazione all'operare di tale principio, specialmente tenendo conto della sempre maggiore difficoltà nell'individuare la volontà del legislatore, e l'opinabilità conseguente delle decisioni giudiziarie. Si segnalano, inoltre, le difficoltà di adattamento del principio in questione ai nuovi soggetti privati che operano nel pubblico, senza che siano espressamente delegati ad operare da uno *statute* del Parlamento: P. CRAIG, *Administrative law*, op. ult. cit., 4; D. DYZENHAUS, *Reuniting the Brain: The Democratic Basis of Judicial Review*, in *Pub. Law Rev.*, 1998, 98.

(39) Il tutto è documentato in W. WADE, *Administrative law*, Oxford, 2001, 345.

un'eco e essere direttamente menzionato nelle nuove Costituzioni del novecento.

Il sistema tedesco contiene un'espressa enunciazione costituzionale del principio di legalità: agli artt. 20 e 28, si afferma che la Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale, democratico, basato appunto sul principio di legalità (art. 20, par. 3) e sulla giustizia sociale.

La centralità del rispetto della legge emerge da una travagliata esperienza storica, in cui, anche la Corte Costituzionale tedesca, nell'interpretare le leggi dello Stato, ha contribuito a sancire la prevalenza del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali sull'arbitrarietà del potere amministrativo (40). Perciò, è particolarmente coerente che l'art. 1 della Costituzione tedesca disponga che l'attività amministrativa sia tenuta, nel suo esercizio, al rispetto dei diritti fondamentali.

Il principio di legalità compare, insieme al principio di uguaglianza, di proporzionalità, di buona fede, di legittimo affidamento e della tutela dell'interesse pubblico, tra i principi cardine del diritto amministrativo nel senso ad esso attribuito, direttamente, dall'art. 103 della Costituzione spagnola "1. *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.* 2. *Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.* 3. *La Ley regulará el estatuto de*

(40) P. BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaates*, Göttingen, 1967; E. FORSTOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Monaco, 1973; H.J. WOLFF-O. BACHOF, *Verwaltungsrecht I*, Monaco, 1974; H. SENDLER, *Die Entwicklung des Verwaltungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Verwaltung und Verwaltungswissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 198; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, 1986. Per un ulteriore approfondimento del diritto amministrativo tedesco si rinvia alle indicazioni bibliografiche contenute in J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit. *passim*.

los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” e, indirettamente, dall’art. 53 della stessa: “solo por ley, que en todo caso debera respetar su contenido esencial, podra regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

Dalla Costituzione spagnola si evince che la legge è intesa come limite positivo, in un senso giuridico formale molto rigoroso, nell’attività di limitazione dei diritti: i soggetti pubblici possano incidere negativamente nell’ambito della sfera giuridica privata solo laddove previsto e nei limiti di quanto previsto (41). Viceversa, l’ordinamento spagnolo conosce anche un concetto piuttosto elastico di legalità, valevole nei casi in cui l’intervento amministrativo è volto ad ampliare i diritti dei cittadini, come nell’esercizio delle attività di servizio pubblico (42).

Né la Francia né il Regno Unito hanno disposizioni “costituzionali” che si riferiscano espressamente alla legalità.

La Costituzione francese non sancisce espressamente il principio della *rule of law*, eppure è indiscusso che i poteri

(41) Si citano sul punto, gli ampi ed approfonditi scritti di R. PARADA, *Derecho administrativo*, Barcelona, 2004, spec. 12 ss.; 95 ss.; 373 ss.; F.G. NAVARRO, *Derecho administrativo*, Pamplona, 1997, spec. 430 ss.

(42) R. PARADA, *Derecho administrativo*, op. ult. cit., 373-374: “Admitida, pues, la tesis de la vinculation positiva de forma general no es, sin embargo, razonable exigir de la ley una regulation minuciosa de la actividad administrativa, cualesquiera que esta sea y cuyo efecto seria la obsolescencia de los reglamentos ejecutivos. En la actividad de limitacion y sancionadora debe exigirse el maximo de precision legal sobre los aspectos fundamentales, sin que basten los poderes generales de intervencion. Por el contrario, una simple prevision o apoderamineto legal sera suficiente para desarrollar actividades de sevicio publico y de fomento. De esta forma, asi como no hat actuacion material licita de la administracion sin acto previo (...), tampoco hay actividad licita sin una norma previa, legal o reglamentaria, a la que, implicita o explicitamente, el acto o la actividad de la administracion pueda ser reconducida”.

amministrativi debbano rispettare i principi generali di diritto, le disposizioni di diritto internazionale e comunitario oltre che, ovviamente, le norme interne (43).

Per quanto riguarda l'esperienza del Regno Unito, nella lettura dei testi giuridici (44), in cui il principio di legalità non risulta tra le fonti "costituzionali" (45), si trovano però

(43) Nel diritto francese il principio di legalità applicato all'amministrazione esprime "la règle selon la quelle l'Administration doit agir conformément au droit": esso viene sviluppato nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat* e dei Tribunali amministrativi nell'ambito del contenzioso dei *recours pour excès de pouvoir*, in cui viene sindacata la violazione di legge e l'abuso dei poteri discrezionali. Si vedano, almeno, C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1957, III; P. VEDEL, *Droit administratif*, III, Parigi, 1964; J.C. VENEZIA, G. VEDEL-P. DEVELVÈ, *Droit administratif*, Parigi, 1984, 373; si vedano anche per approfondire il sistema francese: A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, Parigi, 1984; J. RIVIERO, *Droit administratif*, Parigi, 1985; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Parigi, 1988; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, I, XIV, Parigi, 1996.

(44) Risultano particolarmente significativi nel contesto della letteratura giuridica inglese (e statunitense) i testi di I. JENNINGS, *The law and the Constitution*, Londra, 1959; G. MARSHALL, *Constitutional Conventions. The Rule and Form of Political Accountability*, Oxford, 1984; P. CRAIG, *Public Law and democracy*, Oxford, 1990, ch. 2; T.R.S. ALLAN, *The rule of law as the rule of reason: contest and constitutionalism*, in *LQR*, 1991, 115; T.R.S. ALLAN, *Law, Liberty and justice*, Oxford, 1993, ch. 2; P.H. SCHUCK, *The foundations of Administrative Law*, Oxford, 1994; K.F. WARREN, *Administrative Law in the Political System*, New Jersey, 1994; S.J. CANN, *Administrative law*, Londra, 1995; H. WELLACE, *Relations between the European Union and the British administration*, in Y. MENY-P. MULLER-J-L. QUERMONNE, *Adjusting to Europe. The impact of the European Union on national institution and policies*, London, 1996, 61 ss.; C. MURRO, *Studies in Constitutional Law*, Londra, 1999; I. LOWELAND, *Constitutional Law*, Londra, 2000; W. WADE, *Administrative law*, Oxford, 2000, 20 ss.; P. CRAIG, *Administrative law*, Londra, 2001, spec. part I, ch. I, *The nature and purpose of administrative law*, 3 ss.; A.W.B. SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire. Britain and The genesis of European Convention*, Oxford, 2001; T.R.S. ALLAN, *Constitutional justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, 2001; J. JOWEL-D. OLIVER, *The Changing Constitution*, op. cit.; J.F. McELDOWNEY, LL.B., PH.D, *Public Law*, Londra, 2002, 140 ss.

(45) "Nei Paesi di *common law* l'attività amministrativa si svolge in linea di massima al di fuori del principio di legalità, quindi sotto questo profilo appare superfluo cercare nella *rule of law* una qualche affinità col principio continentale di legalità": su questo aspetto si rinvia all'approfondimento di R. DICKMANN, *Processo amministrativo e limiti della legge*, Napoli, 2006, spec. 30 ss.

due espressioni che tradurremmo col termine principio di legalità: ivi si parla, infatti, di *principle of legality* e di *rule of law* (46). Con la prima espressione si intende dire che tutto deve essere fatto secondo quanto è disposto dalle norme di legge (47): ciò vale sia per i cittadini che per il governo, il quale deve essere autorizzato dalla legge ad incidere sulla sfera delle libertà private; con la seconda, invece, s'intende qualcosa di più: si richiede, infatti, che la legge, non attribuendo al governo "*unrestricted discretionary powers*", contenga previsioni capaci di restringere il potere riconosciuto alle autorità amministrative, così da evitare che il principio di legalità sia nei fatti vanificato da un'attribuzione indeterminata di poteri arbitrari ai soggetti pubblici (48).

In quest'ultimo senso, la questione centrale della *rule of law* diventa allora quella della capacità delle leggi del Parlamento di vincolare il potere amministrativo. Conseguentemente, lo studio dell'ordinamento anglosassone porta ad ap-

(46) Il fatto che la Costituzione britannica sia fondata sulla *rule of law* è esposto nella sua versione classica da A.V. DICEY, *The law of the Constitution*, ch. 4, che a sua volta pare riprendere il precedente testo di W. HEARN, *The Government of England, its Structure and Development*, 1867; sul senso del principio di legalità nell'ordinamento inglese cfr. W. WADE, *Administrative Law*, Oxford, op. ult. cit., 20 ss.; T.R.S. ALLAN, *The rule of law as the rule of reason: contest and constitutionalism*, cit., 115; T.R.S. ALLAN, *Constitutional justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, cit.

(47) Cfr., ad esempio, la definizione di W. WADE, *Administrative law*, op. ult. cit., 20: "*everything must be done according to the law*".

L'affermazione del primato della legge nella storia del diritto amministrativo inglese è equivalessa, come si è detto, a segnare il monopolio del potere parlamentare. Non solo: la necessità di evitare abusi da parte dei soggetti pubblici e la generica sottoposizione dell'amministrazione alle indicazioni della legge ordinaria, nel pensiero giuridico di Dicey, contrastava con la concezione francese in cui, per le questioni che coinvolgevano l'amministrazione pubblica, erano state previste delle regole speciali. Nel disegno della democrazia inglese, si riteneva, *a contrario*, che la *rule of law* dovesse implicare la soggezione del pubblico alle stesse regole del privato. Cfr., A.V. DICEY, *The law of the Constitution*, op. ult. cit.

(48) W. WADE, *Administrative law*, op. ult. cit., 20: "*the government should be conducted within a framework of recognised rules and principles which restrict discretionary power*".

profondire lo stretto legame sussistente tra la nozione di legalità e l'esercizio dell'attività giurisdizionale, nel cui ambito è possibile realizzare un'interpretazione più o meno rigorosa delle leggi che legittimano e regolamentano, caso per caso, l'attività amministrativa.

Il terzo dato che si deduce dall'esame delle diverse esperienze nazionali consiste nel riconoscimento della necessità di intendere la legalità anche in senso sostanziale, per ampliare i condizionamenti derivanti dalle norme per l'esercizio dei poteri pubblici, pur riconoscendo a questi ultimi una certa flessibilità d'azione, dovuta al loro *status*.

Le esperienze degli Stati dimostrano, cioè, che il concetto di legalità dell'azione amministrativa è indice del bilanciamento tra l'esigenza di una chiara ed efficiente amministrazione ed il bisogno di costringere l'esplicazione dell'attività amministrativa entro limiti predeterminati, bilanciamento che viene poi definitivamente effettuato nel sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

Infatti, le elaborazioni dottrinali chiariscono che pure laddove, come spesso avviene, le leggi attributive del potere all'amministrazione lascino spazio per interpretazioni particolarmente favorevoli al riconoscimento della più ampia discrezionalità amministrativa, il sindacato giurisdizionale potrebbe limitarne la portata attraverso un'interpretazione restrittiva delle norme (49).

(49) Questo aspetto è particolarmente caro al sistema anglosassone. Il principio di legalità spiega i suoi effetti anche nei confronti di poteri discrezionali: in primo luogo, è opinione comune che tutti i poteri, per il solo fatto di essere attribuiti da norme di legge, hanno dei limiti legali; in secondo luogo, le corti nell'effettuare il controllo sulla legalità, devono effettuare un bilanciamento tra efficienza dell'attività amministrativa e protezione dei diritti dei cittadini; così, W. WADE, *Administrative law*, op. ult. cit., 345.

Per far ciò, sono stati elaborati dei criteri di interpretazione volti a fare emergere l'intenzione del legislatore e viene esercitato un sindacato forte sull'esercizio del potere che deve risultare "*reasonably and in good faith, for proper purposes only, and in accordance with the spirit as well as the letter of the empowering*

Emerge, quindi, negli ordinamenti nazionali, tutta la specialità della legalità amministrativa, e la necessità di temperare le esigenze del rispetto delle norme con le prerogative dei soggetti pubblici così come con l'esigenza di consentire un efficace sindacato giudiziario (50).

A riguardo, è chiara la consapevolezza che intendere l'Amministrazione rigidamente assoggettata al principio di legalità come ogni soggetto di diritto, destinatario di specifiche norme che riguardino la sua organizzazione e ne consentano l'operare, pur essendo corretto, "*daria una falsa imagen de lo que la Administracion realmente es*" (51). Ciò in quanto l'Amministrazione in quanto soggetto di diritto, è destinataria di norme, ma "*en cierto modo tambien un organ creador del derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente analogos a los de los legisladores y los jueces*".

Dalle esperienze degli Stati nazionali, fondamentali per percepire il modo di operare dei vincoli di legge nei confronti dell'amministrazione, si trae una prima conclusione: il principio di legalità può dirsi affermato quando la legge controlla, più o meno diffusamente, l'esercizio dell'attività amministrativa.

Ne segue che anche il potere più ampio riconosciuto al-

Act", W. WADE, *Administrative law*, op. ult. cit., 345. Col limite che, qualora si verta in un caso in cui il Parlamento abbia conferito dei poteri discrezionali, la scelta discrezionale compete all'autorità designata dal legislatore, e non alla corte, con la conseguente configurazione di un sindacato forte, ma totalmente esterno al potere esercitato.

Per approfondire il tema dei *discretionary powers* nell'ordinamento inglese cfr. B. SCHWARTZ-H.W.R. WADE, *Legal Control of Government*, Oxford, 1972; K.C. DAVIS, *Discretionary Justice in Europe and America*, Westport, 1980; D.J. GALLIGAN, *Discretionary power*, Oxford, 1986.

(50) Perciò è stato efficacemente osservato da F.G. NAVARRO, *Derecho administrativo*, op. cit., che "*toda la historia del derecho administrativo puede resumirse en esto: un avance, lento pero imparabile, en el camino del sometimiento a un control heteronomo de la totalidad de la actuacion administrativa y un paralelo afinamento de las tecnicas correspondientes*", 433.

(51) R. PARADA, *Derecho administrativo*, cit., 17.

l'amministrazione non può dirsi assoluto, ma deve essere esercitato nel modo e nei limiti derivanti espressamente dalla legge o dall'intenzione ad essa sottesa.

Si ricava, poi, la consapevolezza che l'aderenza alla legge dell'attività amministrativa può essere più o meno perfetta, a seconda della precisione del dato normativo che legittima l'uso della potestà conferita al soggetto pubblico.

Si può trattare di una aderenza perfetta o imperfetta a seconda che la legge, nell'atto di conferire all'amministrazione il potere di agire, vincoli, in tutto o solo in parte, il contenuto del costituendo provvedimento amministrativo.

Infine, la concezione statutale della legalità dell'azione amministrativa riflette l'esigenza di garantire il godimento delle libertà individuali di fronte agli arbitri.

Si capisce allora perché le elaborazioni svolte in sede nazionale costituiscono solo un punto di partenza, ma non possono essere trasposte *de plano* nell'ordinamento giuridico di fonte sovranazionale. Esiste, infatti, una diversità, che potremmo dire ontologica, tra il principio di legalità come inteso nell'ordinamento giuridico dell'Unione e lo stesso principio così come è percepito all'interno delle differenti esperienze nazionali (52).

Come si è visto, nella storia degli Stati d'Europa, il rapporto tra il potere amministrativo e quello legislativo, imponendo, in linea generale, la soggezione dell'amministrazione alla legge, ha risentito degli equilibri tra i poteri istituzionali

(52) Sul valore storico assunto dal principio di legalità nel nostro ordinamento si rinvia alla dettagliata analisi svolta da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 132 ss.: ivi, si osserva il passaggio dal monopolio del Sovrano assoluto sulla produzione normativa, al monopolio della borghesia, concludendo che "il funzionamento del meccanismo non mutò nella sua intrinseca configurazione per effetto del passaggio dallo Stato assoluto o di polizia allo Stato liberale: mutarono solo, se ci si passa il termine, i protagonisti". 141.

ed è diventato, di conseguenza, il simbolo dell'affermazione dei principi di libertà e di democrazia (53).

In sostanza, nel contesto degli Stati nazionali, la concretizzazione dello Stato di diritto ed il radicarsi dei valori ad esso connaturati hanno comportato che l'attività autoritativa dell'amministrazione pubblica dovesse essere previamente autorizzata e che fosse, per quanto stabilito, conformata da norme di legge.

Ricordati i lineamenti storici del principio di legalità, si deduce facilmente per quali ragioni tale principio non possa valere ugualmente nel contesto comunitario (54); nell'ordinamento sovranazionale, infatti, il principio di legalità ha acquisito una collocazione storico-giuridica nettamente diversa.

Lì la sottoposizione dell'amministrazione alle regole di diritto è coesistente alla nascita ed alla sussistenza dell'ordinamento medesimo: il rispetto della *rule of law* è il portato di precise necessità sistematiche (formali) e non il risultato dell'evoluzione politica di una forma di Stato e di Governo.

Il principio di legalità, del resto, è regola essenziale per la sussistenza di qualsiasi fenomeno di organizzazione internazionale; ciò principalmente in quanto gli enti che nascono dall'esperienza collaborativa degli Stati (e, a maggior ragione,

(53) Basti ricordare, ad esempio, l'importanza del principio di sovranità del Parlamento nella Costituzione britannica, insieme alla tendenza di quell'ordinamento ad evitare ogni forma di privilegio in favore degli ufficiali pubblici, e la tendenza ad applicare la *rule of law* in modo restrittivo per evitare abusi di potere. Per dirlo con le parole di Lord Denning MR "*Our English law does not allow a public officer to shelter behind a droit administrative*", in causa *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, 1970, 2 QB 223-226; cfr. I. HARDEN-N. LEWIS, *The noble lie: The British Constitution and the Rule of Law*, Londra, 1986; J. JOWELL-O. DAWN, *The changing Constitution*, Oxford, 1985.

(54) Sulla differenza tra il significato della legalità nell'ordinamento comunitario rispetto alle esperienze nazionali si veda anche M.L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The rule of law in the European Constitution*, cit., 65 ss.: "*The Community legal order being an independent legal system, national constructions on the principle of the Rule of Law may not be automatically transplanted into Community law*", 65.

un ente al cui interno si sviluppa un ordinamento autonomo, quale l'Unione europea) sono legittimati ad operare ed a produrre diritto solo nei limiti sanciti nel trattato istitutivo dell'ente medesimo, che è considerato parametro di legittimità per la validità degli atti emanati (55).

Come si vedrà, anche nell'ordinamento comunitario il principio di legalità è espressione di una pluralità di significati differenti e, in ciò, si assomiglia alle esperienze nazionali, ma esso non è un portato della storia e della democraticità del sistema, quanto piuttosto la chiave giuridica della coesione istituzionale dell'Unione.

L'ordinamento dell'Unione, contrariamente a quello degli Stati sovrani, si basa fin dalla sua origine sul principio dell'attribuzione predeterminata di competenze, sulla cooperazione e sulla cessione di sovranità.

II.II.I.3. *La base normativa del principio comunitario di legalità: le disposizioni dei Trattati.*

Ricostruito il significato della legalità amministrativa nell'ambito delle diverse esperienze degli Stati nazionali, possiamo ora concentrare l'analisi sul principio di legalità nel contesto europeo, attraverso l'esame del significato che tale principio assume nell'ordinamento comunitario.

(55) Ciò costituisce una convinzione diffusa degli studiosi del diritto internazionale, per cominciare si vedano cfr. K. ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Vienna, 1957, spec. 11, 63; A.P. SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, 148, 220 ss.; H.C. HANS, *Constitutional limitation in the law of the european organisations*, in *Recul des Cours*, 1963, I, 205 ss., 241 ss.; L. FERRARI-BRAVO, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei Trattati*, Napoli, 1964, 30; J.W. HALDERMAN, *The United Nation and the rule of law*, New York, 1966, 531; P. VELLAS, *Droit international public. Institutions internationales*, Paris, 1967, 356 ss.; A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 463.

Alcuni prime utili indicazioni sul concetto comunitario di legalità si evincono dal diritto scritto nei Trattati.

In via generale, la lettura delle norme dei Trattati induce a ritenere che la legalità comunitaria sia direttamente legata al *proprium* della cooperazione internazionale, in quanto esperienza artificiale, di origine normativa appunto, basata sulla volontà degli Stati di delegare poteri alle istituzioni europee, ma entro un contesto ben delimitato dalle rispettive scelte di sovranità (56).

Le norme dei Trattati, in quanto approvate, ratificate ed entrate in vigore negli ordinamenti nazionali, costituiscono un primo essenziale ed imprescindibile riferimento, in quanto rappresentano il limite esterno per l'area della sovranità ceduta.

In questo senso, le Comunità europee, come pure l'Unione, si fondano sulla legalità e non possono in nessun modo prescindervi: l'integrazione europea esiste negli ambiti e coi limiti che le leggi istitutive (i Trattati), hanno previsto.

Questo ragionamento vale sia con riferimento all'ordinamento comunitario sia, più in generale, con riferimento alla cooperazione internazionale che ha portato alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e alla Carta di Nizza. Il rispetto preciso e rigoroso delle norme inserite nei documenti che gli Stati hanno approvato e cui hanno deciso di riconoscere autorità, costituisce primaria garanzia del rispetto della sovranità nazionale.

Ciò significa che il principio di legalità, almeno nella sua

(56) "Gli Stati membri aderendo al Trattato istitutivo della CE per un verso hanno assunto definitivamente l'obbligo di non più legiferare, amministrare o assicurare giustizia nelle materie affidate alla competenza normativa, amministrativa o giurisdizionale comunitaria (...), per l'altro hanno consentito che nascesse una nuova Comunità di diritto, capace di esprimere un proprio ordinamento, le cui norme dotate di effetto immediato o direttamente applicabili comprimono la sfera di efficacia degli ordinamenti degli Stati membri", L. SICO, *Ordinamento comunitario e diritto internazionale: un matrimonio ancora non a rischio di scioglimento*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, 1704 ss., spec. 1710.

forma più generica di sottoposizione alla legge, è coesistente all'ordinamento comunitario, non esprimendo una scelta di democraticità intrinseca al sistema, ma piuttosto consistendo in uno strumento di legittimazione dell'integrazione sovranazionale (57).

(57) Viceversa, laddove l'amministrazione nasce, come è accaduto per i Paesi membri, nel contesto dell'evoluzione storico politica di uno Stato, essa assume, di volta in volta, quei connotati che si adattano a quella particolare forma di Stato e di Governo. In una tale prospettiva, il principio di legalità (così come il principio della separazione dei poteri o quello della sindacabilità delle decisioni amministrative) costituisce un'opzione tra tante e caratterizza un determinato momento storico.

Gli studi di diritto comunitario contengono ampi riferimenti alla storia ed all'evoluzione delle Comunità istituite dai Trattati; *ex multis*, si segnalano principalmente gli scritti qui tenuti a riferimento: F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, spec. 86 ss.; H. CHURCH-D. PHINEMORE, *European Union and European Community: a Handbook and Commentary on the Post Maastricht Treaties*, New York, 1994; E. ELLIS-T. TRIDIMAS, *Public Law of the European Community: Text, Materials and Commentary*, Londra, 1995; U. DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario. Parte istituzionale, Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, 1999, I; M. CARTABIA-H. WEILER, *L'Italia in Europa*, op. cit., 17; M. PATRONO, *La forma di Governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, 1763.

Sul significato giuridico istituzionale dell'Unione si veda anche N. MOUSSIS, *Manuel de l'Union européenne*, Rixensart, 1996, 24; sull'evoluzione storica delle politiche dell'Unione come partecipazione degli Stati membri agli obiettivi previsti dai Trattati, si vedano, E. CEREXHE, *Le droit européen*, Lovanio, 1989; M. PANEBIANCO, *Introduzione al diritto comunitario europea*, Salerno, 1986; E. GARCIA DE ENTERRIA-GONZALEZ CAMPOS-MUNOZ MACHADO, *Tratado de derecho europeo*, Madrid, 1986; P. MENGOZZI, *Formazione ed Europa dei cittadini nel processo di integrazione comunitaria*, in *Or. Soc.*, 1990; C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993; T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, op. cit.; V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, 1994; CLOOS, REINESCH, VIGNES, WEILAND, *Le Traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, Bruxelles, 1994; L. FERRARI BRAVO, MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 1995; J.V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, Lussemburgo, 1995; J. BOULOUIS, *Droit institutionnel des Communautés Européennes*, Parigi, 1995; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Padova, 2002; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1996; P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto pubblico commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997, 1 ss.; T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1997; F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, cit., 4 ss.; F. POCAR-C. SECCHI, *Il trattato di Maastricht sull'Unione europea*, 1992; N.

Si esaminano di seguito alcune norme dei Trattati a maggior chiarezza di quanto appena ricostruito.

Anzitutto, l'idea di legalità che si è riferita emerge già nella parte prima del Trattato Ce, che contiene l'elencazione dei "Principi" della Comunità. L'art. 3 stabilisce che l'azione delle istituzioni deve avvenire alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal Trattato: si esplicita cioè che la legalità concerne non solo la legittimazione istituzionale della Comunità, ma anche l'attuazione concreta delle singole politiche dell'Unione.

Secondo il ben noto principio della competenza d'attribuzione (58), le istituzioni comunitarie devono perseguire i fini enunciati nei Trattati e realizzare le politiche comunitarie mantenendosi nei limiti di legge, ciò sia per quanto concerne le condizioni: cioè attenendosi alle indicazioni relative al come intervenire (regole di procedura e discipline sostanziali ulteriori), sia per quanto concerne il ritmo: cioè attenendosi al se e quando intervenire. Il Trattato di Lisbona, in attesa di ratifica da parte degli Stati membri, modificando il citato art. 3, ha riproposto lo stesso concetto introducendo: "L'U-

NUGGET, *Governo e politiche dell'Unione europea*, Bologna, 1999, Parte prima: *l'evoluzione storica*, 15 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 3 ss.

(58) A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1981, 139; J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985; J.V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, Bruxelles, 1990; M.P. CHITI, *Implicazioni amministrative della integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 705; P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost.*, 1993, 1; J. SCHWARZE, *The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of Federal States*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 713; U. DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario*, Milano, 1995; AMADEL, *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, in M.R. SAULLE, *Il trattato di Maastricht*, Napoli, 1995; G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Parigi, 1997, 41; C.F. BERGSTROEM, *L'Europa oltre il mercato interno: commento al Trattato di Amsterdam*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 1; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 99 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 257 ss.

nione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei Trattati”.

L'importanza della legge come fonte di legittimazione dell'azione delle istituzioni europee è confermata anche dalle norme del Trattato che istituisce la Comunità Europea dell'energia atomica, laddove si specifica che “*ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente Trattato*”, sicché ogni soggetto agisce nell'ambito delle competenze di cui è, per legge, attributario (art. 3; cfr. anche, per esempio gli artt. 115, 124 Trattato CEEA) e dal Trattato della Comunità europea del Carbone e dell'acciaio secondo cui le istituzioni della Comunità agiscono “*nei limiti delle loro attribuzioni e nell'interesse comune*” (art. 2 Trattato CECA). Perciò le autorità amministrative intervengono nelle politiche comunitarie, per l'esecuzione delle missioni loro affidate (cfr., art. 14 Trattato CECA).

Quindi, il principio di legalità non è primariamente legato all'affermarsi di istanze individualistiche di tutela delle libertà fondamentali dei cittadini (come invece accade nell'esperienza degli Stati membri), ma è piuttosto connesso ad esigenze di tipo organizzativo, attinenti al funzionamento della Comunità nel suo insieme.

In quest'ottica è possibile recuperare il significato originario dell'espressione Comunità di diritto (59), utilizzata

(59) Sul significato dell'ordinamento giuridico comunitario come Comunità di diritto, come noto, era intervenuta la Corte di Giustizia, nel famoso caso Van Gend & Loos, C-26/62, in cui si era affermato che la Comunità europea costituisce “un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini”.

In dottrina, i commenti alla sentenza citata ne hanno immediatamente segnalato l'importanza storica ed hanno posto in relazione i tratti degli ordinamenti nazionali con quelli della Comunità di fonte sopranazionale: cfr. M. BERRI, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 1226; J. BREBAN, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1963, 623; N. CATALANO, in *Il Foro padano*, 1963, V, col. 33; F. DURANTE, in *Rivista di diritto in-*

spesso impropriamente. A parere di chi scrive, infatti, è poco appagante interpretare il termine Comunità di diritto, in chiave individualista, legandolo solo alla tutela delle situazioni giuridiche dei singoli, mentre sarebbe interessante recuperare il contenuto di tipo oggettivo, come espressione degli ambiti e dei limiti dell'azione amministrativa.

Passando ora alla Parte terza della versione del Trattato Ce precedente alle modifiche del Trattato di Lisbona (60), dedicata alle "Politiche della Comunità", dall'analisi delle norme è possibile individuare ulteriori applicazioni del principio di legalità inteso, questa volta, come vincolo all'attività delle istituzioni competenti nell'ambito delle singole politiche comunitarie.

Ivi, il condizionamento che deriva dalla legge va ben oltre la singola attribuzione del potere di intervento nelle aree devolute, in tutto o in parte, alla competenza della Comunità per investire, nel modo che si tenterà di descrivere, anche le modalità concrete di esplicazione del potere sotto due distinti profili: il vincolo nel fine (o vincolo dell'interesse primario); le regole sostanziali e procedurali.

Primo profilo: il vincolo nel fine.

Si prende ad esempio il titolo del Trattato Ce dedicato all'agricoltura (61). Le norme in materia costituiscono un'e-

ternazionale, 1963, 415; D. EHLE, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1963, 974; P. GORI, in *Giur. it.*, 1963, IV, Sez. 4, col. 49; P. HAY, in *American Journal of Comparative Law*, 1963, 404; F.C. JEANTE, in *La Semaine juridique - édition générale*, 1963, II, 13177; N.S. MARSH, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, 1411; A. MIGLIAZZA, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 651; I. TELCHINI, in *Dir. Internaz.*, 1963, I, 247; A. VALENTI-L. PELLEGRINI, in *Riv. Dir. Eur.*, 1963, 252; J. AMPHOUX, in *Revue générale de droit international public*, 1964, 110; N. RONZITTI, in *Foro It.*, 1964, IV, col. 98; S.A. RIESENFELD-R.M. BUXBAUM, in *American Journal of International Law*, 1964, 152; A. OPPENHEIMER, in *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, 1994, 48.

(60) Modifiche che riguardano le procedure, non i contenuti sostanziali.

(61) Per una definizione delle problematiche generali, con particolare attenzione agli obiettivi del diritto comunitario agrario, cfr., G. OLMI, *Agricoltura*

semplificazione degli strumenti utilizzati dal diritto comunitario per guidare le valutazioni delle istituzioni e ridurre quella che sul piano nazionale chiameremmo discrezionalità amministrativa.

Innanzitutto, le norme del Trattato si occupano del fine all'attività amministrativa: l'art. 33 individua appunto le finalità della politica agricola: ogni atto amministrativo adottato sulla base del titolo II è tenuto a finalizzare gli obiettivi elencati dall'art. 33. Il comma 2 dell'art. 33 precisa poi ulteriormente alcuni obiettivi che le istituzioni sono tenute a considerare.

La legalità intesa come vincolo nel fine fa sì che l'amministrazione comunitaria realizzi gli interessi che sono ritenuti primari dalla legge e rileva nella motivazione che le istituzioni forniscono al loro operare, nonché nell'interpretazione del diritto comunitario derivato qualora si verta in casi dubbi (62).

in diritto comunitario, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, vol. I, 122; *Atti delle prime giornate di diritto agrario comunitario*, E. CAPIZZANO (a cura di), Università degli Studi di Camerino, 1987; *Il modello comunitario del diritto agrario di fronte ai nuovi problemi dell'ordine internazionale: atti delle giornate camerti di diritto agrario comunitario*, 1993; AA.VV., *Diritto agrario e forestale italiano e comunitario*, Padova, 1996; A. GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*, Torino, 1997; R. SGARBANTI, *Le fonti del diritto agrario*, Padova, 1998; M.P. RAGIONIERI, *Diritto rurale comunitario: lezioni*, Milano, 1999; L. COSTATO, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da L. COSTATO, Padova, 2003.

(62) In giurisprudenza, evidenziano i condizionamenti relativi al perseguimento degli obiettivi definiti nel Trattato le seguenti decisioni della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado: 279/84, in *Racc.*, 1987, 1122; 27/85, in *Racc.*, 1987, 1147; 265/85, in *Racc.*, 1987, 1174; 203/86, in *Racc.*, 1988, 4599; C-235/90, in *Racc.*, 1991, I-5445; C-311/90, in *Racc.*, 1992, I-2080; C-405/92, in *Racc.*, 1993, I-6175; C-353/92, in *Racc.*, 1994, I-3447; C-133/93, in *Racc.*, 1994, I-4903; C-280/93, in *Racc.*, 1994, I-5057; T-489/93, in *Racc.*, 1994, II-1228; C-44/94, in *Racc.*, 1995, I-3147; T-466/93, in *Racc.*, 1995, II-2104; C-122/94, in *Racc.*, 1996, I-925; C-27/95, in *Racc.*, 1997, I-1866; T-70/92, in *Racc.*, 1997, II-742; T-267/94, in *Racc.*, 1997, II-1258; C-324/96, in *Racc.*, 1998, I-1361; C-180/96, in *Racc.*, 1998, I-2305; T-119/95, in *Racc.*, 1998, II-2729; C-179/95, in *Racc.*, 1999, I-6502; T-82/96, in *Racc.*, 1999, II-86-87,115; 279/84, in *Racc.*, 1987, 1102; C-235/90, in *Racc.*, 1991, I-5437; C-311/90, in *Racc.*, 1992, I-2072; C-405/92, in *Racc.*, 1993, I-6163; C-353/92, in *Racc.*, 1994, I-3429; C-133/93, in *Racc.*, 1994,

Secondo profilo: le regole sostanziali e procedurali.

Spostando l'esemplificazione alle norme contenute nel titolo VI, relative alla politica della concorrenza (63) (anch'esse rimaste pressoché invariate anche in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona), si tenta di cogliere la nozione sostanziale del principio di legalità.

In ambito comunitario, come si cercherà di dimostrare più oltre, le determinazioni di legge che condizionano il contenuto delle azioni istituzionali sono molte e molto significative; la ragione di tale tendenza è diffusamente chiarita dalle decisioni della Corte che dimostrano come l'interesse principale della Comunità risieda nella realizzazione dei fini della competitività e del godimento delle libertà comunitarie nell'ambito dei sistemi giuridici dei singoli Stati membri. Proprio il condizionamento sostanziale è lo strumento attraverso cui le norme di legge realizzano il contemperamento degli interessi in gioco, eliminando quanto più possibile gli ostacoli

I-4875; C-280/93, in *Racc.*, 1994, I-5014; C-44/94, in *Racc.*, 1995, I-3128; C-122/94, in *Racc.*, 1996, I-908; C-27/95, in *Racc.*, 1997, I-1852; C-309/95, in *Racc.*, 1998, I-668; C-179/95, in *Racc.*, 1999, I-6483; C-280/93, in *Racc.*, 1994, I-5060; C-311/94, in *Racc.*, 1996, I-5055; C-280/93, in *Racc.*, 1994, I-5011; C-180/96, in *Racc.*, 1998, I-2302; C-180/96, in *Racc.*, 1998, I-2232.

(63) Si sono occupati in maniera approfondita di diritto comunitario della concorrenza P. AREEDA-L. KAPLOW, *Antitrust Analysis*, Boston, 1988; F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi monopolistiche e tutela del consumatore*, Bologna, 1988; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993; L.A. SULLIVAN-L. HARRISON, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York; C. BELLAMY-G. CHILD, *Common Market Law of Competition*, Londra, 1993; R. WHISH, *Competition Law*, Londra, 1994; AA.VV., *Fusioni e politica della concorrenza nella Comunità europea*, Milano, 1994; P.H. ADMIRAAL (a cura di), Milano, 1994; I. VAN BEEL-J.F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1995; V. KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, Oxford, 1997; C. BENTIVOGLIO-S. TRENTO, *Economia e politica della concorrenza: intervento Antitrust e regolamentazione*, Roma, 1998; AA.VV., *L'iniziativa economica nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 313.

che a volte si frappongono tra le decisioni istituzionali e il godimento delle libertà comunitarie fondamentali.

Già il vincolo nel fine costituisce un vincolo sostanziale: infatti, l'interpretazione della Corte di Giustizia, nel sindacato di legittimità degli atti delle istituzioni e nei casi di rinvio pregiudiziale, attraverso il metodo dell'effetto utile, su cui ci si soffermerà più oltre, considera conformi al diritto comunitario e perciò non censurabili, solo le attività che realizzino gli obiettivi generali, derivanti dai Trattati, e gli obiettivi particolari, che si evincono dalla normativa in materia (64).

A proposito delle regole di concorrenza, si nota, anzitutto, che la genericità delle espressioni è soltanto apparente: essa è inevitabile dato che le norme sono destinate al mercato, e contengono concetti economici più che strettamente giuridici. L'analisi complessiva delle disposizioni a riguardo, tuttavia, dimostra come la legge, nel caso specifico il Trattato, non si limiti a proporre delle finalità o dei moduli procedurali, ma individui un contenuto, anche sostanziale, capace di incidere profondamente sulle deliberazioni delle singole istituzioni comunitarie, prevedendone e anticipandone i risultati.

(64) Per legalità sostanziale, non s'intende qualcosa che abbia a che fare con l'idea di giustizia sostanziale o che riguardi la bontà o meno della legge, ma ci si riferisce ai vincoli, questi sì di diritto sostanziale, che condizionano nel concreto dispiegarsi l'attività amministrativa; per evitare fraintendimenti si rinvia sul punto a P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 35; e R. VILLATA-G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, XI, 574 ss.: "si è rilevato come la disciplina del procedimento di esercizio del potere non sia in realtà mera forma, priva di riflessi sul risultato dello stesso, costituendo ogni meccanismo procedurale il riflesso formale di una esistente distribuzione fra più soggetti di (posizioni giuridiche relative a) interessi diversi che devono ancora tra loro trovare un coordinamento e una compensazione. La disciplina del singolo procedimento segna dunque non solo il percorso dell'attuazione del potere, ma anche le coordinate per la decisione. Non è forma scindibile dal contenuto", 577, che a sua volta richiama G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI-A. ORSI BATTAGLINI-D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987.

Così, ad esempio, l'art. 81 del Trattato Ce non stabilisce solo che sono vietati gli accordi e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza, ma individua una serie di comportamenti, esemplificativi, ritenuti in grado di falsare la concorrenza all'interno del mercato unico. Perciò, di fronte ad un accordo che riguardi la fissazione dei prezzi piuttosto che la ripartizione dei mercati, la Commissione, cui è devoluto il compito di controllare le condizioni di concorrenza, trova nella legge la guida al contenuto che deve assumere la propria decisione nel caso concreto (65).

Ed anche il potere di concedere autorizzazioni in deroga non rientra nella discrezionalità piena delle istituzioni comunitarie, ma deve essere esercitato rispettando quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 81, cioè deve risultare *ex lege* finalizzato al miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico.

Non diversamente accade nell'ambito delle politiche degli aiuti concessi dagli Stati (66). A riguardo il Trattato non si li-

(65) Sul potere di apprezzamento della Commissione in materia, tra libertà di apprezzamento e vincolo di legge si vedano le seguenti decisioni, T-150/89, in *Racc.*, 1995, II-1186; T-49/95, in *Racc.*, 1996, II-1823; T-229/94, in *Racc.*, 1997, II-1736; T-295/94, in *Racc.*, 1998, II-862; T-308/94, in *Racc.*, 1998, II-990; T-309/94, in *Racc.*, 1998, II-1029; T-317/94, in *Racc.*, 1998, II-1292; T-319/94, in *Racc.*, 1998, II-1366; T-327/94, in *Racc.*, 1998, II-1432; T-334/94, in *Racc.*, 1998, II-1546; T-338/94, in *Racc.*, 1998, II-1703; T-347/94, in *Racc.*, 1998, II-1836; T-348/94, in *Racc.*, 1998, II-1951; T-352/94, in *Racc.*, 1998, II-2063; T-354/94, in *Racc.*, 1998, II-2152; T-305/94, in *Racc.*, 1999, II-1242; T-228/97, in *Racc.*, 1999, 243.

(66) Con particolare attenzione al profilo dell'evoluzione dei poteri esercitati dalla Commissione si vedano G. PALMIERI, *Gli aiuti di Stato alle attività produttive e il loro regime comunitario: gli artt. 92 e 94 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, Rimini, 1992; S. MORSON, *Aidés d'Etat*, in A. BARAV-C. PHILIP, *Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes*, Parigi, 1993, 61; L. HANCHERT. OTTERVANGER-P.J. SLOT, *Ec State Aids*, Londra, 1993; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, 433; T. BALLARINO-L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, 1997; G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese comunitarie*, Milano,

mita a prevedere che la Commissione sia investita del compito di esaminare il regime degli aiuti di Stato all'interno dei singoli Stati membri e di saggiarne la compatibilità con le regole comunitarie di concorrenza, ma già contiene una disciplina, che potremmo dire di diritto sostanziale, volta ad evidenziare le ragioni di compatibilità con il mercato comune (67).

Il metodo è identico a quello adottato per le regole a tutela della concorrenza: le norme che riportano affermazioni generali contengono elenchi esemplificativi di situazioni che si prefigurano come concretamente realizzabili, perciò il margine di discrezionalità della Commissione è di molto ridotto, dalla necessità dell'applicazione analogica oltre che da quello dell'interpretazione conforme.

In sintesi, si è verificato che già la normativa di fonte primaria non indica solamente le competenze delle istituzioni comunitarie, ma individua pure dei vincoli significativi all'attività delle stesse, sia prescrivendo fini precisi per l'attuazione delle singole politiche comunitarie, sia riempiendo di contenuto concreto le previsioni di carattere generale, attraverso

1998; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000.

(67) Il sindacato sulla motivazione, che deve necessariamente emergere in ogni decisione presa dalla Commissione, consente, appunto, di effettuare il pieno controllo sulla legalità, formale e sostanziale, dei provvedimenti adottati in tema di aiuti di Stato, cfr. *ex multis*, le seguenti decisioni della Corte di Giustizia: 296/82, in *Racc.*, 1985, 823; 234/84, in *Racc.*, 1986, 2287; 40/85, in *Racc.*, 1986, 2347; 67/85, in *Racc.*, 1988, 278; 62/87, in *Racc.*, 1988, 1594; 57/86, in *Racc.*, 1988, 2873; 102/87, in *Racc.*, 1988, 4090; 301/87, in *Racc.*, 1990, I-359; C-364/90, in *Racc.*, 1993, I-2130; C-324/90, in *Racc.*, 1994, I-1201; C-278/92, in *Racc.*, 1994, I-4168; T-459/93, in *Racc.*, 1995, II-1690; C-329/93, in *Racc.*, 1996, I-5211; T-214/95, in *Racc.*, 1998, II-742; T-16/96, in *Racc.*, 1998, II-780; T-132/96, in *Racc.*, 1999, 149; 296/82, in *Racc.*, 1985, 813; 223/85, in *Racc.*, 1987, 4648; 67/85, in *Racc.*, 1988, 258; 62/87, in *Racc.*, 1988, 1587; 57/86, in *Racc.*, 1988, 2868; 102/87, in *Racc.*, 1988, 4080; 301/87, in *Racc.*, 1990, I-342; 347/87, in *Racc.*, 1990, I-1098; C-364/90, in *Racc.*, 1993, I-2118; C-356/90, in *Racc.*, 1993, I-2346; C-324/90, in *Racc.*, 1994, I-1183; C-278/92, in *Racc.*, 1994, I-4124; C-329/93, in *Racc.*, 1996, I-5160; C-75/97, in *Racc.*, 1999, I-3701; C-75/97, in *Racc.*, 1999, I-3681.

una serie di esemplificazioni, tipizzando alcune situazioni e disciplinandole direttamente.

Le molteplici forme della legalità consentono di prevedere il risultato dell'azione amministrativa (dal fine al contenuto concreto), non perché ciò sia conseguente ad un'impostazione teorica volta a sfavorire l'ambito della discrezionalità amministrativa, ma per necessità di carattere estremamente pratico.

Tale impostazione risente infatti della natura dell'integrazione comunitaria, che nasce dal diritto e si estende nei limiti di esso: detto in altre parole, le libertà riconosciute ai singoli dal diritto comunitario sono oggetto di espresse previsioni normative che ne dettagliano anche le modalità del godimento; correlativamente, l'amministrazione è guidata dalla legge sia in positivo, in quanto l'intervento esecutivo è vincolato ai fini stabiliti nel Trattato, sia in negativo, nel senso che la legge stessa, oltre a indicare le competenze degli organi comunitari, preclude alcune possibilità d'intervento alle amministrazioni perché invasive della libertà dei privati.

In conclusione, l'analisi delle norme dei Trattati ci consente di intendere la legalità comunitaria come un insieme di vincoli, di natura formale e sostanziale, che il diritto impone alle singole amministrazioni, al fine, principalmente, di delimitare la sfera della missione istituzionale affidata a questa o a quella istituzione nell'ambito dei fini generali della cooperazione europea.

Talvolta, oltre a delimitare le attribuzioni delle diverse amministrazioni comunitarie, i Trattati introducono ulteriori condizionamenti al libero esplicarsi del potere pubblico, individuando le finalità degli interventi comunitari, prevedendo regole procedurali e del contraddittorio, indicando il contenuto specifico di taluni provvedimenti in determinate condizioni.

Infine, l'area del potere di cui godono le amministrazioni nell'ambito delle missioni ad esse attribuite segna anche il

limite esterno del sindacato giurisdizionale, perciò il Trattato CECA, in una disposizione particolarmente interessante (art. 33), ha stabilito che “*l'esame della Corte di Giustizia non possa verteere sulla valutazione dello stato risultante da fatti o circostanze economiche in considerazione del quale sono state prese le dette decisioni, salvo che non si tratti di accertare uno sviamento di potere o di aver misconosciuto in modo palese le disposizioni del Trattato oppure ogni norma giuridica concernente la sua applicazione*”.

Così, il principio di legalità, nel diritto comunitario, ma anche più in generale nel diritto amministrativo europeo, implica rigoroso rispetto delle norme di legge, a garanzia della sovranità nazionale, da un lato, e dei fini delle enunciazioni comunitarie ed europee, dall'altro. Rispettare la volontà degli Stati che ratificano accordi internazionali attraverso un'interpretazione rigorosa dei compiti e dei vincoli previsti dall'accordo in capo agli organi delegati e ridurre la discrezionalità delle amministrazioni nazionali che incida su diritti attribuiti da atti espressione della cooperazione internazionale (ad esempio, dalla Carta di Nizza) sono due facce della stessa medaglia. Entrambe richiedono una valorizzazione della legalità amministrativa, dal contenuto specifico delle norme ai fini più generali del contesto in cui quelle norme si inseriscono.

II.II.I.4. *Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee.*

Il richiamo esplicito al principio di legalità nelle decisioni della Corte di Giustizia non è molto frequente nel contenzioso istituzionale, e nemmeno nelle questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto comunitario (68). Lo stesso vale

(68) Fanno espresso richiamo al principio di legalità tra tutte le seguenti decisioni della Corte di Giustizia e del Tribunale C-134/84, in *Racc.*, 1985, 2233;

per le decisioni relative ai problemi di attuazione delle politiche comunitarie.

Tuttavia, pur non essendo nominato direttamente, il principio di legalità compare nell'*iter* motivazionale delle sentenze della Corte come spiegazione riepilogativa dell'interpretazione fornita dai giudici al diritto comunitario.

Il riferimento espresso al principio di legalità viene utilizzato, invero, specialmente per questioni che non attengono al diritto amministrativo delle Comunità, ma che riguardano il diritto penale. Si tratta di casi in cui, ad esempio, viene verificata la corretta trasposizione di direttive che prevedano sanzioni per taluni comportamenti specificamente descritti, quando tali sanzioni non siano recepite dall'ordinamento interno. Ivi, il riferimento al principio di legalità impone di interpretare il diritto interno sulla base del disposto delle direttive senza però poter contraddire il principio, anch'esso recepito nell'ordinamento Ue (69), di legalità delle pene e di irretroattività della legge penale, secondo cui nessuno può essere punito per fatti non preventivamente ed esplicitamente definiti reati. Si è finito così per affermare che il principio di legalità osta a che un giudice nazionale punisca atti che non sono esplicitamente considerati reati dal codice penale nazionale (70).

C-46/87, in *Racc.*, 1989, 2924; C-85/87, in *Racc.*, 1989, 3157; C-97/87, in *Racc.*, 1989, 3186; T-30/90, in *Racc.*, 1991, II-216; T-156/89, in *Racc.*, 1991, II-430; C-228/92, in *Racc.*, 1994, 1473; C-147/92, in *Racc.*, 1994, I-2646; T-73/95, in *Racc.*, 1997, II-394; T-227/95, in *Racc.*, 1997, 1212; T-236/97, in *Racc.*, 1998, 51; T-51/89, in *Racc.*, 1990, II-339; C-74/95, in *Racc.*, 1996, I-6637; C-304/94, in *Racc.*, 1997, I-3599; C-74/95, in *Racc.*, 1996, I-6620; C-304/94, in *Racc.*, 1997, I-3575; 133/85, in *Racc.*, 1987, 2312.

(69) Art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(70) Di recente, ad esempio, conclusioni dell'Avvocato generale L.A. GEELHOED, 10 luglio 2003, in C-58/02, *Commissione c. il Regno di Spagna*, in *www.curia.eu.int.*; conclusioni dell'Avvocato generale D. RUIZ JARABO COLOMER, 5 giugno 2003, in C-60/02, *Montrolex S.A. e a.*, in *www.curia.eu.int.*

L'interdisciplinarietà del principio di legalità è consentita dalla genericità della nozione e conferma la necessità di introdurre quelle limitazioni definitorie che si sono specificate più sopra, per circoscrivere l'indagine alla soggezione dell'*amministrazione* alla legge.

Il senso più comune del principio di legalità dell'azione amministrativa si trova nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma il vincolo del rispetto del diritto comunitario e la necessità del conseguente controllo giurisdizionale per gli atti di ogni istituzione comunitaria, dalla Commissione, alla Banca centrale europea (71), alle agenzie esecutive. Tuttavia, quest'aspetto non pare particolarmente interessante dal punto di vista dell'analisi che si sta svolgendo, in quanto la soggezione di soggetti privati e pubblici al diritto rappresenta un'esigenza propria di ogni ordinamento giuridico moderno e non peculiare del diritto amministrativo europeo.

Un altro impiego del principio di legalità riguarda i casi in cui si afferma l'illegittimità di una decisione adottata in un primo momento e giustificata in un momento successivo: il principio di legalità prescriverebbe che la legittimità di una decisione sia parametrata alla normativa vigente al momento della sua adozione, senza tener conto delle regole successive a quest'ultima. In questa accezione, il principio di legalità si configurerebbe, pare, come una sorta di principio del *tempus regit actum* (72). Non si riscontra a riguardo niente di particolare rispetto alle affermazioni già note al diritto interno.

Il tema del principio di legalità dei reati è stato di recente affrontato anche dalla Corte europea dei diritti, A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 673.

(71) Cfr. ad esempio, conclusioni dell'Avvocato generale F.G. JACOBS, 3 ottobre 2002, in C-11/00, *Commissione c. Banca centrale europea*, in *www.curia.eu.int*.

(72) Corte di Giustizia, 5 giugno 2003, C-121/01 P, *Eoghan O' Hannrachain c. Parlamento europeo*, in *Racc.*, I-5539.

Più utile richiamare quella giurisprudenza comunitaria che fa uso del principio di legalità dell'azione amministrativa per consentire al privato di ampliare l'ambito di utilizzazione dei rimedi esperibili in sede nazionale contro i provvedimenti delle autorità amministrative che incidano su situazioni soggettive che hanno tutela nel diritto comunitario. Così, per esempio (73), interpretando la direttiva 89/665, relativa alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori, la Corte di Giustizia ha imposto un'interpretazione ampia della normativa nazionale di recepimento, basata sul principio di legalità dei provvedimenti amministrativi e sulla giustiziabilità dei medesimi, tale per cui anche nei casi ove le autorità aggiudicatrici godano, in virtù della normativa nazionale applicabile, di un'ampia discrezionalità per quanto concerne la revoca di un bando di gara, le giurisdizioni nazionali devono poter verificare la compatibilità di tale revoca con le pertinenti norme del diritto comunitario. Detto altrimenti, si è ritenuto che la discrezionalità riconosciuta alle autorità amministrative nell'esercizio dei propri poteri di autotutela debba poter essere soggetta, in ossequio al principio di legalità dell'attività amministrativa nazionale che incida su posizioni soggettive comunitarie, ad un controllo giurisdizionale ed eventualmente possa essere annullata nell'ambito di una procedura di ricorso.

A parte queste utilizzazioni dirette del principio di legalità, in una pluralità di casi, decisivi per stabilire quale sia il rapporto tra legge ed amministrazione nel diritto amministrativo europeo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, pur non invocando espressamente il principio di legalità, decide le questioni sottoposte attraverso un'interpretazione del tutto peculiare della relazione tra formante normativo e attività ammini-

(73) Corte di Giustizia, 18 giugno 2002, in C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH e Stadt Wien*, in Racc., I-5553.

strativa. Dei risultati dell'analisi di questo complesso materiale giurisprudenziale si darà conto nei capitoli che seguono.

II.II.I.5. *Conclusioni: differenza tra il principio di legalità nella dimensione europea e il principio di legalità come regola cardine degli Stati membri.*

È ora possibile trarre le conclusioni in ordine all'indagine svolta in questa parte della sezione dedicata all'esame delle differenze basilari tra concetto di legalità nazionale e comunitario.

L'indeterminatezza del principio di legalità ha consentito di avvicinare i concetti elaborati in sede nazionale a quelli di provenienza comunitaria, pur rimarcando le profonde differenze storiche ed istituzionali relative alla valenza dello stesso principio negli uni ordinamenti e nell'altro.

In un caso (in quello nazionale), esso incarna i valori di libertà e democrazia propri dell'evoluzione giuridica dello Stato di diritto (ivi, l'esigenza di legalità dell'azione amministrativa è nata per limitare i poteri speciali riconosciuti all'amministrazione come portato dello Stato c.d. amministrativo, affrancati da un certo favore della giurisprudenza per la permanenza dei privilegi pubblici); nell'altro (in quello comunitario), incarna un'esigenza formale legata al meccanismo di cooperazione internazionale, essendo la chiave della coesione amministrativa delle strutture istituzionali dell'Unione (la « legge comunitaria » è stata lo strumento attraverso cui, prima, si è consentito di individuare gli obbiettivi istituzionali della cooperazione comunitaria e, poi, di fornire gli strumenti alle singole realtà operative per realizzare tali obiettivi) e della protezione delle situazioni giuridiche regolate dall'ordinamento comunitario.

Ne è derivata, perciò, l'impossibilità di ragionare in termini analogici, applicando al diritto di fonte sovranazionale le

conclusioni, in ordine al rapporto tra legge ed amministrazione, cui si è pervenuti nel diritto interno.

L'autonomia del concetto comunitario di *rule of law*, negata da parte della dottrina contemporanea, si può, invece, dedurre dai documenti ufficiali delle Istituzioni comunitarie — che riconoscono i valori dello Stato di diritto e ne chiedono il promuovimento — dalle disposizioni del Trattato — che indicano nella legge il limite esterno ed interno dell'azione dei soggetti istituzionali operanti nell'Unione — e dalla giurisprudenza della Corte — che spesso utilizza, in modo esplicito od implicitamente, il concetto di soggezione alla legge per risolvere le questioni sottoposte —.

Il principio di legalità, dunque, ricompreso tra i principi elaborati dalla Corte di Giustizia per costruire il diritto amministrativo europeo, acquista la natura di un vero e proprio principio istituzionale e consente, in questa prospettiva, di affrontare una lettura sistematica del rapporto tra potere amministrativo e potere normativo, particolarmente interessante ai fini dell'indagine relativa al contenuto del diritto amministrativo europeo.

Riconosciuto il principio di legalità come principio cardine del diritto amministrativo comunitario, diverso dallo stesso principio per come inteso in sede nazionale, nella seconda parte del presente capitolo si approfondiranno i singoli significati che il principio comunitario di legalità va assumendo.

In conclusione, è interessante segnalare che il Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato istitutivo della Comunità europea, sottoscritto nel dicembre del 2007, conferma il riferimento, nel preambolo del Trattato sull'Unione europea, alla *democrazia* e allo *Stato di diritto*, dichiarando che gli Stati membri, nel procedere alla cooperazione comunitaria, si ispirano a tali valori. Attraverso tali richiami e, in particolare, attraverso il richiamo allo Stato di diritto, l'Unione accetta anche di riconoscere valenza al con-

cetto tipicamente nazionale di legalità (legato appunto all'affermarsi dello Stato di diritto). Così, pur mantenendosi una importante differenza tra il concetto nazionale e quello sopranazionale di legalità, per come qui intesi, il riferimento allo Stato di diritto dimostra che nell'ordinamento dell'Unione europea possono dirsi presenti diversi e multiformi concetti di legalità di cui è necessario tenere conto.

Sezione II

Il principio comunitario di legalità: quadro analitico e sistematico

II.II.II.1. *Impostazione analitica: la legalità attribuzione.*

Dimostrato che il principio di legalità trova spazio tra i principi del diritto amministrativo europeo, è possibile ora affrontare la tematica in chiave analitica, esaminando i vari segmenti in cui il principio di legalità si articola. La ricostruzione che segue è essenziale per individuare i contenuti del diritto amministrativo europeo e per effettuarne una corretta trasposizione in fase di implementazione nazionale.

L'intento di questa parte della ricerca è quello di fornire una definizione precisa del principio comunitario di legalità (che in quanto principio generale incorpora anche il senso della legalità che emerge nella più ampia dimensione europea), che possa fungere come parametro di riferimento in sede nazionale, qualora l'interprete abbia a che fare con interessi sovranazionali (secondo una dinamica di interazione che vedremo meglio nel capitolo IV).

Inoltre, lo studio sul principio di legalità dimostra in che modo si sviluppano i principi generali nell'ordinamento comunitario, e consente di riflettere, a partire da una pro-

spettiva necessariamente parziale, sul metodo di armonizzazione dovuto alla crescita del diritto amministrativo europeo e sulle modalità di protezione degli interessi incorporati in atti sovranazionali.

In particolare, si individueranno i significati precisi che la regola della preminenza della legge sull'attività amministrativa assume nella percezione comunitaria del rapporto legge-amministrazione, dalla fase dell'istituzione *ope legis* dei singoli organi amministrativi a quella del loro concreto operare.

Un aspetto preliminare della legalità comunitaria è già stato individuato nella prima sezione del capitolo, e riguarda l'attribuzione predeterminata di competenze, che è certamente da considerarsi una proprietà primaria ed essenziale dell'ordinamento giuridico comunitario, in grado di caratterizzare la dimensione internazionale nel suo complesso. La nozione di legalità come attribuzione di poteri risulta fondamentale, prima, come espressione del *quantum* della cessione di sovranità da parte degli Stati membri a favore delle istituzioni che operano nell'Unione e, solo poi, come regola delimitativa del campo d'azione dei pubblici poteri. Perciò il segmento che si denomina legalità-attribuzione è da considerarsi decisivo.

Infatti, ad esempio, il Trattato di Lisbona, (che si propone di modificare il Trattato Ue e il Trattato CE — in attesa in ratifica —), ha di recente aggiunto una parte finale al comma 1 dell'art. 1 del Trattato UE. La modifica specifica che le Alte parti contraenti istituiscono tra loro l'Unione europea, "*alla quale gli Stati membri attribuiscono competenze per conseguire i loro obiettivi comuni*". Questa nuova precisazione conferma la tendenza ad attribuire massima rilevanza al frammento della legalità attribuzione, mettendo in evidenza che esso consente agli Stati membri di *controllare* e *bilanciare* le cessioni di sovranità effettuate in favore degli organi europei.

Dal punto di vista dei principi giuridici fondamentali, la previsione, contenuta in una norma di diritto positivo, del-

l'ambito in cui una determinata autorità amministrativa abbia la legittimazione ed il dovere di intervenire è sempre stata una necessità primaria anche all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati (1). Eppure, al livello nazionale, il riconoscimento, in via di prassi, di poteri amministrativi non previsti dalla legge è un fenomeno ben conosciuto, che certamente attenua l'intransigenza delle regole cui si fa riferimento.

Nel nostro ordinamento — si diceva, quasi un secolo fa — gli organi amministrativi sorgono da un atto di volontà ordinario dello Stato e *in questo trovano il fondamento della loro esistenza e delle loro funzioni* (2).

Senza che molto sia cambiato, la dottrina prevalente (3)

(1) Spesso il principio che qui si denomina di legalità attribuzione, viene colto, nella dottrina italiana, sotto il profilo della tipicità o nominatività del provvedimento amministrativo, si veda, ad esempio, F. D'ALESSIO, *Competenza amministrativa*, in *N.D.I.*, III, 1938, 436; A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1948, III, 25; G. GASPARRI, *Competenza amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 34; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965, 2; G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 135; M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, 41; più specificamente in relazione col principio di legalità cfr. S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, 677; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *AA.VV.*, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1515; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 10 ss.

(2) O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 198; diffusamente in analisi al concetto giuridico di competenza, cfr., R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 107 ss.

(3) Una posizione parzialmente critica alla concezione tradizionale della competenza, intesa come ambito di attribuzione delegata dalla legge ad ogni soggetto pubblico, si legge in G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, 131. L'Autore, riflettendo sulla questione della distribuzione delle funzioni anche all'interno delle organizzazioni di diritto privato, ritiene che "una concezione troppo rigida del principio di legalità dell'azione amministrativa e l'abitudine a considerare l'attribuzione e la competenza solo con riferimento agli atti autoritativi ha indotto a ritenere che ogni organismo possa adottare solo gli atti espressamente previsti. Se, invece, si considerano l'attribuzione e la competenza sotto il profilo degli interessi da curare, si deve ritenere che ogni figura soggettiva può agire, per il perseguimento dello scopo, con libertà di modi e di forme, può fare tutto ciò che non è vietato, sempre che non si tratti di atti autoritativi e che la spesa sia disponibile", 132. Questa interessante presa di posizione non pare tutta-

ritiene oggi che le regole di competenza siano un elemento fondamentale ed imprescindibile per determinare, con diversi gradi e risultati, l'insieme dei compiti assegnati dalla legge ad un apparato amministrativo (4).

Questo è vero anche in sede comunitaria, ma con le dovute precisazioni. Innanzitutto, come si anticipava, il principio della competenza d'attribuzione non rappresenta solo un vincolo per l'operare delle singole amministrazioni comunita-

via adatta a spiegare il fenomeno dell'attribuzione legislativa di competenze nel diritto amministrativo comunitario che si basa ontologicamente, come si è visto, sul principio di attribuzione e sui conferimenti espressi di funzioni, necessari ai fini di conservare l'unità del sistema giuridico di fonte sovranazionale e per consentire il controllo sulla cessione di sovranità.

Sembra invece particolarmente adatta a spiegare anche alcune peculiarità che verranno evidenziate in ordine all'ordinamento europeo, la concezione di legalità-attribuzione che emerge nel lavoro di B. TONOLETTI, *L'accertamento autonomo*, Padova, 2001; ivi (spec. 175 ss.), nell'analisi dei principi che si evincono dalla Costituzione e che interessano il diritto amministrativo, il principio di legalità viene inteso come criterio guida alla distribuzione di competenze nell'ordinamento tra funzione legislativa, funzione di governo e funzione esecutiva. In particolare, il principio di legalità sostanziale, insieme col principio democratico e con la regola della riserva di legge comporterebbe "una generale riserva al potere legislativo delle scelte politiche fondamentali (...) e la necessità che l'azione puntuale della pubblica amministrazione sia delineata da puntuali criteri sostanziali predeterminati dalla legge, eventualmente integrati, nei casi di maggiore elasticità della riserva, dagli atti in senso lato normativi degli organi di governo. Attraverso la riserva di legge, il tradizionale principio di legalità ha dunque acquistato una valenza non più meramente formale, dal momento che la disciplina sostanziale degli interessi costituzionalmente rilevanti deve essere dettata da norme prodotte da organi democraticamente legittimati, in primo luogo dal legislatore, e non dall'amministrazione in occasione della decisione dei casi individuali".

Infine, sul tema è particolarmente interessante, da ultimo, la riflessione svolta da A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, specialmente sul rilievo del vizio di incompetenza relativa.

(4) G. GUARINO, *Atti e poteri*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983; F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989; R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990; G. ORSONI, *Competenza e amministrazione*, Padova, 1990; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 313; A. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 205; C. DE BELLIS, *Competenza amministrativa e inerzia*, Bari, 1993; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 199.

rie, ma determina la legittimazione istituzionale delle Comunità nel loro complesso (5). In questo senso, il principio di legalità inteso nel suo significato formale acquista nel diritto comunitario il significato che ha usualmente nei casi in cui si verificano cessioni di sovranità in campo internazionale.

Il principio di attribuzione, regola cardine dei fenomeni di cessione di sovranità, è tipico dei sistemi giuridici non unitari. La sua interpretazione (6) può essere più o meno rigorosa, restringendo o favorendo il livello di governo sovrastatale.

(5) Come noto, l'Unione europea non possiede la stessa sovranità degli Stati ed è tenuta ad occuparsi delle competenze enumerate nei Trattati. Sul punto si vedano A. GIARDINA, *The rule of law and implied powers in European Community*, in *Italian Yearbook Intern. Law*, 1975, 99; A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, cit., 139; J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985; J.V. LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, Bruxelles, 1990; M.P. CHITI, *Implicazioni amministrative della integrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 705; L. VANDELLI, *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994; P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost.*, 1993, 1; J. SCHWARZE, *The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of Federal States*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 713; AA.VV., *La distribuzione dei poteri nell'Unione europea: il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, Bologna, 1995; U. DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario*, Milano, 1995; P. AMADEI, *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, in M.R. SAULLE, *Il trattato di Maastricht*, Napoli, 1995; G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Parigi, 1997, 41; C.F. BERGSTROEM, *L'Europa oltre il mercato interno: commento al Trattato di Amsterdam*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 1; G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, op. cit., 99 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, op. cit., 257 ss.; AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*, a cura di A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA, Padova, 1999; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002; C. MILLON DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori nel sistema delle fonti*, Padova, 2003.

(6) M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 99 ss.; ivi si precisa che il problema principale della competenza di attribuzione riguarda i rapporti tra processi decisionali e competenze e che esso non si risolverebbe con l'inserimento in un testo Costituzionale di una formula linguistica che separi i poteri dell'Unione da quelli degli Stati. Ciò in quanto "l'esperienza comparata ci insegna

A differenza di orientamenti risalenti alla prima fase di formazione dell'ordinamento comunitario, la tendenza che si coglie nei più recenti interventi normativi comunitari è quella di una valorizzazione del concetto di legalità attribuzione cui segue una interpretazione restrittiva dell'ambito delle competenze delegate in sede europea. Questa propensione emerge anche dalle ultime proposte di modifiche ai Trattati incorporate nel Trattato di Lisbona, che prevede l'aggiunta di un articolo 3-bis al Trattato Ue, specificando che *“qualsiasi competenza non attribuita all'Unione appartiene agli Stati”*, o, di seguito, all'art. 3-ter *“la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione... In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri”*.

Del resto, anche la progressiva affermazione del principio di proporzionalità e del principio di sussidiarietà in relazione alle modalità di esercizio dei poteri delegati all'Unione è indice della necessità di interpretare restrittivamente le norme attributive dei poteri in ambito europeo.

Ripercorrendo i tratti essenziali di tale evoluzione, nel contesto europeo, l'orientamento favorevole ad un'accezione più elastica del principio dell'enumerazione è prevalso, tra la

qualcosa che i non giuristi fanno fatica a capire: a causa della natura stessa del linguaggio giuridico, della legge, e dell'interpretazione giuridica, nessuna espressione linguistica consacrata in un documento costituzionale è veramente in grado di *garantire* nella pratica il rispetto dei confini fondamentali tra le competenze del potere centrale e quelle delle unità che lo costituiscono. Ogni ordinamento tende ad ampliare le competenze dell'unità centrale a scapito di quelle delle unità periferiche o, viceversa, ad interpretare estensivamente le attribuzioni delle unità locali a scapito di quelle del centro: la direzione verso cui ogni ordinamento si muove dipende in larga misura dall'*ethos* politico e giuridico che anima coloro che esercitano le funzioni legislative e coloro che li controllano”, 100-101.

fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80, con l'affermarsi della dottrina dei poteri impliciti, la cui origine si rinviene nel famoso caso ERTA, (31 marzo 1971, causa 22/70), che ha eroso il principio delle attribuzioni determinate, favorendo un'espansione considerevole delle competenze comunitarie: in sostanza, ricorrendo a questa teoria, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha proceduto a legittimare, a posteriori, interventi della Comunità anche in settori non espressamente previsti dal Trattato (7), ma funzionalmente connessi al raggiungimento dei fini comunitari.

Peraltro, proprio con riferimento alla tematica dei poteri impliciti, la giurisprudenza comunitaria (8) sembra essersi di

(7) N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, op. cit.: “La teoria dei poteri impliciti chiaramente fondata su di una concezione “funzionale” e non “formale” delle regole relative alla distribuzione della competenza, ha indotto un’evoluzione del concreto funzionamento della dialettica Comunità- Stati membri, che ha visto il passaggio da una considerazione della Comunità stessa come struttura sovranazionale, dotata sì di poteri di imperio ma entro settori materiali circoscritti ed invalicabili, ad una realtà effettuale ben differente dalle premesse costituzionali, caratterizzata da un sostanziale superamento del principio delle competenze enumerate e da un’estensione, sempre meno definibile nella sua ampiezza, delle attribuzioni delle istituzioni comunitarie”, 64. L’Autore dà conto, tuttavia, della più recente evoluzione del sistema comunitario di riparto delle competenze, che pare ispirata al ritorno di forme di espansione delle sfere di attribuzioni comunitarie che risultano più rispettose del principio della legalità attribuzione, in quanto si realizzano per il tramite di un ampliamento del tessuto normativo europeo.

(8) La giurisprudenza, mantenendo ferma la regola secondo cui “il principio delle competenze di attribuzione, che trova espressione negli artt. 5 CE (riguardo alla Comunità), 7 CE (riguardo alle istituzioni della Comunità) e 5 UE (riguardo alle istituzioni che compongono il quadro istituzionale unico dell’Unione), non implica un conferimento di competenze necessariamente esplicito” e che “la stessa norma dell’art. 308 CE, relativa ai poteri impliciti della Comunità, sta a dimostrarlo” per cui “le competenze possono anche essere implicite e dedotte mediante interpretazione, anche estensiva, dalle disposizioni dei trattati, nel rispetto della lettera e dell’economia di queste ultime”, tuttavia si muove più cautamente nei giudizi che riguardano competenze non espressamente attribuite, cfr., tra le più recenti, conclusioni Avvocato Generale Mengozzi, 26 ottobre 2006, in C-354/04, *Gestoras Pro Amnistia* e Corte di Giust., 2 maggio 2006, in C-217/04 *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, ove “Il Consiglio sostiene infine che l’art. 308 del Trattato CE conferisce al legislatore comunitario una competenza legisla-

recente assestata verso posizioni di *self restraint*, più adatte ad un ordinamento giuridico maturo.

Tuttavia, si ritiene opportuno distinguere tale complessa tematica, che ha il suo fulcro nell'interpretazione dell'art. 308 del Trattato Ce, da quella qui in analisi, attinente alla manifestazione del principio di legalità come vincolo per l'azione dell'amministrazione.

Ciò in quanto, nei termini usati nel presente saggio, il concetto di legalità-attribuzione, rilevante per il diritto amministrativo europeo, riguarda quelli che potremmo definire *i limiti interni* del potere amministrativo, che trovano fonte nella legislazione comunitaria o in atti convenzionali, e non i limiti esterni dell'intervento comunitario o europeo (precisati, questi ultimi, dalla dottrina dei poteri impliciti e dal principio di sussidiarietà).

È nell'ambito dell'area di intervento comunitario, anche ampliato facendo ricorso alla teoria dei poteri impliciti, ed europeo, che si colloca l'analisi sul principio di legalità inteso come vincolo ai poteri pubblici, quale che sia l'ampiezza della competenza, rispettivamente, comunitaria o europea, che resta — per così dire — a monte della presente ricerca.

Per approfondire il significato del principio di legalità-attribuzione in senso proprio, inteso cioè come limite ai poteri già attribuiti ai soggetti comunitari, verranno analizzati due esempi in particolare, che sembrano, nell'analisi della legislazione comunitaria, particolarmente significativi. Uno noto, l'altro meno noto.

Si tratta della normativa in tema di aiuti di stato e del Regolamento istitutivo dell'*Authority* per la sicurezza alimentare.

tiva soltanto residua nei settori in cui alla Comunità non è stato conferito il potere legislativo sostanziale di realizzare determinati obiettivi. Qualora esista, in realtà, un fondamento normativo specifico per l'adozione di un atto comunitario, il ricorso all'art. 308 è escluso, posto che quest'ultimo costituisce soltanto un fondamento giuridico « residuale »”.

La materia degli aiuti di Stato (9) rappresenta appunto un settore in cui il diritto comunitario (ci si riferisce in particolare agli artt. 87 ss. del Trattato Ce) ha attribuito alla Commissione ampi poteri, in grado di incidere, profondamente, sulle libertà comunitarie, nell'intento di verificare e, se del caso, sanzionare, la compatibilità col mercato comune degli aiuti concessi dagli Stati alle imprese nazionali.

I citati articoli del Trattato contengono dei concetti vaghi, cui è seguito un inevitabile potere discrezionale della Commissione nel valutare la legittimità o meno degli aiuti sospetti. Per molto tempo, nonostante il dettato dell'art. 89 (che prevedeva, nella consapevolezza della vaghezza della normativa sul tema, che il Consiglio deliberasse dei regolamenti utili ai fini della concreta attuazione della politica comunitaria in materia di aiuti di stato), la normativa derivata è mancata, e il sistema comunitario è rimasto carente di una vera e propria disciplina di carattere generale che regolamentasse l'attività di vigilanza cui la Commissione era tenuta.

Dunque, il principio di legalità trovava attuazione sì, ma solo sotto il profilo del segmento dell'attribuzione del potere, dalla legge all'amministrazione, nel caso di specie dal Trattato

(9) Si richiamano a proposito G. PALMIERI, *Gli aiuti di Stato alle attività produttive e il loro regime comunitario: gli artt. 92 e 94 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, cit.; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit.; T. BALLARINO-L. BELLODI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit.; G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit.; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese comunitarie*, cit.; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, cit.; S. MORSON, *Aidés d'Etat*, in A. BARAV-C. PHILIP, *Dictionnaire Juridique des Communautés Européennes*, cit.; L. HANCER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT, *Ec State Aids*, cit.; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, cit.

Alla bibliografia elencata nel capitolo primo si aggiunga anche G. DELLA CANANEA, *Administration by guidelines: the policy guidelines of the Commission in the field of State aids*, in *State aid. Community law and policy and its implementation in Members States*, a cura di I. HARDEN, Koln, Springer, 1993, 61.

alla Commissione, ma mancava la fase della regolamentazione normativa dell'azione amministrativa prevista.

Si consideri che le norme del Trattato non prevedono nemmeno una nozione chiara di cosa debba intendersi per aiuti di stato (10), ponendo un serio problema di individuazione delle fattispecie vietate, la cui soluzione è spettata, dunque, alle valutazioni di volta in volta espresse nella prassi decisionale degli organi amministrativi. L'attribuzione di un potere tanto vago nei suoi confini ha corrisposto, quindi, ad un inevitabile ampliarsi del campo dell'azione amministrativa, della sua opinabilità e dell'imprevedibilità del risultato, giustificabile solo sulla base del momento transitorio (cioè fino all'emanazione del Regolamento) tipico della fase costituente dell'ordinamento comunitario.

Non il legislatore, ma la prassi delle decisioni della Commissione e le indicazioni contenute nelle sentenze della Corte di Giustizia hanno così provveduto, gradualmente, a dotare l'ordinamento comunitario di una disciplina completa in tema di aiuti di Stato, limitando la discrezionalità della Commissione.

La situazione è stata parzialmente modificata con l'entrata in vigore del Regolamento Ce n. 659/1999, regolamento di procedura degli aiuti di Stato.

Tale regolamento ha recepito molta della prassi ammini-

(10) Mancava, infatti, nelle norme citate una definizione precisa capace di individuare la nozione di aiuti di Stato, la quale, infatti, è il risultato della discrezionalità operativa della Commissione e delle opzioni interpretative della Corte di Giustizia, a riguardo cfr., 290/83, in *Racc.*, 1985, 448; C-72/91, in *Racc.*, 1993, I-933; C-189/91, in *Racc.*, 1993, I-6220; C-341/95, in *Racc.*, 1998, I-4382; C-200/97, in *Racc.*, 1998, I-7936; T-67/94, in *Racc.*, 1998, II-26; C-75/97, in *Racc.*, 1999, I-3694; C-295/97, in *Racc.*, 1999, I-3761; C-294/90, in *Racc.*, 1992, I-514; C-72/91, in *Racc.*, 1993, I-906; C-189/91, in *Racc.*, 1993, I-6198; C-324/90, in *Racc.*, 1994, I-1178; C-44/93, in *Racc.*, 1994, I-3847; C-200/97, in *Racc.*, 1998, I-7917; C-75/97, in *Racc.*, 1999, I-3677.

Sull'ambiguità della nozione e sulle incertezze interpretative che ne sono seguite si veda anche, di recente, Tribunale, 6 marzo 2003, in T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e altri c. Commissione*, in *Racc.*, II-1.

strativa seguita dalla Commissione e, nella parte introduttiva, dedicata agli aspetti generali, ha precisato il contenuto della terminologia impiegata nel Trattato: definendo il regime di aiuti di stato, distinguendo tra aiuti illegali, aiuti attuati in modo abusivo, aiuti individuali, nuovi aiuti e aiuti esistenti.

Il tentativo di razionalizzazione normativa e quello di diminuire la discrezionalità della Commissione sono parsi evidenti. E con essi, quello di riconoscere l'importanza del segmento della legalità inteso come attribuzione dei poteri.

Da alcuni degli articoli del Regolamento si possono dedurre interessanti regole procedurali di carattere generale, che potrebbero suggerire una ricostruzione dei principi generali del procedimento amministrativo comunitario. Ad esempio si vedano: gli artt. 2 ss., che regolamentano il regime di notifica degli aiuti, l'esame preliminare della Commissione, il necessario contraddittorio con gli interessati e la decisione conclusiva; l'art. 4, par. 6, che prevede un'ipotesi di silenzio assenso: se la Commissione non provvede ad adottare una misura entro il termine stabilito, si ritiene che l'aiuto sia stato autorizzato; l'art. 9, che consente la revoca di una decisione della Commissione basata su informazioni inesatte fornite nel corso del procedimento; gli artt. 11 e 12, che riguardano i poteri ingiuntivi, di natura cautelare e istruttoria cui la Commissione può ricorrere nel caso sospetti dell'illegittimità dell'aiuto o in quello di mancato rispetto di una decisione di ingiunzione; l'art. 20, che attribuisce agli interessati il diritto a presentare osservazioni in relazione all'oggetto del procedimento di indagine effettuato dalla Commissione.

Come si accennava con riferimento al tema dei poteri impliciti, pare che, in sostanza, all'evoluzione dell'ordinamento comunitario, dalla fase costituente alla fase dell'assestamento istituzionale, corrisponda un progressivo spostamento da una concezione propulsiva di legalità comunitaria, intesa come strumento in grado di estendere le competenze degli

organi comunitari (e soprattutto della Commissione) in maniera elastica e funzionale agli obiettivi comunitari, ad una concezione più formalistica e rigorosa, adatta ad un ordinamento giuridico che intende conservare le regole essenziali di un equilibrio istituzionale in gran parte raggiunto.

Questa nozione rigorosa del concetto di legalità, che fin qui è stata ricostruita, a titolo esemplificativo, prendendo come parametro norme comunitarie, è propria dell'intera dimensione europea considerata. La stessa emanazione della Carta di Nizza, che enuncia (come ricordato nel capitolo I, paragrafo I.1) il diritto ad una buona amministrazione ha contribuito a fare delle norme di legge un vincolo non trascurabile per l'autorità amministrativa, la cui attività deve essere ispirata a principi di trasparenza ed imparzialità, e quindi al principio di legalità. E ancora più direttamente la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, al protocollo addizionale n. 1 enuncia il principio di legalità inteso come attribuzione di competenze (11). A riguardo la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo impone un'interpretazione assolutamente rigorosa del rispetto, da parte delle autorità pubbliche, del principio di legalità, specificando che *“ce qui compte est (...) que la base légale réponde aux critères de prévisibilité, accessibilité et précision énoncés plus haut. La Cour est toujours convaincue que l'existence en tant que telle d'une base légale ne suffit pas à satisfaire au principe de légalité et estime utile de se pencher sur la question de la qualité de la loi”* (12) (si rinvia sul punto anche al capitolo IV.5.1.).

Quindi, stando alla Convenzione europea dei diritti del-

(11) Articolo 1: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”.

(12) Corte Europea dei diritti dell'Uomo, decisione S.A.S. c. Italia, 23 febbraio 2006.

l'Uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non basta che vi sia una legge attributiva di un potere ad un soggetto pubblico, per soddisfare il principio di legalità, essendo anche necessario che la legge sia chiara e precisa, cosicché l'azione amministrativa sia prevedibile.

In sostanza, l'evoluzione del principio di legalità-attribuzione ci porta a concludere che tale frammento di legalità richiede un'interpretazione sempre più rigorosa, nonostante originariamente potesse essere soddisfatto (come è dimostrato nelle esemplificazioni svolte in questo paragrafo) anche con l'attribuzione di poteri generici a determinati soggetti in determinati settori.

Infatti, con specifico riferimento all'ordinamento comunitario, anche laddove il diritto comunitario non vincoli in maniera precisa i confini dei poteri d'intervento delle singole istituzioni, esso vincola con cura l'azione delle istituzioni attraverso l'individuazione delle finalità dell'esercizio del potere. Il segmento della legalità attribuzione che è maggiormente capace di incidere sull'ambito del concreto esercizio del potere amministrativo è costituito dal cosiddetto vincolo nel fine (13).

Consideriamo, a titolo esemplificativo di tale tendenza, il Regolamento Ce n. 178/2002, relativo all'istituzione dell'*Authority* sulla sicurezza alimentare. Tale regolamento ha individuato i principi cui deve uniformarsi l'attività del nuovo organismo europeo, destinato ad occuparsi di legislazione alimentare e previsto per rafforzare le garanzie dei consumatori nel campo dei cibi e della sicurezza animale.

A questi fini, l'Autorità presta assistenza alla Commis-

(13) Di recente, questo aspetto è stato colto, con particolare riferimento all'ordinamento italiano e alle norme di legge attributive dei poteri all'Autorità per l'energia elettrica e il gas da M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 80. Gli esiti di questo interessantissimo studio saranno commentati di seguito nel capitolo finale.

sione nelle materie di sua competenza e crea un sistema di reti tra le organizzazioni nazionali operanti nel settore (14).

La normativa contenuta nel Regolamento intende vincolare e prevedere l'attività degli operatori istituzionali del settore: nel capo I, dedicato al campo di applicazione ed alle definizioni, si trovano delle formule particolarmente accurate, che evitano il rischio della vaghezza che spesso caratterizza anche le materie connotate da un alto livello di tecnicismi (15). Si può facilmente notare che le specificazioni sono molte e scongiurano un'interpretazione libera dell'ambito applicativo e del contenuto delle materie delegate.

Il capo II, dedicato ai principi generali della legislazione

(14) In analisi alla normativa citata si vadano C. LOSAVIO, *La sicurezza alimentare nell'Unione europea - Reg. CE 178/02 del parlamento europea e del Consiglio*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, 305 e E. TOMMASSELLA, *ivi*, 417.

(15) Si riporta, ad esempio di quanto affermato nel testo, la definizione di alimento contenuta all'articolo 2 di suddetto regolamento, Articolo 2, Definizione di « alimento »:

Ai fini del presente regolamento si intende per « alimento » (o « prodotto alimentare », o « derrata alimentare ») qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani. Sono comprese le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l'acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento. Esso include l'acqua nei punti in cui i valori devono essere rispettati come stabilito all'articolo 6 della direttiva 98/83/CE e fatti salvi i requisiti delle direttive 80/778/CEE e 98/83/CE.

Non sono compresi:

- a) i mangimi;
- b) gli animali vivi, a meno che siano preparati per l'immissione sul mercato ai fini del consumo umano;
- c) i vegetali prima della raccolta;
- d) i medicinali ai sensi delle direttive del Consiglio 65/65/CEE (1) e 92/73/CEE;
- e) i cosmetici ai sensi della direttiva 76/768/CEE del Consiglio;
- f) il tabacco e i prodotti del tabacco ai sensi della direttiva 89/622/CEE del Consiglio (4);
- g) le sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi della convenzione unica delle Nazioni Unite sugli stupefacenti del 1961 e della convenzione delle Nazioni Unite sulle sostanze psicotrope del 1971;
- h) residui e contaminanti.

alimentare, è rappresentativo del metodo con cui il legislatore comunitario attribuisce il potere al legislatore derivato e vincola, indirettamente, ogni attività istituzionale a riguardo.

Individuando diffusamente gli obiettivi generali della politica comunitaria in campo alimentare, infatti, le norme ivi contenute consegnano agli interpreti e, in particolare, alla Corte di Giustizia le linee guida per verificare la compatibilità di ogni intervento nel settore con le intenzioni del legislatore delegante.

La molteplicità degli obiettivi elencati nelle norme appena citate comporta, però, che sia difficile individuare con certezza l'interesse pubblico da considerarsi primario e, quindi, prevalente in un'eventuale comparazione. L'art. 2, infatti, dispone che la legislazione alimentare possa *perseguire uno o più fra gli obiettivi generali di elevato livello della vita e della salute umana, della tutela degli interessi dei consumatori, comprese le pratiche leali del commercio alimentare, tenendo eventualmente conto della tutela della salute e del benessere degli animali, della salute vegetale e dell'ambiente*. Il secondo comma precisa poi che *la legislazione alimentare mira al conseguimento della libertà di circolazione all'interno della Comunità degli alimenti e dei mangimi prodotti o immessi sul mercato*.

La succitata pluralità di fini sembrerebbe contraddire l'impressione generale di precisione e vincolatività della normativa in essere.

In realtà, uno studio più dettagliato consente di risolvere la contraddizione, dimostrando che essa è solo apparente. Occorre, infatti, considerare che detta normativa, in questa parte, non è destinata all'esecuzione in via amministrativa, essendo rivolta al legislatore comunitario per un'ulteriore specificazione di carattere generale e astratto.

Quindi, se si considera la natura del destinatario diretto delle disposizioni che contengono obiettivi generali della legislazione alimentare, l'impressione di genericità è superata dal

fatto che un maggiore dettaglio avrebbe contrastato con la libertà politica e l'autonomia decisionale dei soggetti che esercitano la funzione legislativa.

Passando, invece, alla lettura della norme del Regolamento destinate all'implementazione amministrativa e, dunque, a quelle che attribuiscono direttamente poteri ai soggetti pubblici è confermato che le disposizioni relative a funzioni e competenze (16) pur piuttosto generiche vengono arricchite da un elenco dettagliato delle finalità (17).

Si conferma, perciò, l'impressione iniziale: la scarsa rilevanza del principio di legalità attribuzione, retaggio della fase costituente dell'ordinamento comunitario e della teoria dei poteri impliciti, pare attualmente in via di superamento, in favore di una concezione più matura di legalità che, anche in considerazione della Carta di Nizza e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, garantisce i cittadini europei con la nozione formale e sostanziale di legalità.

Il significato della legalità attribuzione nei rapporti interistituzionali tra istituzioni europee (spesso presente nel contenzioso delle Comunità soprattutto tra gli anni '80 e gli anni '90 (18)) deve essere tenuto distinto dalla nozione di legalità

(16) Ciò mostra come il diritto amministrativo comunitario realizzi il principio della legalità-attribuzione, attraverso il quale la legge individua le aree e le delega alla spettanza di determinate autorità.

Invero, la normativa citata dimostra anche come il diritto amministrativo comunitario resti ancora terminologicamente impreciso: l'art. 22, infatti, elenca la *funzione* dell'Autorità, mentre l'articolo 23 si riferisce ai *compiti* della stessa. Non si capisce, tuttavia, quale sia il senso e la ragione di suddetta distinzione, specialmente perché dalla lettura degli articoli citati si nota che in entrambi i casi si tratta di formulare pareri, di offrire consulenza e assistenza scientifica e tecnica o di fornire informazioni competenti sul tema.

(17) L'impiego di una terminologia alquanto generica si rinviene sia nell'art. 22 sia nell'art. 23. Per tutti si richiama la lettera *f*) dell'art. 23 secondo cui l'Autorità deve *fare in modo che i cittadini e le parti interessate ricevano informazioni rapide, affidabili, obiettive e comprensibili nei settori di loro competenza*.

(18) In questi casi la legalità attribuzione nasconde il complesso tema dell'equilibrio istituzionale degli organi comunitari e si ispira alla seguente logica:

attribuzione che descrivere il potere della singola istituzione verso i terzi. In questi ultimi casi, anche laddove il segmento della legalità attribuzione si riassume nella mera individuazione del soggetto dotato del potere di agire in un determinato settore, la normativa comunitaria interviene con un'accurata precisazione dei fini dell'azione pubblica, consentendo di inquadrare i singoli episodi di azione amministrativa negli obiettivi istituzionali dell'Unione.

In sostanza, la norma che attribuisce all'amministrazione il potere di agire fornisce anche gli strumenti idonei a raggiungere o meglio specificare gli obiettivi stabiliti nei Trattati e, sotto questo profilo, si coglie la sua portata vincolante.

Questa nuova concezione restrittiva e rigorosa del principio di legalità come principio di diritto amministrativo europeo viene rafforzata, su di un piano più generale, nella giurisprudenza CEDU e nella logica che pare emergere dalla Carta di Nizza. Ciò è certamente legato alla tendenza delle Carte dei diritti a preferire le interpretazioni dei principi generali che più consentano di controllare l'invasione dell'azione amministrativa nella sfera giuridica privata, vincolando l'esercizio dei poteri pubblici a precisi dati di legge e a specifiche e limitate finalità, nella massima valorizzazione della sfera della libertà individuale.

II.II.II.2. *Legalità organizzazione.*

Una concezione di legalità, non lontana dalla legalità-attribuzione, di recente valorizzata nel contesto europeo, è quella che interessa i profili strutturali delle singole ammini-

"the treaties set up a system for the distribution of powers among different European Community Institution, assigning to each institutions must its own role, observance of institutional balance means that each institutions must exercise its powers with due regard for the power of the other institutions". V. caso Chernobyl, C-70/88, Parlamento contro Consiglio, in Racc., I-4529.

strazioni intese come apparati, che qui indichiamo con il concetto di legalità-organizzazione.

È indubbio che la soggezione alla legge dell'attività amministrativa debba riguardare anche le disposizioni relative all'organizzazione (19).

Le norme relative all'organizzazione di organi e uffici non concernono il profilo funzionale, ossia quello relativo al grado e all'incisività del vincolo che il diritto impone all'esplicarsi del potere amministrativo, ma quello statico della distribuzione dei poteri (20).

(19) In tema di organizzazione amministrativa, alla luce del diritto interno, si segnalano, tra tutti, i seguenti contributi, V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1967; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1981, 135; M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Milano, 1981, 41; L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, 1989; F.G. COCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2001, 451; ulteriormente, di recente, si vedano F.P. CERASE, *Cambiamenti organizzativi nel governo delle pubbliche amministrazioni e loro effetto sulle competenze*, in *Amministrare*, 2002, 379; F. SPANTIGATI, *Il rapporto tra le funzioni*, in *Pol. Dir.*, 2002, 331; P. STELLA RICHTER, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Foro Amm.*, CDS, 2002, 3299.

In particolare, sul significato di legalità-organizzazione si veda G. PALEOLOGO, *Organizzazione amministrativa*, cit., 135 ss.; ivi si distingue tra norme di organizzazione-istituzionalizzazione e norme di organizzazione dell'attività di diretto perseguimento dei fini, mentre "l'esame di queste ultime è solitamente svolto sotto capitoli separati, che attengono ai temi degli atti e procedimenti giuridici, il termine organizzazione si considera strettamente legato a quello di organo, ossia alla predisposizione di centri d'impulso d'attività future".

(20) Invero, la staticità pura dell'organizzazione amministrativa è stata ampiamente superata da chi ha affermato che le scelte che attengono alle attività organizzative possono definirsi come scelte di "discrezionalità amministrativa", V. D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2001, il quale ritiene che "in un certo senso, si potrebbe parlare anche in questo caso di scelte tecniche, in quanto riconducibili a quelle che possiamo definire tecniche aziendali. Il dato caratterizzante sembra però essere un altro. Tali scelte (...) riguardano altri interessi, quelli dei terzi che possono avere vantaggi o svantaggi in connessione con le attività strumentali delle amministrazioni: ad esempio, gli interessi di coloro che aspirano a lavorare per la pubblica amministrazione o di coloro che, essendo-

Ovviamente, il concetto di legalità-organizzazione si può riferire solo ad un sistema di tipo ordinamentale, in cui cioè vi sia una struttura istituzionale complessa da regolare. Perciò questo paragrafo riguarda solo l'ordinamento comunitario e non le Carte europee che enunciano diritti e libertà, ove non sono istituiti organi di tipo amministrativo da organizzare.

Torna utile, per verificare il significato della legalità-organizzazione, mancando una teoria dell'organizzazione amministrativa comunitaria (21), riferirsi al Regolamento n. 58/2003, per esemplificare il modo in cui il diritto comunitario delinea la fisionomia delle istituzioni che hanno compiti amministrativi.

A proposito, come è stato anticipato al capitolo primo, paragrafo I.3., autorevole dottrina (22) ha osservato che il

ne dipendenti, aspirano a svolgervi attività diversa, o dei fornitori dei beni o dei servizi alle amministrazioni, ecc.”, 258.

(21) Invero, negli ultimi anni, gli sforzi della dottrina volti a sistematizzare le esistenti strutture amministrative all'interno delle Comunità, anche se non esaustivi, sono particolarmente apprezzabili: S. CASSESE-G. DELLA CANANEA, *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 901; M.P. CHITI, *Implicazioni amministrative dell'amministrazione europea*, cit., 1175 ss.; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, 1992; C. FRANCHINI, *La Commissione delle Comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarietà alla coamministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 669; C. BLUMANN, *Le pouvoir exécutif de la Commission et le problème de la comitologie*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 1053; M. SHAPIRO, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione europea*, in *Dir. Pubbl.*, 1996, 345; M.P. CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Torino, 1994, 391; G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, op. cit., spec. *L'organizzazione amministrativa europea*, 1831; F. ASTORE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 47; C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 651; S. CASSESE, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *La crisi dello Stato*, Roma, 2002, 71; F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002.

In particolare, sul modello della *multi level governance* S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 601.

(22) Ci si riferisce, in particolare, a P. CRAIG, *The Constitutionalization of Community Law-Paper*, New York University Law school, 2003: l'Autore sostiene che nel regolamento citato vi siano delle norme da cui è possibile dedurre dei

Regolamento citato, pur riguardando espressamente il bilancio della Comunità, descrive i principali modelli di amministrazione comunitaria e perciò appare riassuntivo delle diverse forme di amministrazione europea e, quindi, della c.d. legalità-organizzazione.

La razionalizzazione realizzata col citato Regolamento distingue tra tre tipi di gestione amministrativa attribuita dalla legge alle singole realtà operative nel contesto europeo: una gestione amministrativa centralizzata, una gestione concorrente o decentrata e una gestione congiunta con organizzazione internazionali. Quest'ultimo modello descrive delle situazioni atipiche e poco frequenti (23) (cfr. art. 53, co. 4, Regolamento finanziario). Il ricorso ai primi due tipi di amministrazione è più comune: nel primo caso, la Commissione che opti per la gestione centralizzata deve decidere se espletare direttamente, per il tramite delle sue strutture interne, le funzioni amministrative d'esecuzione (sistema centralizzato diretto) o indirettamente, delegando le funzioni amministrative alle agenzie esecutive, ad organismi creati dalle Comunità o ad organismi nazionali pubblici o entità di diritto privato che siano investiti di attribuzioni di pubblico servizio (sistema centralizzato indiretto; art. 54 Reg. fin.). *Le funzioni delegate devono essere esattamente definite e il loro uso deve essere rigorosamente controllato* (art. 54, co. 1).

A proposito del secondo modello ipotizzato, si ha gestione concorrente (24) o decentrata quando le funzioni am-

principi di tipo costituzionale che regolamenterebbero le strutture amministrative dell'Unione: *"The principles governing Community administration have now been enshrined in a norm, the New Financial Regulation"*.

(23) In cui si prevede l'impiego di organizzazioni di diritto internazionale pubblico costituite da accordi intergovernativi, come il Comitato internazionale della Croce rossa e la Federazione internazionale della Croce rossa e della Mezzaluna rossa.

(24) Già era ben noto il modello della coamministrazione, in cui sia la Commissione che gli Stati membri esercitavano diverse procedure amministrative per

ministrative sono delegate agli Stati membri o a Paesi terzi. Ovviamente nell'ambito di questo modello di amministrazione, al decentramento delle funzioni corrispondono significativi poteri di controllo della Commissione e obblighi di informazione degli Stati esecutori.

L'ipotesi di delega prevista nel primo modello di gestione suggerisce alcune riflessioni sul tema della legalità.

Il regolamento prevede che la Commissione possa istituire delle agenzie esecutive (25), attraverso le c.d. misure di portata generale di cui all'art. 2 della decisione 1999/468/CE del Consiglio, 28 giugno 1999 (lo stesso vale per la loro eventuale soppressione), cui delegare, entro alcuni limiti, funzioni proprie (26).

Circa le funzioni delegabili, il Regolamento esclude che possano essere delegati *i compiti che implicino l'esercizio di un margine di discrezionalità per tradurre in atto scelte politiche*; così il campo delle attribuzioni viene delimitato non in positivo, istituendo le agenzie e attribuendo loro delle funzioni, ma in negativo, ponendo un limite sostanziale all'atto di

scopi differenti ma complementari, così da svolgere attività interdipendenti: era necessario, in questo ambito, sia l'intervento della Commissione sia di quello delle amministrazioni nazionali per realizzare l'implementazione del diritto comunitario.

(25) Sul tema delle agenzie esecutive si veda anche la ricostruzione di M. MONTEDURO, *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative*, Lecce, 2004; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002 e G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, in *Corso di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 66 ss. E più in generale anche per quanto concerne le nuove forme di amministrazione e gestione comunitaria, 57 ss. A completamento si segnalano i contributi di G. GRECO, *Le agenzie comunitarie: aspetti procedurali e giurisdizionali della tutela degli interessati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 27; G. MAJONE, *The New European Agencies: Regulation by Information*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, 262.

(26) Il fatto che le agenzie esecutive abbiano compiti delegati implica una loro forma di soggezione non solo alla legge, ma anche al delegante. Perciò il programma di lavoro dell'agenzia deve essere sottoposto all'assenso della Commissione, così da rientrare nella programmazione generale di attuazione delle politiche comunitarie definita dalla Commissione.

delega che compete in via generale alla Commissione. Detto in altri termini, i compiti delle agenzie possono riguardare la gestione integrale o parziale delle fasi del ciclo di un programma comunitario specifico, purché non implicino scelte che coinvolgano *un margine di discrezionalità per tradurre in atto scelte politiche*. Tale espressione risulta difficilmente comprensibile con le categorie nazionali: il riferimento all'esecuzione di scelte politiche parrebbe significare che il legislatore comunitario abbia inteso escludere il deferimento di attività valutative che, alla luce del diritto nazionale, chiameremmo scelte di discrezionalità pura (27).

L'attenzione principale del legislatore comunitario è stata probabilmente quella di evitare che l'affidamento a soggetti estranei al quadro istituzionale risultante dai Trattati potesse comportare un'erosione del potere dalla Commissione europea, con correlativo incremento del potere dei nuovi operatori dotati di legittimazione puramente tecnica. Perciò, intervenendo sul piano istituzionale, le disposizioni del citato regolamento si sono occupate di stabilire gli aspetti essenziali concernenti la struttura delle agenzie esecutive, i loro compiti, il funzionamento, il regime di bilancio, il personale, i controlli e la responsabilità.

In conclusione, dal Regolamento che istituisce le agenzie governative emerge la tendenza del legislatore comunitario a limitare le attribuzioni a soggetti pubblici non inseriti nel complesso delle istituzioni delineate nei Trattati, così da prevenire effetti non voluti sul piano delle libertà comunitarie.

(27) Il problema terminologico non viene risolto nemmeno verificando le versioni in lingua inglese e francese, laddove si legge che sono esenti da delega quei "*tasks requiring discretionary power in translating political choices into action*", cioè quei "*taches qui impliquent une marge d'appréciation de nature à traduire des choix politiques*". In nessuna delle tradizioni è sostituito il termine scelta politica, anche se la versione inglese, in particolare, parrebbe confermare che si sia inteso escludere la delega di compiti in cui l'esecuzione dei medesimi implicherebbe una valutazione discrezionale tra diversi interessi pubblici.

Proprio per impedire che ciò accada, la normativa comunitaria, operando una valorizzazione del piano organizzativo, ha attuato una sorta di centralizzazione delle decisioni “politiche”, evitando che esse siano il risultato di attività amministrativa e prevedendo spesso direttamente, attraverso una disciplina particolarmente dettagliata, i contenuti dei vari interventi istituzionali. Come vedremo, questo aspetto è completato anche da un rigoroso sindacato basato su di una concezione restrittiva del principio di legalità, senza che sussista alcun *favor* per le determinazioni prese dagli organi amministrativi.

Lo sviluppo dei numerosi apparati amministrativi comunitari, cui corrisponde anche una concreta attuazione del principio di sussidiarietà, pare avere un riflesso interessante sul principio di legalità, specie sul suo significato di attribuzione predeterminata di competenze, come fattore di razionalizzazione e coordinamento delle istituzioni che operano all'interno dell'Unione: è sempre più necessario, infatti, che la legge comunitaria, fonte suprema, sia intesa in senso rigoroso, al fine di delineare efficacemente il settore d'intervento ed i limiti d'azione di ciascuna istituzione attiva nel meccanismo istituzionale europeo (28).

II.II.II.3. *Legalità procedimentale.*

L'importanza delle regole procedimentali, che l'amministrazione deve rispettare, è un dato acquisito da alcuni de-

(28) Per avere un'idea della pluralità di organizzazioni che operano nell'amministrazione europea, si cita, per esempio, oltre alla Commissione, il Fondo Sociale Europeo, l'Autorità per la sicurezza alimentare, le varie agenzie esecutive, etc.

Si anticipa che, data la varietà strutturale dei soggetti che operano nella realtà istituzionale europea, si terrà nel corso del presente lavoro un'impostazione funzionale, che evidenzia i compiti delegati in grado di delimitare il mandato istituzionale che compete ad ogni organismo comunitario.

cenni in sede nazionale (29). La disciplina procedimentale dell'attività amministrativa è considerata, infatti, un nodo cruciale per testare l'effettività del vincolo di legalità dell'azione amministrativa (30) e la democraticità del rapporto tra amministrazione ed amministrati (31).

(29) Sul senso della legalità come insieme di regole del procedimento e con particolare attenzione alla regole della partecipazione procedimentale alla luce del diritto interno, i contributi sono molti, se ne segnalano alcuni ritenuti particolarmente significativi per l'impostazione seguita nel testo: G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, 1933, III, 378; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 128; G. GHETTI, *Il contraddittorio procedimentale*, Milano, 1971; F. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 872; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, 819; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1987, 6; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; AA.VV., *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, a cura di L. TORCHIA, Padova, 1993; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 1412; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento)*, ivi, 1426; R. VILLATA-G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, XI, 574; AA.VV., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2000; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Tratt. Dir. Amm.*, a cura di S. CASSESE, *op. cit.*, Parte generale, II, 1035; M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento Antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 665.

(30) R. VILLATA-G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 576: "La ragione prima della nuova attenzione al processo di attuazione del potere amministrativo va proprio rinvenuta nello stesso mutare, con l'evoluzione della forma di stato in senso sociale e la conseguente dilatazione non solo dei compiti ma pure del ruolo del potere esecutivo, del rapporto tra la legge e l'amministrazione (in senso oggettivo)".

(31) R. VILLATA-G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 576: "Sul procedimento, sull'*ordo productionis* si scarica l'esigenza di legalità del potere amministrativo nel momento in cui ne muta la fonte di legittimazione; non più tanto l'esecuzione della legge, quanto la soddisfazione delle attese del corpo sociale, tra cui anche, non irrilevante, la tutela delle situazioni incise dall'esercizio del po-

Anche nel diritto amministrativo comunitario ed europeo non mancano delle regole concernenti il procedimento amministrativo, pur in carenza di una normativa di carattere generale che si occupi di dettare i principi in materia (32) (si rinvia sul punto a quanto già approfondito al capitolo primo, par. I.1.).

Con riferimento all'ordinamento comunitario, l'assenza di una normativa apposita sul procedimento amministrativo si spiega forse anche in relazione alla varietà degli operatori istituzionali ed alle peculiarità delle singole procedure amministrative che la Commissione e le agenzie sono tenute ad attivare (33). Del resto anche in sede nazionale non è difficile trovare delle normative procedurali previste esplicitamente per determinati settori, con applicazione solo residuale delle disposizioni di carattere generale (34).

tere"; già C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamento democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 392.

Ciò è ancora più evidente nella dottrina di *common law* sul *due process of law*. Per tutti si rinvia a P. CRAIG, *Administrative law*, cit., 401 ss.

(32) Perciò, in dottrina, si è cominciato a discutere della collocazione sistematica delle regole del procedimento nel diritto amministrativo europeo: J. SCHWARZE, *Tendencies toward a common Administrative Law in Europe*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1992, 3; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, cit.; A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 393; F. SNYDER, *The effectiveness of EC law. Process, Tools and Techniques*, in *Mod. Law. Rev.*, 1993, 19; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, 521; G. DELLA CANANEA, *L'attività*, in *L'amministrazione europea*, cit., 1893; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 35.

(33) Basti pensare alla materia della concorrenza, piuttosto che alle politiche agricole o agli interventi in materia di protezione dei consumatori piuttosto che alla disciplina degli aiuti di Stato: ciascuna materia coinvolge dei soggetti giuridici diversi ed abbisogna di modalità procedurali particolari.

(34) Ci si riferisce, per esempio, alla legge n. 287/1990, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: se è vero che la legge generale sul procedimento amministrativo si applica in via di principio anche alle amministrazioni indipendenti, le disposizioni particolari in tema di istruttoria e quelle relative ai poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità, come del resto la disciplina rela-

Storicamente, l'assenza di una vera e propria normativa generale ha determinato, soprattutto a partire dagli ultimi anni '90, un eccezionale sviluppo della legalità procedimentale, che ha portato ad importanti affermazioni di principio della giurisprudenza comunitaria, recepiti nella recente codificazione dei diritti fondamentali. In sostanza, la giurisprudenza, a partire da alcune normative di settore (35), ha individuato delle regole cui la Commissione è tenuta nel rispetto non solo dei principi del contraddittorio procedimentale (36), ma anche della trasparenza e della pubblicità delle decisioni emesse (37).

Fermo restando quanto anticipato nel corso del capitolo I, si aggiunge che il diritto amministrativo comunitario conosce, ad esempio, una disciplina dei provvedimenti di secondo grado: in particolare, l'art 9 del Regolamento (CE) n.

tiva ai poteri sanzionatori si trovano regolati dalla normativa di settore e le norme dettate dalla legge n. 241/1990 vengono ad avere applicazione residuale.

(35) Si fa riferimento al regolamento (CE) n. 659/1999, in materia di aiuti di Stato, particolarmente interessante per l'affermarsi nel diritto comunitario del principio di legalità dei procedimenti amministrativi istruiti dalla Commissione, che contiene diverse disposizioni relative alla necessità di formare un contraddittorio con gli Stati interessati, richiesto in ogni fase della procedura di verifica della compatibilità delle sovvenzioni statali col diritto comunitario della concorrenza.

(36) Richiamato, ad esempio, nella decisione della Corte di Giustizia, 19 ottobre 2000, *Italia c. Commissione*, in C-15/98 e C-105/99, in *Racc.*, I-8855.

(37) È applicativa di questi principi, in materia di aiuti di Stato, la seguente giurisprudenza: 301/87, in *Racc.*, 1990, I-356; C-313/90, in *Racc.*, 1993, I-1182; C-39/, in *Racc.*, 1996, I-3590; T-188/95, in *Racc.*, 1998, II-3750; C-295/97, in *Racc.*, 1999, I-3764; C-313/90, in *Racc.*, 1993, I-1152; C-356/90, in *Racc.*, 1993, I-2339; C-329/93, in *Racc.*, 1996, I-5189.

Più in generale, con riferimento al diritto a una *protection juridictionnelle effective* V. C-228/92, in *Racc.*, 1994, I-1473; T-186/94, in *Racc.*, 1995, II-1765; C-212/94, in *Racc.*, 1996, I-423; C-282/95, in *Racc.*, 1997, I-1542; T-213/95, in *Racc.*, 1997, II-1764; T-273/94, in *Racc.*, 1997, FP-307; T-348/94, 1998, II-1901; T-111/96, in *Racc.*, 1998, II-2961; T-156/94, in *Racc.*, 1999, II-664; T-288/97, in *Racc.*, 1999, II-47; T-48/97, in *Racc.*, 1999, 97; T-173/98, in *Racc.*, 1999, 61-62; C-228/92, in *Racc.*, 1994, I-1458; C-282/95, in *Racc.*, 1997, I-1512; C-323/95, in *Racc.*, 1997, I-1716; C-68/94, in *Racc.*, 1998, I-1396; C-126/97, in *Racc.*, 1999, I-3069.

659/1999 sulla revoca delle decisioni della Commissione, in tema di aiuti di stato, dimostra che, oltre ad applicare tale istituto, l'amministrazione comunitaria è tenuta al rispetto di alcuni vincoli di forma e contenuto per modificare l'indirizzo delle proprie determinazioni, e, perciò, al rispetto di talune regole, potremmo dire, di diritto amministrativo generale (38).

Per quanto riguarda la partecipazione dei privati, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato l'essenzialità degli oneri di comunicazione e di collaborazione, in quanto *“mirano ad ottenere, da parte degli interessati, tutte le informazioni destinate ad illuminare la Commissione circa il suo successivo comportamento”* (39). Anche il principio dell'obbligo di motivazione è ben specificato talché *“una decisione amministrativa deve fondarsi su motivi verificabili. Tali motivi, se non sono espressi formalmente, dovrebbero risultare dal fascicolo amministrativo preparato nel corso della procedura di elaborazione dell'atto”* (40).

(38) Significativo, per l'analisi della legalità-procedimentale, anche il Regolamento (CE) n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato. Tale regolamento esprime principi generali sul rapporto tra l'attività delle amministrazioni nazionali, cui è deferito il controllo sulla concorrenza, e l'amministrazione comunitaria, optando per il metodo della cooperazione, con prevalenza della tutela del commercio infracomunitario, e, conseguentemente, delle norme comunitarie sulle diverse discipline nazionali nonché delle decisioni adottate dalla Commissione sulle interpretazioni dei giudici nazionali (artt. 1, 2, 3). Data l'importanza dell'istruttoria, la normativa cui ci si riferisce contiene previsioni relative alle modalità di acquisto di informazioni, ai poteri conoscitivi di indagine e accertamento, alle eventuali misure cautelari ed alle sanzioni, alla chiusura e riapertura del procedimento (in particolare, capo V, *Poteri di indagine*). Queste regole testimoniano la canonizzazione di principi generali del procedimento anche all'interno dei procedimenti speciali che impegnano la Commissione.

(39) Corte di Giustizia, 12 luglio 1973, C-70/72, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 813, Tribunale, 22 ottobre 1996, T-266/94, *Skisbvaerftsforeningen e a. c. Commissione*, in *Racc.*, II-1399.

(40) Corte di Giustizia, 5 giugno 2003, C-121/01 P, *Eoghan O' Hannrachain c. Parlamento europeo*, cit.

Più in generale, e con riferimento ora al diritto amministrativo europeo nel suo complesso, si può quindi affermare che esistano delle regole comuni di tipo procedimentale: i più importanti principi procedurali adottati dalle leggi degli Stati membri, tra cui anche la sana e prudente gestione, l'efficienza e la buona amministrazione (41) sono presenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e sono ora scritti nella Carta di Nizza che, insieme al diritto alla buona amministrazione, ha formalizzato altri principi essenziali di diritto comunitario e, in particolare, principi attinenti al procedimento, come il diritto alla partecipazione procedimentale, il diritto ad un trattamento imparziale ed equo entro un termine ragionevole, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, l'obbligo di motivazione.

Ciò detto, il concetto di legalità procedimentale non ha bisogno di ulteriori specificazioni o esemplificazioni, essendo sovrapponibile a quello proprio dell'ordinamento nazionale.

(41) Corte di Giustizia, 5 giugno 2003, C-121/01 P, *Eoghan O' Hannrachain c. Parlamento europeo*, cit. Con riferimento ai nuovi principi, formali e non, riferibili al concetto di buona amministrazione, molto approfondita l'analisi condotta di recente da M. AZIZ, *Mainstreaming the duty of Clarity and Transparency as part of Good Administrative Practice in the EU*, in *Eur. Law. Journ.*, 2004, 282.

Il diritto ad una buona amministrazione oltre che riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria, è sancito anche dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; si segnala a proposito la decisione del Tribunale, Sez. II, 30 gennaio 2002, T-54/99, in *Giur. It.*, 2002, 1792, con nota di F. SANTINI, *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in cui il Tribunale di primo grado ha respinto un ricorso riguardante l'impugnazione del rifiuto, da parte della Commissione, di avviare un procedimento contro la Repubblica d'Austria nell'ambito delle telecomunicazioni, a norma dell'art. 90, n. 3, del Trattato CE, per violazione degli artt. 86 e 91, n. 1, dello stesso Trattato. Tale rifiuto non risultava preceduto, infatti, dall'esame del fascicolo, violando il principio riguardante l'esame diligente ed imparziale e, conseguentemente, il principio di una buona amministrazione, sancito, oltre che dalla giurisprudenza comunitaria, anche dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

II.II.II.4. *Legalità spettanza.*

In un contesto di valorizzazione di tutti i segmenti della legalità, assume un valore cruciale quello che si prova a definire come legalità-spettanza o legalità-mandato.

Trattandosi di un concetto legato al mandato istituzionale dei soggetti pubblici, questo aspetto della legalità vale a qualificare l'attività delle istituzioni comunitarie.

Il termine così coniato nasce per descrivere il rapporto sussistente tra la normativa comunitaria e il potere da essa conferito, di volta in volta, alle singole autorità amministrative.

In via generale, l'incidenza che esercitano le norme sull'attività delle singole amministrazioni comunitarie dipende dalla volontà e dalla capacità del legislatore di imporre vincoli all'esercizio del potere amministrativo.

Preliminarmente, occorre ancora intendersi su cosa s'intenda con l'espressione potere amministrativo nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario.

Le elaborazioni della dottrina nazionale (42) affermano, in linea di massima, che il potere connota le manifestazioni dell'amministrazione come autorità e celebra la primazia del-

(42) Sul concetto di potere amministrativo la dottrina si è espressa sin dalla nascita del diritto amministrativo, ritenendolo espressione dell'esercizio della funzione. Solo a titolo esemplificativo si vedano: S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949; G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, 23; S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 172; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, 463; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; A. CERRI, *Potere pubblico e potestà*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990; G. DI GASPARRE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; F.S. SEVERI, *Potere e funzione nell'amministrazione*, 169 e D. SORACE, *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, 177, in G. MORANGIU-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; D.J. GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario giuridico*, a cura di G. GUARINO, Napoli, 2000.

l'interesse pubblico sugli interessi individuali dei privati, conferendo all'amministrazione uno *status* privilegiato (necessitato dalla funzione che viene esercitata). Questo *status* accredita l'amministrazione rispetto agli altri poteri, e rappresenta uno dei possibili risultati dell'equilibrio tra i poteri istituzionali raggiunto all'interno dei vari ordinamenti giuridici.

Il concetto di potere, o potestà di imperio, trovava una prima qualificazione in relazione agli elementi caratteristici ed essenziali della sovranità dello Stato, cui si riconosceva la cosiddetta potestà di imperio, intesa come *il potere dal punto di vista giuridico incondizionato, di imporre la propria volontà ad altri, cioè il potere di comandare incondizionatamente e di costringere direttamente e con propri mezzi gli obbligati all'esecuzione del comando* (43), per estendersi poi ad ogni espressione dell'amministrazione, che si contraddistinguesse, appunto, per la capacità di incidere unilateralmente ed imperativamente sulla sfera giuridica dei destinatari senza bisogno della loro collaborazione ed anche in loro disaccordo.

Di recente, studiando i rapporti tra potere amministrativo e legalità e, specialmente, approfondendo il significato della soggezione alla legge (44) come regola dell'azione amministrativa, una dottrina (45) ha individuato nel risultato

(43) O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 121.

(44) Non necessariamente dalla legge in senso formale, anzi, a livello nazionale, molte perplessità sono state sollevate in ordine alla resistenza del concetto di legalità formale: si è notato, da un lato, la crisi delle norme di fonte primaria con il crescente ampliamento delle fonti regolamentari e, dall'altro, l'introduzione del diritto comunitario anche in ambiti coperti dalla riserva di legge costituzionale nonché la sua diretta applicabilità anche a discapito delle disposizioni di legge interna; cfr., a titolo esemplificativo dei toni attuali del dibattito, AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000 (anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 70; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 297; F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Aggiornamento, 2002, 87).

(45) E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro Amm.*, TAR, 2003, 329.

dell'attività amministrativa, ossia nella necessità di soddisfare determinati interessi della collettività, il nucleo essenziale del principio di legalità, e quindi del potere, in quanto la legge assolverebbe il suo compito, dettando, appunto, il risultato dell'azione amministrativa (46).

La dottrina che sostiene il concetto della legalità-risultato è ben espressa da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 89: "Nel corso del tempo l'attività amministrativa è andata perdendo il suo connotato tradizionale (connesso con l'idea di funzione sovrana) di essere esercizio di poteri (autoritativi), mentre è andata assumendo sempre più chiaramente la fisionomia di attività diretta al conseguimento di interessi pubblici (della collettività di riferimento). In questa prospettiva sembra sufficiente che le norme vincolanti prescrivano all'amministrazione gli obiettivi da perseguire ovvero i risultati da raggiungere, anche se in tal modo si determina la negazione di quei principi considerati aspetti particolari del principio di legalità che vanno sotto il nome di nominatività e tipicità". Più in particolare, sulla c.d. amministrazione di risultato, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 312; e dello stesso Autore *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 57; *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 37 ss.: "Per quanto concerne il fondamentale rapporto con il principio di legalità, l'Amministrazione di risultato — quale amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità e alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente — tende da un lato a trasformare la legalità nel rispetto di principi piuttosto che di prescrizioni e dall'altro ad assumere parametri di valutazione di tipo informale e sostanziale se non proprio economico-aziendale, esprimibili in termini di quantità e qualità dei beni e dei servizi assicurati, di tempestività degli interventi; di quantità di risorse impiegate e di pregiudizi arrecati a terzi; di rapporto costi-benefici, ecc.", 37. Da questa definizione segue che "il rapporto con la legge nell'Amministrazione di risultato sembra passare da un atteggiamento applicativo se non esecutivo (...) alla libertà responsabile (implicante appunto verifica della economicità, giustizia, giuridicità, costituzionalità delle conseguenze) preliminare all'applicazione" e, dato il fondamentale intreccio tra risultato dell'azione amministrativa e promuovimento dei diritti fondamentali, implica che "la c.d. interpretazione adeguatrice o *secundum Constitutionem*, ispirata ai principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano (...) diventa la regola nell'amministrazione di risultato, facendo emergere il profilo di creatività proprio dei processi interpretativi che si radica nella tutela dei diritti fondamentali".

La stessa impostazione è applicata in M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999 e S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 71.

(46) Sulla nozione generale di attività amministrativa come potere finalizzato alla cura concreta degli interessi pubblici si vedano, per tutti: M.S. GIANNINI,

Nel descrivere il potere che caratterizza le amministrazioni comunitarie si è parlato, prima, di amministrazione di missione (47), per indicare che gli obiettivi dei padri fondatori erano eminentemente politici, e, da ultimo, di amministrazione di gestione (48), tenendo conto del crescente sviluppo dei compiti delegati alle istituzioni comunitarie e della conseguente necessità di gestire ed organizzare strutture sempre più complesse (cfr., capitolo primo paragrafo I.3.).

Si può intuire, quindi, che il significato che il concetto di potere amministrativo assume in sede comunitaria è assolutamente particolare. Anzitutto in quanto esso è legato ad un adempimento essenziale che consiste nell'esecuzione delle politiche comunitarie, descritte nelle norme del Trattato e del diritto derivato. In sostanza, l'amministrazione comunitaria obbedisce, sempre e comunque, ad un *mandato ex lege*, il cui contenuto concreto è scritto nelle singole disposizioni comunitarie (49). Tale mandato deve essere sufficientemente dettagliato, così che il mandante, ossia il legislatore comunitario (e cioè gli Stati membri), possa prevedere il dispiegarsi dell'attività amministrativa di implementazione, specialmente se si tratta di implementazione indiretta, delegata cioè agli organi amministrativi nazionali.

L'individuazione di specifici compiti, come finalità ultima dell'azione amministrativa, ha un senso giuridico molto

Atto amministrativo, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; G. GUARINO, *L'atto e il potere amministrativo*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, I, spec. 127; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. 69; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001, II, 1427, spec. 1435 ss.

(47) S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 770; G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, cit., 1800. Si rinvia al capitolo I.

(48) G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, cit., 1813.

(49) "The treaties set up a system for the distribution of powers among different European Community Institution, assigning to each institutions must its own role". V. caso *Chernobyl*, C-70/88, *Parlamento contro Consiglio*, cit.

preciso: l'attuazione degli obiettivi comunitari e la realizzazione delle libertà garantite nei Trattati necessitano di un sistema normativo fatto di disposizioni concrete e puntuali, che realizzino, esse stesse (per quanto sia possibile in astratto), la tutela della concorrenza e del mercato unico. In questi schemi non può trovare spazio il riconoscimento di uno *status* privilegiato delle autorità amministrative.

Si riporta di seguito un'esemplificazione. L'art. 81 del Trattato Ce prevede che siano incompatibili con il mercato comune e, quindi, vietati tutti gli accordi o le pratiche concordate che possano falsare ridurre o eliminare il gioco della concorrenza e che rientrano nei comportamenti indicati nella norma. Ebbene, tale disposizione richiede un compito di amministrazione attiva, che consiste nell'emanazione di singole decisioni che vietino le pratiche anticoncorrenziali. Tale *potere* spetta alla Commissione. Ad essa viene attribuito un *compito* specifico: la legge comunitaria, cioè, le attribuisce *mandato* perché provveda a vietare, tra l'altro, le intese anticoncorrenziali. Ne segue che la Commissione è dotata di un potere finalizzato alla tutela della concorrenza; tuttavia, tale potere non individua, come in sede nazionale, uno *status* che connota l'amministrazione dal punto di vista soggettivo, rappresentando, invece, più semplicemente una finalità, connotata dal punto di vista oggettivo.

Detto in altri termini, attribuire un determinato potere ad un soggetto pubblico, in ambito comunitario, significa attribuire ad esso il perseguimento di uno dei fini istituzionali dell'Unione. È in relazione a detto fine che il soggetto pubblico può esercitare il proprio potere autoritativo, mentre non esiste il potere autoritativo senza che vi sia un fine, specifico in relazione agli obiettivi del Trattato, da tutelare. Quindi non esiste, in ambito comunitario, uno *status* privilegiato che connota il soggetto pubblico.

In quest'ottica, il concetto di legalità-mandato è cruciale:

nell'ordinamento comunitario, infatti, principio di legalità significa rispetto degli equilibri istituzionali dell'ordinamento giuridico sovranazionale, adempimento degli obiettivi dei Trattati, riconoscimento e prevalenza degli interessi sensibili. Tra questi interessi sensibili, nell'impianto organizzativo ed istituzionale del diritto comunitario devono trovare tutela i valori della concorrenza del mercato, le libertà individuali e le iniziative economiche private.

Perciò, la nozione sostanziale di legalità che emerge nel contesto comunitario si coglie anche tenendo conto del fatto che l'azione amministrativa è considerata conforme alla legge, o meglio al diritto comunitario, solo quando essa procede all'attuazione del piano valoriale entro cui si inserisce e che ne giustifica l'esistenza. I citati valori, o "interessi comunitari", diventano, allo stesso modo, scopo e limite dell'attività amministrativa comunitaria e ne determinano la legalità. Anche in quest'ottica, si accrescono i parametri di controllo della legittimità dell'azione amministrativa, facendo derivare così dalla legge comunitaria un ulteriore condizionamento sull'attività amministrativa.

Quindi, la supremazia degli organi pubblici, che si concretizza, utilizzando schemi nazionali, nel concetto di imperatività, non dipende da alcuna qualifica soggettiva (*status*), ma trova spazio nel sistema comunitario solo laddove garantisca la prevalenza degli interessi pubblici affidati alla cura dell'organo e, perciò, la prevalenza degli scopi comunitari sugli interessi individuali. Detto in altri termini, il modello comunitario si ispira ad una nozione funzionale anche di potere amministrativo, essenziale ad esprimere il dinamismo e lo sviluppo istituzionale europeo.

Per evitare l'assimilazione tra il concetto interno di potere amministrativo e quello comunitario, si preferisce perciò parlare, nel senso qui precisato, di legalità-spettanza o di legalità-mandato.

L'importanza di assumere come parametro di riferimento il concetto comunitario di legalità-spettanza qualora, in sede nazionale, rilevino "mandati" comunitari è sviluppata nel capitolo VI, al paragrafo 4, dove si ritiene che tale nozione implichi un cambiamento nei percorsi argomentativi dei giudici in tema di sindacato sugli atti delle autorità indipendenti che svolgono funzioni comunitarie.

II.II.II.5. *Impostazione sistematica. Il senso comunitario della teoria della separazione dei poteri: la legalità come strumento di garanzia per gli Stati membri. La necessità di un concetto rigoroso di legalità.*

Analizzati i diversi segmenti in cui si articola il significato concreto del principio di legalità dell'azione amministrativa, è interessante dedicarsi anche ad un'indagine di tipo sistematico, che consideri cioè il rapporto tra legge ed amministrazione nel contesto complessivo del sistema giuridico europeo. Innanzitutto, il principio di legalità dell'azione amministrativa assume un significato importante in relazione al bilanciamento istituzionale dei poteri dell'Unione (50): nell'ordinamento comunitario (come si è visto all'inizio di questo capitolo), data

(50) Sul riflesso degli equilibri istituzionali sulla concezione del principio di legalità, si vedano: G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 815; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, I, 17; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. D.I.*, XIII, 1966; D. ROSSANO, *La divisione dei poteri nell'attuale struttura dello Stato di diritto e sociale*, in *Studi in memoria di D. Pettiti*, III, Milano, 1973; K. LENAERTS, *Some reflections on the Separation of Power in the European Communities*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1991, 11; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994; sul principio di democraticità, V. anche F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, XIII; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 1998; B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri: presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, 2003.

l'anomalia delle fonti (51) e l'accentuato pluralismo decisiona-

(51) Nell'ordinamento interno il tema delle fonti del diritto è denso di classificazioni: conosciamo la categoria delle fonti formali e materiali, delle fonti primarie e secondarie, delle fonti di produzione, delle fonti atto e delle fonti fatto. Le fonti comunitarie costituiscono fonti dell'ordinamento nazionale.

Gli studi effettuati hanno evidenziato una considerevole serie di anomalie del sistema comunitario delle fonti di produzione del diritto, oggetto peraltro di interessanti approfondimenti da parte di autorevole dottrina costituzionalista. Ha parlato di anomalia delle fonti per descrivere il sistema giuridico comunitario D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 591: "risulta fortemente sostenibile che le anomalie riscontrabili sul terreno delle fonti del diritto rinviano a corrispondenti anomalie (sempre, ovviamente, se si assuma il paradigma degli ordinamenti statali) dell'assetto delle istituzioni", 601.

Similmente S. FOIS parla di "terremoto" delle fonti, ritenendo che "esso non implichi soltanto conseguenze sul piano (per così dire) tecnico formale, ma coinvolga gli stessi principi « politici » della democrazia e della sovranità popolare, fin nell'essenza degli istituti di rappresentanza politica e di democrazia indiretta", S. FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991 (atti del seminario svoltosi in Roma, 15-16 ottobre 1990), 139 ss. L'Autore, evidenziando le carenze del sistema europeo, segnala alcune perplessità in ordine alla salvaguardia degli aspetti essenziali del nostro sistema interno delle fonti e delle strutture essenziali dello Stato di diritto: manca una distinzione "formale" delle fonti comunitarie; manca un'organizzazione basata su di un criterio di competenza; manca un criterio gerarchico tra le fonti. Per tutto ciò, egli pare propenso ad escludere che si possa parlare di un vero e proprio sistema delle fonti nell'ordinamento comunitario.

Più in generale sul tema delle fonti del diritto nel sistema giuridico dell'Unione si vedano: R. LUZZATO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983; KOVAR, *I rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1983; F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1987, 98; G. COCCO, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 641; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italocomunitario delle fonti*, Napoli, 1992; J. SCHWARZE, *Sources of general administrative law of the European Community*, in *European administrative law*, op. cit., 38 ss.; M.P. CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, cit., *L'ordinamento giuridico comunitario*, 119 ss.; M. VACCA, *Atti comunitari e procedure di infrazione*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1996, 513; A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 60; P.Y. MONJAL, *La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1996, 684; G.M. SERLENGA, *Fonti normative comunitarie e fonti normative nazionali tra separazione ed integrazione degli ordinamenti*, in *Il nuovo diritto*, 1996, I, 827; R. BIEBER-B. SALOMÈ, *Hierarchy of norms in European Law*, in *Common Market*

le (con la conseguente carenza di un equilibrato assetto istitu-

Law Rev., 1996, 914; H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, in *Rev. Trim. Droit Europ.*, 1999, 3; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 732; H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1999, 1; V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, 2000, 138; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2000, 28; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 61 ss.; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 73 ss.; P. MENGEOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, op. cit., 146 ss.; F. GABRIELE-A. CELOTTO, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale: temi e problemi sull'impatto del diritto comunitario nel sistema italiano delle fonti*, Bari, 2001; in manualistica si vedano anche T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997; J. BOULOUIS, *Droit institutionnel des Communautés Européen*, op. cit.; E. CEREXHE, *Le droit européen*, op. cit.; L. FERRARI BRAVO, MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, op. cit.; G. GAJA, *Introduzione del al diritto comunitario*, op. cit.; T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, cit., 87 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea e delle Comunità europee*, cit.; L. ALBINO, *La costruzione di un sistema europeo delle fonti tra unicità e pluralità degli ordinamenti*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 453; K. LENAERTS-M. DESOMER, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *Eur. Law Journal*, 2005, 744. Di recente, su questo specifico interrogativo, si consulti la monografia di S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, spec. cap. II.

Innanzitutto, considerando le peculiarità della struttura delle fonti comunitarie, è arduo procedere ad una sistematizzazione chiara e precisa, sul modello dei sistemi giuridici nazionali, tra ciò che possiamo definire atto legislativo e ciò che rientra nell'ambito degli atti esecutivi.

In verità, l'anomalia delle fonti comunitarie, soprattutto nella fase costituente delle Comunità europee, è dipesa dal fatto che le norme dei Trattati distinguevano diverse competenze tra diverse istituzioni piuttosto che indicare una gerarchia in grado di sistemare, in una scala gerarchica, differenti tipi di atti. Questo aspetto è ben colto dagli studiosi anglosassoni. Si rinvia a proposito al recente scritto di K. LENAERTS-M. DESOMER, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *Eur. Law Journal*, 2005, 744, spec. 746: "This administrative model for the Communities demanded a system of legal instruments that accounts for a high degree of efficiency and flexibility. For a very long time, the instruments laid down in the article 249 EC (...) have proved to be particularly apart for that task".

Quali siano le fonti di produzione nell'ordinamento comunitario deriva dall'art. 249 del Trattato Ce, ora ripreso: come noto, si tratta di direttive e regolamenti. In realtà, il binomio "direttive/regolamenti" è molto più complesso di quello che si potrebbe pensare: si contano quindici diversi strumenti, per tipi e procedure, alcuni dei quali sono strumenti atipici, in grado di produrre norme comunitarie.

Il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e

zionale (52)), l'affermazione del principio di legalità parrebbe

direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri; la direttiva vincola lo Stato in relazione al risultato da raggiungere, lasciandolo libero nella forma e nei mezzi. Ne segue che il regolamento è particolarmente opportuno nei casi in cui sia necessaria un'applicazione uniforme ed immediata da parte degli Stati membri: esso ha il vantaggio di evitare i ritardi dovuti al recepimento delle direttive nel diritto nazionale. Diversamente risultano utili, per il completamento del mercato unico, le cosiddette *direttive quadro*, più flessibili nella loro applicazione da parte della autorità nazionali.

Si noti che la singola fonte di produzione del diritto non viene identificata in relazione ad un determinato procedimento di formazione o alla sua posizione nella gerarchia formale, ma piuttosto è qualificata dal suo specifico contenuto, che ne determina gli effetti vincolanti tipici. Da quanto detto, si evince che il tipo di classificazione adottata in sede comunitaria per qualificare le fonti del diritto, è incentrato principalmente su dati di tipo contenutistico. Invero, la gerarchia dei contenuti non è affatto assente nei sistemi giuridici nazionali, essa tuttavia serve a specificare un criterio gerarchico prioritariamente sussistente: già il Crisafulli utilizzò il riferimento alla gerarchia dei contenuti per spiegare il rapporto tra legge statale cornice e legge regionale, rapporto di natura fondamentalmente sostanziale, cfr. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1960, 792.

Di recente, si è poi segnalato che anche nel nostro ordinamento giuridico si è verificata una "perturbazione" dello schema gerarchico: "vi è una molteplicità di fonti a livello superiore della legge; vi è altresì una pluralizzazione delle fonti a livello primario; vi è pure una scissione nell'ambito della figura della legge, tra più tipi caratterizzati ora da varianti formali ora da condizionamenti contenutistici; e vi è il decentramento della funzione amministrativa. Ciò ha indotto e induce a integrare o sostituire il principio gerarchico con quello della competenza", F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 3 ss.

Questo vale stando a quanto disposto dall'articolo 249 del Trattato, ma si anticipa che la situazione della prassi comunitaria è più complessa e tende al superamento anche della gerarchia fondata sul contenuto vincolante dell'atto. Infatti, la classificazione scritta nell'art. 249, è spesso contraddetta da situazioni atipiche. Alcune antinomie emergevano dalla lettura delle norme nella versione originaria del Trattato Ce: l'art. 230, ad esempio, faceva segnalare una prima contraddizione tra le definizioni previste dall'articolo 249 e la prassi del diritto comunitario, riconoscendo la possibilità di ricorso ad ogni persona fisica o giuridica contro le *decisioni che, pur apparendo come un regolamento, la riguardano direttamente e individualmente*, e finiva col disconoscere, quindi, la natura di atto generale che appariva essenziale alla definizione formale di regolamento contenuta nell'articolo citato. Il che dimostrava non solo un'imprecisa applicazione della norma sulle fonti di produzione del diritto, ma confermava l'incertezza della demarcazione dei confini tra atti legislativi ed atti esecutivi: la c.d. "*decisione in forma di regolamento*", infatti non era altro che un atto di forma normativa, denominato appunto regolamento, che acquisiva il contenuto di un atto amministrativo, e viceversa.

Ancora restando sul tema dell'atto-*decisione*, la grande varietà di circostan-

legata non tanto ad esigenze di carattere formale connesse alla necessità di far prevalere il formante legislativo, quanto a due

ze in cui vengono adottate (per far rispettare la politica di concorrenza; per istituire un programma d'azione pilota; per autorizzare sovvenzioni dai fondi UE; per consentire un'esenzione da una disposizione esistente; per contrastare tentativi di *dumping*) fa sì che spesso il contenuto delle decisioni comunitarie assuma una portata quasi generale, tanto da assimilare questi atti ai regolamenti, o, occasionalmente, alle direttive.

Proseguendo oltre, anche la distinzione tra direttive e regolamenti, in relazione al tipo del loro contenuto vincolante, è, nella prassi, superata.

Innanzitutto, in quanto le direttive, come i regolamenti, sono quasi sempre indirizzate a tutti gli Stati, in quanto esse si occupano di dettare norme di armonizzazione di leggi e pratiche comuni nei vari settori di intervento delle comunità.

Secondariamente, in quanto il diritto comunitario conosce le cosiddette *direttive dettagliate*, che si caratterizzano per essere formulate in modo talmente rigoroso da lasciare poco spazio all'eventuale incorporazione di norme da parte delle autorità nazionali.

Infine, sul punto è rilevante quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha stabilito che, in alcuni casi, le direttive siano direttamente applicabili. Appare così definitivamente sfumata la distinzione tra direttive e regolamenti, e con essa parrebbe superata anche la convinzione che si possa individuare una gerarchia dei contenuti tra le norme comunitarie.

(52) Un'ulteriore peculiarità dell'ordinamento comunitario consiste nella mancanza di una corrispondenza tra fonti ed organi di produzione delle stesse: infatti, da un lato, esistono direttive adottate dalla Commissione e direttive adottate dal Consiglio e, dall'altro, la Commissione compartecipa alla funzione legislativa ed è, al tempo stesso, titolare del potere amministrativo, e il Consiglio, responsabilità della funzione legislativa, la divide con il Parlamento europeo, i Comitati, la Commissione ed altri organi di natura consultiva come il Comitato delle Regioni.

Da qui, è subito dimostrato allora quello che autorevole dottrina ha chiamato il "labirinto decisionale" (espressione di J.P. JACQUÈ, *Le labyrinthe décisionnel, Pouvoir*, n. 69, *Europe, de la Communauté à l'Union*, 23), in cui, oltre ai procedimenti tipici per la formazione degli atti normativi (consultazione, cooperazione, codecisione, parere conforme e presa di decisione solo da parte del Consiglio) vive un pluralismo molto accentuato dei procedimenti di decisioni e delle forme di partecipazione: solo nel Trattato figurano già una trentina di procedure, variabili in funzione del rilievo consultivo dei vari organi istituzionali (Comitato economico e sociale, Comitato delle Regioni, BCE, ecc.) e delle due modalità principali di voto al Consiglio (unanimità o maggioranza qualificata). Si consideri, inoltre, che atti normativi diversi, possono essere adottati in esito al medesimo procedimento, così ad esempio, nell'ambito dell'attuazione della politica agricola, su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, stabilisce regolamenti o direttive, oppure prende decisioni (art. 37, 2° comma Trattato Ce).

fattori determinanti: la necessità di proteggere la sovranità degli Stati nazionali, da un lato, e la garanzia del godimento delle libertà comunitarie, dall'altro.

Si precisa che pur se, come si è dimostrato, il criterio gerarchico è totalmente assente dalla teoria comunitaria delle fonti del diritto (con espresso riferimento al principio gerarchico nel diritto comunitario si vedano H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, op. cit., 3; A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, op. cit., 60; P.Y. MONJAL, *La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires*, cit., 684; R. BIEBER-B. SALOMÈ, *Hierarchy of norms in European Law*, cit., 914; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, cit., 732), una qualche forma di gerarchia interna all'ordinamento europeo è dato rinvenire nelle decisioni della Corte di Giustizia in merito ai diritti fondamentali (Sul rispetto dei diritti assicurati dal giudice comunitario si vedano: 60/84, in *Racc.*, 1985, 2627; C-104/97, in *Racc.*, 1999, I-7029; T-156/94, in *Racc.*, 1999, II-663; T-305/94, in *Racc.*, 1999, II-980; C-150/98, in *Racc.*, 1999, § 8899; 60/84, in *Racc.*, 1985, 2615; 352/85, in *Racc.*, 1988, 2122; 100/88, in *Racc.*, 1989, 4298; C-260/89, in *Racc.*, 1991, I-2948; 49/88, in *Racc.*, 1991, I-3230; C-159/90, in *Racc.*, 1991, I-4722; C-219/91, in *Racc.*, 1992, I-5499; C-206/91, in *Racc.*, 1992, I-6699; C-116/92, in *Racc.*, 1993, I-6774; C-2/92, in *Racc.*, 1994, I-970; C-23/93, in *Racc.*, 1994, I-4818; C-76/93, in *Racc.*, 1994, I-5181; C-84/95, in *Racc.*, 1996, I-3971; C-299/95, in *Racc.*, 1997, I-2634; C-248/95, in *Racc.*, 1997, I-4492; C-309/96, in *Racc.*, 1997, I-7500; C-104/97, in *Racc.*, 1999, I-6997), che stabiliscono il primato delle norme del Trattato relative alle libertà fondamentali sulle fonti di diritto comunitario derivato, cioè direttive e regolamenti. Anche il primato del diritto comunitario e la sua diretta applicazione, sebbene in contrasto con norme nazionali incompatibili, potrebbe essere inteso come una forma di gerarchia, pur in senso molto lato. Si tratterebbe, infatti, anche a voler ragionare in un'ottica di unione ordinamentale, più di questioni di competenza che di superiorità gerarchica, quindi risulterebbe più opportuno far derivare il primato del diritto comunitario dall'operare del principio di specialità.

Inoltre, è stato affermato che anche gli atti privi di carattere normativo e non vincolanti, in quanto suscettibili di ingenerare legittimo affidamento possono essere parametri d'azione per la tutela giurisdizionale e la "possibilità di attribuire la cittadinanza alla categoria degli atti atipici, dunque, potrebbe ricondursi ad un corollario del principio (comunitario) della qualificazione sostanziale, il quale non implicherebbe alcun ampliamento della categoria degli atti comunitari", M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000, 25 e 178.

Perciò, il concetto formale di fonte di produzione del diritto, così come è inteso dai costituzionalisti sulla scorta dell'elaborazione dei giuristi tedeschi della seconda metà del XIX secolo (in particolare ci si riferisce alla sistematizzazione concettuale compiuta intorno alla teoria delle fonti del diritto da LABAND e JELLINEK che si basa su tre capisaldi: il primo è che la forza giuridica non sia una

In sostanza, come si diceva, nel contesto europeo, la soggezione dell'attività amministrativa alla legge sembra esse-

qualità della norma, ma sia una qualità derivata, determinata dal procedimento di formazione della stessa; il secondo è l'essenzialità del criterio gerarchico per la risoluzione delle antinomie tra norme; il terzo è dato dalla corrispondenza istituzionale tra la gerarchia delle fonti e l'assetto istituzionale: LABAND, *Deutsches Staatsrecht*, VI, Tubinga, 1912, 130 ss.; JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatserrechtliche untersuchung auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Friburgo, 1887), non trova alcun riscontro nel diritto comunitario.

Alle direttive ed ai regolamenti mancano, infatti, i connotati essenziali delle fonti in senso formale, che si caratterizzano per un'unicità di procedimento, per la loro forza formale, per essere organizzate in forme ordinate gerarchicamente e per l'esistenza di una corrispondenza tra la gerarchia delle fonti e la gerarchia istituzionale. Occupandosi di fonti comunitarie, si incontra, piuttosto, una gerarchia di contenuti, in parte contraddittoria. Le potenzialità di un sistema di gerarchia per contenuti come fattore unificante tra diritto dell'Unione e diritti degli Stati membri è stata evidenziata in dottrina, laddove si è cercato di individuare dei principi supra-costituzionali che siano "*un premier pas en faveur de cette intégration hiérarchique unifiée au niveau infracostitucional*", H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, cit., 20.

Le anomalie del sistema delle fonti parrebbero rispecchiare un disequilibrio dei poteri operanti all'interno dell'Unione (il disordine normativo del diritto comunitario esplica effetti anche nei confronti dei diritti degli Stati membri, che difficilmente riescono ad amalgamarsi con un sistema giuridico tanto disorganico, che pone seri problemi di implementazione. Sul rapporto tra gerarchia delle norme comunitarie e armonizzazione del diritto dell'Unione cfr., H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, cit., 3); se il procedimento legislativo e la supremazia della legge hanno storicamente indicato, a livello nazionale, l'affermarsi della forma di governo parlamentare, il pluralismo decisionale e la confusione terminologica potrebbero indicare che nel Governo dell'Unione perdura una tensione tra poteri in attesa di un equilibrato assetto istituzionale. I problemi pratici che derivano dalla carenza di gerarchia formale nel diritto comunitario e, in particolare, l'inevitabilità delle antinomie che si sono evidenziate insieme con l'impossibilità, in molti casi, di fornirne una soluzione costituiscono un *deficit* grave nella maturità giuridica dell'ordinamento comunitario. Sul punto si richiamo le parole del Crisafulli: "Ma se antinomie sono possibili (ed anzi, almeno nella evoluzione temporale dell'ordinamento, inevitabili) è pur vero d'altro lato che devono essere composte o risolte, affinché l'ordinamento sia veramente tale, come la parola esprime: *ordine*, sistema regolatore coerente ed unitario, e non coacervo informe di norme tra loro contrastanti. Al riconoscimento della possibilità di antinomie, si contrappone, perciò, in sede dommatica, il postulato dell'unità del sistema (antinomie ci sono, ma sono vietate)". V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., II, 1, 159.

Anche per queste motivazioni, quindi, *la supremazia della legge* così come intesa nell'ordinamento nazionale non è trasferibile pedissequamente nell'ordinamento comunitario.

re anzitutto il portato di esigenze direttamente riconducibili al modello di cooperazione internazionale. Il principio di legalità, infatti, distribuendo i poteri tra il legislatore e l'amministrazione e stabilendo, in via generale, la soggezione della seconda al primo, consente un risultato essenziale al metodo degli accordi internazionali, e cioè consente di mantenere entro i limiti voluti dagli Stati membri, rispettivamente sovrani, l'invadenza delle iniziative delegate all'ambito sovranazionale. Il contenimento di tale invadenza è particolarmente importante con riferimento agli organi operanti nell'ordinamento comunitario in quanto, dati gli effetti diretti derivanti dal primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, un'attività (sia di tipo legislativo sia di tipo amministrativo) estensiva rispetto ai limiti delegati godrebbe comunque della primazia comunitaria, senza poter essere ostacolata, almeno in una prima fase di implementazione, dalla legislazione nazionale, cosa che invece sarebbe possibile se si trattasse di attività frutto della cooperazione internazionale genericamente intesa.

Più specificamente, la "legge comunitaria", quale che sia il singolo procedimento di formazione adottato (consultazione, cooperazione, codecisione, parere conforme o presa di decisione solo da parte del Consiglio), dà corpo, più o meno direttamente (53) (a secondo che si tratti di normativa primaria o secondaria), alle volontà degli Stati membri. Mentre, l'azione amministrativa della Commissione, o, ancora di più, delle singole agenzie operative, in presenza di poteri ampi e discrezionali comporterebbe la prevalenza di indirizzi e scelte estranei all'ambito decisionale degli Stati nazionali, in quanto imputabili esclusivamente alle diverse realtà esecutive setto-

(53) È chiaro infatti che le norme dei Trattati sono diretta espressione delle volontà degli Stati membri, mentre la legislazione derivata è riconducibile solo indirettamente alla volontà degli Stati, che agiscono in ambito comunitario in persona dei loro delegati, con un livello di democraticità peraltro molto discusso.

riali, rischiando di provocare una non prevedibile limitazione delle libertà comunitarie sancite dai Trattati.

Perciò, la necessità di prevedere, con legge e attraverso un'interpretazione rigorosa delle norme che attribuiscono e regolano il potere, il risultato dell'azione degli organi amministrativi è cruciale.

Lo stesso ragionamento varrebbe riguardo al rapporto tra Carte dei diritti ed eventuali loro applicazioni da parte di organi amministrativi, nazionali o europei: ogni intervento amministrativo che incida su diritti e libertà riconosciuti e affermati dagli Stati deve mantenersi nei limiti di una interpretazione rigorosa dei vincoli prescritti negli atti frutto della cooperazione internazionale, pena una contrazione della sovranità confluita in ambito europeo.

Perciò, la tensione che spesso caratterizza l'affermarsi del principio di legalità si spiega tenendo presente che tale principio funge da garanzia a favore delle autorità nazionali collocate a monte dell'ordinamento comunitario e dei vari accordi internazionali.

Emerge, quindi, che più la nozione di legalità è intesa in senso rigoroso, meglio viene protetto, dalle spinte centrifughe delle strutture istituzionali europee e/o nazionali, il potere di direzione e controllo che spetta agli Stati membri e che viene esercitato principalmente attraverso la formulazione delle leggi e degli accordi internazionali che gli organi amministrativi sono chiamati ad eseguire.

II.II.II.6. *Legalità e giurisdizioni europee.*

Nei Paesi di *civil law*, come l'Italia, legalità significa rispetto della legge in senso formale e sostanziale (54), sogge-

(54) In realtà la linearità apparente dell'espressione "rispetto della legge" si complica immediatamente se pensiamo a cosa debba intendersi col termine legge.

zione alle decisioni del Parlamento, applicazione delle norme del diritto *positum*.

Nei sistemi di *common law*, legalità significa rispetto degli *statutes* (55) e dei precedenti degli organi di giustizia superiore oltre che delle *doctrines*, attenzione alle posizioni interpretative della giurisprudenza, applicazione delle logiche dell'interpretazione evolutiva. Detto in altre parole “*nel modello britannico l'idea di legalità, o rule of law, non rileva tanto in termini di primato della legge rispetto alle altre fonti quanto piuttosto come posizione del diritto a parametro e regola generale dell'azione amministrativa, con l'importante avvertenza che il diritto in questione è tendenzialmente quello di produzione giurisprudenziale*” (56).

Nella dimensione propria del diritto amministrativo europeo, il ruolo della Corti di cui si è riconosciuta la giurisdizione (in particolare, della Corte di Giustizia e della Corte dei diritti dell'Uomo) ha implicato un avvicinamento alla con-

In generale è stato detto che con la parola legge, in termini generali, ci si riferisce a delle *regole*. E le regole sono leggi quando sono precetti, comandi, che assumono i connotati di norme giuridiche all'interno di un determinato ordinamento. Cfr. sul punto, anche in una prospettiva di analisi comparata tra i concetti fondamentali negli ordinamenti nazionale, comunitario e internazionale, P. DI MARTINO, *Compendio di elementi base del diritto*, Milano, 2006, 11 ss.

(55) Più precisamente, come viene evidenziato in un testo originale che presenta gli scritti e le opinioni di *Sir Edward Coke*, giurista inglese del XVI secolo, si mette in evidenza che solo gli *statutes* possono creare il diritto, mentre è compito della giurisprudenza rivelarne il significato. Il significato, rivelato dalla giurisprudenza, acquista il valore di fonte del diritto, nella famosa teoria del precedente come “*source of law*”. V. AA.VV., *LAW, Liberty, and Parliament. Selected Essay on the Writings of Sir Edward Coke*, Indiana, 2004.

(56) Sul punto si vada R. DICKMANN, *Processo amministrativo e limiti della legge*, cit., 30. Ivi è chiarito, senza mezzi termini, che “*La rule of law partecipa pertanto esclusivamente della funzione giudiziaria, di cui è strumento di scrutinio degli atti, anche normativi, dei pubblici poteri. Pertanto si può ritenere che nel modello britannico il processo legislativo non si esaurisca nella legge, ma si compia davanti alle giurisdizioni in virtù del judicial review, che legittima i giudici ad operare un penetrante sindacato del diritto legislativo anche sul piano della giustizia politica delle scelte della maggioranza, in omaggio alla ruole of law*”, 33.

cezione di legalità propria dei Paesi di *common law*. In particolare, legalità significa attenersi non solo alle prescrizioni di legge, ma anche al c.d. *acquis communautaire* e agli orientamenti della Corte dei diritti dell'Uomo, che comprendono, oltre alle norme scritte, tutte le elaborazioni concettuali sviluppate nelle decisioni emesse dalle Corti europee. La legalità perciò non comprende solo un materiale stabile, cui è possibile riconoscere il valore formale del diritto positivo, incorporando anche, come si è diverse volte ricordato, le affermazioni più importanti della giurisprudenza europea. In dottrina si è sottolineato specialmente il nesso tra la giurisdizione della Corte di Giustizia e la definizione dei contenuti e dei limiti della Comunità di diritto in ambito sovranazionale: “*The European Court of Justice’s decision transgresses acquired community in view of acquiring a community. The innovation introduced by Van Gend & Loss is analogous to working or constitutive language in literature, whereby constituted language, suddenly off center and out of equilibrium, reorganizes itself to teach the reader — and even the author — what he never knew how to say or think*” (57).

In sostanza, come la dottrina, soprattutto di impostazione anglosassone, ha messo bene in luce studiando la posizione istituzionale della Corte di Giustizia, la giurisprudenza è un “*potere costituente*”. Nel senso che la Corte di Giustizia, se da un lato, deve garantire il rispetto del diritto comunitario, dall’altro, essa implementa lo stesso diritto, per come scritto negli atti comunitari, e lo rielabora, al fine di costituire ed evolvere, insieme con le esigenze della storia e delle imprese, il sistema del mercato comune europeo. Ciò vale, sebbene

(57) Citazione dell’interessantissimo saggio di H. LINDAHL, *Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order*, in *Eur. Law Journal*, 2003, 433; 435-436.

con finalità diverse, allo stesso modo per la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'Uomo.

Questo fatto ingenera un “paradosso” tutto europeo: “*the paradox becomes visible at moments of normative innovation, in which the exercise of power suddenly manifests itself not only as subordinate to the law — constituted power — but also as power over the law — constituent power —. In such situation, power not only claim to stand inside the law but also place itself outside the law, in view of acquiring a Community*” (58).

Questa impostazione impatta col principio di legalità rendendolo, in tale prospettiva, una nozione più flessibile di quella accettata nei sistemi di *civil law*, in quanto la legge è soggetta alla continua implementazione creativa della giurisprudenza, i cui effetti sono essenziali per intendersi sul significato, di volta in volta attuale, del diritto amministrativo europeo.

II.II.II.7. *Il principio di legalità e il principio democratico.*

Spesso, con riferimento più preciso all'ordinamento comunitario, la dottrina ha sollevato la questione del *deficit* democratico (59) (si vedano sul punto anche le osservazioni

(58) H. LINDAHL, *Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order*, cit., 437.

(59) In generale, sulla necessità della democratizzazione delle istituzioni, sono stati considerati gli scritti di V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana (note preliminari)*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957; R. ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, 49; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1996, 25; E. CORTESE, *Sovranità (storia)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, 205; M.S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, 224; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995; G. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, 1997; L. FERRAJOLI, *La sovranità nello mondo moderno*, Bari, 1997.

In specifico riferimento al diritto dell'Unione sulla democraticità istituzionale si vedano D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti*, cit., 602; A. GIALANELLA, *La sfida dei diritti fondamentali e l'utopia di una nuova democrazia del pubblico*, in

svolte nel capitolo primo paragrafo I.3.). Ai fini del presente paragrafo, il ragionamento svolto può essere sintetizzato, per sommi capi, come segue: il deferimento di decisioni che riguardano l'assetto degli interessi pubblici a soggetti amministrativi di carattere neutrale, ossia esterni al circuito politico e quindi non inseriti nel contesto della responsabilità politica, comporterebbe un importante *deficit* democratico nella realtà istituzionale dell'Unione (60).

Questione giustizia, 1991, 253; F.G. MANCINI, *Il contributo della Corte di Giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1992, 713; Atti della XXV Tavola rotonda di diritto comunitario, *Il "deficit democratico" nell'ordinamento della Comunità europee*, in *Jus*, 1994/3; M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sopranazionale*, in *Pol. Dir.*, 1994, 203; M. SALVADORI, *Stati e democrazia nell'era della globalizzazione*, Il Mulino, 1996, 439; R. SANTANIELLO, *Stato, mercato e costruzione comunitaria*, Il Mulino, 1996, 793; C. DE ROSE, *Il patrimonio costituzionale europeo: verifica delle sue componenti, certe o tendenziali*, in *Cons. St.*, 1998, II, 1935; G. ZICCARDI CAPALDO, *Legittimità democratica, tutela dei diritti umani e produzione giuridica primaria nell'ordinamento internazionale*, in *Jus*, 1999, 639; N. MAC CORMICK, *Democracy and subsidiarity*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 49; E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 241; S. BAER, *La Carta dei diritti fondamentali, o dell'ambivalenza*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 901; F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in *Dir. Com. e Sc. Internaz.*, 2001, 651; F. ASTORE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 47; R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra deficit democratico ed equilibrio interistituzionale*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 433; E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazia europea"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 301.

Invero, parte della dottrina moderna tende a sdrammatizzare il problema del *deficit* democratico, cfr. G. BERTI, *Democrazia, pluralismo e sistema economico (Le Costituzioni e l'Unione Europea)*, in *Jus*, 1997, 101; E. SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, 2001; S. CASSESE, *I falsi problemi della Costituzione*, in *Europeos*, 2001.

(60) Così anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi implicati*, op. cit., 218 ss. "Il centro di potere supremo non si identifica più nell'organo rappresentativo del popolo sovrano, bensì nel differente organo cui l'ordinamento comunitario attribuisce la competenza".

Il *deficit* politico dell'Unione europea porterebbe anche delle importanti conseguenze sul piano del diritto interno, data la diretta applicabilità del diritto comunitario e la capacità del medesimo di regolare situazioni giuridiche nell'ordinamento nazionale, cfr., V. ANGIOLINI, *Legalità dell'amministrazione interna e co-*

Volendo dare rilievo a questa problematica, forse troppo enfatizzata (specialmente in seguito alle modifiche introdotte col Trattato di Lisbona, che rivede e migliora il ruolo del Parlamento e la partecipazione democratica ai processi decisionali dell'Unione), il principio di legalità parrebbe offrire una via di superamento al problema del mantenimento della sovranità popolare, senza abbandonare il modello delle amministrazioni tecnicamente sviluppate ed indipendenti dal potere politico.

La valorizzazione della legalità come qui intesa aprirebbe una strada interessante: laddove la sistematizzazione degli assetti di interessi avvenga a livello legislativo e resti propria delle istituzioni direttamente o indirettamente rappresentative dei popoli d'Europa, resterebbe agli organi di amministrazione solo un compito di implementazione tecnica, al limite complicato dalla necessaria vaghezza di taluni termini scientifici o economici impiegati dal legislatore, che non andrebbe però ad intaccare il principio democratico. A maggior ragione considerando il crescente ruolo del Parlamento europeo nel processo normativo comunitario.

Quello che qui s'intende dire è che l'opzione volta a privilegiare una legislazione dettagliata e sistematica, cui si aggiunga, come meglio si vedrà più oltre, un'interpretazione finalistica della normativa ad opera dei giudici, consente di preconizzare e dirigere l'azione amministrativa in tutti i suoi

munitaria, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 23 ss.; spec. 24: "Il dubbio, se si vuole banale, che deve essere esplicitato, concerne la seguente questione: se, cioè, il primato del diritto comunitario sul diritto interno non equivalga ad un allentamento del nesso tra la legalità amministrativa e democrazia. In Italia il principio della legalità amministrativa — almeno a partire dalla fine della seconda guerra mondiale — non ha soltanto il senso di garantire che diritti e situazioni soggettive, individuali e collettive, non subiscano limitazioni in assenza di una previa norma ma anche quello di assicurare la rispondenza delle attività della pubblica amministrazione a decisioni democraticamente assente. Se si ha riguardo a ciò, le garanzie di democraticità che offre il diritto comunitario non sono o, se si vuole, non sono ancora equivalenti a quelle del diritto nazionale".

principali contenuti, mantenendo *a priori* quel bilanciamento di interessi che compete solo agli organi eletti democraticamente a portavoce dei più.

Il principio di legalità, nel senso di una adeguata valorizzazione del formante normativo con metodi di interpretazione rigorosa delle norme, potrebbe essere la chiave per risolvere, meno traumaticamente e più efficacemente che con un mutamento istituzionale, il problema del *deficit* di democrazia che spesso è alla base delle critiche del sistema giuridico dell'Unione (61).

In sintesi, un'attribuzione precisa e dettagliata dei poteri amministrativi, cui segua un controllo giurisdizionale rigoroso sulla legalità comunitaria dei singoli interventi amministrativi, potrebbe diminuire le accuse di mancata legittimazione democratica di molti degli organi amministrativi europei in quanto, limitando l'area della discrezionalità amministrativa a favore di indicazioni normative più precise, lascerebbe al legislatore, indirettamente riconducibile al popolo europeo, la responsabilità di individuare gli obiettivi principali di interesse pubblico nel contesto comunitario.

II.II.II.8. *Il principio di legalità tra i principi fondamentali del Trattato: sua collocazione rispetto al principio di certezza del diritto.*

Per ragioni di chiarezza espositiva, il tema del rapporto tra legalità e certezza del diritto verrà svolto, in questo para-

(61) Di simile avviso pare essere S. CASSESE, *I falsi problemi della Costituzione*, in *Europeos*, 2001: "il mito del *deficit* democratico è alimentato da una concezione elementare della legittimazione che sarebbe assicurata solo attraverso elezioni e Parlamenti sovrani, e ignora sia l'importanza della trasparenza, del dibattito, del controllo per la legittimazione dei poteri pubblici, sia la compensazione che l'Unione europea ha trovato in termini di garanzie e di *rule of law*".

grafo, con specifico riferimento al principio di legalità nella sua qualità di principio generale di diritto comunitario.

Tuttavia, come si è già avuto modo di accennare, il rapporto tra legalità e certezza del diritto intesa come chiarezza delle norme e prevedibilità dell'azione amministrativa, è approfondito anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, che presenta ragionamenti e conclusioni simili a quelli della Corte di Giustizia. Basterà perciò la ricostruzione delle decisioni della giurisprudenza comunitaria, che si presentano più complesse e meglio articolate.

Nella giurisprudenza comunitaria, il principio di legalità è spesso affiancato dal principio di certezza del diritto (62), anzi l'impressione è che le due formulazioni, in un certo senso, si equivalgano (63).

(62) Il termine *certezza* si presta ad una pluralità di significati: "Nel primo significato esso indica una salda convinzione della verità di un asserto: è la certezza in senso soggettivo. Nel secondo significato esso indica l'attitudine di un asserto a garantire la corrispondenza con uno stato di cose: è la certezza in senso oggettivo (...). Nell'espressione *certezza del diritto* il termine in questione viene correttamente inteso nel senso oggettivo: ma poiché quello del diritto è terreno di esperienza intersoggettiva (per definizione), la certezza oggettiva vi funge da premessa di quella soggettiva, che si concreta a sua volta nella *prevedibilità delle conseguenze che il diritto connette all'agire del soggetto*", M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Eng Giur.*, Roma, 1988, VI, 1.

Proprio quest'ultimo significato di certezza come prevedibilità del risultato dell'azione del soggetto lega il principio in questione al principio di legalità dell'azione amministrativa, nel senso che la legge deve attribuire all'amministrazione dei poteri il cui esito sia variamente prevedibile dai destinatari del provvedere.

Cfr. anche M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; G. ASTUTI (a cura di), *La certezza del diritto-Flavio Lopez de Onate*, Milano, 1968, con saggi di G. CAPOGROSSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo*, in *Le Reg.*, 1986, 1090; F. SORRENTINO, *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 564; AA.VV., *La certezza del diritto: un valore da ritrovare*, Milano, 1993; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli Rubbettino, 2002; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002; D. D'ALESSANDRO, *Legalità, certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 359.

(63) *Ex multis*, V. C-34/92, in *Racc.*, 1993, I-4174; C-188/92, in *Racc.*, 1994,

La necessità che l'amministrazione sia soggetta alla legge, infatti, non deriva, come al livello degli Stati membri, dal mantenimento di un particolare equilibrio politico istituzionale, ma piuttosto dall'esigenza, del mercato, che gli strumenti giuridici siano chiari ed inequivoci così da orientare in modo neutrale l'attività autoritativa verso interessi preconati, rendendola prevedibile, per quanto possibile, dagli operatori economici (64).

Per definizione, la certezza del diritto attiene sia al grado di precisione della norma (e quindi alla sua fase produttiva), sia all'applicazione della stessa (e quindi alla sua fase applicativa) (65).

Nell'ambito del diritto comunitario, il principio di legalità e quello di certezza del diritto, quindi, paiono condividere la stessa prospettiva (66).

I-852; C-4/94, in *Racc.*, 1995, I-1010; C-319/93, in *Racc.*, 1995, I-4509; C-212/94, in *Racc.*, 1996, I-423; C-178/95, in *Racc.*, 1997, I-603; C-44/96, in *Racc.*, 1998, I-116; C-161/97, in *Racc.*, 1999, I-2164; C-187/98, in *Racc.*, 1999, I-7743; T-37/97, in *Racc.*, 1999, II-894; T-154/98, in *Racc.*, 1999, II-49; T-110/95 98, II-3641; T-149/96, in *Racc.*, 1998, II-3857; T-91/96, in *Racc.*, 1998, FP-30; T-21/97, in *Racc.*, 1998, FP-63; T-116/96, in *Racc.*, 1998, FP-129; T-23/96, in *Racc.*, 1998, FP-76; T-40/98, in *Racc.*, 1998, FP-25; C-54/95, in *Racc.*, 1999, I-82; C-136/97, in *Racc.*, 1999, I-2513; C-310/97, in *Racc.*, 1999, I-5414; C-84/96, in *Racc.*, 1999, I-6558; T-37/97, in *Racc.*, 1999, II-894; T-82/96, in *Racc.*, 1999, II-72; T-257/97, in *Racc.*, 1999, FP-43; T-125/96, in *Racc.*, 1999, 115; T-132/96, in *Racc.*, 1999, 213; T-158/96, in *Racc.*, 1999, 63; T-182/96, in *Racc.*, 1999, 191; T-126/97, in *Racc.*, 1999, 47.

(64) Lo stesso ragionamento viene svolto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo che però mette in relazione la necessità di prevedibilità dell'azione amministrativa non a esigenze di tipo economico, ma al godimento e alla protezione dei diritti affermati dalla Convenzione.

(65) Su questi aspetti specifici, su cui non si ha il tempo di soffermarsi in via generale, si rinvia a F. SORRENTINO, *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?*, in *Giur. Cost.*, 1986, 564 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, II, Torino, 1988, 275 ss.; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio del diritto positivo?*, in *Le Reg.*, cit.; E. CASTORINA, "Certeza del diritto" e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un "principio comune", in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001, 367 ss.

(66) In quest'ottica, si è scritto che "dal punto di vista del legislatore, infatti, la certezza del diritto si traduce nella garanzia che gli obiettivi di politica del

Invero, una certa antinomia tra principio di legalità e principio di certezza del diritto è stata messa in evidenza in dottrina (67) commentando la giurisprudenza della Corte, in una serie di casi relativi all'obbligo di riesame, per contrasto col diritto comunitario delle decisioni amministrative contestate, ma ritenute legittime dal giudice nazionale (68). In realtà qui il contrasto è tra legalità *comunitaria* e certezza del diritto *nazionale*. Nella decisione più famosa, *Kubne Heitz* (69), si trattava di far prevalere il principio di certezza del diritto e dell'autorità della cosa giudicata, in sede nazionale, ovvero quello di legalità, comunitaria, valutando l'eventualità di obbligare a riesaminare le decisioni amministrative nazionali incompatibili col diritto comunitario, pur in presenza di un giudicato interno sulla legittimità delle decisioni medesime. La Corte, nella situazione descritta, ha finito col far prevalere il principio di legalità (70), utilizzato per affermare il primato del diritto comunitario (71): in sostanza si è ritenuto che l'il-

diritto che esso si prefigge saranno effettivamente raggiunti", M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili teorici*, cit., 1.

(67) Cfr., ad esempio il commento di L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 447.

(68) Vedi in particolare Conclusioni dell'Avvocato generale LEGER, 7 giugno 2003, C-453/00, *Kubne Heitz c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in *www.curia.eu.int.* e Corte Giust., Grande Camera, 19 settembre 2006, in C-392/04 e C-422/04, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 477 con commento di L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*.

(69) Corte di Giust., 13 gennaio 2004, in C-453/00, in *Racc.*, I-837.

(70) In una sentenza dal valore storico-ricostruttivo particolarmente interessante, specie per le riflessioni compiute in ordine ai principi della diretta applicabilità e del primato del diritto comunitario.

(71) In conseguenza di ciò, è stata pronunciata la regola per cui "il principio del primato del diritto comunitario si impone con la stessa forza all'amministrazione, sia in presenza di una decisione dotata dell'autorità di cosa giudicata o di una decisione dotata dell'autorità di cosa definitivamente giudicata. Tale principio del primato osta a che un'amministrazione nazionale rifiuti di accogliere una domanda di un singolo fondata sul diritto comunitario per il fatto che tale domanda sarebbe volta a rimettere in discussione una decisione amministrativa precedente che non sarebbe stata censurata da una decisione giurisdizionale, a pre-

legittimità comunitaria di un atto amministrativo nazionale avrebbe dovuto poter essere censurata anche a costo del sacrificio dell'affidamento dei terzi sulla certezza di un atto divenuto inoppugnabile, quando però ciò fosse già previsto dal sistema processuale nazionale.

Tuttavia, di recente la regola sopraccitata è stata temperata: affrontando il tema del rapporto tra decisioni nazionali aventi carattere definitivo e necessità di allinearsi al diritto comunitario, la Corte di Giustizia (72), proprio attraverso una valorizzazione della certezza del diritto, riconosciuta primariamente come valore comunitario, ha ritenuto che *“il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato tale carattere definitivo”*.

Peraltro, anche nella decisione più recente, relativa ad un caso italiano (73) (caso *Lucchini*), la Corte pare far prevalere il principio di legalità su quello di certezza del diritto *“nazionale”*, ma in realtà ribadisce solo che il diritto comunitario osta a quelle interpretazioni delle norme nazionali (nel caso di specie l'art. 2909 c.c.) che impediscano, nel caso concreto, di applicare il diritto comunitario e recuperare, come nella fattispecie posta alla base del citato giudizio, aiuti di Stato concessi in violazione del diritto comunitario medesimo. Occorre notare, con specifico riferimento al caso *Lucchini* che, nonostante si discutesse dell'interpretazione dell'art.

scindere dal fatto che essa sia dotata dell'autorità di cosa giudicata o dell'autorità di cosa definitivamente giudicata”.

(72) Si vedano le sentenze 7 gennaio 2004, in C-201/02, *Delena Wells*, in *www.curia.eu.int*; 13 gennaio 2004, in C-453/00, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 723 con nota di D. DE PRETIS; 19 settembre 2006, in C-392/04 e C-422/04, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 235 con nota di G. GRUNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*.

(73) Corte di Giust., 18 luglio 2007, in C-119/05, *Lucchini c. Italia*, in *www.europa.eu.int*.

2909 c.c., e quindi della resistenza del giudicato al contrasto, successivamente accertato, col diritto comunitario, la situazione del contenzioso, sulla quale era caduto il giudicato, si basava sulla corresponsione di finanziamenti rilasciati *in via provvisoria* e senza l'autorizzazione della Commissione.

Perciò, in realtà, non si trattava di vincere l'autorità della cosa giudicata formale (che riguardava un'aspettativa di un diritto che vi sarebbe stato solo in seguito alla decisione della Commissione), ma piuttosto di non ammettere che le autorità nazionali (giudiziarie o amministrative) potessero sostituire le proprie valutazioni a quelle degli organi comunitari, in quanto si trattava di poteri delegati in sede europea. Tuttavia, questo aspetto, essenziale nella ricostruzione dei fatti, è trascurato dalla decisione della Corte che, probabilmente, lo lascia implicito.

Una certa superficialità della Corte, nell'argomentare le proprie conclusioni in situazioni particolarmente delicate, è criticabile in quanto, perdendo il nesso col caso concreto, decisioni comunitarie come quella che qui si commenta rischiano di prestarsi ad interpretazioni "arbitrarie" da parte degli operatori nazionali, a seconda della simpatia o meno con le ideologie comunitarie.

Tornando ad un ragionamento di carattere generale, la logica delle decisioni sinteticamente richiamate non prova che la tensione tra legalità e certezza del diritto venga risolta dai giudici comunitari a favore dell'uno o dell'altro termine e perciò si ritiene di dover criticare quelle posizioni che cercano la prevalenza della legalità o della certezza del diritto nella giurisprudenza comunitaria (74).

Al contrario, l'idea che si coglie, dalla lettura della giu-

(74) Così ad esempio, va affermando la prevalenza della logica della legalità comunitaria L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit., 477.

risprudenza comunitaria, anticipata in esordio al presente paragrafo, è che il principio di legalità e quello di certezza del diritto individuino due aspetti speculari dello stesso obiettivo: quello della necessità di applicare la legge comunitaria senza ambiguità di contenuti (75) e con un livello di effettività soddisfacente nell'ambito degli ordinamenti statali. Tale obiettivo è essenziale al funzionamento del sistema giuridico europeo e deve essere massimizzato nel rispetto del principio di legalità comunitario (ossia nel rispetto dei vincoli che l'ordinamento comunitario introduce) e di quello di certezza del diritto (ossia facendo in modo che non vi siano, in ambito nazionale, delle ambiguità legate all'applicazione concreta delle regole che compongono il diritto sovranazionale).

Inoltre, l'esigenza di certezza del diritto, intesa come prevedibilità, è essenziale nel contesto giuridico comunitario, che deve rispondere a precise istanze economiche di razionalizzazione delle attività delle imprese operanti nel mercato comune (76). A tal fine è necessario che gli operatori economici possano contare su di una applicazione uniforme e prevedibile, appunto, delle disposizioni comunitarie anche nella fase discendente del diritto comunitario, ossia anche quando il diritto comunitario viene attuato per il tramite degli interventi, normativi e/o amministrativi, degli Stati membri. Certezza, prevedibilità ed affidamento danno stabilità al mercato, ed effettività al godimento delle libertà comunitarie (77).

(75) Si precisa che il principio di legalità, e con esso quello di certezza del diritto, non s'intendono violati in presenza di una normazione non dettagliata nei minimi particolari tecnici e, anzi, la stessa definizione di direttiva che si ricava dall'art. 249 del Trattato Ce impone una nozione di legalità che comprenda la cosiddetta *vagueness* delle norme che attribuiscono il potere.

(76) Si ricorda M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1961, per cui la prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire è il dato caratterizzante della società capitalistica.

(77) Questo aspetto, con specifico riferimento al tema di alcune disposizioni fiscali, è stato di recente riaffermato in Corte di Giust., 18 gennaio 2007, in C-359/05, *Estager*, in www.europa.eu.int.

Il legame tra principio di legalità, principio di certezza del diritto e mercato implica anche che, sia gli organi comunitari, sia le autorità nazionali, debbano dare applicazione al diritto comunitario facendo ricorso a quei criteri ermeneutici che consentano di realizzare il fine primario delle norme europee, ossia la tutela della concorrenza nel mercato unico, dando la preferenza a soluzioni interpretative ragionevoli, uniformi, presumibili e accettabili dagli operatori economici.

È altrettanto vero che talvolta il diritto comunitario non rispetta il canone della certezza del diritto, data la genericità delle formulazioni normative (78).

D'altro canto, una certa genericità rientra nelle peculiarità del metodo comunitario, la cui legislazione, qualora abbia la forma delle direttive, si limita a stabilire il risultato da raggiungere, lasciando al contempo agli organi nazionali la competenza quanto alla forma e ai mezzi con cui ottenere il risultato prescritto. Tale meccanismo di delega alla legislazione degli Stati rappresenta una specificità propria dell'ordinamento comunitario e non viola né il principio di certezza del diritto né il principio di legalità, sempre che la delega agli organi nazionali sia costretta entro determinati ambiti delineati dalla fonte comunitaria medesima e non si presenti come delega in bianco (79).

(78) Si concorda con chi ha sostenuto che “il miglior mezzo per ridurre il tasso di incertezza del diritto che inevitabilmente deriva dalla necessità di lasciare un adeguato spazio all'interpretazione giuridica (necessità che indubbiamente risulta, ad esempio, dalla garanzia costituzionale dell'indipendenza del potere giudiziario e dei singoli giudici) consiste nel ricorso ad un'accurata tecnica di redazione degli atti normativi”, A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. Profili applicativi*, in *Eng. Giur.*, Roma, 1988, VI, 4.

Tuttavia, l'indeterminatezza che spesso si rinviene nella normativa comunitaria non ha causa nel procedimento di formazione delle norme, ma è insita nel meccanismo di implementazione che caratterizza il metodo giuridico della discendenza del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri.

(79) Corte di Giustizia, 23 ottobre 2003, C-40/02, *Margareta Scherndl e Bezirksbauernschaft Korneuburg*, cit.

Quello che importa, ai fini della legalità, sotto il profilo della certezza del diritto, è che non sia tradito l'obiettivo pre-stabilito dalle norme comunitarie, e cioè, il godimento delle libertà comunitarie (80).

In quest'ottica, importanti studi sulla certezza del diritto nell'ordinamento comunitario hanno infatti messo in luce che la Corte di Giustizia fa ricorso ad una nozione di certezza del diritto “*nel senso proprio di strumento per garantire il perseguimento della conformazione degli ordinamenti nazionali agli obiettivi comunitari, utilizzandola, in definitiva, quasi ad ulteriore puntello del regime di forza ed efficacia riconosciuto alle fonti destinate ad intercettare gli ordinamenti nazionali, senza richiedere altri adempimenti*” (81).

Restando nell'ambito dei fenomeni di implementazione indiretta, la connessione tra legalità e certezza del diritto si coglie anche, in modo particolarmente significativo, nella giurisprudenza in cui la Corte si pronuncia sull'adeguatezza delle misure adottate dagli Stati membri per dare attuazione al diritto comunitario (82). Il nucleo principale della problematica in questione riguarda la compatibilità o meno col principio di legalità e col principio di certezza del diritto di quelle procedure nazionali secondo cui uno strumento legislativo autorizza un'autorità amministrativa, ad esempio il Ministro competente, a procedere all'adozione di misure di implementazione

(80) Si precisa che, nel caso si tratti, invece, di direttive dettagliate, laddove quindi la normativa imponga agli Stati obblighi di risultato formulati in modo chiaro e non equivoco, il rispetto del principio di legalità nonché di quello di certezza del diritto richiedono che gli Stati soddisfino le prescrizioni dettagliate e precise introdotte dal diritto Ce adeguandovi il proprio diritto interno e l'attività delle singole amministrazioni nazionali cfr. Corte di Giustizia, 18 giugno 2002, *Commissione c. Repubblica Francese*, C-60/01, in *Racc.*, I-5679.

(81) Così, molto efficacemente, E. CASTORINA, “*Certezza del diritto*” e *ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un “principio comune”*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, cit., 377.

(82) Per i profili qui in analisi V., ad esempio, Corte di Giustizia, 20 giugno 2002, *Gerard Mulligan e a.*, C-313/99, in *Racc.*, I-5719.

del diritto comunitario. Sul punto, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che il solo fatto della delega ad un'autorità amministrativa non pregiudica il principio di legalità e quello di certezza del diritto, purché le decisioni da adottare siano vincolanti e rispondano ai requisiti di specificità, di precisione e di chiarezza prescritti dai succitati principi.

Questa giurisprudenza fornisce una chiave di lettura interessante che individua un legame necessario tra principio di legalità e principio di certezza del diritto nell'ordinamento comunitario, ed è giustificata dall'evidente necessità di garantire che i soggetti interessati dalle misure di attuazione del diritto comunitario siano messi in grado di conoscere la portata dei loro diritti e dei poteri amministrativi nell'ambito particolare disciplinato dal diritto comunitario.

Conseguentemente, la Corte di Giustizia, *a contrario*, ha ritenuto che semplici prassi amministrative, per loro natura modificabili a volontà dell'amministrazione e prive di adeguate forme di pubblicità, non possano essere considerate una valida esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, in quanto provocherebbero, negli interessati, una situazione di incertezza in merito alla portata dei loro diritti (83).

Perciò, qualora si recepissero, ad esempio, i divieti dettati da una direttiva comunitaria con modificazioni normative ambigue o circolari amministrative (84), l'attuazione del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale non potrebbe dirsi compiuta.

Nel senso appena descritto, l'efficacia cogente del diritto

(83) Corte di Giustizia, 24 marzo 1994, C-80/92, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, I-1019; Corte di Giustizia, 26 ottobre 1995, C-151/94, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, I-3685; Corte di Giustizia, 11 novembre 1999, C-315/98, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-8001; Corte di Giustizia, 19 maggio 1999, C-225/97, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, I-3011.

(84) Corte di Giustizia, 17 maggio 2001, C-159/99, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-407.

comunitario si appoggia, nel contempo, sul rispetto dei principi generali di legalità e di certezza del diritto.

II.II.II.9. ... e rispetto alla libertà di concorrenza.

Sotto un altro aspetto e restando ancora nella logica propria dell'ordinamento *comunitario*, il principio di legalità è strettamente connesso alla tutela della concorrenza e delle quattro libertà di circolazione del mercato unico (85).

Anche le esigenze della concorrenza necessitano un'interpretazione rigorosa e restrittiva del principio di legalità e ciò in un duplice senso.

Innanzitutto, 1) in quanto è ammissibile che le libertà comunitarie siano *diminuite* solo alle condizioni stabilite nei Trattati, le cui norme debbono quindi essere interpretate rigorosamente dalle amministrazioni comunitarie e, 2) in quanto le amministrazioni nazionali non possono essere dotate di poteri discrezionali che finiscano con l'incidere negativamente sui diritti espressamente riconosciuti dal diritto comunitario.

In quest'ottica, con l'intento di imporre il principio di legalità dell'azione amministrativa, la giurisprudenza comunitaria (86) ha mostrato un certo sfavore per la previsione in sede nazionale di poteri autorizzatori in ambito economico ed in particolare, per i regimi di controllo preventivo che siano eventualmente istituiti negli Stati membri.

Questa impostazione protegge, evidentemente, le esigenze connesse alla tutela della concorrenza e delle libertà comunitarie anche nei confronti delle prassi amministrative nazionali che richiedono l'applicazione di discrezionalità ammini-

(85) Libertà di persone, merci, servizi, e capitali.

(86) Cfr., ad esempio, Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, C-300/01, *Doris Salzmann*, in *Racc.*, I-4899; Corte di Giustizia, 20 giugno 2002, C-388/00 e C-429/00, in *Racc.*, I-5845.

strativa, per definizione basata sulla scelta dell'amministrazione e, quindi, non completamente ancorata al dato normativo.

La ragione dello sfavore per la discrezionalità amministrativa nazionale va ricercata, primariamente, nelle disuguaglianze che ne seguirebbero per il godimento delle libertà comunitarie nei differenti Stati membri dell'Unione e nella diretta incidenza dei regimi di autorizzazioni amministrative sulle libertà essenziali riconosciute dai Trattati.

Così si spiega la preferenza del legislatore comunitario, laddove ciò sia compatibile con la natura dell'attività regolata, per le c.d. direttive dettagliate, che riducono la discrezionalità dell'implementazione da parte degli Stati in ambiti che coinvolgano diritti economici comunitari (87).

L'impostazione comunitaria appena ricostruita, perciò in applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, e, in particolare, sotto l'egida del principio di legalità, censura le procedure che demandino la valutazione della legittimità di talune attività alla mera discrezionalità delle amministrazioni nazionali e che si traducono, quindi, in divieti non prevedibili dagli operatori economici (con inaccettabile sacrificio delle situazioni giuridiche frammentate di rilievo comunitario).

Ecco, quindi, come il rischio di una limitazione arbitraria delle situazioni soggettive comunitarie (88) induce, anche

(87) A titolo esemplificativo si richiama, per esempio, la direttiva 1999/5/CE, che riguarda l'immissione sul mercato, la libera circolazione e la messa in servizio nella Comunità delle apparecchiature radio e delle apparecchiature terminali di telecomunicazione. L'art. 6 dispone che gli Stati membri provvedano affinché gli apparecchi immessi nel mercato rispettino i requisiti essenziali stabiliti all'art. 3 della direttiva stessa, senza che essi siano soggetti ad ulteriori disposizioni nazionali per quanto riguarda la loro immissione sul mercato. In sostanza, gli operatori economici sono così tenuti al rispetto dei soli requisiti comunitari, elencati dal legislatore europeo, e proporzionati agli obiettivi perseguiti dalla normativa di settore, in modo da evitare una duplicazione di controlli ed una limitazione più onerosa di quella prevista in sede comunitaria della libertà d'impresa.

(88) La funzionalizzazione del diritto comunitario al godimento delle liber-

da questo punto di vista, ad un'interpretazione restrittiva del principio di legalità dell'azione amministrativa.

II.II.II.10. *Il principio di legalità e l'effetto utile: interpretazione teleologica delle direttive comunitarie e limitazione dei poteri dell'amministrazione.*

Anche l'interpretazione conforme (89) al nucleo dei principi fondamentali del Trattato ha come obiettivo quello di mantenere ancorata a fattori ben determinati e non arbitrari l'applicazione del diritto comunitario, sempre allo scopo di prevederne il risultato, rafforzando il valore attribuito alla legge (90).

tà dei privati si coglie già nello scritto di N. MARZONA, *Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990, 79: "a ben guardare, la stessa struttura dei due fondamentali artt. 85 e 86, che pongono in primo piano la descrizione di una serie di comportamenti dei soggetti privati, le imprese, dovrebbe già mettere sull'avviso in ordine alla collocazione non marginale, nella disciplina in oggetto, delle posizioni soggettive degli operatori privati". A ciò segue, come conseguenza, che "non vi è, alla base dell'azione pubblica, un interesse astratto e soggettivizzato da perseguire, ma l'esigenza oggettiva di ricondurre concrete attività privatistiche al rispetto di regole dettate per una serie di attività consimili al fine di assicurarne la compatibilità con la costruzione del mercato unico".

(89) Il tema dell'interpretazione del diritto da parte dei giudici non meno che degli operatori pratici, ha alimentato diverse discussioni teoriche, specialmente orientate all'analisi dei criteri guida dell'attività interpretativa; sul punto cfr., G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955; E. BETTI, *Interpretazione della legge e atti giuridici*, Milano, 1971; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; J. STONE, *From Principles to principles*, in *LQR*, 1981, 224; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631; R. GUATINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. VELLUZZI, Torino, 2000; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 2001; G. BERTI, *Interpretazione costituzionale: lezioni di diritto pubblico*, Milano, 2001; L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

(90) Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'interpretazione delle

L'utilizzo dei criteri di interpretazione funzionale, che taluno (91) ha definito *dynamic criteria*, in aggiunta ai criteri di interpretazione letterali e contestuali o sistematici (ancorati, questi ultimi, ad una stretta esegesi del testo normativo), normalmente si associa a valutazioni socio politiche altamente discrezionali o a ponderazioni di interessi demandati all'autorità giudiziaria, dotata del potere nomofilachico. Nel contesto comunitario, invece, parrebbe più appropriato connettere tale interpretazione dinamica ad una correlata valorizzazione del dato di legge e, quindi, del principio di legalità.

S'intende dire, cioè, che l'interpretazione teleologica delle direttive, o quella basata sulla tutela dei diritti fondamentali se prendiamo a riferimento le Carte dei diritti, o sugli obiettivi dell'Unione e, ancora di più, la teoria dell'effetto utile denotano che le decisioni della giurisprudenza europea (sia della Corte di Giustizia sia della Corte dei diritti dell'Uomo) restano significativamente legate ai dati normativi ed intendono fornire il massimo di effettività agli stessi, nei confronti dei vari operatori.

Ciò, soprattutto, qualora siano in gioco attività di imple-

clausole ambigue viene risolta, in generale, facendo riferimento 1) *al contesto* in cui la disposizione è inserita: ad esempio C-338/90, in *Racc.*, 1992, I-12; C-467/93, in *Racc.*, 1995, I-1413; C-296/95, in *Racc.*, 1998, I-1645; C-467/93, in *Racc.*, 1995, I-1407; C-296/95, in *Racc.*, 1998, I-1620; 2) alla tutela dei *diritti fondamentali*: 374/87, in *Racc.*, 1989, 3350; C-67/91, in *Racc.*, 1992, I-4830; C-46/93, in *Racc.*, 1996, I-1144; 374/87, in *Racc.*, 1989, 3326; 3) ad un criterio di *conformità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*: C-273/90, in *Racc.*, 1991, I-5579; C-84/95, in *Racc.*, 1996, I-3972; 4) *ai Trattati*: C-315/92, in *Racc.*, 1994, I-335; C-250/92, in *Racc.*, 1994, I-5685; C-135/93, in *Racc.*, 1995, I-1683; C-61/94, in *Racc.*, 1996, I-4020; C-51/95, in *Racc.*, 1997, I-738; C-105/94, in *Racc.*, 1997, I-3012; T-297/94, in *Racc.*, 1997, FP-19; C-181/96, in *Racc.*, 1999, I-422; 5) ai *principi generali del diritto comunitario*: C-90/90, in *Racc.*, 1991, I-3637; C-67/91, in *Racc.*, 1992, I-4830; C-81/91, in *Racc.*, 1993, I-2484; C-98/91, in *Racc.*, 1994, I-252; C-51/95, in *Racc.*, 1997, I-738; C-105/94, in *Racc.*, 1997, I-3012; C-181/96, in *Racc.*, 1999, I-422.

(91) J. BENOÛT, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, cit., 251.

mentazione che competano alle amministrazioni nazionali. In questi casi, l'interpretazione teleologica e la teoria dell'effetto utile, affermando in maniera univoca il primato della legge sul potere amministrativo, dirigono ogni singolo episodio di amministrazione attiva.

Più precisamente, l'effetto utile (il c.d. *effet utile* (92)) è una creazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e rientra tra i criteri di interpretazione più usati per risolvere i casi dubbi (93). Esso comporta che, nello stabilire l'ampiezza di determinati poteri che spettano alla Commissione, in virtù

(92) Il riferimento al criterio dell'effetto utile è quasi una costante delle decisioni della Corte di Giustizia che richiedano un'attività interpretativa complessa, sono infatti molte le sentenze che contengono un riferimento a suddetto principio: *ex multis*, C-2/94, in *Racc.*, 1996, I-1786; C-473/93, in *Racc.*, 1996, I-3255; C-435/93, in *Racc.*, 1996, I-5254; C-171/95, in *Racc.*, 1997, I-350; C-181/95, in *Racc.*, 1997, I-400; C-4/95, in *Racc.*, 1997, I-544; C-71/95, in *Racc.*, 1997, I-721; C-344/95, in *Racc.*, 1997, I-1053; C-351/95, in *Racc.*, 1997, I-2153; C-400/95, in *Racc.*, 1997, I-2781; C-266/95, in *Racc.*, 1997, I-3311; C-334/95, in *Racc.*, 1997, I-4550; C-117/96, in *Racc.*, 1997, I-5049; C-98/96, in *Racc.*, 1997, I-5202; C-360/96, in *Racc.*, 1998, I-6862; C-210/97, in *Racc.*, 1998, I-7551; C-1/97, in *Racc.*, 1998, I-7779; C-353/96, in *Racc.*, 1998, I-8590; C-306/97, in *Racc.*, 1998, I-8783; C-378/97, in *Racc.*, 1999, I-6259; C-223/98, in *Racc.*, 1999, I-7107.

(93) Insieme al criterio di interpretazione letterale, storica, sistematica e teleologica.

Il concetto di effetto utile, pur essendo diffusamente impiegato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, non trova approfondimenti monografici in dottrina, si rinvia perciò a J. BENOÏT, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, cit., 254; L. NEVILLE BROWN-T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Community Law*, Londra, 1994, *Methods of interpretation*, 299 ss.

Il cosiddetto *effetto utile* trova spazio tra i criteri di interpretazione teleologica; secondo la dottrina un esempio di impiego di tale principio è rappresentato dalla nota sentenza Francovich C-6, 9/90: "As a part of teleological approach the Court not infrequently refers to the principle of effectiveness (*l'effet utile*), a concept borrowed from international law which is sometimes rendered inelegantly into English as « useful effect »; « effectiveness » is a better, though still not wholly satisfactory translation. In Community law this has come to mean that « preference should be given to the construction which gives the rule its fullest effect and maximum practical value ». Cases in which the Court has invoked this principles of what we would term « Community efficacy » (compare the principle of business efficacy), extend back to the earliest days of the Court", L. NEVILLE BROWN-T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Community Law*, op. ult. cit., 321.

di una qualunque norma di diritto comunitario, in casi in cui la norma si presti ad una pluralità di interpretazioni, si accolla la soluzione ermeneutica adottando la quale si ottiene l'effetto che pare meglio rispondere alle esigenze sottese alla normativa in analisi, realizzando, appunto, l'effetto utile della norma la cui interpretazione è discussa, in relazione al contesto complessivo degli obiettivi delle politiche comunitarie.

Così, ad esempio, ragionando sull'effetto utile delle norme del Trattato, nel caso *Van Binsberger* (94) la Corte ha stabilito che la condizione per cui una persona che presta un servizio deve essere abitualmente residente nel luogo in cui il servizio deve essere svolto può avere come conseguenza quella di privare l'art. 49 (oggi art. 59) del Trattato di ogni suo effetto utile e, perciò solo, deve essere censurata.

Similmente, si è ritenuto (95) che il potere della Commissione di sopprimere un contributo sarebbe stato completamente privato di effetto utile se, prima dell'adozione della decisione, la Commissione fosse stata obbligata ad attendere che lo Stato membro interessato presentasse le proprie osservazioni.

E, in un'altra recente decisione, si è affermato il principio per cui permettere al Consiglio e alla Commissione di comunicare all'interessato, per la prima volta dinanzi al giudice comunitario, i motivi del diniego di accoglimento dell'accesso ad un documento priverebbe di effetto utile le garanzie procedurali espressamente previste dalle decisioni 93/731 e 94/90. Pregiudicherebbe cioè gravemente i diritti dell'interessato che impongono che, salvo casi eccezionali, ogni decisione negativa sia motivata al fine di fornire indicazioni sufficienti per stabilire se la decisione sia fondata o sia inficiata da un vizio (96).

(94) Corte di Giustizia, 3 dicembre 1974, in *Racc.*, 1974, 1299.

(95) Corte di Giustizia, 12 febbraio 2004, C-330/01, *Hortiplant SAT c. Commissione*, in www.curia.eu.int.

(96) V., in particolare, Corte di Giustizia, 26 novembre 1981, C-195/80, *Michel/Parlamento*, in *Racc.*, 2861, punto 22.

Dagli esempi citati emerge chiaramente che il richiamo all'effetto utile, dedotto da un esame complessivo della normativa di volta in volta contestata, consente di garantire, da un lato, l'efficienza delle amministrazioni comunitarie e nazionali in relazione agli obiettivi del diritto comunitario nell'interpretazione fornita dalla Corte e, dall'altro, consente di individuare con maggiore precisione il contenuto delle situazioni giuridiche comunitarie, attraverso un approfondimento dei frammenti normativi della regolazione comunitaria.

Perciò, il principio di legalità dell'azione amministrativa non richiede solo una soggezione dell'amministrazione al dato formale di legge, ma implica anche la garanzia dell'effetto utile della normativa presa a riferimento, cioè il perseguimento dell'obiettivo cui tende la normativa globalmente considerata. Uniformando, così, ogni singola azione amministrativa al contesto più generale della politica comunitaria o europea, nel cui ambito ogni singolo intervento dei pubblici poteri è inserito.

II.II.II.11. *Conclusioni: l'essenzialità del principio di legalità nel diritto amministrativo europeo.*

L'analisi svolta ci porta ad affermare, innanzitutto, che il principio di legalità dell'azione amministrativa non solo contraddistingue anche il diritto amministrativo europeo, ma lo fa in maniera particolarmente significativa.

La scomposizione analitica del principio di legalità dell'azione amministrativa e la ricostruzione delle evoluzioni legislative e giurisprudenziali hanno messo in luce che emerge dal contesto europeo un concetto piuttosto rigoroso di legalità, per rispondere all'esigenza di proteggere dalle spinte centrifughe delle strutture istituzionali sovranazionali o nazionali il potere di direzione e controllo che spetta agli Stati membri e che viene esercitato principalmente attraverso la formulazione delle leggi che gli organi amministrativi sono chiamati ad eseguire.

È stato evidenziato il contenuto pregnante della legalità-attribuzione e della previsione dei fini che legittimano ogni singola espressione amministrativa. A ciò è parsa corrispondere un'accresciuta rilevanza delle regole della legalità-procedimentale, con l'affermazione, dunque, del primato delle norme di condotta ed una decisiva valorizzazione delle forme di democrazia partecipativa a livello procedimentale, fondamentali nel contesto europeo.

Non sussistendo nel diritto comunitario alcun *favor* per le determinazioni degli organi amministrativi, il principio di legalità si presta a circoscrivere gli obiettivi puntuali degli episodi di manifestazione amministrativa, rappresentando il limite esterno e rigoroso della missione istituzionale di ogni operatore istituzionale. Anche in quest'ottica, si è notato che il principio di legalità necessita di un'interpretazione restrittiva, cosicché la legge comunitaria sia effettivamente in grado di preconizzare e dirigere l'azione amministrativa in tutti i suoi principali contenuti.

L'analisi sistematica ha evidenziato le interrelazioni tra il principio di legalità e le altre regole essenziali del diritto europeo: sotto quest'aspetto, il principio in questione è apparso come la chiave interpretativa per garantire il pieno godimento delle libertà comunitarie.

Strettamente legato al principio di certezza del diritto e alle istanze concorrenziali, il principio di legalità favorisce la concorrenza, in quanto rende prevedibili gli esiti dell'azione amministrativa e diventa essenziale nel contesto economico del mercato europeo, poiché consente di prevedere i rischi connessi all'esercizio dell'attività d'impresa.

Allo stesso modo, la prevedibilità dei contenuti dell'azione amministrativa consente di ottenere la massima protezione delle libertà affermate nelle Carte dei diritti, per cui la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha affermato che, i poteri che incidano negativamente sulle situazioni soggettive, devo-

no essere previsti esplicitamente e compiutamente nella legge, che deve essere chiara e precisa, rendendo quindi prevedibile l'azione amministrativa dai titolari dei diritti.

Infine, la stretta interpretazione del principio di legalità, garantita dall'operare del principio dell'effetto utile, protegge le libertà comunitarie e garantisce l'efficacia dell'azione amministrativa nel quadro europeo, in quanto consente di evitare che vengano effettuate arbitrarie limitazioni delle libertà attribuite dai Trattati da parte dei soggetti pubblici dotati di discrezionalità amministrativa.

In conclusione, gli approfondimenti svolti intorno al principio comunitario di legalità ci hanno consentito di individuare alcuni tratti salienti del diritto amministrativo comunitario e anche del diritto amministrativo europeo, la cui fisionomia è ora meglio delineata.

Esaminato il primo elemento (diritto amministrativo europeo) della relazione in studio (tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale), è possibile quindi, a questo punto, passare ad esaminare il significato e le conseguenze giuridiche del fenomeno di europeizzazione del diritto amministrativo nazionale.

Giuffrè, Editore

CAPITOLO III

L'ARMONIZZAZIONE COMUNITARIA PER PRINCIPI: IL SUPERAMENTO DEL CONCETTO DI SITUAZIONI MERAMENTE INTERNE E GLI OBBLIGHI DI ADEGUAMENTO PER I GIUDICI NAZIONALI

SOMMARIO: *Parte I.* IL SUPERAMENTO DEL CONCETTO DI SITUAZIONI MERAMENTE INTERNE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. — III.I.1. L'armonizzazione comunitaria e la nozione di situazioni meramente interne. — III.I.2. Il superamento del concetto di situazioni meramente interne come risultato dell'uniformazione per principi. — III.I.3. I principi dell'ordinamento comunitario secondo l'art. 1 della legge n. 241 del 1990. — III.I.4. La violazione delle norme e dei principi comunitari tra violazione di legge ed eccesso di potere. L'impossibilità di sostenere la tesi della disapplicazione dell'atto amministrativo. — III.I.5. Il concetto di legalità spettanza e il rapporto tra decisioni della Commissione ed atti amministrativi con esse contrastanti. — *Parte II.* L'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE ALLA LEGALITÀ COMUNITARIA COME ESIGENZA FORMALE DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI. — III.II.1. La necessità di superare l'angolo visuale del singolo interprete. — III.II.2. I giudici nazionali come giudici del diritto comunitario nel combinato operare degli articoli 101 e 117 della Costituzione: le tecniche del recepimento normativo ed interpretativo del diritto comunitario. — III.II.3. I giudici nazionali come giudici comuni del diritto europeo. — III.II.3.1. L'interpretazione conforme. — III.II.3.2. L'essenzialità del rinvio pregiudiziale: tra teoria dell'*acte clair* e controlimiti. — III.II.4. L'interpretazione adeguatrice come esigenza formale dell'ordinamento nazionale. — III.II.5. Il principio di legalità come guida all'interpretazione del rapporto tra legge ed amministrazione nei casi di dubbia interpretazione. — III.II.6. Il principio di legalità nel sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti. — III.II.7. Conclusioni.

*Parte I*IL SUPERAMENTO DEL CONCETTO DI SITUAZIONI
MERAMENTE INTERNE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVOIII.I.1. *L'armonizzazione comunitaria e la nozione di situazioni meramente interne.*

Attraverso l'analisi del principio di legalità è stato possibile ricostruire, almeno in parte, i lineamenti essenziali del diritto amministrativo europeo. L'esame svolto intorno al principio di legalità rappresenta un esempio di come i principi comunitari si sviluppino all'interno del sistema europeo, incorporando valori tipici degli ordinamenti nazionali, che, in sede comunitaria acquistano però significati assolutamente particolari, e facendo circolare nozioni scritte in atti espressione del modello di cooperazione internazionale.

A questo punto della ricerca, proseguendo nel tentativo di risposta alla catena di interrogativi che si sono prospettati nell'introduzione, è opportuno chiedersi in che termini si manifesti l'influenza del diritto amministrativo europeo (e, quindi, dei contenuti appena ricostruiti) sulle situazioni soggettive rilevanti per il diritto amministrativo nazionale.

Anticipo solamente che l'approfondimento svolto ci porterà a riconoscere l'estensione della portata precettiva del diritto europeo e, in particolare, del diritto comunitario, oltre i limiti dell'uniformazione giuridico-normativa realizzata col diritto comunitario derivato e a superare, dal punto di vista giuridico e sistematico, la distinzione, talora presente nella giurisprudenza nazionale, tra *situazioni meramente interne* e *situazioni di rilievo comunitario*.

Questa parte del capitolo avrà per oggetto approfondimenti legati principalmente all'effetto del riconoscimento dei principi *comunitari* sulle situazioni soggettive nazionali. Tut-

tavia si ricorda che i principi comunitari, nel definire l'area del diritto amministrativo, incorporano anche buona parte dei principi europei. Ciò deve essere tenuto ben presente per cogliere appieno l'importanza delle affermazioni che seguono e che, come si diceva, si sbilanciano fino a ritenere superato il concetto di situazioni meramente interne nell'ambito del diritto amministrativo.

Occorre preliminarmente precisare cosa s'intenda per *situazioni puramente interne*. In linea generale, tale espressione, di origine e sviluppo comunitari, individua quelle fattispecie in cui ogni elemento considerato è confinato all'interno dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro.

In realtà, molto opportunamente, esaminando la giurisprudenza della Corte di Giustizia su questi temi, parte della dottrina (1) ha sottolineato la genericità della nozione, specificando che, a rigore, vi sarebbero due diverse accezioni di *situazioni meramente interne*: un'accezione di tipo sostanziale, più ampia, secondo cui si avrebbe una fattispecie puramente interna qualora vi sia una situazione che non presenta profili di estraneità all'ordinamento cui appartiene il giudice, e un'accezione giuridica dello stesso concetto, "*che starebbe ad indicare quella situazione che, per sua natura e non già sulla*

(1) Per un articolato e critico scritto in tema di situazioni interne e situazioni di rilievo comunitario, nell'ambito del diritto della concorrenza, si rinvia al lavoro di D. DAVERIO, *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 610.

Sul tema della distinzione tra situazioni puramente interne e situazioni di rilievo comunitario, gli studi di diritto amministrativo non hanno prodotto significativi contributi. Si rinvia perciò a studi internazionalisti: C. NIZZO, *La Corte di Giustizia e la competenza ad interpretare, in via pregiudiziale, norme nazionali modellate su disposizioni comunitarie*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1997, 998; G. SANTANIELLO, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1999, 1207; N. NAPOLITANO, *La nozione di campo di applicazione del diritto comunitario nell'ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela di diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 679.

base di circostanze o elementi fattuali, è sottratta all'ambito di applicazione del diritto comunitario" (2).

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, il richiamo alle situazioni puramente interne segna un limite negativo di *non* ingerenza del diritto comunitario, per escludere dalla rilevanza comunitaria tutti i casi in cui appunto gli elementi fattuali di una causa siano circoscrivibili in un unico ordinamento nazionale, difettando qualsiasi elemento di transnazionalità.

Nel famoso caso RLSAN (3), considerato punto di riferimento per le prese di posizione della Corte di Giustizia, la Corte ha ritenuto non rilevante, dal punto di vista comunitario, la vicenda in cui una società mista, cui veniva conferito il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani, non operava sul mercato in condizioni di concorrenza e la sua attività, perciò, non incideva sulle libertà economiche garantite dalle disposizioni comunitarie.

Ovviamente, a tali conclusioni di estraneità delle vicende nazionali dall'ordinamento comunitario, non si giunge mai nei casi in cui il diritto comunitario abbia prodotto delle direttive di armonizzazione, interessandosi quindi anche di situazioni che, di per sé, avrebbero diversamente potuto rimanere meramente interne.

Per quegli ambiti, invece, che sono esclusi dall'armonizzazione normativa comunitaria, o che si trovano al di sotto delle soglie di rilevanza per l'applicazione del diritto comunitario derivato, si è posto il problema di valutare se essi coinvolgano solo situazioni *meramente interne* (e quindi non sia possibile invocare a riguardo nemmeno l'applicazione dei principi comunitari generali), ovvero se sia possibile, anche in questi casi, individuare situazioni soggettive che abbiano,

(2) D. DAVERIO, *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, cit., 644.

(3) Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, C-108/98, in *Racc.*, 1999, I-5219.

per altra via, rilievo comunitario e possano richiedere, comunque, l'applicazione dei principi comunitari.

Nell'affrontare tale problematica, è opportuno riferirsi anzitutto ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia (4). La più recente giurisprudenza comunitaria afferma, da un lato, l'impossibilità di individuare la presenza di situazioni meramente interne nell'ambito, cruciale al diritto comunitario, della libera circolazione delle merci; mentre continua a ritenere necessario, dall'altro, individuare un pregiudizio agli scambi intracomunitari per fondare la rilevanza comunitaria della vicenda (5) e, quindi, rendere doverosa l'applicazione dei principi del diritto europeo (6), nei diversi e pur rilevantissimi campi della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi.

Probabilmente, la posizione particolarmente cauta della Corte rispecchia il principio delle c.d. competenze di attribuzione. Una concezione estremamente estensiva dell'ambito di applicazione del diritto comunitario porterebbe con sé il rischio di ingenerare un'indiscriminata interferenza del diritto comunitario sui diritti sostanziali nazionali. In quest'ottica, circoscrivere l'influenza del diritto comunitario agli ambiti delegati (e sopra le soglie di applicazione comunitarie) ha un senso preciso, rispecchiando, appunto, il principio delle c.d. competenze di attribuzione e il ricordato nucleo comunitario del principio di legalità, secondo cui gli interventi euro-

(4) Cause *Legros e Lancry*: Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, causa C-163/90, in *Racc.*, I-4625; Corte di Giustizia, 9 agosto 1994, C-363/93 e C-407/93-411/39, in *Racc.*, 1994, I-3957.

(5) Caso *Giumont*: Corte di Giustizia, 5 dicembre 2000, C-448/98, in *Racc.*, 2000, I-10663 e caso *Anomar*: Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, C-6/01, in *Racc.*, I-8621.

(6) Invero, nell'ambito del rinvio pregiudiziale, la non manifesta infondatezza della richiesta di intervento del giudice comunitario, intesa come connessione della questione di interpretazione del diritto comunitario con la causa pendente davanti al giudice nazionale, costituisce comunque una valida premessa per una pronuncia della Corte di Strasburgo.

pei non possono eccedere gli ambiti delegati dagli Stati alle Comunità e, ora, all'Unione.

Tuttavia, la tendenza descritta convive con una diversa. Infatti, esiste un numero significativo di decisioni comunitarie in cui la Corte di Giustizia si è ritenuta competente, in sede di rinvio pregiudiziale, in situazioni in cui il diritto nazionale si sia spontaneamente conformato al diritto comunitario, senza che sussistesse una normativa comunitaria direttamente applicabile al caso.

Nell'ambito delle decisioni rese sul tema degli appalti pubblici (settore particolarmente importante per affermare negli Stati membri il valore della concorrenzialità dei mercati), indicativi della sensibilità comunitaria su questo aspetto sono i chiarimenti resi da ultimo dalla Corte di Giustizia, in composizione di Grande Sezione, secondo cui, gli appalti di servizi che non presentino interesse transfrontaliero tale da giustificare l'applicazione di tutte le regole complesse stabilite dalla direttive appalti restano comunque ed inequivocabilmente soggetti alla regole fondamentali del diritto comunitario, e in particolare ai principi stabiliti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (7). Si ha cioè una sorta di operare generalizzato dei principi comunitari sugli appalti.

Ciò significa che, in alcuni casi, la Corte accetta anche potenziali espansioni del diritto comunitario oltre i limiti delle attribuzioni delegate alle Comunità.

Nonostante l'evidente ambiguità dei ragionamenti condotti dai giudici comunitari — ambiguità che richiederebbe

(7) Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 novembre 2007, in C-507/03, in *www.europa.eu.int*, invero, il percorso logico seguito dalla Corte per ritenere indiscutibile la prevalenza, indipendentemente dall'importo del contratto da aggiudicare, delle regole comunitarie di trasparenza e pubblicità, non è particolarmente approfondito: si dà quasi per scontata l'applicazione dei parametri contenuti nei Trattati e delle regole specificate dalla giurisprudenza comunitaria a tale riguardo.

un intervento chiarificatore della stessa Corte per risolvere, con un impianto teorico e sistematico preciso (cosa che ad oggi manca), le segnalate antinomie e contraddizioni — è chiaro che, laddove il diritto comunitario intervenga con strumenti di armonizzazione, l'estraneità formale di talune fattispecie è superata dalla uniformità giuridico-normativa.

Partendo da questo dato, si ritiene possibile prospettare un'interpretazione (per usare un termine noto al diritto comunitario) *evolutiva*, in base alla quale la presenza di principi comunitari si possa considerare sufficiente per determinare l'uniformazione giuridico-normativa dell'intera area ascrivibile al diritto amministrativo.

In altre parole, non basta accertare l'assenza di norme dei Trattati o di normazione derivata per escludere la rilevanza comunitaria della fattispecie. E — altra faccia della stessa medaglia — la presenza di norme dei Trattati o di normazione derivata non è l'unica via di condizionamento per il diritto amministrativo nazionale.

Tenendo conto, da un lato, dei caratteri fondamentali dell'ordinamento comunitario, tra cui quello, essenziale, di esprimersi per principi generali (elaborati dalla giurisprudenza comunitaria ma anche espressi in premessa alla produzione normativa europea: si pensi, ad esempio, ai considerando delle direttive), dall'altro, del diritto amministrativo, che pure è in gran parte costruito attorno a principi di carattere generale, si conclude che per verificare se il diritto nazionale debba rispettare canoni comunitari, è necessario non solo accertarsi della presenza di una regolamentazione della fattispecie in oggetto al livello della normativa comunitaria, primaria o derivata, ma valutare anche la sussistenza di principi generali di diritto comunitario che siano applicabili al caso.

In effetti buona parte della nostra giurisprudenza amministrativa già si impegna in esperienze di progressivo avvicina-

mento del diritto nazionale al diritto comunitario, anche al di fuori dei settori o delle soglie direttamente comunitarizzati.

Sia la giurisprudenza nazionale (8) che quella comunitaria (9), ad esempio, esigono l'applicazione delle regole di trasparenza e concorrenzialità anche per quei rapporti tra pubblica amministrazione e soggetti privati che non sono oggetto di precise disposizioni del diritto comunitario derivato, ma che coinvolgono una prestazione suscettibile di valutazione economica (a prescindere dall'area territoriale considerata), tanto che in dottrina si è parlato della generalizzazione di un c.d. principio di gara (10).

L'interpretazione estensiva, in questo ambito, è ancor più

(8) L'orientamento è diffuso sia nella giurisprudenza dei TAR che in quella del Consiglio di Stato, con alcune isolate pronunce in contraddizione che, tuttavia, non aprono filoni in controtendenza a quello segnalato. Cfr., a titolo meramente esemplificativo TAR Piemonte, Sez. II, 23 dicembre 2005, n. 4457, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 3818; Cons. St., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5203, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 2585; Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. e App.*, 2005, 329.

Anche per gli ampi riferimenti dottrinali si rinvia al testo di R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, a cura di F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, Torino, 2004, Cap. IV; con particolare riferimento alle concrete regole, nazionali e comunitarie, cui le amministrazioni devono attenersi, M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001 e per gli spunti interessanti sul tema dell'estensione dei principi comunitari, A. BARONE-V. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 565.

(9) Ad esempio, Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1419, con nota di G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*.

Molto interessanti anche le affermazioni della Corte di Giustizia secondo cui i principi comunitari si applicano, indistintamente, a quelle situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di libertà comunitarie, cfr., Corte di Giustizia, 19 giugno 2003, C-34/02.

(10) Ci si riferisce appunto allo scritto di G. GRECO, *op. ult. cit.*

Molto interessanti anche le riflessioni di R. CARANTA, in *Concessioni di beni e regole della gara*, in *Urb. e App.*, 2005, 329, il quale pare favorevole ad un'estensione dell'applicazione delle regole comunitarie legata all'economicità del servizio o della prestazione.

significativa se si valuta che, come si accennava, non esistono nemmeno norme dei Trattati che prescrivano, direttamente, gli obblighi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa. La giurisprudenza ragiona, ricorrendo ad un meccanismo paragonabile a quello dell'interpretazione teleologica, ritenendo che le norme esistenti impongano, pena la loro perdita di efficacia, il rispetto di principi quali la trasparenza e la pubblicità, non scritti, ma connessi in senso finalistico alle enunciate regole della concorrenza. Questo ragionamento giuridico viene spesso seguito qualora la fattispecie in esame coinvolga libertà comunitarie, a prescindere dalla soglia di rilevanza per l'applicazione del diritto comunitario derivato.

La ricordata impostazione della Corte di Giustizia è stata da ultimo ripresa in una interessante Comunicazione interpretativa della Commissione europea dell'1 agosto 2006, avente ad oggetto "*il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*".

Già dal titolo della comunicazione emerge proprio quello che qui si sta cercando di mettere in evidenza. Ossia che il diritto comunitario incide oltre i limiti delle soglie di applicazione della normativa derivata, attraverso la forza espansiva dei principi generali, anch'essi contenuti, anche se solo *in nuce*, nel diritto positivo comunitario, prevalentemente nei Trattati, che diventano imprescindibili riferimento per tutte le attività che abbiano una qualche rilevanza sul piano economico (11).

(11) Si precisa che la predetta Comunicazione, al punto 1.3, riprende la distinzione tra situazioni di rilevanza comunitaria e situazioni puramente interne. Tuttavia, i casi in cui si esclude l'interesse comunitario sono talmente marginali da considerarsi chiaramente l'eccezione e non certo la regola. La Commissione esclude la rilevanza per il mercato europeo di quelle situazioni in cui il valore economico del contratto è talmente limitato da escludere l'interesse di qualsiasi impresa di altro Stato membro. Quello di rilevanza meramente interna pare, quindi, un concetto limite, simile a quello dei contratti di modico valore presente nella normativa nazionale sulla contabilità di Stato. Si potrebbe dire, utilizzando un'impo-

Se ne deduce che sono il contenuto economico e la natura pubblica del soggetto, a determinare *automaticamente* la rilevanza comunitaria della fattispecie, e a comportare la *europaizzazione* delle situazioni soggettive ascrivibili a detto ambito.

La giurisprudenza amministrativa nazionale non è lontana dagli approdi comunitari. Infatti, i diversi principi di origine comunitaria cui si è fatto cenno vengono quotidianamente applicati dal Consiglio di Stato, a prescindere da qualunque ragionamento che si interroghi sulla natura meramente interna della fattispecie dedotta in giudizio. È la rilevanza economica della questione o la soggettività pubblica di una delle parti, a contenere un implicito rilievo comunitario. Con ciò, la giurisprudenza amministrativa raggiunge, anch'essa, un importante risultato in termini di armonizzazione del trattamento delle situazioni soggettive.

Non si dimentichi, infine, che già il legislatore del 1990, con la legge n. 287 — istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato — ha addirittura realizzato il prospettato superamento delle barriere tra situazioni interne e situazioni comunitarie sul piano del vigente diritto positivo, disponendo all'art. 1, co. 4, che l'interpretazione delle norme contenute nella legge interna dovesse essere effettuata dall'Autorità “*in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza*” (12).

stazione di analisi economica del diritto, che si tratta di fenomeni in cui l'attivazione delle regole della concorrenza è troppo costosa e non vale l'importo considerato.

(12) Sul tema dei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale nella disciplina antitrust la bibliografia è ormai molto corposa, ai fini di quanto affermato nel testo si rinvia a R. ALESSI-G. OLIVIERI, *Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 3; M.V. BENEDETTELLI, *Sul rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro It.*, IV, 1990, 253; A. GUARINO, *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina della concorrenza*, in *Contr. Impr.*, 1991, 639; M. MEROLA-G.R. BAJARDO, *Tutela della concorrenza nella legge n. 287/90: rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1991,

Non a caso, la necessità di uniformazione dell'ordinamento nazionale al diritto comunitario di cui si è, sin qui, sottolineata la crucialità, si desume anche dalla recente esperienza della codificazione che ha interessato settori fondamentali del diritto amministrativo: quali l'ambiente, i contratti pubblici, i consumatori.

Il codice del consumo, d.lgs. n. 206/2005 all'art. 1, dichiara di ispirarsi “*ai principi contenuti nei Trattati istitutivi delle Comunità europee, nel Trattato dell'Unione europea, nella normativa comunitaria*”.

Il codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, esordisce con un articolo (art. 2) rubricato “*Principi*”, che richiama i principi di economicità, efficienza, tempestività e correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, pubblicità, tutela della salute e dell'ambiente, e promozione dello sviluppo sostenibile. Tutti principi di chiara matrice comunitaria.

Il codice dell'ambiente d.lgs. n. 152/2006, in ogni sua parte, rinvia alle norme comunitarie applicabili, richiamando espressamente le fonti di riferimento (come ad esempio, le direttive in materia di valutazione di impatto ambientale), ovvero facendo concreta applicazione dei principi elaborati nel diritto ambientale europeo, come i principi di prevenzione, di precauzione, di chi inquina paga.

III.I.2. *Il superamento del concetto di situazioni meramente interne come risultato dell'uniformazione per principi.*

Ora, un catalogo chiaro e ben delineato di principi, ca-

287; M. ONIDA, *I rapporti fra disciplina nazionale e disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 1993, 3; L. PACE, *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il vincolo comunitario imposto al legislatore nazionale: l'art. 1, l. n. 287/90*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 997; L. DE PACE, *In tema di norme nazionali illegittime per violazione del combinato disposto degli artt. 10 e 81 TCE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 575.

pacì di individuare un vero e proprio diritto amministrativo europeo, porta a concludere per l'esistenza, nell'ambito delineato, di una armonizzazione degli ordinamenti nazionali realizzata attraverso i principi generali. Tale armonizzazione comporta, a prescindere dalla presenza di forme di regolazione proprie del diritto comunitario derivato che si sovrappongono alla normativa primaria dei Trattati, l'automatica rilevanza comunitaria delle situazioni soggettive proprie del diritto amministrativo nazionale, in quanto il diritto comunitario, come si è dimostrato nei capitoli precedenti, ha elaborato una serie di principi di applicazione generale, valevoli per tutti i casi in cui vi sia una qualche manifestazione di pubblico potere. Così è chiaro, ad esempio, che i principi di trasparenza e pubblicità (o anche i principi di *par condicio* e di proporzionalità) devono essere rispettati dall'amministrazione sotto qualsiasi soglia per l'applicazione del diritto comunitario: sotto soglia l'amministrazione nazionale non è tenuta ad applicare i meccanismi complessi indicati nelle Direttive Appalti, ma — per rispettare il diritto comunitario — deve attuare sempre e comunque modalità di pubblicità e forme di competizione (13). È vero che tali principi si potrebbero già dedurre dall'art. 97 della Costituzione, ma si sta qui affermando che i principi citati debbono essere applicati per come percepiti nella sensibilità comunitaria, non solo in quella costituzionale. Non varrebbe a proposito obiettare che il nucleo di molti principi comunitari (se non di tutti) già si può rinvenire nella Costituzione e nei suoi sviluppi e che, quindi, la capacità conformativa dei principi comunitari potrebbe essere pressoché irrilevante dal punto di vista pratico: anche ove i principi comunitari fossero in parte già affermati in sede nazionale (ed è naturale che ciò accada in quanto i principi generali relativi ai rapporti

(13) Corte di Giustizia, 13 novembre 2007, in C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, in www.europa.eu.int.

tra cittadino e amministrazione si assomigliano in ogni sistema democratico di diritto amministrativo, e certamente il diritto amministrativo europeo si basa su valori ormai saldi negli Stati nazionali), le sfumature di significato che tali principi vengono ad assumere, nonché le implicazioni pratiche che tali principi portano con sé, sono spesso molto differenti in sede comunitaria rispetto a quella nazionale.

Riprendendo il filo del ragionamento svolto, si ritiene che, laddove sia coinvolta un'attività della Pubblica Amministrazione, si debba prendere atto del superamento della distinzione, talvolta presente nella giurisprudenza comunitaria (14) e talora ripresa dalla giurisprudenza nazionale dei giudici civili (15), tra situazioni c.d. *puramente interne* e *situazioni di rilevanza comunitaria*.

Anche alcuni tra i più recenti contributi dottrinali sul tema dell'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale (16), una volta riconosciuto che il campo di applicazione

(14) Cfr., in materia di riconoscimento di diplomi e titoli, ad esempio, Corte di Giust., 7 dicembre 1995, C-17/94, in *Racc.*, I-4353; sulla libertà di stabilimento e di circolazione, Corte di Giust., 3 ottobre 1990, C-54/88, 91/88, 14/89, in *Racc.*, I-3537; Corte di Giust., 18 ottobre 1990, C-297/88, 197/89, in *Racc.*, I-3763.

(15) Cfr., ad esempio in materia di libera circolazione dei lavoratori, Cass., sez. lav., 4 marzo 1996, n. 1665. Talora anche la Corte Costituzionale ha fatto riferimento al concetto di situazioni meramente interne, cfr., Corte Cost., 16 giugno 1995, n. 249, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1996, 591 con nota di A. MORANTE, *Il trattamento da riservare per i lettori di lingua madre straniera*, 594.

(16) Si veda, ad esempio, I. FRANCO, *Diritto comunitario e diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2007, 6, spec. 675: "E tuttavia, complice anche la progressiva estensione delle materie di interesse comunitario, si è pervenuti ad un sistema tale che l'influsso del diritto di provenienza UE si fa sentire, specialmente a livello di tecnicismi giuridici, anche in ambiti tuttora riservati alla sola legislazione nazionale, come se si fosse al cospetto di un « convitato di pietra », che siede, invisibile, ad ogni tavolo in cui si confezionino testi normativi nell'ambito nazionale. Nel contesto di una simile ottica, si potrebbe porre l'interrogativo se non ci si trovi di fronte ad una situazione di integrazione dell'ordinamento nazionale con quello comunitario, in senso generale (e non limitatamente ai settori di interesse comunitario).

delle fonti comunitarie non è esteso a tutti i settori degli ordinamenti nazionali e che l'ordinamento comunitario non ha, per storia, fini generali, concludono nel senso di ritenere che l'influenza comunitaria non sia isolabile a questa o a quella materia, a questa o a quella soglia. In particolare, la dottrina attenta allo studio dei principi del diritto comunitario ha messo in evidenza che lo scambio continuo tra principi generali degli Stati membri e principi generali del diritto comunitario porta tali principi alla "*rinnovata applicazione nei medesimi ordinamenti nazionali, anche al di là della più ristretta sfera di attuazione del diritto comunitario*" (17).

Da una lettura della casistica giurisprudenziale nazionale che fa riferimento a questioni comunitarie, è facile dimostrare che l'interpretazione che qui si propone, lungi dall'essere un'ingiustificata fuga in avanti, rappresenta semplicemente una delle possibili ricostruzioni teoriche di linee evolutive già presenti nell'ordinamento nazionale, che, per parte sua, individua i meccanismi giuridici che consentono il superamento del concetto di rilevanza meramente interna di talune situazioni, perseguendo, quanto meno nell'ambito del diritto pubblico, il fine dell'uniformità del trattamento delle situazioni soggettive.

Il prospettato livello di armonizzazione trova conforto, ragionando sulla base di schemi concettuali nazionali, almeno nelle tre seguenti argomentazioni.

1) In primo luogo, per ragioni legate all'attuazione del principio di imparzialità e al valore cogente del principio di uguaglianza e non discriminazione nel diritto pubblico.

A tale proposito, si adatta alla ricostruzione qui prospettata un'interessante tesi nata con riferimento allo studio dei

Quello che è certo, comunque, è che si assiste ad un fenomeno, in atto, di progressiva trasformazione dell'ordinamento giuridico nazionale".

(17) A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, cit., 288.

principi comunitari applicabili alle concessioni di servizi (18), che, parimenti, suggerisce il superamento del concetto di situazioni puramente interne, in ossequio al principio di non discriminazione (principio molto rilevante nell'ambito delle libertà economiche, la cui centralità anche nel diritto pubblico è indiscussa).

La tesi cui si è fatto riferimento si basa su una premessa indiscutibile: la distinzione tra situazioni meramente interne e situazioni a carattere transnazionale comporta che una medesima situazione sia soggetta ad una disciplina differenziata, a seconda, del diritto nazionale o del diritto comunitario.

Quindi, ove il diritto comunitario postula la distinzione tra situazioni meramente interne e situazioni di rilievo comunitario, introduce anche una discriminazione al livello degli ordinamenti nazionali. Tale discriminazione si atterrebbe come una discriminazione alla rovescia, in danno delle situazioni meramente interne, in quanto gli strumenti comunitari, presumibilmente (in quanto selezionati sulla base dei principi vigenti negli ordinamenti nazionali secondo il metodo delle *better law*), si presentano come maggiormente garantisti.

Una situazione siffatta, che è e resta del tutto irrilevante dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, potrebbe diventare rilevante da quello dell'ordinamento nazionale.

Nel nostro ordinamento, lo strumento per reagire alla discriminazione alla rovescia è (per come ricostruito dalla Corte costituzionale) la declaratoria di incostituzionalità delle norme nazionali. Più precisamente, la legge nazionale che, non uniformandosi al diritto comunitario, ingeneri situazioni

(18) Ci si riferisce al già citato studio di D. DAVERIO, *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, cit., il quale propende per il superamento della teoria delle situazioni puramente interne, attraverso la proposta di un concetto "giuridico" di situazioni puramente interne, circoscrivibile ai soli casi in cui la fattispecie considerata in giudizio esca completamente dalle finalità delle norme dei Trattati.

nazionali sfavorevoli, contribuirebbe al verificarsi di situazioni di disuguaglianza, contrarie al principio di parità di trattamento, e sarebbe, perciò, incostituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione (19).

Al fine di superare il concetto di situazioni interne e situazioni comunitarie, la tesi dottrinale che si è appena ricostruita e che si condivide, propone, quindi, di far riferimento, oltre che all'art. 3 della Costituzione, anche all'art. 12 del Trattato Ce, generalizzando il principio di non discriminazione, e agli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, relativi al principio di uguaglianza.

Sulla linea dell'ipotesi suggerita, se ne prospetta un impiego anche in ambito pubblicistico: l'interpretazione che riconosca valenza cogente e imperativa ai principi di uguaglianza e non discriminazione è necessitata dalle esigenze di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, che contribuiscono a determinare la legittimità dell'azione pubblica, imponendo l'equiparazione del trattamento di situazioni che siano sostanzialmente identiche.

Perciò è facile a questo punto concludere che i soggetti formalmente o sostanzialmente pubblici sono tenuti, in ottemperanza agli artt. 3 e 97 della Costituzione, oltre che all'art. 12 del Trattato Ce, ad applicare i principi del diritto comunitario, laddove siano sufficientemente specificati, a prescindere dalla natura interna o infracomunitaria della fattispecie dedotta in giudizio, in rispetto ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento che garantiscono il trattamento parificato di situazioni identiche.

2) In secondo luogo, occorre ricordare che l'ordinamento comunitario fin dall'inizio si è avvalso degli apparati am-

(19) Cfr., Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 443, con nota di A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle discriminazioni a rovescio: una resa al diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 1998, 283.

ministrativi nazionali per attuare le proprie norme; così, *ab origine*, le autorità amministrative nazionali sono state considerate come organi decentrati del sistema giuridico sovranazionale, vivendo una natura bipartita, in parte nazionale, in parte comunitaria. Tale natura bipartita comporterebbe facilmente l'applicazione dei principi comunitari ogniqualvolta le situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio del potere amministrativo godano di forme di tutela anche nell'ordinamento di fonte sovranazionale, rilevando, in queste ultime ipotesi, il ruolo comunitario delle autorità in questione.

Inoltre, si consideri che l'applicazione dei principi comunitari, anche al livello operativo delle autorità nazionali, è stata facilitata dall'evoluzione dell'assetto organizzatorio dell'Unione europea, col progressivo impiego dei modelli della coamministrazione.

3) Da ultimo, come si vedrà nel paragrafo che segue, il contenuto del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 241 impone che il procedimento amministrativo, sempre e comunque, attui i principi comunitari (20).

III.I.3. *I principi dell'ordinamento comunitario secondo l'art. 1 della legge n. 241 del 1990.*

Il risultato cui si è appena giunti attraverso una ricostruzione di tipo sistematico è ormai consolidato, nel nostro ordinamento giuridico, dal diritto vigente. L'influenza dei principi

(20) Per questo in dottrina vi è già chi, in commento al nuovo articolo 1, ha segnalato che "la menzione legislativa contribuisce ad innalzare il livello complessivo di cultura giuridica comunitaria dei funzionari pubblici; sotto altro riguardo la disposizione ha il merito di nazionalizzare i principi dell'ordinamento europeo": G. CARLOTTI, *Il nuovo procedimento amministrativo*, cit., 147. Ciò chiaro, il rinvio operato all'art. 1 della l. 241 ai principi comunitari pare tutt'altro che ridondante, risultando peraltro opportuno dal punto di vista dell'uniformità del trattamento delle situazioni giuridiche di matrice comunitaria.

comunitari sul diritto amministrativo nazionale è stata infatti espressamente sancita dall'art. 1 della l. n. 241/1990, che fa esplicito riferimento proprio al rispetto dei *principi dell'ordinamento comunitario* imponendo che l'attività amministrativa ne sia conforme (21), senza ulteriormente specificare.

L'art. 1 enuncia una regola chiara ed inequivocabile: l'azione amministrativa nazionale è tenuta al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario. Si noti bene: *tutta* l'azione amministrativa nazionale, non solo quella in cui la fattispecie ha rilevanza transnazionale. Anche data la previsione di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990, non si potrà più parlare di situazioni puramente interne nell'ambito del diritto amministrativo nazionale.

Mentre l'art. 117, comma 1, della Costituzione richiede che la normativa nazionale rispetti i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo impone che l'attività amministrativa sia attenga alle regole comunitarie.

La genericità della norma appare particolarmente oppor-

(21) Per un primo commento alle modifiche apportate alla l. n. 241/1990 con specifico riferimento ai principi comunitari si vedano: A. MASSERA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, cit., 290; S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, 44; AA.VV., *L'azione amministrativa*, Giuffrè, 2005, 72 ss.; F. ALDO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, Padova, 2005, 62 ss.; S. COGLIANI, *Principi*, in *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova, 2004, 25 ss.; G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Padova, 2005, 145 ss.; E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione amministrativa e sul procedimento amministrativo: considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. St.*, 2005, 1419; L. CENTRO, *L'atto amministrativo e la sua patologia. Primi spunti di riflessione sulla legge n. 15/2005*, in *Amm. It.*, 2005, 947; F. CINTIOLI, *Nuovo procedimento amministrativo e principi costituzionali*, in *Quod. Cost.*, 2005, 648; A. MASSERA, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 707; A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa (dopo le innovazioni disposte dalla legge 2005 n. 15)*, Torino, 2005; AA.VV., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 2005.

tuna: limitarsi a richiamare i “*principi comunitari*”, chiedendo che l'azione amministrativa ne sia conforme, equivale a riconoscere al diritto comunitario la capacità di individuare, esso solo, l'ambito ed i limiti del proprio intervento sull'ordinamento nazionale.

È chiaro che la norma, introdotta con la legge n. 15 del 2005, richiede un'attuazione sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, che consideri il rilievo dei principi comunitari come vincoli cogenti di riferimento per l'azione amministrativa nazionale. Imprescindibilmente, dato che essi sono ormai stati inseriti a pieno titolo nel diritto nazionale (22).

A stretto rigore non vi sarebbe più spazio per interpretazioni, quali quelle effettuate in decisioni peraltro isolate del Consiglio di Stato, volte a privare i principi comunitari di una effettiva e rigorosa applicazione (23).

Come si diceva, la nuova formulazione dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990 ha portata estremamente generale e richiede un'applicazione altrettanto generale. Quanto meno in tutti i casi in cui i principi comunitari ci siano. Perciò la giurisprudenza nazionale ritiene applicabili i principi comunitari, ad esempio, per le aggiudicazioni degli appalti non disciplinati dalle direttive 17 e 18 del 2004 (24), settore in cui i principi comunitari sono numerosi e ben definiti.

(22) In sostanza “Si tratta di una sorta di rinvio mobile all'ordinamento sopranazionale ed anche a quelli degli altri Stati membri”, G. CARLOTTI, *Il nuovo procedimento amministrativo*, cit., 145, perciò “il diritto dell'Unione diviene esplicitamente il parametro della legittimità di tutta l'attività amministrativa interna”, 148.

(23) Ci si riferisce, in particolare, alla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, rispetto alla quale sia consentito rinviare alle osservazioni già svolte in: S. VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 816.

(24) V. da ultimo Corte Conti, Reg. Lomb., Sez. giurisd., 14 luglio 2006, n. 447, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 2728; e, in richiamo e applicazione diretta dei “principi comunitari” cfr., T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 6 aprile 2007, n. 589, in *Red. Amm. TAR*, 2007, 04; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 27 marzo 2007, n.

Inoltre, il riferimento ai principi comunitari comporta che essi diventino parte integrante del sistema nazionale nella percezione e con i contenuti propri dell'ordinamento comunitario, assumendo il medesimo significato in ambito nazionale (25).

L'inserimento dei parametri comunitari nell'attività di contemperamento svolta dalle amministrazioni nazionali implica, in ordine al sindacato dei giudici amministrativi, il dovere di censurare i provvedimenti che realizzino risultati contrari ai principi summenzionati, qualora essi non tengano in adeguato conto le regole generali dell'azione amministrativa elaborate in sede sovranazionale (26).

549, in *Red. Amm. TAR*, 2007, 03; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 12 marzo 2007, n. 461, in *Red. Amm. TAR*, 2007, 03; Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7950, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 3390; Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6909, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3120; Cons. St., Sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6026, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2834; Cons. St., Sez. VI, 3 ottobre 2006, n. 5795, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 2850; Cons. St., Sez. VI, 31 maggio 2006, n. 3321, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 1584; Cons. St., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5203, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 2585; Cons. St., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 2592.

Si riferisce anche ai principi comunitari di libera prestazione dei servizi, la Corte Costituzionale, 22 dicembre 2006, n. 440, in *Foro It.*, 2007, 9, 2334.

(25) In giurisprudenza questo risultato comincia a comparire: cfr., Cons. St., Sez. VI, 6 marzo 2007, n. 1736 che, in tema di principio di proporzionalità afferma "Il principio di proporzionalità, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche dei cittadini (in specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario". Come è oggi confermato dalla clausola di formale ricezione *ex art. 1, comma 1, l. 241/1990* come novellato dalla *l. 15/2005*".

(26) L'introduzione di nuovi principi che arricchiscono di parametri e contenuti il sindacato del giudice nazionale sulla legittimità dell'atto amministrativo interno, si deriva anche da una serie di decisioni della Corte di Giustizia che insistono sulla centralità dei principi del diritto amministrativo europeo, come la legalità e la proporzionalità dell'azione amministrativa, quali elementi cruciali del sindacato sul provvedimento amministrativo impugnato cfr., a titolo meramente esemplificativo e con riserva di meglio precisare più oltre, Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, *Repubblica italiana c. Commissione*, C-361/98, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 141 con nota di D.U. GALETTA, *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione di competenze tra organi*.

Infine, quanto sin qui anticipato palesa il motivo per cui non si ritiene di poter condividere il parere di autorevole dottrina (27) che, nei primi commenti all'art. 1, ha dubitato che il rinvio unilaterale ricettizio ai principi del diritto comunitario sia opportuno e vincolante, sostenendo che i principi comunitari siano, in parte, già recepiti dall'ordinamento nazionale (anzi addirittura tratti, dagli ordinamenti nazionali), in altra parte, estranei alla nostra cultura giuridica e perciò il loro inserimento risulterebbe inopportuno.

Non bisogna dimenticare infatti che i principi generali accolti negli ordinamenti nazionali, pur avendo spesso origine in principi propri degli ordinamenti nazionali (come si è evidenziato specificamente nell'analisi sul principio comunitario di legalità), costituiscono spesso uno spunto per autonome elaborazioni concettuali comunitarie, operate secondo il metodo della *better law*: manca spesso, perciò, una perfetta equivalenza tra i concetti generali del diritto amministrativo europeo ed i corrispondenti concetti presenti nel sistema nazionale (28). Se così è, ne segue anche che il loro richiamo non è risonante o equiparabile ad una clausola di stile. Inoltre, proprio il fatto che molti dei principi comunitari siano originati da riflessioni svolte in ambiti nazionali dimostra che nessuno dei principi generali del diritto amministrativo

Per apprezzare il livello del dibattito, si vedano anche i recenti contributi di F. ASTONE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 47; S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 291.

(27) Cfr. a proposito le affermazioni di D. SORACE, *La legificazione delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 231 ss., spec. 324, l'Autore dubita anche che il rinvio unilaterale ricettizio al diritto comunitario possa vincolare l'amministrazione regionale e locale.

(28) Sia ha un'idea delle peculiarità dei principi generali di diritto amministrativo europeo rispetto agli stessi principi per come concepiti in sede nazionali dai risultati della ricerca di A. MASSERA, *I principi generali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, cit., in particolare 292 ss.

comunitario appare estraneo alla cultura giuridica nazionale, e perciò “*inopportuno*”.

Peraltro, proprio l'analisi condotta sul principio di legalità ha dimostrato che tale principio, presente anche nell'ordinamento nazionale, acquista in ambito comunitario contenuti e sfumature suoi propri, non potendo quindi, qualora sia richiamato in contesti nazionali, essere confuso o sovrapposto col principio di legalità per come inteso secondo il paradigma nazionale.

Perciò si ritiene di poter aderire all'impostazione di chi afferma che, data la nuova formulazione dell'art. 1, comma 1, “*la necessità di osservare i principi dell'ordinamento comunitario è ora un preciso precetto di diritto positivo e non soltanto un'esigenza logica di sistema*” (29).

Peraltro, su questo stesso filone si colloca la giurisprudenza amministrativa, che riconosce ad esempio che “*il principio di proporzionalità ... assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario. Come è oggi confermato dalla clausola di formale ricezione ex art. 1, comma 1, l. 241/1990 come novellato dalla l. 15/2005*” (30). Non basta allora il richiamo al principio comunitario applicabile al caso, essendo necessario anche che tale principio venga inteso per come esso è inteso in ambito sovranazionale.

Secondo quanto si è avuto occasione di precisare in diverse parti di questo volume, si ricorda che *principi comunitari* non significano solo diritto comunitario, ma anche principi sanciti dalle Carte dei diritti e, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dalla Carta di Nizza, cui la Corte di Giustizia si rifà per affinare il catalogo dei principi generali del diritto comunitario.

(29) G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, cit., 933.

(30) Cons. St., Sez. VI, n. 1736/2007, in *Foro Amm.* CDS, 2007, 1248.

III.I.4. *La violazione delle norme e dei principi comunitari tra violazione di legge ed eccesso di potere. L'impossibilità di sostenere la tesi della disapplicazione dell'atto amministrativo.*

La ricostruzione proposta in ordine alla rilevanza nazionale dei principi comunitari e alla necessità di uniformarsi ad essi comporta l'illegittimità dell'azione amministrativa che se ne discosti.

Perciò, la prima e più importante conseguenza della necessità di rispettare i principi comunitari — che costituiscono l'ossatura del diritto amministrativo europeo — è la dichiarazione di illegittimità del provvedimento amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario.

Infatti, affinché la violazione delle norme comunitarie sia sanzionata all'interno dell'ordinamento nazionale e, quindi, affinché abbia un senso il riconoscimento che si è proposto nel presente saggio dei principi comunitari come vincolanti per le amministrazioni nazionali, è necessario che il giudice pronunci l'illegittimità dell'azione amministrativa che con tali regole comunitarie si ponga in contrasto.

L'illegittimità per violazione del diritto comunitario, si ritiene, deve avere gli stessi canoni dell'illegittimità per violazione delle norme interne.

Ciò è imposto, anzitutto, dal rapporto giuridico esistente tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, che è da intendersi nell'ottica dell'integrazione sistematico-concettuale (31).

La conclusione appena esposta è presente nell'orientamento della più recente giurisprudenza amministrativa (32)

(31) Nel senso che i due ordinamenti, pur essendo separati dal punto di vista delle fonti e delle istituzioni, presentano un livello di integrazione dei concetti e delle attività non trascurabile.

(32) Si veda, ad esempio, Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro amm. CDS*, 2003, 99: "non può dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma naziona-

che, ragionando dichiaratamente in termini di integrazione tra i due ordinamenti, qualifica come annullabile il provvedimento amministrativo interno contrastante con una disposizione comunitaria. Stabilisce, perciò, che l'inosservanza di una disposizione comunitaria, direttamente applicabile, o di principi comunitari, autonomamente rilevanti, comporta l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere di immediata impugnazione al giudice amministrativo.

Si cerca, di seguito, di ricostruire tale complessa tematica prospettando anche alcuni spunti innovativi (33).

L'illegittimità di un atto amministrativo nazionale per contrasto col diritto europeo riguarda le due distinte ipotesi di violazione della normativa comunitaria direttamente applicabile, e di violazione dei principi del diritto comunitario, la cui giuridica rilevanza sul piano delle fonti dell'ordinamento sovranazionale è oramai indiscussa (34).

le, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte costituzionale)", punto 6.2. Conforme Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005, n. 579, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1107.

Tale presa di posizione del Consiglio di Stato pare in linea con la proposta di autorevole dottrina secondo cui "vi sarebbe il modo, per quanto teoricamente discutibile, per ripianare i contrasti tra le norme dei due ordinamenti, attivando ora il meccanismo dell'annullamento, ora quello della « non applicazione »: affermare con chiarezza che il rapporto è esclusivamente di tipo gerarchico e che, perciò, nell'un caso c'è *invalidità* e, nell'altro (di omogeneità), *abrogazione* (o *deroga et similia*)...". Conseguenza della separazione sarebbe, cioè, la *monotipicità* delle relazioni tra gli ordinamenti e le fonti, "invariate rispetto alla varietà strutturale delle norme e delle loro possibili combinazioni", A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla « teoria » della separazione alla « prassi » dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, 1613.

(33) Sul tema si rinvia al completo lavoro di R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007.

(34) Sulla valenza giuridica cogente dei principi del diritto comunitario si

Qualora il provvedimento amministrativo nazionale violi regolamenti comunitari, il contrasto tra provvedimento e diritto comunitario avviene in maniera diretta; allo stesso modo, si avrebbe contrasto diretto per la violazione di direttive autoesecutive, dopo la scadenza del termine del loro recepimento o per violazione di principi comunitari direttamente applicabili.

Esistono, tuttavia, anche ipotesi di contrasto indiretto del provvedimento amministrativo con la normativa comunitaria: si tratta dei casi in cui il provvedimento sia conforme alla normativa interna, la quale, a sua volta, potrebbe porsi in conflitto col diritto europeo.

In entrambe le situazioni ipotizzate, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria (35), con autorevole sostegno in dottrina (36), ispirato evidentemente alla logica dell'integrazione tra ordinamento nazionale e ordinato comunitario, ha applicato ai provvedimenti amministrativi anticomunitari lo stesso regime di invalidità che riguarda i provvedimenti amministrativi in violazione del diritto interno, ossia un'illegitimità *sub specie* annullabilità. In questa lettura, accolta anche dal Consiglio di Stato (37), l'invalidità comunitaria non da-

richiama quanto sostenuto nel capitolo II, con le già segnalate indicazioni bibliografiche.

Sia consentito comunque richiamare le esemplari sistemazioni di BENGNETT, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993, 71 ss. Ivi l'Autore analizza dettagliatamente la tematica dei *general principles of law*, seguendo le ricostruzioni tentate in dottrina e, principalmente, la ricostruzione di J. IGARTUA, *Sobre Principios y Positivismo Legalista*, in *Rivista Vasca de la Administracion Publica*, 1986, 14 a sua volta fondate sulle suggestioni di J. CARRIÒ e J. WROBLEWSKI, *Il modello teorico della applicazione della legge*, in *Riv. Intern. Filosofia del diritto*, 1967, 44.

(35) Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 99.

(36) Diffusamente questa tesi sostenuta da G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, cit.; contra G. GRUNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 235, spec. 249 e 257.

(37) Decisamente esemplificativa di questa impostazione è la recente sen-

rebbe luogo ad un'invalidità *sui generis*, restando assoggetta interamente alle regole interne, sia per quanto concerne il regime sostanziale, sia per quanto concerne il regime processuale. Secondo tale orientamento, la violazione del diritto comunitario si configura come una violazione di legge da farsi valere nel consueto termine di impugnazione, pena la conseguente decadenza ed il connesso stato di inoppugnabilità.

Con un'unica eccezione, che si ravvisa in alcune decisioni del Consiglio di Stato, secondo cui sarebbe riscontrabile una sorta di nullità assoluta, quindi rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, nelle ipotesi in cui si verifichi un contrasto indiretto tra atto amministrativo e diritto comunitario, per il tramite di una legge nazionale attributiva (e non meramente regolativa) del potere anticomunitaria e perciò disapplicabile, quindi non idonea a fondare il potere dell'amministrazione agente (38).

Questa tesi è stata ampiamente criticata (39) sulla scorta di una molteplicità di ragioni di cui si richiama per brevità,

tenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005, n. 579, con nota di S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1112, cui sia consentito rinviare anche per la bibliografia e per alcuni approfondimenti sui cambiamenti del concetto di disapplicazione che non possono trovare spazio in queste riflessioni.

(38) A tale proposito, in commento a TAR Piemonte, Sez. II, 8 marzo 1989, n. 34, si segnalano i contributi di R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante col diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1989, III, 1, 149; R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità degli atti amministrativi di applicazione della normativa comunitaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 281.

(39) G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, cit.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 403; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Dir. Amm. Appl.*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2005, 200; L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro It.*, 1990, III, 203; R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1989, III, 1, 149 ss.

la sintesi di autorevole dottrina (40): “*non condivisibile è, dunque, la tesi della nullità, in quanto nel caso di provvedimenti amministrativi in contrasto con disposizioni comunitarie non è configurabile una carenza di potere, né alcuna altra delle ipotesi tipizzate di nullità. Inoltre, lo si ribadisce ulteriormente, pure gli atti emanati da organi comunitari in contrasto col Trattato o con norme di diritto derivato sono ricondotti dal giudice comunitario, salvo ipotesi estreme, al regime dell’annullabilità. Non sarebbe quindi chiara la ragione per delineare un diverso regime degli atti amministrativi emanati da uno Stato membro, sovvertendone oltretutto le regole interne*” (41).

La variante della nullità è difficilmente sostenibile: il regime differenziato che si introdurrebbe nell’ambito della medesima categoria dell’invalidità comunitaria risulta discriminatorio, senza che le situazioni disciplinate presentino differenze sostanziali (42).

Si consideri, inoltre, che pare fuorviante il richiamo, in casi siffatti, alla carenza di potere. Secondo il diritto interno, infatti, tale concetto si riferisce alla nullità dei provvedimenti amministrativi emessi nell’esercizio di un potere che nessuna norma prevede o che la legge attribuisce ad un organo di un diverso complesso amministrativo rispetto a quello agente.

La violazione indiretta della normativa comunitaria, invece, non può che coinvolgere le modalità di esercizio del pote-

(40) R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 403.

(41) R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 403-404.

(42) Perciò in dottrina si è criticata tale giurisprudenza sostenendo che “pure gli atti emanati da organi comunitari in contrasto con il Trattato o con norme di diritto derivato sono dalla Corte di Giustizia ricondotti, a parte ipotesi estreme, al regime dell’annullabilità; non si vede, anche per questo, in forza di quale ragione diverso dovrebbe essere il regime dell’atto di uno Stato membro, sovvertendone le regole interne. E ciò anche se la legge nazionale risulti attributiva e non regolativa del potere esercitato, poiché il parametro resta il medesimo (la norma della Comunità)”, R. VILLATA, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, *L’atto amministrativo*, 767 ss., citazione a pagina 826.

re: infatti, anche nelle ipotesi in cui la normativa interna debba essere disapplicata per contrasto col diritto comunitario, l'incompatibilità comunitaria non deriva da violazione di regole comunitarie di competenza, ma da questioni relative all'esercizio concreto del potere attribuito alle singole amministrazioni nazionali, quindi, in senso stretto, non verte sul tema delle attribuzioni degli organi amministrativi. Ciò in quanto il concetto di attribuzioni e la determinazione dei limiti di competenza concerne il diritto istituzionale comunitario ed è rivolto agli organi attivi all'interno dell'Unione, ma il diritto comunitario non contiene regole di competenza che possano incidere sul livello organizzativo degli Stati nazionali. Peraltro, la giurisprudenza comunitaria contiene numerosi esempi in grado di dimostrare l'insensibilità dell'ordinamento sovranazionale al riparto di competenze effettuato tra le strutture operative all'interno dell'organizzazione amministrativa nazionale (43).

Diverse ipotesi di nullità troverebbero spazio, invece, se si ragionasse nell'ottica dell'applicazione dei principi generali in tema di invalidità. Infatti, in quest'ottica si potrebbe essere portati a concludere per la nullità del provvedimento, in caso sia della mancanza di elementi essenziali dell'atto, nelle ipotesi in cui taluno di questi elementi sia previsto nel diritto di fonte sovranazionale, sia di violazione del giudicato, che potrebbe estendersi anche agli atti nazionali che contrastino con il *decisum* della Corte di Giustizia. Nulla osta, infine, a che si dichiari la nullità del provvedimento amministrativo qualora il diritto comunitario commini espressamente tale sanzione (ovviamente non con riferimento al *nomen* "nullità", ma con riferimento al trattamento sostanziale e processuale equivalente nell'ordinamento interno a tale tipo di invalidità) per proteggere interessi considerati essenziali nel contesto europeo.

(43) Esempio a questo proposito Corte di Giust., 1° giugno 1999, causa C-302/97, in *Racc.*, I-3099.

In generale, la giurisprudenza recente (44) ha escluso di qualificare come nullo l'atto amministrativo che violi il diritto comunitario in quanto questa ipotesi non si rinviene nell'enumerazione dei tipi di nullità dell'atto amministrativo indicate nell'art. 21-*septies* della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990.

Da ultimo, in dottrina, la tesi dell'annullabilità dell'atto comunitariamente illegittimo è stata criticata essenzialmente sulla base di quattro ordini di argomentazioni: *a*) porterebbe a conclusioni inaccettabili sul piano del valore dell'uniformità del trattamento offerto all'illegittimità comunitaria nei diversi ordinamenti degli Stati; *b*) per gli atti amministrativi il regime sarebbe molto più rigoroso che per gli atti normativi in contrasto col diritto comunitario; *c*) a ciò osterebbe la vigenza dell'art. 10 Trattato Ce, ossia il principio di leale collaborazione tra Stati ai fini della realizzazione dell'ordinamento comunitario; *d*) si contraddirebbe il principio di interpretazione del diritto nazionale in modo conforme al diritto comunitario (45).

C'è stato anche chi ha notato che la soluzione accolta in giurisprudenza, che distingue tra disapplicazione normativa e illegittimità provvedimento per violazione del diritto comunitario si presenterebbe in sé contraddittoria, o *“ibrida, per metà ispirata alla logica della separazione e per metà a quella dell'integrazione, in un compromesso che garantisce risultati ottimali dal punto di vista applicativo, ma che scarsa coerenza rivela sul piano logico”* (46).

Sulla scorta di tali critiche, parte della dottrina ha pro-

(44) Ci si riferisce a Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3102.

(45) Queste in sintesi le argomentazioni sostenute in chiave critica da cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 466 ss.

(46) Così si è espresso M. CAFAGNO, in nota a Cons. St., Sez. V, 6 aprile 1991, n. 452, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 533 ss., citazione a pagina 552.

posto, al momento senza adesioni da parte del Consiglio di Stato, di ricorrere alla cosiddetta “*disapplicazione provvedimentale*” per sanzionare il contrasto tra provvedimento amministrativo nazionale e diritto comunitario (47), adducendo a motivazione del cambiamento imprescindibili esigenze dell’ordinamento comunitario.

Si anticipa che tale idea non pare condivisibile né, tanto meno, comunitariamente imposta.

Più precisamente, questa tesi si basa, anzitutto, su un’interpretazione delle sentenze della Corte di Giustizia volta a valorizzare, anche oltre i limiti della statuizione espressa nel dispositivo, i contenuti della sentenza *Ciola* (48), fino a rite-

(47) Per approfondire tale tesi, occorre, anzitutto, domandarsi cosa s’intende col termine *disapplicazione* provvedimentale, e se tale espressione richiami il concetto di disapplicazione affermatosi nel contesto del sistema italiano di giustizia amministrativa.

L’opinione di chi scrive è già stata espressa in *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l’incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 1107. Si rinvia in particolare all’evoluzione della giurisprudenza e della dottrina nazionale per come ricostruita al paragrafo 2.1.

(48) Corte Giust., 29 aprile 1999, in C-224/97, in *Racc.*, I- 2517; diffusamente annotata, dato il rilievo delle affermazioni in essa contenute: in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1347 con nota di M. ANTONIOLI, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1999, 1203, con nota di L. BONOCHI, in *Foro Amm.*, 2000, 333, non nota di R. IANNOTTA, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1999, 727, con nota di E. ADOBATI e R. ROSSOLINI.

In commento all’orientamento espresso nella sentenza *Ciola* si rinvia anche a M. CHITI, *L’invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. Amm.*, 2003, 687; E. FERRARI, *La Corte di Giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativo*, in *Foro It.*, 2003, IV, 478.

Secondo i primi commentatori, la sentenza *Ciola* avrebbe affermato che un provvedimento amministrativo puntuale, sebbene divenuto inoppugnabile, deve poter essere disapplicato d’ufficio nell’ambito della giurisdizione degli Stati membri, al fine di affermare la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, cfr. a titolo esemplificativo di tale impostazione G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 447, spec. 459; M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disap-*

nere che con tale decisione il giudice comunitario abbia introdotto l'obbligo di disapplicazione di disposizioni puntuali contenute in atti amministrativi nazionali (49).

Il riconoscimento del potere di disapplicazione provvedimento consentirebbe di evitare quello che viene ritenuto un « *paradosso* » del sistema nazionale (50), ossia di avere norme di legge cedevoli rispetto al diritto comunitario e atti amministrativi non cedevoli (51).

Al contrario, non si rinviene nella giurisprudenza della Corte di Giustizia alcun obbligo siffatto, ma piuttosto la costante affermazione del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri.

Si giunge a tale conclusione considerando, anzitutto, alcune specifiche peculiarità del caso *Ciola*: il provvedimento

plicabilità degli atti amministrativi nazionali, cit., 1371; V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. It. Dir. Com.*, 1999, 1413.

(49) Si è ritenuto cioè che il principio contenuto nella sentenza *Ciola* “abbia certamente portata generale, stante la premessa sopra richiamata sulla equiparazione del trattamento giuridico di tutti gli atti nazionali anticomunitari, anche se il caso specifico esaminato dalla Corte riguardava un atto di divieto”, così M. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit., 702.

(50) In dottrina è stata evidenziata peraltro la profonda differenza tra disapplicazione normativa e disapplicazione amministrativa: “diversi sono non solo i caratteri ma anche il fondamento delle due ipotesi e dei corrispondenti istituti. Nel primo caso è in gioco l'efficacia stessa del diritto comunitario, nonché gli obblighi di attuazione ed applicazione dello stesso che incombono sugli Stati membri. Nel secondo caso vengono in rilievo le materie nelle quali il diritto comunitario conferisce determinati diritti e prevede strumenti di tutela degli stessi necessari in tutti gli Stati membri”, E. FERRARI, *La Corte di Giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativo*, cit., 478.

(51) “Non accettando il regime di generale disapplicabilità per tali atti amministrativi (n.d.r. gli atti amministrativi anticomunitari) si giungerebbe al paradosso di una loro particolare capacità di resistenza agli effetti comunitari, nel mentre gli atti normativi sarebbero cedevoli (nel senso della loro disapplicabilità) in ogni caso in cui si prospetti una loro anticomunitarietà. Con l'effetto di determinare una inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento letterale”, cfr., M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 469.

amministrativo contrastante col diritto comunitario, nel caso che ha dato inizio al rinvio pregiudiziale, consisteva in una sanzione di carattere pecuniario del genere delle sanzioni amministrative, inflitte ad un soggetto sulla base della disciplina nazionale vigente, costituita da atti non aventi carattere normativo, prima dell'entrata dell'Austria nell'Unione europea. Il caso, dunque, riguardava una situazione del tutto particolare, che chiedeva ai giudici europei di interrogarsi intorno all'incidenza dell'adesione all'Europa sulla legislazione vigente e, in particolare, su provvedimenti amministrativi adottati in base alla normativa previgente e divenuti inoppugnabili.

Nel caso *Ciola*, la Corte non ha statuito la generale disapplicazione provvedimento per esigenze di effettività del diritto comunitario, come semplicisticamente si è potuto pensare, ma ha disposto che *“un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta ma attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto”*.

Dalla lettura del dispositivo emerge, anzitutto, che non viene disapplicato il provvedimento sanzionatorio, ossia l'ammenda, ma il provvedimento amministrativo sulla base del quale la sanzione è stata adottata, perciò quello che viene inteso come provvedimento amministrativo individuale e concreto pare piuttosto avere i caratteri di un atto generale, cioè suscettibile di diverse applicazioni nella fase esecutiva del divieto. Se ciò è corretto non si è realizzata, quindi, una vera e propria disapplicazione provvedimento, ma piuttosto un'invalidazione della sanzione previo accertamento incidentale dell'illegittimità del divieto posto a priori.

Si segnala, peraltro, che in situazioni simili a quella che ha generato il caso *Ciola*, la Corte, mantenendo fermo l'o-

biiettivo di realizzare l'effettività del diritto comunitario, avrebbe potuto giungere allo stesso risultato cui è pervenuta ragionando intorno all'interesse a ricorrere e all'invalidità sopravvenuta, considerando che l'interesse a ricorrere contro l'illegittimità del divieto previsto dalla normativa nazionale si sarebbe potuto computare solo dal momento in cui la sanzione è stata irrogata e non in un momento antecedente ad esso per carenza di lesività concreta del divieto stesso, nonostante la sua incompatibilità col diritto comunitario della libera circolazione della persona si fosse già consumata.

Si tenga conto che la previsione di un termine breve per il ricorso davanti alla Corte di Giustizia rientra tra i principi fondamentali del processo comunitario, che è organizzato sul modello del *Contentieux administratif français*. Il termine di impugnazione, nel caso del ricorso per l'annullamento di un atto comunitario è di due mesi: equivale cioè ai 60 giorni previsti dal nostro ordinamento. Tale termine, reputato legittimo all'interno del processo comunitario, non potrebbe ovviamente essere giudicato incongruo se previsto da un ordinamento nazionale. Lo stesso ragionamento vale per il principio di inoppugnabilità, che è conosciuto e trova larga applicazione nel contenzioso comunitario (52).

Il caso *Ciola*, quindi, rappresenta anche un esempio di come le argomentazioni della Corte di Giustizia, spesso svolte in modo frettoloso e non sufficientemente motivate, lascino agli interpreti margini di apprezzamento eccessivi, rischiando fraintendimenti importanti sulla portata e sulle conseguenze del diritto comunitario.

Posto che la sentenza *Ciola*, comunque la si voglia interpretare, non ordina agli Stati, in nessuna sua parte, né nel

(52) Sul tema si rinvia alla completa e dettagliata ricostruzione di D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 683.

dispositivo né nella motivazione, di introdurre lo strumento della disapplicazione processuale degli atti puntuali per violazione del diritto comunitario, il costante riferimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia al principio dell'autonomia processuale degli Stati membri farebbe propendere per conclusioni opposte rispetto a quelle favorevoli alla disapplicazione provvedimento. Infatti, dalla sentenza *Peterbroeck* (53) fino al caso *Santex* (54), la giurisprudenza comunitaria ribadisce che in mancanza di una disciplina comunitaria specifica spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro di stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire ai singoli il godimento dei diritti di derivazione comunitaria. Con i due limiti, anch'essi consolidati nella giurisprudenza della Corte, della parità di trattamento con le situazioni giuridiche di rilevanza esclusivamente interna e della non eccessiva onerosità dei rimedi giurisdizionali (55).

Proprio l'operare di tali principi dimostra che non solo non è necessario per esigenze comunitarie, ma anche che non è opportuno, consentire al giudice amministrativo di utilizzare il potere di disapplicazione nei confronti di atti amministrativi puntuali.

Affermare che un tale meccanismo sia imposto dalla giu-

(53) Corte di Giust., 14 dicembre 1995, causa C-312/93, in *Racc.*, I-4599.

(54) Corte di Giust., 27 febbraio 2003, causa C-327/00, in *Racc.*, I-1877; in *Foro it.*, 2003, IV, 475 con nota di A. BARONE, e di E. FERRARI, *La Corte di Giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2003, NA78, con nota di A. BROWN, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, 898, con nota di C. CARUSO, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 898, con nota di C. LEONE.

(55) Si tenga conto che le situazioni in cui tali limiti operano sono casi di effettiva impossibilità di far valere i propri diritti di derivazione comunitaria davanti ad un'autorità giurisdizionale, come nell'ipotesi di norme del diritto nazionale che impediscano l'attivazione del procedimento di rinvio pregiudiziale (cfr. sentenza *Rheinmuehlen*, 16 gennaio 1974, causa 166/73, in *Racc.*, 33).

risprudenza della Corte di Giustizia non solo sarebbe in contrasto con le ripetute affermazioni comunitarie in ordine all'autonomia processuale degli Stati, ma realizzerebbe anche una violazione del principio di parità di trattamento, alla rovescia. Si avrebbe cioè una tutela differenziata e svincolata al regime di impugnazione proprio del processo amministrativo per le invalidità comunitarie, mentre si conserverebbe una situazione processuale più severa per le situazioni interne, senza che ciò sia richiesto in una normativa uniformante legiferata a livello europeo. Per volontà del giudice nazionale, si realizzerebbe così un'evidente distonia rispetto al principio della parità di trattamento processuale tra situazioni giuridiche di derivazione interna e situazioni giuridiche di derivazione comunitaria (56).

Peraltro, la medesima giurisprudenza comunitaria (57), proprio intervenendo in seguito ai rinvii operati da giudici italiani, ha in diverse occasioni precisato, nell'interesse della certezza del diritto, la compatibilità con l'ordinamento comunitario di previsioni nazionali contenenti la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza dell'azione, purché ragionevoli e non incidenti sulla concreta possibilità di agire in giudizio.

In conclusione, non solo dalla giurisprudenza comunitaria *non* deriva la necessità di introdurre il potere di disapplicazione provvedimento, ma essa pare perfettamente in linea col sistema adottato dalla giurisprudenza amministrativa che finisce per ritenere annullabile il provvedimento amministrativo illegittimo e anticomunitario.

(56) Insiste sulla necessità di mantenere intatta l'autonomia processuale degli Stati, con riferimento particolare al termine di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, E.M. BARBIERI, *Norme comunitarie self executing e decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 73, spec. 79-80.

(57) Si rinvia, ad esempio, alle affermazioni contenute nel caso *Edis*, 15 settembre 1998, C-231/96, in *Racc.*, I- 4951; espressamente sul termine di 60 giorni cfr., *Santex*, cit.

Assodata la non necessità di ricorrere alla disapplicazione provvedimento, si ritiene che il complesso problema della qualificazione dell'invalidità comunitaria si debba risolvere direttamente nello studio del rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario.

Ovviamente, la questione cruciale diventa, in quest'ottica, la collocazione delle fonti comunitarie nella gerarchia delle fonti ordinamentali nazionali: nella specie, infatti, un atto nazionale può dirsi illegittimo per violazione del diritto comunitario, o meglio, si può integrare un'ipotesi di invalidità provvedimento, solo se si ammette che il diritto comunitario entra nell'ordinamento interno come parametro di legittimità dell'atto amministrativo nazionale.

Non a caso, la tesi accolta dal Consiglio di Stato si va allineando nelle sue premesse teoriche alle basi argomentative utilizzate dalla Corte di Giustizia per spiegare l'interrelazione tra diritti nazionali e diritto comunitario: l'impianto teorico della separazione ordinamentale, ancora oggi sostenuto dalla Corte Costituzionale italiana, pare chiaramente abbandonato dalla giurisprudenza amministrativa proprio nell'ambito del contenzioso che tratta l'invalidità comunitaria, in cui i giudici amministrativi si muovono, in senso nettamente progressista, sulla strada del riconoscimento dell'integrazione tra gli ordinamenti (58).

Si tenga conto che la violazione del diritto comunitario, come parametro di validità del provvedimento amministrativo nazionale, non andrà ad integrare solo ipotesi di violazione di legge, ma deve poter configurare anche un eccesso di potere amministrativo.

Infatti, per quanto concerne le modalità di manifestazione

(58) Un tale orientamento si concilia con le impostazioni seguite dalla Corte di Lussemburgo (in giurisprudenza, è esemplificativo in quanto espressivo della vocazione monista della Corte di Giustizia, già il famoso caso *Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, 629) stando al quale le fonti comunitarie e le fonti dei singoli Stati vengono considerate come integrate in un unico sistema.

del potere che abbiano ad oggetto le situazioni soggettive prese in considerazione dai Trattati o dalle diverse politiche europee diventa imprescindibile per l'amministrazione nazionale, nella logica del sistema funzionalmente integrato, applicare i principi fondamentali del diritto amministrativo europeo.

L'inserimento dei parametri comunitari nell'attività di contemperamento svolta dalle amministrazioni nazionali comporterebbe, in ordine al sindacato dei giudici amministrativi, il dovere di censurare i provvedimenti puntuali che realizzino risultati contrari ai principi comunitari (tra cui il principio di proporzionalità, il principio di sussidiarietà, il principio di legalità sostanziale, il principio di certezza del diritto), ricorrendo al vizio di eccesso di potere.

In conclusione: la logica del sistema integrato richiede anche una rinnovata attenzione ai valori e agli obiettivi stabiliti nel contesto dell'Unione, ed impone al giudice nazionale di accertare anche l'eventuale sussistenza della violazione dei suddetti principi sotto il profilo dell'eccesso di potere, come deviazione dell'azione amministrativa dagli interessi che essa è tenuta a perseguire (59).

(59) L'importanza pratica di tale impostazione è tutt'altro che priva di rilievo; si pensi, ad esempio, all'introduzione del principio di precauzione, (suddetto principio, che col Trattato di Maastricht è stato inserito fra i principi fondamentali della politica ambientale, opera in materia ambientale accanto al principio di prevenzione e al principio di correzione, cfr. art. 174 Trattato Ce. Il Trattato, non contiene alcuna definizione del principio enunciato, perciò l'individuazione del significato giuridico del principio di precauzione è spettata alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha ritenuto che esso si applichi non solo al diritto ambientale, ma anche ad altre materie di interesse comunitario e, in particolare, alla tutela della salute e dei consumatori; cfr., Corte di Giust., 5 maggio 1998, C-157/96, *The Queen/Ministry of agriculture e a.*, in *Racc.*, I-2211; Corte di Giust., 5 maggio 1998, C-180/96, *Regno unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord/ Commissione*, *ivi*, I-2265), nato nel diritto tedesco (A proposito dell'origine teutonica dell'istituto si rinvia a R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente nella Repubblica federale tedesca*, in *Foro It.*, 1987, V, 28 ss.; T. O'RIORDAN-J. CAMERON, *The History and contemporary significance of the precautionary principle*, Londra, 1994) e sviluppatosi nell'esperienza comunitaria, tra i principi d'azione dei pubblici poteri in aree interne di rilevanza comunitaria. L'applicazione di tale principio

La predetta necessità teorica dell'equiparazione tra violazione di legge nazionale e violazione del diritto comunitario, ai fini del recepimento pieno della legalità comunitaria, attuata nella giurisprudenza amministrativa sui vizi dell'atto per contrasto col diritto comunitario, vale anche per quelle illegittimità che diano adito a procedimenti di riesame in sede di autotutela (60).

Non pare a riguardo corretto, né dal punto di vista teorico, né da quello pratico, introdurre delle differenziazioni tra illegittimità interne e illegittimità comunitarie. Si ritiene, quindi, di dover contestare quell'orientamento della giurisprudenza nazionale in tema di autotutela amministrativa e, più precisamente, di annullamento d'ufficio, che, a partire dal 1996, ritiene sussistere l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto ogniqualvolta esso sia il prodotto di una violazione, indiretta, dell'ordinamento comunitario (61).

Di recente, però, più correttamente, la giurisprudenza amministrativa pare aver superato la differenziazione nel trattamento dell'autotutela per violazione del diritto comunitario e per violazione del diritto nazionale: alcune recenti decisioni

ai procedimenti amministrativi nazionali legittimerebbe e, in taluni casi imporrebbe, l'adozione o l'imposizione di talune misure di cautela al fine di garantire la protezione di beni fondamentali come la salute e l'ambiente, anche in un momento anteriore a quello in cui sarebbe necessario un intervento amministrativo ispirato ad una logica di tipo preventivo. L'impiego di tale principio consentirebbe alle amministrazioni nazionali di legittimare, per esempio, delle restrizioni che riguardino il diritto di iniziativa economica privata.

(60) Posizione, questa autorevolmente sostenuta in dottrina nel volume di R. VILLAGATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 560 ss.

(61) Chi scrive ha già preso una posizione sul punto. Si rinvia ai riferimenti giurisprudenziali ed agli approfondimenti sul tema svolti nella ricerca di S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1245, spec. 1260; nello stesso senso D. DE PRETIS, *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 725; F. FRACCHIA, in nota a Cons. St., Sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, in *Foro It.*, 1996, III, 442.

della Sesta Sezione del Consiglio di Stato (62) seguono infatti un'impostazione differente: si afferma con decisione che *“la violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'Amministrazione”* (63).

Il cambio di orientamento è particolarmente importante anche in quanto ripercorre le argomentazioni comunitarie espresse nelle decisioni della Corte di Giustizia e affronta la tematica con sensibilità comunitaria.

III.I.5. *Il concetto di legalità spettanza e il rapporto tra decisioni della Commissione ed atti amministrativi con esse contrastanti.*

È stata suggerita dalla dottrina (64) la necessità di una riflessione sul tema, spesso trascurato e del tutto particolare, del rapporto tra decisioni della Commissione e provvedimenti amministrativi nazionali (65).

Con numerosi esempi, viene sottolineata l'insoddisfazione per una situazione in cui le posizioni giurisprudenziali (66) sono ad oggi contrastanti e la problematica acquista

(62) Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Giur. It.*, 2006, 12, 2414, con nota di A. OLESSINA, *L'esercizio dell'autotutela rispetto a decisioni pluristrutturate contrastanti con il diritto comunitario* e in *Urb. e App.*, 2006, 695, con nota di M. RAGAZZO, *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza dei servizi*.

(63) Ad analoghe conclusioni giunge Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831, in *Giur. It.*, 2006, 8-9, 1745.

(64) G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, cit., si rinvia, in particolare al punto 2.4, rapporti con le *decisioni comunitarie*.

(65) Tra i pochissimi contributi sul tema si segnalano quelli di L. SOLAINI, *Comunicazioni della Commissione e atti amministrativi nazionali*, in *Dir. & form.*, 2003, 463 e R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo comunitario*, cit., 101.

(66) In materia di aiuti di Stato: nel senso della legittimità dell'atto amministrativo che contrasti con una decisione comunitaria, T.A.R. Lazio, Sez. III, 6

sempre maggiore rilievo, soprattutto nel campo della tutela della concorrenza e degli aiuti di Stato.

Ovviamente, il caso più problematico è quello in cui vi sia un contrasto tra un atto amministrativo nazionale e un atto amministrativo comunitario (le decisioni della Commissione).

Per affrontare questa problematica, il concetto comunitario di legalità spettanza (esposto nella seconda parte del capitolo II) pare possa aiutare a rinvenire una soluzione adeguata al problema.

Come noto, la tutela della concorrenza (in tutte le forme in cui si manifesta, compresa la disciplina sugli aiuti di stato) costituisce il “valore” essenziale delegato dagli Stati membri alle Comunità europee, rappresenta cioè quell’ambito della sovranità degli Stati membri che questi hanno voluto cedere e condividere, nelle politiche e nelle strategie, attraverso la cooperazione comunitaria.

La tutela della concorrenza, a partire dalla messa in atto della cooperazione comunitaria è stata affidata, principalmente, alle istituzioni comunitarie cui compete realizzare il mer-

dicembre 1988, n. 1746, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 165; T.A.R. Lazio, Sez. III, 12 novembre 1988, n. 1340, in *I TAR*, 1989, I, 4603; in senso opposto: Cons. St., Sez. VI, 24 gennaio 1989, n. 30, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 162; T.A.R. Sicilia, Sez. I, 31 maggio 1989, n. 656, in *I TAR*, 1989, I, 4603.

Di recente poi, la Cassazione civ., Sez. trib., con sentenza del 10 novembre 2006, n. 24065, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, f. 11, ha affermato che, nell’esercizio del controllo sugli aiuti di stato, l’efficacia diretta delle norme comunitarie nell’ordinamento interno si estende anche alle decisioni con cui la Commissione disponga la sospensione di un aiuto, ne dichiari l’incompatibilità o ne ordini la restituzione, e comporta l’invalidità e/o inefficacia delle norme di legge e degli atti amministrativi o negoziali in forza dei quali la misura di aiuto è stata erogata. Tutte le autorità nazionali sarebbero assoggettate a tali obblighi e un’eventuale sentenza del giudice interno che abbia ritenuto irrilevante la decisioni con cui la Commissione abbia disposto la sospensione di una misura di aiuto sarebbe viziata da errore di diritto.

Sul punto è interessante segnalare anche un intervento della Cassazione in cui emerge bene la logica della necessaria cooperazione tra autorità nazionali ed autorità comunitarie sul tema degli aiuti di stato: Cass. civ., Sez. trib., 17 febbraio 2006, n. 3525.

cato unico, sia nella forma della produzione normativa (principalmente direttive e regolamenti), sia nella forma di interventi specifici e concreti (provvedimenti amministrativi delle istituzioni comunitarie e in particolare della Commissione).

Questo non significa certo che le autorità nazionali non possano agire nella stessa materia, significa però che esse sono tenute a farlo nel rispetto delle regole comunitarie, la cui sovranità in questo ambito deriva dalla specificità della missione affidata agli organi europei.

Quando detto ci aiuta a capire in che senso il concetto di legalità spettanza, sviluppato nel capitolo precedente, aiuta a risolvere il problema del rapporto tra decisioni della Commissione e atti amministrativi nazionali.

Le decisioni della Commissione realizzano in concreto la volontà comunitaria, attraverso precetti il cui significato è quello di regolare determinate esigenze comunitarie, non in astratto e in generale, ma nel concreto e nello specifico caso esaminato.

Il ruolo della Commissione le è attribuito *in primis* dai Trattati ed è poi precisato ed incrementato dalla normativa derivata: alla Commissione *spetta* il potere di vigilare sulla corretta applicazione delle regole delle concorrenza.

Il fatto che il potere spetti alla Commissione, non in generale, ma nella logica dei casi concreti, implica che, ragionando sulla base del concetto comunitario di legalità, intesa come spettanza, occorre proteggere tale ruolo proprio quando esso viene manifestato nei singoli e specifici casi concreti.

Ciò comporta, in presenza di un atto amministrativo nazionale che contenga un disposto contrastante col precetto del caso concreto deciso dalla Commissione, la prevalenza della decisione dell'istituzione cui "*spetta*", primariamente, nel contesto comunitario, quel preciso potere.

Nel caso delle decisioni in tema di concorrenza o di aiuti di Stato, tale potere spetta *ex lege* alla Commissione e,

quindi, l'atto amministrativo nazionale, precedente o successivo alla decisione della Commissione, deve poter essere reso inefficace.

Questo significa, dal punto di vista delle qualificazioni giuridiche, che se l'atto amministrativo, applicativo di una legge nazionale, viene adottato prima della decisione della Commissione, quest'ultima esercita una sorta di revoca dell'atto nazionale.

Si tratta di una revoca simile a quella propria delle relazioni intersoggettive, in cui il titolare del potere ha il potere di revocare la funzione delegata.

In questo caso, la delega alle autorità nazionali a svolgere funzioni comunitarie non deriva da un atto proprio dell'ente delegante (nel caso la Commissione), ma dal sistema dell'organizzazione comunitaria nel suo complesso, che implica il controllo diffuso del diritto comunitario da parte delle autorità nazionali e vale, senza limiti di tempo, nell'ambito dei criteri e delle direttive contenute nel diritto comunitario e delle indicazioni che dovessero venire dall'istituzione comunitaria cui il potere è attribuito in via diretta dai Trattati.

Con l'istituzione delle Comunità Europee, nei temi attinenti la concorrenza, la competenza delle autorità amministrative nazionali diventa una competenza di secondo livello, in quanto la cessione di sovranità implica il trasferimento delle funzioni principali agli organi comunitari.

La peculiarità sta nel fatto che a questo trasferimento agli organi comunitari segue un'ulteriore delega (in senso inverso: dalla Commissione agli Stati), *sine die*, per l'attuazione delle finalità comunitarie, a sua volta, agli organi nazionali, che realizzano l'attuazione decentrata del diritto europeo.

Tuttavia, il concetto comunitario di legalità spettanza ci riporta al soggetto pubblico titolare *primario* del potere e comporta la prevalenza di quest'ultimo rispetto al soggetto

provvisoriamente “delegato” in caso di provvedimenti non compatibili.

Se questo schema ci fa ragionare in termini di revoca (del provvedimento o della funzione) per privare di efficacia gli atti adottati prima dell'emissione di un provvedimento della Commissione, per quanto riguarda gli atti adottati successivamente, si ritiene che essi debbano essere considerati nulli per carenza di potere. Infatti, l'esercizio del potere prelettivo su un caso specifico da parte del primo titolare comporta la carenza di potere di ogni altro soggetto, le cui eventuali statuizioni devono essere considerate prive di efficacia.

Del resto, nel caso di contrasto tra un atto amministrativo e una norma comunitaria di carattere generale, che ingenera, come si è visto al paragrafo precedente, una illegittimità *sub specie* annullabilità, qualora l'atto amministrativo non venga annullato (in sede giurisdizionale o in autotutela), il principio di stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico consente che l'atto amministrativo (sebbene *ad origine* illegittimo) regoli la fattispecie, ma, al tempo stesso, la norma generale resta valida ed applicabile alla generalità dei casi, non perdendo per nulla la sua efficacia. Viceversa, nel caso di contrasto tra un atto amministrativo nazionale e un atto amministrativo comunitario (nella specie una decisione della Commissione), la situazione di conflitto si viene a creare tra due precetti aventi il medesimo oggetto e validi a disciplinare la medesima situazione (e perciò perfettamente sovrapponibili), uno dei quali deve necessariamente prevalere, a discapito dell'inefficacia dell'altro.

In questa seconda ipotesi, ragionare in termini di annullabilità dell'atto nazionale che contrasti con l'atto comunitario significherebbe ammettere una incoerenza insuperabile nel sistema ordinamentale, facilmente verificabile una volta che l'atto interno sia divenuto inoppugnabile. In ipotesi siffatte vi sarebbero due atti amministrativi, incontestabili, dota-

ti di contenuto contrastante. La contraddizione si avrebbe sullo stesso fatto oggettivo e si verrebbe ad ingenerare una situazione simile a quella del contrasto tra un atto amministrativo nazionale e un giudicato (sia esso nazionale e comunitario), la cui unica risoluzione può essere (proprio come nel caso di contrasto col giudicato) quella delle nullità dell'atto nazionale.

Giuffrè, Editore

Parte II

L'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE ALLA LEGALITÀ COMUNITARIA COME ESIGENZA FORMALE DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI

III.II.1. *La necessità di superare l'angolo visuale del singolo interprete.*

Come si è anticipato in chiusura al capitolo precedente, l'approfondimento della relazione tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale induce a studiare gli adattamenti che il riconoscimento di questo rapporto comporta sull'attività dei giudici nazionali cui è delegato, in fase patologica, il riconoscimento del c.d. primato del diritto comunitario (1). Questa parte del libro sarà quindi concentrata propriamente sul diritto comunitario, come nocciolo centrale del diritto amministrativo europeo, i cui meccanismi di riconoscimento nell'ambito del processo amministrativo nazionale hanno raggiunto un adeguato livello di stabilità.

Peraltro è stato messo in risalto molto lucidamente che l'intreccio tra Corti nazionali e Corti sovranazionali ingenera problemi applicativi non trascurabili in quanto il giudice si trova nella non facile posizione di "*ricercare un equilibrio tra*

(1) Il tema, secondo una prospettiva piuttosto generale, è diffusamente approfondito in dottrina. Un contributo interessante è reso nel Volume di A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004, che riprende alcuni degli aspetti topici della relazione tra attività giurisdizionale e primato del diritto comunitario, dal concetto di integrazione europea all'attività dei giudici come agenti delegati degli Stati membri per riconoscere effettività alle norme dei Trattati e all'interpretazione della Corte di Giustizia.

le istanze, non sempre coincidenti, che gli provengono dagli ordinamenti nazionale e comunitario e dal diritto convenzionale della CEDU" (2).

L'armonizzazione per principi e il superamento del concetto di situazioni meramente interne nel diritto amministrativo nazionale, per avere effetti sul piano del godimento delle situazioni soggettive, richiedono, necessariamente, un riconoscimento nell'ambito dell'attività giurisdizionale.

Tale esigenza deriva direttamente da norme di diritto positivo e non da ragioni di opportunità di tipo politico/istituzionale. Infatti, l'attuale formulazione dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo l. n. 241/1990 e, già prima, il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 del Trattato Ce e i canoni dell'effettività della tutela giurisdizionale comportano per i giudici nazionali il richiamo e l'utilizzo dei principi e, più in generale, delle regole comunitarie tutte.

Tale impiego dei principi del diritto amministrativo comunitario in ogni sede nazionale implica, come effetto diretto, una progressiva armonizzazione, sia interna sia esterna.

Si ha *armonizzazione interna* all'ordinamento per il fatto che l'inserimento di regole comunitarie non può provocare il verificarsi di discriminazioni in danno alle situazioni soggettive puramente nazionali e un'*armonizzazione esterna* tra ordinamenti europei per il fatto che l'applicazione dei canoni del diritto amministrativo comunitario in tutti gli Stati membri porta i lineamenti dei diversi diritti amministrativi nazionali ad assomigliarsi.

Di recente, si è tentato di tratteggiare (3), in sintesi, le "*forme e gli ambiti*" dell'influenza del diritto comunitario sul

(2) M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, scritto in corso di pubblicazione. L'Autore evidenzia che Corte Costituzionale, Corte EDU e Corte di Giustizia, spesso presentano tra loro posizione in parte configgenti a causa della specificità dei fini di ciascuna di esse.

(3) I. FRANCO, *Diritto comunitario e diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2007, 674.

diritto nazionale, individuandone principalmente due tipi. In un primo senso, un'importante manifestazione del condizionamento esercitato dal diritto comunitario sul diritto nazionale riguarderebbe aspetti generali dell'ordinamento interno che, per via del diritto comunitario, vede modificarsi "*l'atteggiamento mentale*" del singolo interprete il quale, nell'affrontare problematiche giuridiche adotta un approccio pragmatico ed operativo, tipico del metodo comunitario. In un secondo senso, il diritto comunitario condizionerebbe il diritto nazionale, sempre inteso nella sua globalità, dal punto di vista della tecnica di *stesura delle norme* e della *rielaborazione dei concetti* essenziali al diritto amministrativo, si pensi ad esempio alle definizioni premesse nei testi di legge (tecnica normativa tipicamente comunitaria), o al ripensamento dell'istituto delle concessioni amministrative (seguendo le suggestioni della Corte di Giustizia).

In quest'ottica, emerge la sensibilità dell'interprete, e per primo del giudice, che percepisce come l'attività giurisdizionale sia continuamente soggetta ad importanti cambiamenti per via del diritto comunitario, la cui pervasività si spinge ben oltre i limiti normativi della sua influenza.

Occorre precisare che l'interprete non è solo condizionato dal diritto comunitario, ma anche dalle Carte dei diritti che, sebbene non godano, almeno non direttamente ed in prima istanza (4), del primato del diritto comunitario (con la conseguente disapplicabilità della norme interne difformi e con l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi per violazione di "legge comunitaria"), sono spesso prese a riferimen-

(4) La precisazione è essenziale poiché si è ricordato che *indirettamente* i principi affermati nelle Carte dei diritti, tenute in considerazione nelle riflessioni qui svolte sul diritto amministrativo europeo, godono del primato comunitario in quanto vengono inglobate dalla Corte di Giustizia nel rango dei principi comunitari e come principi comunitari riescono ad entrare negli ordinamenti nazionali godendo del trattamento riservato, appunto, alle regole comunitarie.

to dai giudici nazionali, come parametri di legittimità dell'azione amministrativa, ovvero anche solo come linee guida per interpretare la legge e le prassi nazionali.

A riguardo la Corte Costituzionale (5), con riferimento al rapporto tra norme CEDU e norme nazionali, ha precisato che *“poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza ... è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”*. Emerge quindi chiaramente l'obbligo non solo di adeguarsi alle norme europee (con le specificità di cui abbiamo già accennato nell'introduzione e che verranno esplicitate ancora di seguito), in questo caso della CEDU, ma di applicarle nel senso che ad esse viene riconosciuto dalla giurisprudenza sovranazionale.

Partendo da queste premesse, si cercherà di seguito di far emergere la necessità, *“formale”*, di attribuire ai precetti del diritto comunitario pieno riconoscimento nell'ordinamento interno, rendendoli *“effettivamente”* capaci di regolare i rapporti intersoggettivi e le situazioni giuridiche di derivazione comunitaria.

È ovvio che i diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario vengono resi effettivi a seconda che siano o meno recepiti in sede nazionale (dal legislatore, dall'amministrazione o, più in generale, dall'interprete).

Allora, il rispetto della legalità comunitaria (intesa in senso generale o nello specifico delle norme che compongono l'ordinamento comunitario e dei principi europei resi principi

(5) Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

comunitari) è fondamentale soprattutto nella fase di intervento delle autorità nazionali.

Per le autorità nazionali rispettare la legalità comunitaria non significa, però, attenersi solamente alle norme ed ai principi comunitari. Legalità comunitaria (parallelamente al concetto di legalità proprio dei sistemi di *common law*) significa anche imprescindibile richiamo alla giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia, che diventa parte integrante del formante comunitario.

Infatti, come già si è ricordato, una caratteristica essenziale delle norme comunitarie è quella di prestarsi, flessibilmente, all'interpretazione della Corte di Giustizia che adegua i parametri comunitari alle mutevoli esigenze della *policy* europea.

La legge comunitaria non può, cioè, essere considerata come parametro statico di riferimento per l'implementazione in sede nazionale, in quanto essa assume il valore attribuito dalla giurisprudenza, che — si ricorda — è quello di fonte del diritto. In sintesi, l'attività della Corte di Giustizia definisce i contenuti della legalità comunitaria, attraverso l'inquadramento della norma considerata nell'intera realtà ordinamentale europea.

Ne deriva, in sede nazionale, un ampliamento dei canoni di riferimento che l'interprete è tenuto a conoscere ed applicare.

Il rispetto della legalità comunitaria, per non restare pura astrazione, richiede agli Stati una piena immedesimazione nei concetti comunitari che passa, necessariamente, dall'interpretazione conforme alle finalità comunitarie e richiede che il controllo giurisdizionale e l'azione amministrativa rispettino i precetti comunitari e i principi generali del diritto amministrativo europeo (6).

(6) Cfr. sul punto quanto osservato sulle conseguenze del riconoscimento dei principi di diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale da S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti nazionali*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, cit., I, 1 ss., spec. 7: "la discrezionalità nazionale

È perciò un'esigenza propriamente formale, che gli interpreti (dall'amministrazione ai giudici nazionali) applichino, per intero e nel rispetto del significato originario assunto nell'ordinamento di provenienza, norme e principi comunitari, il cui contenuto concettuale non può più restare estraneo alla cultura giuridica nazionale. Questo risultato comincia a comparire in alcune decisioni del Consiglio di Stato (7) che, ad esempio, con specifico riferimento al principio di proporzionalità, ha avuto l'occasione di precisare che tale principio "*assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario*", dimostrando la piena consapevolezza della necessità di transizione dei contenuti concettuali comunitari sul piano dell'ordinamento nazionale.

Solo attraverso una adeguata valorizzazione dei meccanismi attraverso cui il giudice nazionale è tenuto a dare applicazione al diritto comunitario è possibile evitare che singoli atteggiamenti anticomunitari o, anche, filocomunitari determinino il ruolo che il diritto comunitario viene ad assumere nell'ambito dell'ordinamento interno.

Non vi è ragione per cui il diritto comunitario non venga trattato con le stesse precauzioni formali che vengono utilizzare per qualsiasi altra questione giuridica, con l'attenzione alla certezza del diritto non meno che al principio di uguaglianza sostanziale. Principi che sono continuamente incisi da soluzioni, di volta in volta, lasciate alla propensione individuale degli interpreti.

Questa impostazione ci consente di confrontarci con

non si svolge, come d'abitudine, solo nell'ambito della legge, bensì anche nell'ambito delle direttive e dei vincoli posti dall'amministrazione comunitaria, che ha la responsabilità primaria dell'esecuzione. Da qui discende che lo stesso principio di legalità assume, nell'ordinamento interno, caratteristiche diverse, essendo parametro del comportamento legittimo delle amministrazioni pubbliche nazionali non più solo la norma nazionale, bensì anche la decisione comunitaria", 7.

(7) Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2007, n. 1736, in *Foro Amm. CDS*, 2007, 1248.

quella carenza diffusa negli studi di diritto amministrativo europeo (già segnalata in chiusura al capitolo I), che spesso trattano la necessità di adeguamento del diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario come un'esigenza quasi scontata, di carattere fattuale più che basata su precise esigenze giuridico/formali. La conseguenza di tale non condivisibile impostazione è che l'uniformità derivante da esigenze giuridiche e l'uniformità derivante da ragioni di opportunità sono spesso confuse.

Perciò, nelle pagine che seguono, si cercherà, soprattutto, di individuare le norme e gli strumenti che indicano la posizione ed il ruolo riconosciuto al diritto comunitario nell'ordinamento italiano.

III.II.2. *I giudici nazionali come giudici del diritto comunitario nel combinato operare degli articoli 101 e 117 della Costituzione: le tecniche del recepimento normativo ed interpretativo del diritto comunitario.*

Solo per esigenze di schematizzazione e di semplificazione della casistica giurisprudenziale, si propone di distinguere due tipi di recepimento del diritto comunitario nell'attività giurisdizionale nazionale: un recepimento interpretativo e un recepimento normativo.

Anzitutto, si verifica un « *recepimento normativo* » del diritto comunitario tutte le volte in cui le norme stesse dell'ordinamento sovranazionale sono norme di immediata applicazione e perciò devono essere direttamente applicate dal giudice *a quo*.

Secondariamente, si ha un « *recepimento c.d. interpretativo* » quando, pur non essendoci delle norme comunitarie di immediata applicazione, il giudice, per esigenze legate alla natura (in parte nazionale, in parte comunitaria) delle situa-

zioni giuridiche azionate, deve fornire un'interpretazione comunitariamente orientata del diritto nazionale.

Il primo meccanismo di inserimento del diritto comunitario nel diritto nazionale (quello che si è chiamato « *receptio normativa* ») è stato oggetto di una lenta evoluzione che ha portato, da oltre un decennio, alla disapplicazione della legge nazionale contrastante col diritto comunitario. Tale disapplicazione è il risultato di una presa di posizione della Corte di Giustizia: in sintesi, se la disciplina che regola il caso sottoposto al giudice nazionale trova fonte nell'ordinamento comunitario, allora il giudice nazionale deve applicare il disposto con esclusivo riferimento al sistema sovranazionale, cioè *al solo sistema che governa l'atto e ne determina la capacità produttiva* (8). Una legge nazionale eventualmente incompatibile col paradigma normativo individuato non verrebbe in rilievo e, quindi, non sarebbe applicata al caso sottoposto al vaglio del giudice.

Questa tecnica di prevalenza del diritto comunitario, non imposta da norme interne e a tutt'oggi non recepita dal diritto positivo, è diventata prassi a partire dal famoso caso *Granital* (9), in cui la Corte costituzionale italiana si è alli-

(8) ○ Così si esprime la Corte Costituzionale a partire dal caso *Granital*.

(9) Sentenza 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. Cost.*, 1984, 1098. Tra i numerosissimi commenti alla citata sentenza, dall'importanza storica decisiva sul tema dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, che, sovvertendo il precedente orientamento della Corte, ha finito per affermare un sindacato diffuso intorno alla compatibilità delle leggi nazionali col diritto comunitario, si segnalano i contributi di G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, *ivi*, 1984, I, 1222; A. TIZZANO, *La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Foro It.*, 1984, I, 2063; G. SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 1984, 263; M. BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, 1521; G. PAU, *Il diritto della Comunità europea nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1984, 513; S. SOTGIU, *L'applicabilità "diretta" del diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 2359; A. BERNARDINI, *Costituzione italiana e organizzazioni internazionali. Alcune riflessioni*, in *Com. Internaz.*, 1985, 271; F. LAURIA, *Rappor-*

neata, in linea di massima e salvo le precisazioni di seguito, alle esigenze espresse dalla Corte di Giustizia (10), che sancì-

ti tra normativa comunitaria e normativa italiana: la sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 133; G. NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto interno nella sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale*, in *Comunicazioni e Studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, 353; A. BARAV, *Cour Constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantome de Simmenthal*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1985, 313; A. RUGGERI, *Comunità europea, Stato e regioni dopo la sentenza n. 170/1984 della Corte costituzionale sull'efficacia dei regolamenti comunitari*, in *Le Reg.*, 1985, 422.

(10) Come noto, già nella sentenza *Van Gend & Loss*, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loss c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.*, 1063, 1, (in *Giur. it.*, 1963, IV, 49, con nota di P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 651, con nota di A. MIGLIAZZA, *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, 259 con nota di A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*) la Corte di Giustizia si era espressa nel senso di ritenere fondamentale, per il rispetto del diritto comunitario, che gli Stati membri provvedessero ad attribuire al diritto comunitario la diretta ed immediata applicabilità, poi ribadita nelle sentenze: 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Racc.*, 1964, 1129 (si veda anche in *Giur. It.*, 1963, I, 1073, con nota di P. GORI, *la preminenza del diritto delle Comunità europee sul diritto interno degli Stati membri*, e in *Foro Pad.*, 1964, V, 26, con nota di C. RIBOLZI, *La nazionalizzazione dell'energia elettrica in Italia e la Comunità economica europea*); 4 aprile 1968, causa 34/67, *Luck c. Hauptzollamt Koln-rheinau*, in *Racc.*, 1968, 334; 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione c. Repubblica italiana*, *ivi*, 972, 534; 11 dicembre 1973, causa 120/73, *Gebr. Lorenz c. Repubblica federale tedesca*, *ivi*, 1973, 334; e nel notissimo caso *Simmenthal*, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione finanze c. Simmenthal*, in *Racc.*, 629 in cui la Corte aveva giudicato incompatibile col diritto comunitario il sistema di sindacato accentrato sulle leggi anticomunitarie come costruito dalla Corte costituzionale italiana prima della decisione *Granital*.

Il tema dell'incompatibilità delle pronunce della Corte costituzionale con le posizioni assunte dal giudice comunitario è sentito specialmente nell'epoca delle prime pronunce della Corte di giustizia, cfr., AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978; M. BERRI, *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria*, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, 1153; N. CATALANO, *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, in *Giust. Civ.*, 1978, I, 816; F. RICCIOLI, *Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1978, IV, 204; R. MONACO, *Sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1978, 187; G. OLMI, *Diritto comunitario e giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1978, 429; M. FRANCHINI, *Il diritto comunitario tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 1978, IV, 116; P. GORI, *Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario per forza propria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, II, 681.

vano il primato del diritto comunitario e la necessità di una sua uniforme applicazione nei territori degli Stati membri. A partire da quella decisione, infatti, sta ai giudici comuni, siano essi giudici civili, penali o amministrativi, dare piena applicazione al diritto comunitario e procedere alla non applicazione (11) della disposizione interna contrastante con i dettami europei, laddove si accerti l'incompatibilità tra la norma nazionale e la normativa di fonte sovranazionale (12).

Si vedano anche, in una prospettiva più generale, gli scritti di G. AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una quarta fase?*, in *Foro It.*, 1996, IV, 85; A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1485; A. CELOTTO, *Fonti comunitarie e Corte Costituzionale. Le norme comunitarie come parametro e come oggetto dei giudizi costituzionali*, Roma, 2002; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 491; V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2002, 549.

(11) Il termine è preferibile a quello di « disapplicazione », dato che quest'ultimo assume nel nostro ordinamento un significato del tutto particolare, legato all'area dei poteri riconosciuti al giudice civile ai sensi dell'art. 5, r.d. 20 marzo 1865, n. 2258, all. E; cfr. sul punto specifico E. FERRARI, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa di invalidità e non applicazione per il principio di specialità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 1080 ss.: “nella situazione dalla quale discende la disapplicazione « comunitaria » non sussiste (o comunque non interessa che sussista) alcuna invalidità e la disapplicazione deriva dal fatto che sussistono due norme concorrenti, tra le quali occorre operare una scelta per procedere ad affermare la regola che disciplina il caso concreto sottoposto all'interprete”.

Sul tema specifico della disapplicazione della legge italiana per contrasto col diritto comunitario si tengano presente anche le posizioni di G. GRECO, *Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, cit., 827 ss., il quale accostata l'istituto a quello previsto dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

(12) Questa interpretazione, peraltro, allinea la posizione della Corte italiana a un criterio che “ormai stava per divenire *ius receptum* in tutta Europa, secondo il quale le norme comunitarie prevalgono automaticamente sulla legge interna, non importa se anteriore o successiva”, A. LA PERGOLA, *Il recepimento del diritto comunitario. Nuove prospettive del rapporti tra norma interne e norme comunitarie alla luce della legge 9 marzo 1989, n. 86*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991 (atti del seminario svoltosi in Roma, 15-16 ottobre 1990), 9.

Invero, la giurisprudenza *Granital* costituisce il risultato di una serie di adattamenti del diritto interno alle esigenze comunitarie: le questioni relative all'ordinamento comunitario, infatti, sono state oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale (13), il cui orientamento si può dire ora stabilizzato nel senso del sindacato diffuso sulla comunitarietà della normativa interna e dell'interpretazione adeguatrice al diritto europeo delle norme nazionali.

Uno dei maggiori nodi problematici ha riguardato il modo in cui consentire alle fonti comunitarie di costituire parametri di riferimento per l'ordinamento interno, il modo cioè in cui legittimare una fonte esterna all'ordinamento a regola-

In dottrina, la tesi della prevalenza automatica era già stata sostenuta dall'ESPOSITO, con riferimento al diritto internazionale, che, per il tramite dell'art. 11 della Costituzione che richiama le norme generalmente riconosciute del diritto internazionale, arrivava ad ammetterne la diretta applicabilità.

(13) L'importanza fondamentale delle decisioni costituzionali per la penetrazione del diritto comunitario nell'ordinamento interno emerge chiaramente dall'accurata ed interessante ricostruzione di F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996, in cui si trova una rigorosa periodizzazione delle sentenze della Corte che vengono esposte in ordine cronologico e sistematico; ivi si veda, in particolare, il capitolo *Continuità e nuove sollecitazioni. La Corte dagli anni Ottanta ai nostri giorni*, 261 ss.; l'Autore, dopo aver individuato un percorso coerente, dalle prime sentenze del 1964 alla sentenza *Granital* (volto a dimostrare che le trasformazioni politiche, economiche e sociali sono tutte passate dalle valutazioni di legittimità costituzionale affrontate dalla Corte, come del resto anche le leggi di esecuzione dei Trattati) inserisce le decisioni relative alle questioni comunitarie nel contesto di quelle pronunce che testimoniano un profondo cambiamento dello Stato italiano cui fa eco una crescente domanda di giustizia costituzionale: "è la sentenza n. 170 del 5 giugno 1984 che riveste particolare importanza perché dimostra coi fatti la disponibilità del nostro ordinamento a lasciare ai regolamenti della Comunità europea tutto lo spazio giuridico ad esso riservato dagli altri Paesi. Sul tema ritornerà poi la sentenza n. 113/85, stabilendo chiaramente che i giudici comuni non devono rimettere alla Corte questioni di contrasto tra legislazione interna anteriore e comunitaria (...)".

Particolarmente utili, per inquadrare le prime decisioni della Corte in tema di diritto comunitario nel contesto più generale dell'attività giurisdizionale svolta da questo soggetto all'interno dell'evoluzione istituzionale dello Stato italiano, anche gli studi di A. SANDULLI, *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale in Italia*, Padova, 1968 e N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.

re fattispecie interne (14). Nel caso specifico del diritto di provenienza comunitaria, un punto importante è stato quello della necessità o meno di un'apposita legge di revisione costituzionale per conferire il riconoscimento interno agli organi comunitari ed ai relativi poteri. Storicamente, una prima soluzione a tale quesito è stata fornita dalla sentenza 7 marzo 1964, n. 14 (15), che, da un lato, escludeva la necessità di una legge di revisione costituzionale per procedere al meccanismo di recepimento del diritto comunitario, dimostrando la disponibilità della Corte ad accettare l'operatività delle fonti comunitarie, ma, dall'altro, ammetteva la possibilità che queste, entrate nell'ordinamento allo stesso grado delle leggi ordinarie, potessero essere modificate o abrogate da leggi interne successive, disattendendo le affermazioni della Corte di Giustizia in ordine al primato del diritto comunitario. Adottando una prospettiva parzialmente diversa, la Corte costituzionale (16) si è più volte pronunciata anche sulla questione

(14) Problema cruciale dei fenomeni di policentrismo normativo, V. anche capitolo II, paragrafi 1 e 2.

(15) Ci si riferisce alla sentenza 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. Cost.*, 1964, 129, con note di M. BON VALVASSINA, *Considerazioni sulla sentenza n. 14 del 1964*, e di L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità della legge*; si tengano presente anche, *ex multis*, i contributi R. MONACO, *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 1964, I, 1, 1311; N. CATALANO, *Portata dell'art. 11 Cost. in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro It.*, 1964, I, 465; ripresa anche nel commento di A. BERNARDINI, *Regolamento comunitario e legge statale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1969, 242.

(16) Si tengano presente, in particolare, le sentenze 27 dicembre 1965, n. 98, in *Giur. Cost.*, 1965, 1322, in *Giust. Civ.*, 1966, 3, con nota di M. BERRI, *Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in *Foro It.*, 1966, 9, con nota di N. CATALANO, *Osservazione a Corte costituzionale 27 dicembre 1965, n. 98*; e 27 dicembre 1973, n. 183, *ivi*, 1973, 2401 con nota di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*; e nei commenti di M. BERRI, *Legittimità della normativa comunitaria*, in *Giur. It.*, 1974, I, 513; R. MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Foro It.*, 1974, I, 315; D. MALTESE, *Regolamenti comunitari, riserva di legge e garanzie costituzionali*, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, 865; A. VALENTI, *Diritto comunitario e diritto interno dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1974, 107.

della legittimità costituzionale delle leggi di esecuzione del Trattato tramite cui si consentiva, di fatto, l'ingresso nell'ordinamento a poteri estranei allo schema costituzionale, introducendo nuove fonti di normazione primaria, sottratte alle garanzie procedurali stabilite nella nostra Costituzione. Affrontando tale tematica (sviluppato anche, sotto altro profilo, al cap. II, par. 7), è emersa *in nuce*, nelle decisioni della Corte, la teoria della separazione degli ordinamenti (17), che ancora oggi pare costituire il presupposto teorico delle decisioni della Consulta sul tema delle relazioni tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, e l'art. 11 (18) della Costituzione ha cominciato ad essere inteso come l'adeguata copertura costituzionale all'operatività delle fonti comunitarie nel sistema nazionale (19). Per questa via, i poteri delle Comunità sono stati ricondotti alle limitazioni di sovranità, previste proprio nel citato articolo della Costituzione, cui lo Stato può acconsentire a favore di nuove organizzazioni di tipo interstatuale, a cui esso può cedere, in parte, l'esercizio della funzione legislativa. Nell'impostazione sistematica della Corte costituzionale, tali limitazioni di sovranità consentono l'integrazione tra i due ordinamenti, quello nazionale e quello comunitario, che restano, tuttavia, separati e, quindi, reciproca-

(17) Si legge nella sentenza *Granital* che le fonti comunitarie "appartengono ad altro ordinamento, diverso da quello statale. Le norme da esso derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne". Il criterio della separazione è stato poi precisato nel tempo, ma lo schema logico proposto resta il medesimo; cfr, a titolo esemplificativo, le ordinanze 8 aprile 1991, n. 170, in *Giur. Cost.*, 1991, 1421 e 30 luglio 1992, n. 391, *ivi*, 1992, 3127.

(18) Si veda come punto di partenza per la riflessione S. CASSESE, *Articolo 11*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; e, più di recente, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 276 ss.

(19) Così, nella sentenza n. 183 del 1973 si ritiene che l'art. 11 della Costituzione consente "un parziale trasferimento (...) dell'esercizio della funzione legislativa, in base ad un preciso criterio di riparto di competenze per le materie analiticamente indicate nelle parti II e III del Trattato".

mente autonomi: separati, in prima approssimazione, sulla base del riparto di competenze, comunitarie, da un lato, e interne, dall'altro (20). In queste prime scelte della Consulta, l'utilizzo dell'art. 11 come fondamento costituzionale alla legittimità dell'operare degli atti comunitari comportava anche, come conseguenza sul piano del sindacato giurisdizionale, che le leggi contrastanti con norme comunitarie dovessero considerarsi costituzionalmente illegittime e, perciò, potessero essere eliminate solo in seguito ad una pronuncia del giudice costituzionale che ne dichiarasse l'incostituzionalità o ad una loro espressa abrogazione legislativa.

Descritto sommariamente il contesto giurisprudenziale in cui si è inserita la sentenza *Granital*, emerge chiaramente la portata innovativa di tale decisione che, senza abbandonare il presupposto teorico della separazione tra ordinamenti né il richiamo all'art. 11, ha tuttavia consentito di dare applicazione diretta al diritto comunitario, in via generalizzata ad opera di ogni giudice comune, che viene investito del compito di « non applicare » la normativa interna incompatibile, pena il sacrificio del primato del diritto comunitario, più volte e diffusamente affermato dalla Corte di Giustizia.

Da allora, l'applicabilità diretta (21) riconosciuta al drit-

(20) Ciò vale solo in via di prima approssimazione, in quanto si ritiene di dover concordare con quella dottrina (A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla « teoria » della separazione alla « prassi » dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. Cost.*, 1991, 1583) che ha posto in evidenza come emergano altri criteri, all'interno della stessa giurisprudenza costituzionale, che fanno del criterio *ratione materiae*, uno tra i criteri *concorrenti* a disciplinare il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario; tra gli altri rilevano: 1) la struttura nomologica dell'atto (susceptibile di immediata applicazione); 2) la compatibilità dell'atto con i principi costituzionali; 3) la compatibilità delle leggi nazionali con i principi dell'ordinamento comunitario, cfr., in particolare, 1612: "potremmo dire, riassuntivamente, che la distribuzione delle competenze ha un triplice fondamento: *oggettivo-materiale, strutturale-normativo, assiologico*", 1612.

(21) Specialmente gli studiosi di provenienza anglosassone hanno insistito

to comunitario implica dei doveri di conformazione e di rispetto nei confronti della normativa sovranazionale, dal momento della sua entrata in vigore e per tutto il tempo della sua vigenza, cosicché la normativa interna allo Stato membro deve essere « non applicata » se introduce delle antinomie con le fonti comunitarie. Si precisa, per mera completezza, che occorre distinguere il profilo che stiamo considerando da quello degli effetti diretti, che concerne, invece, la capacità di una produzione normativa comunitaria di regolare una determinata situazione giuridica a prescindere da un qualunque atto di implementazione (22).

Nel tempo, il sindacato diffuso, previsto per la prima volta nel caso *Granital*, è restato sostanzialmente inalterato, salve alcune precisazioni di cui si riferirà anche nel capitolo seguente, che hanno dimostrato una sorta di comunitarizzazione del giudice costituzionale.

In una prima fase (23), infatti, la Corte, a prescindere

nel diversificare tra diretta applicabilità ed effetto diretto, ritenendoli espressione di due concetti dotati di una autonomia concettuale propria, nonostante la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia impieghi spesso i due termini in maniera pressoché interscambiabile, cfr. l'originaria impostazione, da cui sono derivati altri approfondimenti, di J.A. WINTER, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *CMLRev.*, 1972, 149; anche T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law*, Oxford, 1998, 187ss.

(22) Sono, quindi, dotati di effetto diretto i regolamenti e le direttive *self executing* nonché le decisioni individuali. Una definizione particolarmente appropriata di effetto diretto si trova in un interessante scritto di L. DANIELE, *Spunti in tema di attuazione di direttive*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 70, secondo cui l'effetto diretto indicherebbe la capacità di taluna normativa comunitaria di dettare "di per se stessa, la disciplina dei rapporti giuridici che si svolgono nell'ambito degli ordinamenti interni di ciascuno Stato membro".

(23) Sentenza 11 novembre 1987, n. 399, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 2807; sentenza 10 novembre 1994, n. 384, si vedano i commenti di F. DONATI, *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente decisione della Cassazione*, in *Giur. Cost.*, 1994, 3467 e di A. MARZANTI, *La Corte costituzionale alla ricerca di nuovi spazi nella composizione dei conflitti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 158.

dalla regola del sindacato diffuso, ha ritenuto ammissibile il conflitto di attribuzioni promosso in via principale, per contrasto con la normativa comunitaria, decidendo essa stessa sulla compatibilità o meno col diritto comunitario della disciplina contestata. In questi casi, pur riaffermando l'inammissibilità di una questione incidentale di legittimità costituzionale per questioni comunitarie, essa si è eccezionalmente ritenuta competente a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi impugnate per contrasto col diritto comunitario. Tuttavia, questa casistica non era in grado, da sola, di scalfire la logica del sindacato diffuso: si tenga conto che si è trattato di situazioni in cui non veniva in rilievo quella che propriamente è stata definita la « non applicazione » delle norme comunitarie, in quanto la questione di costituzionalità verteva su leggi non ancora promulgate, perciò, in casi siffatti, il rigetto della questione avrebbe comportato la promulgazione di leggi incompatibili col diritto comunitario, pregiudicando la diretta applicazione del medesimo (24).

Più di recente, la Corte (come verrà dettagliatamente esposto nel capitolo IV), interpretando il nuovo comma 1 dell'art. 117 della Costituzione, sta conquistando propri spazi di autonomia nel giudizio di costituzionalità delle leggi nazionale per contraddittorietà con l'ordinamento comunitario che diventa anche, vista la formulazione attuale della norma citata, contraddittorietà diretta con la Costituzione.

Invero, autorevole dottrina (25) ha messo in evidenza, criticamente, l'atteggiamento confuso della giurisprudenza co-

(24) Similmente si è espresso F. DONATI, *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, cit., 3470.

(25) Ci si riferisce, in particolare, agli scritti di A. RUGGERI, la cui ricostruzione più espressiva si ritrova in *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Scritti in onore di Pototschnig*, Milano, 2002, 1269 ss.; citazione testuale a pagina 1277-78.

stituzionale che, alternativamente, ragiona in termini di sindacato diffuso (immediata applicazione del diritto comunitario) e, allo stesso tempo, di controllo accentrato di costituzionalità (con il meccanismo dell'invalidità costituzionale (26)). Si è rinvenuto, a riguardo, un orientamento, formalmente e giuridicamente contraddittorio, in cui la Corte Costituzionale *“mostra di ispirarsi a logiche appunto divaricate ed, anzi, reciprocamente conflittuali”*.

Quanto affermato ci consente di evidenziare un aspetto decisamente problematico non solo del rapporto tra fonti comunitarie e fonti nazionali, ma anche, e più in generale, dell'interazione tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri, ed è speculare (come peraltro ammette lo stesso Autore delle critica) all'instabile equilibrio istituzionale di cui ancora il sistema sovranazionale risente. È vero anche (e questo aspetto non va sottovalutato) che le aporie e le contraddizioni formali a volte presenti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale sono la conseguenza, in buona parte, di prese di posizioni della Corte di Giustizia e dell'inevitabile tentativo della giurisdizione costituzionale di mantenere spazi propri, sottratti ad un eventuale sindacato, indiscriminato, della stessa Corte di Giustizia. È nella necessità di mantenere ambiti, solo ed esclusivamente, propri della sovranità nazionale (i cui tratti salienti sono scritti in Costituzione) che si deve cercare la giustificazione, almeno parziale, agli interventi, spesso traballanti da un punto di vista rigidamente formale, della Corte Costituzionale.

Come si è detto, in un secondo modo, invece, il diritto comunitario interviene sull'ordinamento nazionale per via in-

(26) A questo proposito si rinvia alla ricostruzione fornita al cap IV dove verranno messe in evidenza le recenti prese di posizione della Corte Costituzionale che attribuiscono nuovi spazi, sulla base dell'interpretazione del nuovo comma 1 dell'art. 117 della Costituzione, al sindacato di costituzionalità per contrasto col diritto comunitario.

terpretativa (quello che si è chiamato « *recepimento interpretativo* »): sono questi i casi in cui, pur non applicandosi direttamente il diritto europeo, l'influenza del diritto comunitario opera sul piano ermeneutico (27).

(27) A questo proposito non si dimentichi che, nel caso *Granital*, la Consulta ha precisato che sul piano ermeneutico debba vigere la presunzione di conformità della legge interna al diritto comunitario, a sottolineare l'importanza anche interpretativa del diritto di fonte sovranazionale.

Pertanto, sul piano dell'interpretazione del diritto interno conformemente ai principi comunitari, non si dimentichi l'importanza del canale processuale costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale, previsto dall'art. 234 del Trattato: F. CAPOTORTI, *Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1960, 3; PEPY, *L'article 177 du traité de Rome et les juridictions françaises*, in *Revue critique de droit international privé*, 1963, 465; R. SOCINI, *La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1967; F. SORRENTINO, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, 142; V. GREMENTIERI, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Milano, 1973; G.M. UBERTAZZI, *La Corte di Giustizia ed il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1977, 481; M. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale sopranazionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, 1; G. BEER, *Preliminary Rulings of the Court of Justice: their Authority and Temporal Effects*, in *Com. Mark. Law. Rev.*, 1981, 475; G.M. UBERTAZZI, *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali di validità degli atti comunitari*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1985, 75; P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Foro It.*, 1986, V, 26; F. CAPOTORTI, *Processo comunitario*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 837; T. BALLARINO, *L'art. 177 nella storia del diritto comunitario*, in *Jus*, 1988, 53; P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, in *Tratt. Dir. Comm. Galgano*, Padova, 1990; A. ARNULL, *References to the European Court*, in *Eur. Law. Rev.*, 1990, 375; R. JOLIET, *L'article 177 du traité Cee et le renvoi préjudiciel*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1991, 591; L. FUMAGALLI, *Competenza della Corte di Giustizia e ricevibilità della domanda nella procedura pregiudiziale*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1993, 311; R. MONACO, *La pertinenza della questione posta alla Corte di Giustizia europea secondo l'art. 177 del trattato CEE*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, IV, Milano, 1994, 693; P. BIAVATI-F. CARDI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994; M. ANDENAS, *Article 177 - References to the ECJ. Policy and Practice*, Londra, 1994; F. SORRENTINO, *L'art. 177 del trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 737; A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. Giur.*, Roma, Aggiornamento, 1997; M. MARI, *Il rinvio pregiudiziale. Uniformità ed efficacia del diritto comunitario negli Stati membri*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 481; N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla nozione di giudice nazionale: è giunto il momento della Corte Costituzionale?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 155; F. GHERA, *Pre-*

Ci occuperemo di questi casi per verificare se l'adattamento, sul piano ermeneutico, del diritto nazionale al diritto comunitario, possa rientrare nelle scelte interpretative individuali, ovvero sia ormai divenuto (come si crede) un obbligo imprescindibile per ogni giudice nazionale.

L'accertata influenza dell'ordinamento sovranazionale sulle situazioni soggettive ascrivibili al diritto amministrativo e l'obbligo per i giudici nazionali di dare applicazione al diritto comunitario, per come sviluppato in sede sovranazionale è introdotto dal diritto positivo, in particolare leggendo l'art. 101 Cost. (28), in relazione al nuovo art. 117 Cost. (29).

giudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, in *Giur. Cost.*, 2000, II, 1193; M.E. BARTOLONI, *Interpretazione di norme comunitarie al fine di accertare il significato di norme interen: in margine a sentenza Adam*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2002, I, 143; A. ANSELMO, *Processo comunitario di armonizzazione delle legislazioni nazionali e limiti al potere normativo degli Stati membri: un altro apporto della Corte*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, 455; A. RENZULLI, *Valutazione della pertinenza dei quesiti pregiudiziali: una nuova Foglia/Novello?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, 999; A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2419; T. DE LA MARE, *Art. 177 in social and political context*, in *The Evolution of EU Law*, a cura di P. CRAIG-G. DE BURCA, 2003, 215; A. SANTA MARIA, *Il rinvio pregiudiziale nella nuova disciplina a seguito del Trattato di Nizza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2003, 367; A. BARAV, *Une anomalie pregiudiziale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 235; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. Cost.*, 2004, 4771; C. DE ROSE, *Il rinvio pregiudiziale al giudice comunitario: soggetti legittimati, relativi criteri di individuazione e profili problematici concernenti la Corte dei conti italiana*, in *Cons. St.*, 2005, II, 298; G. VINCIGUERRA, *Pregiudiziale comunitaria e archiviazione nazionale*, in *Giur. It.*, 2005, 821; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 290; R. MURGIA, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di giustizia C.E.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 441.

Si tenga conto che il coordinamento formale che si realizza per il tramite del rinvio pregiudiziale è un meccanismo molto rilevante di interazione tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario e consente di istituzionalizzare il rapporto tra giudice interno, sistema normativo ed accertamento giudiziario comunitario, cosa del tutto innovativa ed anomala nel contesto delle organizzazioni internazionali.

(28) Sull'art. 101 della Costituzione, come è ovvio, la bibliografia è molto ampia, si richiamano di seguito almeno: S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza del-*

Nello stabilire che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, l'art. 101 della Costituzione, infatti, determina la premessa maggiore del sillogismo che il giudice deve svolgere, combinandola con la premessa minore, ossia la questione di fatto, per individuare la regola da applicare al caso concreto. Certamente, tale disposizione impone al giudice di applicare tutte le norme giuridiche che abbiano rilevanza nell'ordinamento interno, ma il richiamo contenuto nell'art. 117 ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ci consente un'interpretazione più ampia dell'art. 101. L'art. 117 disponendo che la potestà legislativa debba essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, non solo ne impone un'interpretazione conforme ad opera dei giudici comuni che sono perciò tenuti a preferire, nei casi dubbi, quell'interpretazione che meglio garantisca il raggiungimento degli obiettivi previsti dal diritto Ue, ma fa anche entrare a pieno titolo, le disposizioni comunitarie nel rango di quella « legge » cui i giudici sono sottoposti e di cui deve essere garantita l'applicazione.

Adottando questa prospettiva, le norme costituzionali, come di recente modificate, consentirebbero una lettura vicina alle esigenze di diretta applicabilità del diritto comunitario, ed offrirebbero una soluzione al problema della cooperazione dei giudici comuni coi giudici europei ed alla realizza-

l'ordine giudiziario, Padova, 1964, 226; G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, ivi in particolare R. GUASTINI, *La magistratura*, Tomo I, commento all'art. 101 Cost.; AA.VV., *Magistratura, CSM, e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma, 1994 e, ivi, in particolare, C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza*, 3 ss.; R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995; N. ZANON-F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, 34 ss.; F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003.

(29) Tra i primi commentatori, si vedano anche C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, 194; E. CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2001, 921.

zione del sistema integrato composto dall'ordinamento nazionale e da quello comunitario, fungendo anche da fondamento positivo della tesi qui prospettata della frammentazione delle situazioni soggettive.

Peraltro, le stesse conclusioni sarebbero avallate considerando la necessità di affermare un coordinamento basato sull'esercizio di funzioni comunitarie da parte dei giudici italiani.

In sostanza, i principi del primato del diritto comunitario e della sua diretta applicabilità, che importano come conseguenza che la disciplina di taluni settori materiali sia dettata dal diritto comunitario, comporterebbero un accrescimento del materiale normativo a cui il giudice è tenuto a dare applicazione, cogliendolo in relazione all'ordinamento di provenienza.

Si ritiene, quindi, che il giudice comune, come quotidiano applicatore del diritto europeo (30), sia tenuto a fornire l'adeguata protezione alle situazioni soggettive di interesse comunitario nel rispetto delle regole di tutela che emergono dalle decisioni della Corte di Giustizia, principale interprete del diritto comunitario, realizzando una forma di armonizzazione tra sistema nazionale e sistema comunitario.

III.II.3. *I giudici nazionali come giudici comuni del diritto europeo.*

Sia nel recepimento normativo sia nel recepimento interpretativo, il parametro di riferimento per il giudice nazionale è il diritto comunitario. Quindi, il giudice nazionale, in entrambi i casi, è tenuto ad applicare paradigmi normativi e concetti formati in un ordinamento diverso dal proprio (31).

(30) Questo aspetto è approfondito da G. MORDIBELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., 68 ss., secondo cui i giudici nazionali dovrebbero essere qualificati come giudici comunitari anch'essi allorché le controversie coinvolgono situazioni conformate al diritto delle Comunità.

(31) È fuori dubbio che i giudici comuni, applicando norme di origine

Perciò, è ora opportuno richiamare gli strumenti giuridici che consentono il coordinamento dell'attività dei giudici nazionali con quella dei giudici comunitari, in quanto, come si è visto, i primi hanno la responsabilità anche della tutela di situazioni giuridiche che traggono origine e disciplina, totalmente o parzialmente, nel diritto comunitario, mentre i secondi devono intervenire qualora sussistano dubbi interpretativi concernenti la portata e l'applicazione del diritto dell'Unione (32).

sovranaazionale, esercitino funzioni comunitarie, tanto che anche secondo le Sezioni Unite l'eventuale violazione dell'ordinamento comunitario integrerebbe “una violazione di legge a tutti gli effetti”, cfr., Corte di Cassazione, Sez. Un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 799; si vedano anche Cass., Sez. I, 14 settembre 1999, n. 9813, in *Foro It.*, 2000, I, 1668; Cass. Pen., Sez. III, 6 agosto 1999, n. 9983, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2000, 1097; Cass. Civ., Sez. I, 22 aprile 1999, n. 3999, in *Foro It.*, 1999, I, 1787; Cass. civ., Sez. II, 30 luglio 2001, n. 10429, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1506; Cass. civ., Sez. V, 26 aprile 2001, n. 6079, ivi, 880; Cass. civ., Sez. V, 28 giugno 2001, n. 7219, in *Foro It.*, 2001, I, 3073; Cass. civ., Sez. V, 27 novembre 2000, n. 15259, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 2455; Cass. civ., Sez. I, 3 settembre 1999, 9284, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, I, 359. Ne segue che la violazione del diritto comunitario diviene uno dei possibili motivi di ricorso in Cassazione, V. Cass. Civ., Sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21116, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 10.

Di recente sono molte le decisioni in cui gli organi di giustizia nazionale applicano direttamente regole o principi comunitari e interpretano il significato di direttive o regolamenti: in materia di lavoro V. Cass. Civ., Sez. lav., 18 gennaio 2007, n. 1104; in tema di valutazione d'impatto ambientale V. Cass. Civ., Sez. trib., 12 gennaio 2007, n. 526; Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2007, n. 267; sulla l. 689/1989 in relazione ai regolamenti comunitari V. Cass. Civ., Sez. II, 22 gennaio 2007, n. 1274.

L'obbligo per i giudici di conformarsi non riguarda solo il diritto dei Trattati, ma anche il diritto derivato e gli atti a carattere non normativo come le decisioni adottate dalla Commissione ex art. 211 Tr. Ce., cfr., Cass. civ., Sez. I, 17 novembre 2005, n. 23269, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 11.

(32) Sulle possibili interazioni tra giudici comuni e diritto comunitario nonché sull'influenza del diritto comunitario sull'attività giurisdizionale interna si vedano, per iniziare: P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali*, in *Foro It.*, 1986, V, 26; A. BARAV, *The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario, Unione degli Avvocati europei* (Venezia, 30 maggio-1° giugno 1996), Bruylant, 1997, 259; A. CELOTTO, *Le “modalità” di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1473; AA.VV., *The Duties of Coopera-*

III.II.3.1. *L'interpretazione conforme.*

Il primo strumento di coordinamento è l'interpretazione comunitariamente orientata. La Cassazione ha riconosciuto espressamente l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alle fonti normative comunitarie, anche se esse sono sprovviste di effetti diretti (33),

tion of National Authorities and Courts and the Community Institutions Under Article 10 EC, Convegno della FIDE (Helsinki, 2000); M. TAVASSI, *Nuove prospettive nei rapporti tra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 2000, 463; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; AA.VV., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 41; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., spec. 173; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 1303; G. MILO, *Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 1485; M. NETTESHEIM, *El significado constitucional de la primacia del Derecho Comunitario/de la Union*, in *Revista Espanola de Derecho Europeo*, 2003, 279; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, *ivi*, 79; M. CLAES, *Le clausole europee nelle costituzioni nazionali: evoluzione e tipologia*, in *Quad. Cost.*, 2005, 283; G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 285.

(33) Ne segue che laddove non vi sia spazio per una interpretazione adeguata, si deve ritenere che la normativa interna non conforme al diritto comunitario: Cfr., Cass. civ., Sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18620, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 12; Cass. civ., Sez. V, 23 giugno 2001, n. 7016, in *Giur. It.*, 2001, 2407; Cass. Civ. Sez. lavoro, 21 marzo 2001, n. 4073, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 2002, 535; Cass. civ., Sez. lavoro, 9 agosto 2000, n. 10500, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1753; Cass. civ., Sez. V, 3 maggio 2000, n. 5555, in *Riv. Giur. Ed.*, 2000, I, 679; Cass., SS. UU., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1348; si vedano anche Trib. Milano, 1° marzo 2001, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 361; Trib. Roma, 4 giugno 1996, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 475; Cass. Civ., Sez. lav., 11 marzo 2001, n. 4073, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 2002, 535.

Sulla linea di quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Marleasing*, Corte di Giust., 13 novembre 1990, in *Racc.*, I, 4135.

La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, per altro, si è di recente dimostrata sensibile a garantire un'effettiva ricezione dei principi elaborati dalla Corte europea di Strasburgo, invocando un'interpretazione delle norme interne che fosse conforme ai parametri europei, cfr., Cass., Sez. I, 26 aprile 2005, n. 8600, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 4; Cass., Sez. I, 30 marzo 2005, n. 6714, *ivi*, 3; Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2004, n. 1338, *ivi*, 2004, f. 1.

richiamando i principi sistematici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e facendo ricorso al metodo dell'interpretazione conforme del diritto interno alla lettera e allo scopo della normativa comunitaria da applicarsi (34).

La necessità di procedere ad un'interpretazione del diritto nazionale che sia conforme alle previsioni comunitarie, emerge in maniera particolarmente efficace nella giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa agli effetti diretti delle direttive. In particolare, considerata l'impossibilità di riconoscere effetti diretti c.d. orizzontali (35), la Corte, in una serie di importanti decisioni (36) relative alle conseguenze giuridiche della prevalenza del diritto comunitario in rapporti tra privati in cui il diritto comunitario non era stato trasposto nel diritto nazionale o veniva trasposto scorrettamente, ha affermato la necessità, per i giudici nazionali, di ricorrere a tutti i

(34) La giustificazione normativa di tale coordinamento, che afferisce ai meccanismi di recepimento interpretativo del diritto di fonte sovranazionale, viene spesso fatta risalire all'art. 10 del Trattato CE, stando al quale gli Stati membri si impegnano ad adottare tutte le misure atte ad assicurare la corretta esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato e del diritto comunitario derivato, astenendosi da quei comportamenti che potrebbero compromettere la realizzazione degli scopi comunitari.

(35) Si ricorda che la giurisprudenza comunitaria riconosce, per le norme delle direttive che attribuiscono diritti ai singoli, il principio degli effetti diretti *verticali* delle direttive non trasposte o non correttamente trasposte in sede nazionale, ritenendo quindi che il contenuto delle disposizioni provviste di effetto diretto possa essere fatto valere dal privato solo nei confronti dello Stato (sia per attività legislativa sia per ordinari poteri di diritto privato e nei confronti di qualsiasi incaricato dallo Stato o comunque organismo esercente pubblici poteri) e chiedere il relativo risarcimento dei danni. Viceversa, la giurisprudenza comunitaria ha escluso il c.d. effetto diretto *orizzontale*, escludendo cioè la possibilità per il singolo di far valere la norma nei confronti di soggetti privati (siano essi persone fisiche o giuridiche).

(36) A partire dai famosi casi: *von Colson and Kamann*, Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, in C-14/83, in *Racc.*, 1984, 1891; *Faccini Dori*, Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, in C-91/92, in *Racc.*, 1994, I-3325. Fino ai casi più recenti: *Pfeiffer*, Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004, in C-397/01, in *Racc.*, I-8835; *Berlusconi e a.*, Corte di Giustizia, 3 maggio 2005, in C-387/02, in *Racc.*, I-3565; *Pupino*, Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, in C-105/03, in *Racc.*, I-5285.

metodi di interpretazione del diritto interno possibili, al fine di garantire l'effetto utile del (dei diritti attribuita dal) diritto comunitario.

In sostanza, la responsabilità di garantire l'effettività al diritto comunitario passa, in questi casi, dalla Corte di Giustizia ai giudici nazionali, secondo le regole di procedura e di interpretazione proprie del diritto interno.

Con le modifiche apportate all'art. 117 primo comma della Costituzione e all'art. 1 della legge n. 241/1990, la questione di garantire la prevalenza del diritto comunitario non dipende più solo dalla necessità di allinearsi alle richieste di adeguamento della Corte di Giustizia, ma deriva, direttamente, dalle norme di diritto positivo nazionale.

In sostanza, il giudice comune (37), per rispettare le dinamiche del coordinamento tra diritto nazionale e diritto comunitario per come ricostruite dalla legislazione vigente e dalle interpretazioni degli organi Supremi di giurisdizione, è tenuto ad applicare le norme di un sistema differente, cogliendone il significato proprio in riferimento a quel sistema da cui provengono, e cioè rispettando l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia (38), le cui decisioni interpretative, si rammenta, hanno effetti *erga omnes* (39).

(37) Un esempio di come ciò già accada nell'ambito dell'esercizio quotidiano dell'attività giurisdizionale si trova in una serie di decisioni in cui si è trattato di verificare la compatibilità delle norme interne in materia di scommesse e gioco d'azzardo, con le regole comunitarie: sul punto si rinvia a Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6914, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 3125; Cons. St., Sez. VI, 9 ottobre 2006, n. 5959, in *Guida al diritto*, 2006, 67; Cons. St., Sez. VI, 27 settembre 2006, n. 5644, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 2629.

(38) Si è perciò parlato, in dottrina, di "giudici- soldati", L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi, in relazione al Convegno "La Corte costituzionale e le Corti d'europa"*, Copanello, 2002, 5.

Con particolare riferimento alla discussione emersa a riguardo dei giudici nazionali in sede di elaborazione del Trattato costituzionale europeo si rinvia alle riflessioni di R.A. GARCIA, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in *Quad. Cost.*, 2005, 111. Ivi l'Autore analizza il rapporto tra i giudici nazionali e la Corte di Giustizia considerandolo, in particolare, sotto tre fondamentali aspetti: a) la

Anche il Consiglio di Stato, nel parere (40) sul codice dei contratti pubblici ha chiarito il significato dell'espressione "rispetto dei principi del Trattato", specificando che *"tale rispetto va inteso non soltanto in senso limitativo degli interventi da evitare, poiché in contrasto con i principi del Trattato, ma anche in senso impositivo degli interventi da introdurre per la definizione di un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive che sia coerente con i principi medesimi, come interpretati (e talvolta costituiti) dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo"*.

Riconosciuta dalle Sezioni Unite della Cassazione e dal Consiglio di Stato l'influenza interpretativa del diritto comunitario sul diritto interno, anche in situazioni in cui la normativa di fonte sovranazionale non necessita di una diretta e immediata applicazione, l'attività dei giudici nazionali si accresce di un compito istituzionale, cioè quello di fornire un'interpretazione del diritto interno che sia conforme al diritto Ue, rispecchiando le nozioni che emergono dalla considerazione sistematica del complesso ordinamentale comunitario.

Quanto detto, si risolve nell'attribuzione, dal punto di vista pratico, di funzioni comunitarie ai giudici nazionali.

portata del primato del diritto dell'Unione; b) l'efficace del diritto comunitario; c) il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Si tenga conto che la Corte di Giustizia ha più volte affermato che ai giudici nazionali spetta non soltanto l'applicazione e l'interpretazione del diritto comunitario, ma anche l'interpretazione del proprio diritto nazionale in modo conforme al diritto comunitario; cfr., Corte di Giust., 13 novembre 1990, in causa C-106/1989, *Marleasing S.A. c. Comercial Internacional de Alimentacion S.A.*, cit.

(39) Facendo venir meno l'obbligo del rinvio pregiudiziale "non solo quando la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione sollevata in relazione ad analoga fattispecie e già decisa in via pregiudiziale, ma anche in presenza di una giurisprudenza costante della Corte che risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere", Cass. civ., Sez., lav., 18 maggio 1999, n. 4817. Cfr., Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, *Cilfit*, causa 283/81, in *Racc.*, 3415.

(40) Parere Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006, n. 355, cfr. capitolo II, paragrafi 1 e 2.

Per la verità, l'interpretazione conforme non riguarda solo il diritto comunitario, ma può essere intesa in maniera più estensiva, fino a ricomprendere le enunciazioni della Convenzione europea dei diritti umani e la relativa giurisprudenza. Nel caso di interferenza di una causa nazionale con disposizioni CEDU, il giudizio nazionale dovrà sussumere il parametro convenzionale per come esso viene rielaborato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo “*perché al giudice della causa è sottratto l'adattamento ermeneutico dell'enunciato letterale*” (41).

Nella stessa direzione delle tesi qui sostenute, svolgendo un efficace ed acuto paragone tra l'attività interpretativa dei giudici comuni conforme a Costituzione e quella conforme ai parametri europei, è stata prospettata una valorizzazione dell'interpretazione adeguatrice al diritto comunitario, secondo cui il giudice nazionale potrebbe essere indotto, più massicciamente, ad operare direttamente sul diritto nazionale, “*piegandolo ad un senso comunitariamente orientato, da esso ricostruito*” e dosando con maggiore prudenza i casi da sottoporre al rinvio della Corte di giustizia (42).

III.II.3.2. *L'essenzialità del rinvio pregiudiziale: tra teoria dell'acte clair e controlimiti.*

Il secondo strumento di coordinamento è il rinvio pregiudiziale.

Il rinvio pregiudiziale è l'istituto principale per trasportare le definizioni concettuali comunitarie al livello degli ordinamenti nazionali.

(41) M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, cit., che segnala la particolarità del fatto che il riferimento per il giudice nazionale non è quello, certo, di una normativa da interpretare, ma quello, incerto, della giurisprudenza sovranazionale.

(42) M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, cit.

Spesso inteso esclusivamente nella sua portata di strumento di armonizzazione comunitaria, l'istituto del rinvio pregiudiziale, oltre a consentire alla Corte di Giustizia di garantire la corretta ed uniforme interpretazione del diritto comunitario, consente anche, se visto in una prospettiva nazionale, che le situazioni soggettive che abbiano parte della tutela nell'ordinamento comunitario, siano trattate, in caso di dubbi interpretativi, assumendo la connotazione giuridica dell'ordinamento nel quale ciascun frammento di regolazione si è sviluppato, anche ove questo sia comunitario (43).

Le funzioni pregiudiziali attribuite dall'art. 234 del Trattato CE alla Corte di Giustizia, come noto, si articolano nella due distinte ipotesi del rinvio di validità — che consente di concentrare in capo ai giudici comunitari il giudizio relativo alla validità degli atti delle istituzioni comunitarie — e del rinvio interpretativo — tramite il quale le giurisdizioni degli Stati membri hanno la facoltà e, se di ultima istanza, il dovere, di sottoporre alla Corte di Giustizia i casi in cui si pongano dei dubbi circa il significato da attribuire ad atti comunitari.

Il rinvio pregiudiziale, presentandosi dunque come un veicolo di armonizzazione del diritto comunitario, rappresenta, contestualmente, il simbolo dell'integrazione funzionale

(43) In altre parole, assumendo una prospettiva prettamente processualista, in uno studio recente ed acuto sul tema del rinvio pregiudiziale, la dottrina, riconoscendo lo stesso concetto, ha affermato che “il descritto carattere — tecnicamente — delegato della funzione di tutela delle posizioni sostanziali di fonte comunitaria costituisce, altresì, la ragione metagiuridica ultima (il fondamento politico, se si preferisce) del fatto che la c.d. autonomia processuale degli ordinamenti nazionali — tanto normativa che funzionale — pur costituendo il principio base cui sono tradizionalmente ispirati i rapporti tra l'ordine sostanziale comunitario e il corrispondente sistema di tutela giurisdizionale, non avrebbe mai potuto realisticamente concretarsi in termini assoluti, così ipoteticamente coincidendo con una totale astensione dell'ordinamento comunitario medesimo dalla vicenda giurisdizionale, ed, in definitiva, con un sostanziale disinteresse dello stesso verso l'effettività del proprio sistema di garanzie”, G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 305 ss.

tra diritti degli Stati e diritto comunitario nonché, seguendo l'impostazione qui proposta e sviluppata nel capitolo IV, il principale strumento connesso al riconoscimento giurisdizionale delle situazioni giuridiche frammentate (44).

Senza indugiare sui caratteri dell'istituto (45), in primo luogo si osserva che la collocazione del rinvio pregiudiziale nel contesto giuridico del sistema integrato nazionale/comunitario, ne richiede, anzitutto, un'interpretazione rigorosa, che riduca sensibilmente l'ambito di discrezionalità di cui il giudice — non di ultima istanza — gode per valutare se rinviare o meno alla Corte di Giustizia una questione interpretativa inerente all'applicazione del diritto comunitario.

In particolare, è necessario che laddove si riconosca la natura — nazionale e comunitaria — di una situazione giuridica e sussista un dubbio nell'interpretazione del diritto comunitario, il giudice nazionale, al fine di applicare l'intero paradigma normativo di riferimento per il caso concreto, *deba*, coerentemente con la tesi della frammentazione che verrà esposta nel capitolo seguente, rinviare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, salvo che non si ravvisino ragioni di particolare urgenza che sconsiglino di ricorrere immediatamente al rinvio pregiudiziale. Si ritiene cioè che non sia ne-

(44) Si segnala che, in un'interessante e recente studio sul rinvio pregiudiziale che si ha già avuto modo di richiamare, tale strumento viene inteso in un duplice modo: *a*) quale strumento di garanzia e di tutela giurisdizionale di posizioni sostanziali di interesse e *b*) quale veicolo di armonizzazione processuale degli ordinamenti nazionali, cfr., G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 321 ss.

(45) Si aggiunga il richiamo a: A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997; M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb. e App.*, 1998, 441; G. RAITI, *Evoluzioni e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 241; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 290; M. CARTABIA, *La Corte Costituzionale italiana e i rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia*, in *50 anni Corte costituzionale - le corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 99.

cessario, per il giudice di merito, al di là del riconoscimento della natura europeizzata della situazione soggettiva dedotta in giudizio, rinvenire ulteriori motivi che giustifichino il ricorso al rinvio pregiudiziale, ma, al contrario, sarà opportuno sostenere un eventuale negazione dell'impiego del rinvio pregiudiziale con argomentazioni che superino l'automaticità del rapporto tra situazione europeizzata → questione interpretativa sul diritto comunitario → rinvio pregiudiziale.

In secondo luogo, l'ulteriore conseguenza che si trae da questa necessaria valorizzazione sistematica del rinvio pregiudiziale è che laddove invece si cada nell'ambito di una giurisdizione di ultima istanza, la conseguenza di tale impostazione — che peraltro è la stessa cui è da tempo pervenuta la giurisprudenza della Corte di Giustizia (46) — è quella di interpretare in senso molto restrittivo i limiti che pur si applicano al dovere di rinvio il quale, come noto, non è né assoluto né incondizionato (47).

Si ricorda che oltre alla “necessarietà” della questione da rinviare ai fini dell'emanazione di una decisione del caso lui affidato — criterio questo previsto già nell'art. 234 Tr. Ce —, il giudice di ultima istanza può evitare il rinvio qualora si tratti di un'ipotesi in cui l'applicazione del diritto comunitario non suscita dubbi, cioè nel caso di “manifesta chiarezza” del dettato normativo comunitario da applicarsi (48), ov-

(46) L'orientamento della Corte di Giustizia a riguardo emerge molto chiaramente dalla sentenza *Dior* 4 novembre 1997, in C-337/95, in *Racc.*, 1997, I-6013; e più di recente, con espresso riferimento ai limiti dell'obbligo di rinvio ed alla ratio dell'art. 234 si consideri il caso *Lyckeskog*, in C-99/00, sentenza 4 giugno 2002, in *Racc.*, I-4839, della citata sentenza risultano particolarmente interessanti anche le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano che contengono una sintetica ma dettagliata ricostruzione dello stato della giurisprudenza comunitaria sul tema da cui traspare la funzione del rinvio pregiudiziale per come inteso nel conteso della cooperazione sopranazionale, in *Racc.*, 2002, 4841.

(47) Si consulti sul punto l'articolata ricostruzione di G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 253 ss.

(48) Ci si riferisce evidentemente alla teoria dell'*acte clair*, che ha origine

vero, detto in altri termini, nel caso di non “questionabilità” (49) delle norme rilevanti.

nell'esperienza francese (v. M. VIRALLY, *Le Conseil d'Etat et les traités internationaux*, in *La Semaine juridique*, 1953, n. 1098), per cui si rinvia agli approfondimenti di J.Y. LASALLE, *L'application del l'article 177 di Traité CEE par le Conseil d'Etat Français*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1971, 193; N. CATALANO, *La pericolosa teoria dell'atto chiaro*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 12; S. LAPORTA, *Manifesta infondatezza di questioni e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rass. Avv. Stato*, 1983, I, II, 47; H. RASMUSSEN, *The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T.*, in *Eur. Law. Rev.*, 1984, 242; E. GIRINO, *Portata e interpretazione del diritto comunitario nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 1985, 567; S. FERRERI, *Nella spirale delle fonti di diritto integrate. A proposito di un libro recente*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 103; R. BARATTA, *Sull'erronea interpretazione del diritto comunitario in applicazione della teoria dell'atto chiaro*, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 869.

Occorre tuttavia tener presente, cosa che non è stata fatta dal Consiglio di Stato, che la teoria dell'*acte clair*, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente di non procedere al rinvio in situazioni in cui la manifesta chiarezza dell'atto normativo derivi o da una sua inequivocabile interpretazione letterale, su cui peraltro le parti del giudizio *a quo* siano concordi, oppure da una precedente decisione comunitaria in cui la stessa Corte abbia già esaminato e risolto un quesito analogo a quello che si pone nel giudizio principale. Perciò, gli studiosi di impostazione anglosassone precisano che “*National courts falling within Article 177 are not obliged to refer where the answer to the EC point has been specifically addressed in a previous ruling or is, on the basis of previous rulings and the plain text of EC provision, clear*”. Cfr., T. DE LA MARE, *Article 177 in social and political context*, in *The Evolution of EU Law*, cit.

Con ciò s'intende dire, cioè, che l'interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte è ancora più ridotta di quello che si può pensare considerando le formulazioni dottrinali della teoria dell'atto chiaro, limitandosi, essa, a considerare esenti dall'obbligo del rinvio i casi di decisioni già assunte, la cui ripetizione sarebbe un inutile costo processuale.

Sono stati peraltro di recente segnalati i rischi legati ad un'interpretazione disinvolta della teoria dell'*acte clair* con particolare riferimento alla condotta tenuta dall'organo superiore, dimostrando non poche perplessità in relazione ai casi in cui “il troppo vago catalogo dei criteri inerenti alla verifica di ricorrenza della manifesta chiarezza della questione comunitaria — enunciati nella sentenza Cilfit — pretenda abbandonare il terreno pragmatico funzionale, su cui ha, fin qui, di fatto, operato in veste di generico deterrente dall'abuso della *théorie de l'acte clair*, per assurgere a strumento di controllo della legalità della condotta processuale della Corte interna superiore”, V.G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 288.

La serietà delle conseguenze che derivano dall'omissione del rinvio pregiudiziale sono ben segnalate anche dal recente scritto di L. CANNADA BARTOLI, *Im-*

In sintesi, dalla centralità del rinvio pregiudiziale come strumento di circolazione dei frammenti di regolazione comunitaria nei casi di dubbia interpretazione, ne segue, da un lato, che il giudice comune deve individuare le ragioni per cui sottrarsi al rinvio e, dall'altro, che i limiti all'obbligo del rinvio per le giurisdizioni di ultima istanza, devono essere interpretati in senso restrittivo.

In questa rinnovata sensibilità comunitaria, peraltro già assorbita nella maggior parte delle decisioni dei giudici amministrativi, risulta del tutto fuorviante un recente impiego della teoria dei controlimiti da parte del Consiglio di Stato (50), che ha indotto il Collegio ad escludere il richiesto rinvio pregiudiziale, allo scopo di preservare una poco probabile riserva nazionale in materia di diritti fondamentali.

Utilizzando per la prima volta la teoria costituzionale dei c.d. "controlimiti" al diritto comunitario (51) e contestualmen-

pugnabilità in Cassazione ex art. 111 ultimo comma della Costituzione per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE, in Dir. Proc. Amm., 2005, 941 ss., secondo cui "l'omissione di rinvio rappresenta l'interferenza di un giudice con l'ambito riservato all'altro, alla cui decisione egli dovrebbe invece attenersi", 954.

(49) Così utilizzando la felice espressione di G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 264.

(50) Si rinvia sul punto a S. VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, cit.

(51) La teoria dei controlimiti è nata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 183 del 1973, poi approfondito nelle successive decisioni n. 1146 del 1988; n. 203/1989, n. 168 del 1991, n. 117 del 1994; n. 509/1995; n. 126/1996; n. 93 del 1997; n. 73/2001.

In dottrina il tema è stato oggetto di interessanti riflessioni, si vedano almeno G. BARILE, *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito della comunità statale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 343; F. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, in M. CAPPELLETTI-A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto interno*, Milano, 1982, 49; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 536; E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1990, 372; M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995; A. VON BOGDANDY, *Comunità di*

te quella dell'atto chiaro, la Sezione V postosi un dubbio di interpretazione del diritto comunitario, ha negato il rinvio affermando l'irrelevanza della questione interpretativa sollevata.

Più in particolare, nel caso citato il collegio ha sostenuto che la questione interpretativa fondata sul diritto comunitario era da considerarsi irrilevante in quanto la norma dell'ordinamento interno di cui si dubitava la compatibilità col diritto comunitario era il risultato non di un intervento legislativo, ma di una sentenza additiva della Corte Costituzionale che, in quanto incidente sul campo dei diritti fondamentali e, nella specie, del diritto alla salute, doveva considerarsi di esclusiva pertinenza dell'ordinamento nazionale in quanto si trattava *“della competenza in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali cui la Corte Costituzionale non ha mai inteso rinunciare neppure a fronte delle limitazioni di sovranità decise dallo Stato con la ratifica del Trattato in applicazione dell'art. 11 Cost.”*.

Si ricorda che la teoria dei controlimiti alla prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale è comparsa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale in relazione ad un nucleo di norme costituzionali da considerarsi comunque resistenti ad eventuali difformi previsioni comunitarie (S. n. 173/1973), che, in quanto espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, dovevano essere salvaguardati anche nei confronti degli organi comunitari per il tramite di un controllo

diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 874; A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in A. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 505; A. CELOTTO-T. GROPPI, *Diritto Ue e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1309; M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Corte Costituzionale e le Costituzioni nazionali*, in *Atti della giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione europea*, Firenze, 18 febbraio 2005.

di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (S. n. 170/1984; S. n. 1146/1988; S. n. 203/1989).

Nel caso di contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, il giudice delle leggi potrebbe, quindi, in virtù della teoria dei controlimiti, dichiarare incostituzionali le norme nazionali che danno esecuzione ai Trattati (52).

Se la teoria dei controlimiti venisse intesa come nella sentenza cui si sta accennando e cioè come limite all'ingresso del diritto comunitario in tutti i settori in cui il giudice nazionale abbia a che fare con i c.d. diritti fondamentali, considerati di esclusivo interesse interno, una buona parte del diritto comunitario resterebbe del tutto priva di applicazione nell'ordinamento nazionale, con l'insopportabile conseguenza della sua relativa inutilità.

L'espansione del diritto comunitario proprio nell'area dei diritti c.d. fondamentali risulta inarrestabile ed è ormai dotata del carattere della vincolatività propria del diritto comunitario derivato anche grazie all'espresso richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo contenuto nell'art. 6, comma 2 Tr. Ue (53).

È evidente fin da questi brevi cenni che la teoria dei controlimiti non ha nulla a che vedere col rinvio pregiudiziale

(52) Ciò in quanto "l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità, sotto tale profilo, della legge di esecuzione del Trattato", cfr., sentenza n. 168/1991.

In commento alla prese di posizione sul punto da parte della Corte Costituzionale italiana si segnala anche la raccolta di giurisprudenza costituzionale contenuta in AA.VV., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di F. MODUGNO-A.S. AGRO-A. CERRI, Torino, 1997, 41.

(53) Peraltro, il costante riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea nella giurisprudenza comunitaria attesta che essi sono delle vere e proprie situazioni soggettive comunitarie, V.G. SCALA, *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 250.

le e, nemmeno, con il sindacato effettuato dai giudici di merito, rappresentando semmai un freno — per ora soltanto teorico nella giurisprudenza costituzionale — ad un'indiscussa prevalenza del diritto comunitario da effettuarsi ad opera esclusiva dei giudici costituzionali.

Non stupisce che la Corte Costituzionale non ne abbia fatto alcun impiego e che essa sia rimasta solo al livello delle ricostruzioni di sistema, considerato che la conseguenza di un suo eventuale utilizzo sarebbe la dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato, e quindi la totale rottura del rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario (54).

Nel caso di specie, è stato ritenuto ostativo al rinvio il fatto che la norma nazionale di cui si sosteneva il contrasto col diritto comunitario fosse il risultato di una sentenza della Corte Costituzionale che il giudice *a quo* sarebbe stato comunque tenuto ad applicare, a prescindere dalla corrispondenza o meno col diritto comunitario, la cui interpretazione era irrilevante in quanto non applicabile.

Si osserva a riguardo che, proprio con riferimento al caso di contrasto tra diritto comunitario e norma nazionale che risulti da un intervento della Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia ha preso di recente posizione sul punto, affermando, senza mezzi termini, che il giudizio di costituzionalità di una norma interna non può assorbire anche quello di compatibilità con il diritto comunitario della stessa, e che la norma quindi resta doverosamente soggetta al rinvio pregiudiziale (55).

(54) V. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., “alternativa tra tutto e niente: tutto perché la violazione dei principi fondamentali apre la strada, ma solo nel caso estremo, alla (improbabile) denuncia dei Trattati da parte dell'Italia; niente, perché nel frattempo, di singoli regolamenti eventualmente incostituzionali non si potrebbe evitare l'applicazione nel Paese”.

(55) Ci si riferisce specificamente alle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nel caso *Berlusconi e a.*, Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in *Racc.*, I-3565.

Dal tenore di queste prese di posizioni comunitarie, non sembra quindi residui alcuno spazio, sul punto, per divergenti interpretazioni dei giudici nazionali. Inoltre, anche la stessa Corte Costituzionale, investita di questioni di legittimità costituzionale di alcune norme, ha da ultimo deciso per la sospensione dei procedimenti in attesa della decisione della Corte di Giustizia (56).

Del resto, la soluzione che fa prevalere il diritto comunitario pare dovuta, sul piano teorico, se si considera che, laddove si riconosca alla giurisprudenza della Corte Costituzionale un potere creativo, il suo intervento ha l'effetto di integrare il dettato normativo, e cioè opera sul piano delle fonti del diritto interno. Operare sul piano delle fonti significa produrre diritto. Ed è sul piano del *diritto prodotto* che si pone il contrasto col diritto comunitario, ossia a valle rispetto al piano del produttore della norma eventualmente difforme dai parametri comunitari, restando irrilevante che tale contrasto derivi da un intervento della Corte costituzionale piuttosto che del legislatore ordinario. Non si verificherebbe a riguardo un contrasto tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia, ma piuttosto tra fonti comunitarie e fonti interne, da risolversi secondo il normale criterio di risoluzione di tali antinomie.

In definitiva, la sentenza segnalata pare quindi un fuor d'opera, del tutto incoerente con le posizioni del Consiglio di Stato che ha addirittura colto l'occasione in diversi momenti per allinearsi alla tesi dell'integrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale. Pare del tutto inappropriato il riferimento alla teoria dei controlimiti che, nell'ela-

Di più. La Corte di Giustizia, proprio in seguito ad un rinvio pregiudiziale, ha anche dichiarato l'incompatibilità col diritto comunitario di una norma costituzionale tedesca, sulla quale un giudice di ultima istanza aveva invece rifiutato il rinvio pronunciandosi in senso opposto, V. Corte di Giust., 11 gennaio 2000, in C-285/98, causa *Kreil*, in *Racc.*, I-69.

(56) Nell'ordinanza n. 165/2004.

borazione della Corte Costituzionale, rappresentano una valvola di chiusura del sistema azionabile dalla stessa Corte, e non dai giudici comuni — come è anche il Consiglio di Stato —, e ciò appare perfettamente logico se si pensa alla eccezionalità dell'istituto in questione.

Un disinvolto impiego della teoria dei controlimiti da parte dei giudici comuni, oltre a non essere previsto dalla teorizzazione della Corte Costituzionale, è del tutto inopportuno, soprattutto se ha lo scopo di limitare l'impiego del rinvio pregiudiziale, la cui essenzialità ai fini della circolazione del diritto comunitario è stata qui dimostrata (57).

Una tale applicazione della teoria dei controlimiti, comunitariamente non ammissibile, potrebbe portare infine ad una responsabilità dello Stato per inottemperanza agli obblighi di cui all'art. 234 Tr. Ce con l'attivazione della relativa procedura d'infrazione.

Ponendo mente alla gravità delle conseguenze cui dà luogo il ritrarsi dall'obbligo del rinvio da parte di una giurisdizione di ultima istanza, che si sostanziano nel pregiudizio definitivo per la corretta applicazione del diritto comunitario al caso concreto (58), stupisce che il meccanismo dell'art. 226 Tr. CE sia stato portato davanti alla Corte di Giustizia (59),

(57) Si contesta pertanto quella dottrina che saluta entusiasticamente la prima applicazione della teoria dei controlimiti, A. CELOTTO, *I controlimiti presi sul serio*, in *www.giustamm.it*.

(58) Si vedano sul punto le riflessioni di V.G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 279. Ivi l'Autore propende per impiegare la fattispecie di responsabilità di cui all'art. 226 Tr. proprio per reagire all'utilizzo abusivo della teoria dell'*acte clair*.

V. anche C. PINOTTI, *La responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario*, in *Cons. St.*, 2005, I, 619; S. DE MARIA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 879.

(59) La Commissione ha espresso tutte le proprie perplessità all'impiego del rimedio *ex art. 226* del Trattato nella *Relazione annuale sull'applicazione del diritto comunitario* (in particolare si vedano la quinta e la sesta relazione), eviden-

in ipotesi assimilabili a quella che si sta considerando, una volta sola (60).

Si auspica, a riguardo, un intervento via via più incisivo da parte delle istituzioni comunitarie, pena l'incoerenza di prevedere un obbligo senza un'adeguata ed efficace sanzione (61).

Altro e relevantissimo aspetto legato al tema del rinvio pregiudiziale è quello della possibilità e/o della necessità, della Corte Costituzionale di procedere al rinvio pregiudiziale, qualora debba affrontare un contenzioso in cui si prospettino delle questioni comunitarie. Il tema diventa di importanza cruciale se si considera che la possibilità della Corte di pronunciare l'incostituzionalità di una normativa nazionale o regionale, impugnata in via principale, ai sensi dell'art. 117, co. 1 della Costituzione, richiede una decisione che si basi sul merito del diritto comunitario, la cui interpretazione, specialmente nel caso di materie connotate da un elevato livello di tecnicità, potrebbe opportunamente richiedere un intervento della Corte di Giustizia. In questi termini pare difficilmente giustificabile la resistenza della Corte Costituzionale che non procedere al rinvio alla Corte di Giustizia.

III.II.4. *L'interpretazione adeguatrice come esigenza formale dell'ordinamento nazionale.*

Si è tentato fin qui di dimostrare che un'adeguata consi-

ziando l'inidoneità dell'istituto al rapporto di collaborazione che dovrebbe sussistere tra giudici nazionali e giudici comunitari ed all'autonomia del potere giudiziario.

(60) Nel 1985 contro la Germania.

Si segnala che, proprio di recente, la Commissione ha avviato una procedura di infrazione nei confronti della Svezia per il rifiuto da parte dei giudici di ultima istanza di tale Paese di disporre un rinvio pregiudiziale (procedura n. 2003/2161).

(61) Sulla questione della responsabilità dello Stato per inadempimenti o scorrette applicazioni del diritto comunitario da parte della giurisdizioni nazionali di ultima istanza, si attende una decisione proprio nei confronti dell'Italia nella causa C-173/03.

derazione delle norme costituzionali rende doveroso l'esercizio di funzioni comunitarie da parte dei giudici nazionali, e porta a considerare, altrettanto doverosamente, la logica cooperazionistica tra giurisdizioni comunitarie e giurisdizioni nazionali.

In particolare, la rilevanza comunitaria di molte situazioni soggettive di rilievo interno ci ha condotto ad approfondire i rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario sotto il profilo della quotidiana applicazione dello stesso in sede giurisdizionale.

Per quanto concerne l'influenza del diritto comunitario sull'attività giurisdizionale nazionale, si sono prese le mosse dal meccanismo di recepimento del diritto comunitario nel diritto nazionale sviluppatosi, sulle linee della giurisprudenza *Granital*, fino ad individuare in capo al giudice nazionale un dovere di interpretazione adeguatrice del diritto interno al diritto comunitario e, più in generale, agli atti prodotti dalla cooperazione internazionale come la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Si ritiene perciò che, attualmente, anche grazie al combinato disposto degli articoli 101 e nuovo 117 della Costituzione, l'influenza interpretativa del diritto comunitario sul diritto interno (riconosciuta dalla Cassazione anche in situazioni in cui non si tratta di applicare la normativa di fonte sovranazionale, ma di sindacare alla luce del solo diritto nazionale situazioni soggettive di rilievo comunitario) sia particolarmente stringente: l'attività dei giudici nazionali è infatti accresciuta, per espressa volontà del legislatore costituzionale, di un nuovo compito istituzionale, cioè quello di fornire l'interpretazione conforme al diritto Ue, che rispecchi le nozioni rielaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla lettura sistematica del complesso dell'ordinamento comunitario.

Sul piano del diritto amministrativo nazionale, il recepi-

mento, normativo ed interpretativo, degli schemi basilari al diritto amministrativo europeo comporta che i principi del diritto amministrativo europeo, in quanto regole cardine della legittimazione e dell'ambito di operatività del potere amministrativo, debbano essere considerati ed applicati nella fisionomia che essi acquistano in sede europea, così da impegnare i giudici comuni in un'opera di formale adeguamento della legalità dell'attività amministrativa nazionale ai canoni europei.

III.II.5. *Il principio di legalità come guida all'interpretazione del rapporto tra legge ed amministrazione nei casi di dubbia interpretazione.*

Come si è detto, nello svolgere l'attività di conformazione del diritto interno al diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà considerare le esigenze manifestate in sede comunitaria. Nella dinamica giuridica del sistema integrato, formalizzato dall'art. 117 della Costituzione e dell'interpretazione adeguatrice, come voluta dalle Sezioni Unite della Cassazione (62), l'at-

(62) Sul punto si ricorda che il principio della necessaria applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità giurisdizionali nazionali è consolidato nella giurisprudenza della Cassazione; si afferma che i giudici nazionali debbano dare applicazione diretta ed immediata non solo al diritto comunitario scritto nei Trattati e nella normativa derivata, ma anche all'*acquis* comunitario, cioè all'insieme delle regole comunitarie che risultano dalle elaborazioni interpretative effettuate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; perciò è stato sancito nell'ordinamento italiano, anche grazie ad alcune significative prese di posizione della Corte Costituzionale, il principio secondo cui l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia ad una norma di diritto comunitario, che ne determina autoritativamente il contenuto ed il significato, assume la stessa immediata e diretta efficacia delle disposizioni interpretate, perciò tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione delle leggi sono giuridicamente tenuti ad applicare le norme comunitarie con la relativa interpretazione, eventualmente disapplicando le norme interne incompatibili. La vincolatività delle decisioni della Corte di Giustizia per l'interprete nazionale vale sia per le sentenze interpretative, rese cioè in un giudizio instaurato in seguito ad un rinvio pregiudiziale del giudice nazionale, sia per ogni altro tipo di sentenza della Corte di Giustizia che interpreti una normativa comunitaria dotata di effetti diretti. Si veda a proposito, ad esempio, quan-

tività di ogni genere di giurisdizione, sia essa civile, penale o amministrativa, è tenuta a recepire, in ogni livello nazionale, i risultati interpretativi cui si è giunti in sede comunitaria.

Per quanto concerne il sindacato giurisdizionale, qualora si verta in ipotesi in cui l'esercizio di un potere amministrativo abbia a che fare con libertà comunitarie, il giudice amministrativo dovrà tenere conto della natura del rapporto tra norma conferente o disciplinate il potere amministrativo ed azione amministrativa per come intesa dall'ordinamento comunitario. Si ritiene, cioè, che il giudice sia tenuto ad interpretare il diritto interno alla luce del principio comunitario di legalità, regola cardine del diritto amministrativo europeo,

to affermato in Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2006, n. 6909, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 3120; Cass. civ., Sez. lav., 5 maggio 2001, n. 6307, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 928; Cass. civ., Sez. lav., 5 agosto 2000, n. 10316, *ivi*, 2000, 1724; Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 1065, con nota di E. FERRARI; Corte Cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. Cost.*, 1985, I, 694; Corte Cost., ord. 18 aprile 1991, n. 168, *ivi*, 1991, 1409. Segnala l'influenza del diritto comunitario sull'attività dei giudici supremi anche V. ONIDA, "Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, cit., 549; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., 491; A. LA PERGOLA, *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Reg.*, 2001, 854; M.E. BARTOLINI, *La competenza della Corte di Giustizia ad interpretare il diritto nazionale "modellato" sulla normativa comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 311; J.T. LANG, *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, in *Eur. Law. Rev.*, 1997, 4; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, 521.

Si segnala anche l'ordinanza della Corte Costituzionale, ord. n. 62/2003 da cui, già nel 2003, emergeva chiaramente l'influenza delle decisioni della Corte di Giustizia nell'ordinamento interno, nel senso che "i principi enunciati nelle decisioni della Corte di Giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata da parte del giudice nazionale (cfr. ord. n. 255/1999)". L'ovvia conseguenza, sul piano del sindacato di costituzionalità, è che, se nelle more della decisione di costituzionalità di una legge interviene una sentenza della Corte di Giustizia che esamina e risolve la questione di conformità della medesima legge all'ordinamento comunitario, si impone la restituzione degli atti al giudice remittente, perché questi valuti la persistenza della questione di costituzionalità.

secondo le caratteristiche e le specificazioni che sono state illustrate nei capitoli precedenti.

Nel presente paragrafo si dimostrerà che il richiamo al principio di legalità così come percepito nell'ordinamento comunitario è doveroso nei casi di difficile interpretazione, in tutte quelle situazioni, cioè, in cui la difficoltà della soluzione del caso concreto riguardi la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo incidente sulle libertà private protette dall'ordinamento comunitario.

La distinzione tra casi chiari (63) e casi di dubbia interpretazione (64) è certamente artificiosa (65): tutte le questioni

(63) Il termine si trova generalmente riferito in inglese giuridico con l'espressione *clear case* e "refers to a situation of isomorphy in which the applicability of a legal rule or a set of legal rules to certain facts is clear and unproblematic", J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of The European Court of Justice*, cit., 184.

Si noti che l'interpretazione dei casi chiari in cui il significato risultava linearmente dall'applicazione del dato di legge ha dato luogo alla teoria comunitaria detta *acte clair doctrine* che, sostanzialmente, si presenta come l'equivalente comunitario del brocardo *in claris non fit interpretatio*, affermando che laddove un atto, oggetto di sindacato, sia chiaro nel suo senso letterale, non è richiesta alcuna forma di interpretazione. A questo proposito si vadano H. RASMUSSEN, *The European Court's Acte Clair Strategy in C.I.L.F.I.T.; Or, Acte Clair, of Course! But What Does it Mean?*, in *Eur. Law Rev.*, 1984, 242; E. GIRINO, *Portata e interpretazione del diritto comunitario nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Il dir. com. sc. internaz.*, 1985, 567; E. D'ALESSANDRO, *Intorno alla "Théorie de l'acte clair"*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2882; S. FERRERI, *Nella spirale delle fonti di diritto integrate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, II, 103; il *leading case* in materia è costituito dal caso *Cilfit*, 6 ottobre 1982, causa 283/81, in *Racc.*, 3415, in cui, in relazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale, la Corte ha affermato che esso non sussiste nei cosiddetti casi chiari, cioè qualora "la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata", sempre che ciò sia valutato con riferimento alle caratteristiche proprie del diritto comunitario.

(64) Ci si riferisce alla nozione, presente nella letteratura comunitaria e del *common law*, di *hard cases*. Più in generale, sulla nozione di *casi di dubbia interpretazione* si veda ancora J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of The European Court of Justice*, cit., 184: "*hard case refers to those situations where it is not clear what legal sources are to apply to the case at hand or what they mean*", da un punto di vista teorico perciò si giunge ad affermare che "*a hard case usually involves a doubt regarding the formulation of the premisses that lead to a decision in the*

che richiedono l'applicazione del diritto sono questioni dubbie e perciò di difficile interpretazione.

È necessario, quindi, premettere cosa s'intenda per casi di dubbia interpretazione: con tale espressione ci si riferisce a quelle situazioni in cui si prospetta al giudice amministrativo l'applicazione di una norma indeterminata quanto al contenuto e dal campo di applicazione non ben definito, o in cui i concetti sfuggono alla realtà empirica, suscitando dubbi in relazione al significato che debba essere attribuito a talune nozioni impiegate dalle norme, ovvero ancora a quelle situazioni in cui le norme richiamino elementi fattuali che possono o

law (the conclusion of a practical syllogism)", 22. L'Autore evidenzia, inoltre, che la conseguenza della distinzione tra casi chiari e casi di difficile interpretazione equivale alla differenza tra "*cases that can and cases that cannot be decided on the basis of existing legal rules*", 187.

La distinzione tra casi chiari e casi dubbii è presente diffusamente negli studi dei teorici dell'interpretazione del diritto, ciascuno dei quali opta per una pluralità di definizioni variamente articolate. Si pensi, per esempio, a J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, che distingue gli "*unregulated cases*" dai "*regulated cases*"; J.W. HARRIS, *Law and Legal Science*, Oxford, 1979, spec. capitolo 1; J. WRÓBLESKI, *Legal Language and Legal Interpretation*, in *Law and Philosophy*, 1985, 4; J. MERTENS DE WILMARS, *Reflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Chaires du Droit Européen*, 1986, 22.

(65) Segnalano in maniera esemplare le complessità di ogni attività interpretativa volta ad estrarre la norma da applicare al caso concreto *ex multis*, H.L. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 145 ss.; C. PERELMAN, *Logique juridique*, 1976; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; C. FARALLI-E. PATTARO (a cura di), *Reason in Law*, Milano, 1987; J. SCHWARZE, *The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law among the Member States*, Baden-Baden, 1988; J. BENOÛT-XEA, *The Legal Reasoning of The European Court of Justice*, cit., spec. cap. 5, 6, 7, 141 ss., ivi l'Autore, dopo aver inquadrato il fenomeno dell'interpretazione come attività giurisdizionale inerente all'ambito delle *Legal Justifications*, che consistono nel dare *legally good reasons* a supporto di una determinata decisione specifica che "*interpretation is endemic to communication and there is always some form of interpretation present in law as a form of normative communication; but it might be useful to make a distinction between different stages or levels of interpretation*"; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, spec. p. 15 e 101 ss.; ID., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, cap. XXIV. G. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; V. ITALIA, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Milano, 2000.

devono essere reinterpretati o ricostruiti sulla base di considerazioni relative alla fattispecie oggetto del giudizio.

Riferendo i problemi interpretativi appena evidenziati all'ambito della giustizia amministrativa, quando i giudici amministrativi si avvedono di un vuoto normativo, o di una vaghezza intrinseca al dato di legge applicabile, si tratta spesso di verificare l'ampiezza dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione. In siffatte ipotesi, il dubbio interpretativo si traduce in un'incertezza relativa alla legittimità dell'operato dell'azione amministrativa dovuta alla difficoltà di accertare i fatti posti alla base del provvedimento adottato, piuttosto che all'incerto significato da attribuire ai concetti applicati dell'amministrazione (66) o, infine, alla incertezza circa l'ampiezza dei poteri, regolatori o meno, *ex lege* attribuiti al soggetto pubblico.

Nei casi di dubbia interpretazione, come testimoniano anche le fluttuazioni degli orientamenti giurisprudenziali, accade che, per determinare il significato di una precisa espressione linguistica, sia necessario compiere delle valutazioni. Proprio per evitare che tali valutazioni conducano a soluzioni arbitrarie, laddove il sindacato verta su casi che non possono essere risolti tenendo presente esclusivamente i dettati di legge, ma che richiedono un'impostazione sistematica ampia, il richiamo di principi riassuntivi dei valori essenziali al sistema di riferimento consente di ottenere la soluzione interpretativa

(66) Sul tema dell'interpretazione giuridica e con particolare riferimento alle questioni poste dal diritto amministrativo si veda anche L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 63 ss.

Più in generale si rinvia agli studi di G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1959; C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972; W. TWINING-D. MIERS, *Come far cose con le regole: interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; J. DERRIDA-G. VATTIMO, *Diritto, giustizia e interpretazione: annuario filosofico europeo*, Roma, 1998; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999.

meglio compatibile con i lineamenti sistematici del settore considerato, in quanto espressiva di valori oggettivati nell'ordinamento. Pare perciò opportuno risolvere i dubbi interpretativi insorti riferendosi al principio di legalità dell'azione amministrativa, di cui è stata riconosciuta ed accertata la centralità. Si dimostrerà che tale principio, nella percezione che di esso ha l'ordinamento comunitario, rileva in chiave risolutiva tutte le volte in cui il giudice nazionale abbia a giudicare della legittimità di un'azione amministrativa che incida su posizioni di derivazione comunitaria.

Nelle ipotesi predette, utilizzando la concezione comunitaria della legalità amministrativa come criterio guida alle operazioni ermeneutiche svolte dal giudice interno, si rispetterà la logica del coordinamento funzionale tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario e, sempre dal punto di vista dogmatico, si terrà conto della comunitarietà della più parte delle situazioni soggettive private. Quindi, per quanto concerne una buona parte delle questioni interpretative che sorgono dall'applicazione del diritto amministrativo nazionale, il principio di legalità che, nel significato assunto in sede europea, specifica le finalità che le autorità amministrative debbono perseguire nel contesto istituzionale della missione specifica loro affidata, ed è funzionale alla tutela della concorrenza ed all'effettivo godimento delle libertà comunitarie, assurge a criterio di interpretazione.

Il modo in cui il richiamo al principio di legalità indirizzerebbe l'interpretazione (67) è di duplice tipo, sia sistematico (68) sia teleologico (69).

(67) Sui criteri interpretativi utilizzati dalla Corte di Giustizia si veda, tra tutti, J. BENOÏT, *The Legal Reasoning of The European Court of Justice*, cit., 233. L'Autore distingue tra criteri di interpretazione di primo livello, che afferiscono al criterio di interpretazione letterale (si tratta dell'interpretazione contestuale e basata sull'ambito d'applicazione della norma) e criteri interpretativi di secondo livello, che consentono di realizzare un'interpretazione estensiva. La ricostruzione de-

I criteri di interpretazione sistematica sono utili alla risoluzione dei casi di dubbia interpretazione delle norme di leg-

gli strumenti ermeneutici operata nel testo segnalato è particolarmente interessante, tra l'altro, in quanto si occupa diffusamente della problematica dell'interpretazione del diritto nei cosiddetti *Hard cases*: per risolvere i quali si ipotizza il ricorso ai seguenti canoni interpretativi: *semiotic or linguistic arguments* ("legal acts are seen as special types of speech-act, and semiotic criteria are drawn from the locutionary and illocutionary force of those acts in order to interpret their meaning for legal purposes", 234) 234-240; *systematic and contextual criteria* ("the main idea of context-establishing arguments is that a legal provision is properly understood only when it is placed in a wider context whence one obtains the sedes materiae criterion") 240 ss; *dynamic* ("teleological, functional or consequentialist arguments", 251 ss.).

(68) I principi dell'interpretazione sistematica sono ben chiariti e sviluppati dalla Corte di Giustizia proprio al fine di risolvere i dubbi interpretativi che sorgono in sede nazionale e che portano a profilare delle situazioni di incompatibilità tra il diritto degli Stati e quello dell'Unione, sul punto cfr., tra le più recenti, le seguenti decisioni della Corte di Giustizia: C-103/96, in *Racc.*, 1997, I-1465; C-110/95, in *Racc.*, 1997, I-3260; C-285/94, in *Racc.*, 1997, I-3531; C-330/95, in *Racc.*, 1997, I-3808; C-334/95, in *Racc.*, 1997, I-4528; C-83/96, in *Racc.*, 1997, I-5005; C-152/95, in *Racc.*, 1997, I-5437; C-165/95, in *Racc.*, 1997, I-5554; C-346/96, in *Racc.*, 1998, I-352; C-308/97, in *Racc.*, 1998, I-7690; C-250/97, in *Racc.*, 1998, I-8747; C-349/96, in *Racc.*, 1999, I-988; C-6/98, in *Racc.*, 1999, I-7610; C-208/98, in *Racc.*, 2000, I-1754; C-420/98, in *Racc.*, 2000, I-2860; C-348/98, in *Racc.*, 2000, I-6724. E più di recente, Corte di Giustizia, 8 giugno 2006, in C-106/05, *L.u.p.*, in *www.curia.eu.int*; Tribunale, 18 ottobre 2005, in T-60/03, *Regione sicilia c. Commissione*, *ivi*; conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi presentato il 18 gennaio 2007, in C-127/05, *Commissione c. Regno Unito*.

L'interpretazione sistematica è un criterio ben accolto anche dalla nostra giurisprudenza Suprema della Corte di Cassazione nell'esercizio del suo potere nomofilattico e, parimenti, compare ampiamente nella giurisprudenza amministrativa. Perciò il richiamo a detto principio per dare piena applicazione al principio di legalità non comporterebbe uno stravolgimento degli impianti utilizzati dai giudici nazionali, ma, più semplicemente, importerebbe una valorizzazione di strumenti già esistenti. Cfr., tra le più recenti, sull'interpretazione sistematica come intesa dai giudici nazionali, Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2000, n. 8239, in *Vita Not.*, 2000, 1423; Cass. civ., Sez. Un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, I, 502; Cass. civ., Sez. Lav., 5 maggio 2001, n. 6324, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 931; Cass. civ., Sez. Lav., 17 gennaio 2001, n. 628, *ivi*, 110; Cass. civ., Sez. III, 21 dicembre 2001, n. 16177, *ivi*, 2202; Cass. civ., Sez. I, 24 gennaio 2002, n. 787, *ivi*, 2002, 120; Cass. civ., Sez. Trib., 14 maggio 2002, n. 6937, *ivi*, 832; Cass. civ., Sez. III, 6 maggio 2002, n. 6879, *ivi*, 2003, f. 5; Cass. civ., Sez. lav., 6 giugno 2003, n. 9132, in *Foro it.*, 2003, I, 2997; Cass. civ., Sez. lav., 7 gennaio 2004, n. 47, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 1; Cass. civ., Sez. lav., 14 ottobre 2005, n. 19900, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 10; Cass. civ., Sez. trib., 24

ge e, per definizione, costituiscono un secondo stadio ermeneutico, che segue all'applicazione dei criteri di stretta interpretazione letterale. Tali criteri ricomprendono quegli indici seguendo i quali viene individuata l'interpretazione che meglio si adatta ad armonizzare la decisione del caso concreto con i riferimenti concettuali che descrivono le singole unità costitutive del sistema preso a riferimento.

febbraio 2006, n. 4235, *ivi*, 2006, 2; Cass. civ., Sez. lav., 19 aprile 2006, n. 9063, *ivi*, 2006, 4; Cass. civ., Sez. trib., 21 aprile 2006, n. 9452, *ivi*, 2006, 4.

Cons. St., Sez. IV, 22 dicembre 1998, n. 1853, in *Giur. It.*, 1999, 1077; Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 1998, n. 1161, in *Rass. Adv. St.*, 1998, I, 458; Cons. St., Sez. V, 21 luglio 1999, n. 871, in *Com. d'It.*, 2000, 257; Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2000, n. 327, in *Foro Amm.*, 2000, 74; Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2002, n. 657, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 449; Cons. St., Sez. VI, 5 settembre 2002, n. 4477, *ivi*, 2125; Cons. St., Sez. VI, 11 settembre 2002, n. 4607, *ivi*, 2139; Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 107, *ivi*, 2003, 194; Cons. St., Sez. IV, 20 maggio 2003, n. 2721, *ivi*, 2003, 1560; Cons. St., Sez. IV, 20 maggio 2003, n. 2721, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 1560; Cons. St., Sez. IV, 19 ottobre 2004, n. 6714, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 2829.

(69) Il richiamo all'interpretazione teleologica pure è presente costantemente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, e si confonde spesso con il principio dell'effetto utile: entrambi sono impiegati allo scopo di favorire la realizzazione dello scopo per cui la singola disposizione è inserita nell'ambito di uno specifico progetto della politica comunitaria; la prima è riferita al complesso delle norme dell'area di intervento comunitario cui la norma si riferisce, il secondo si deriva dalle finalità della singola normativa intesa come *corpus unitario* con riferimento a quanto scritto nei vari *considerando*. Con espreso riferimento all'interpretazione teleologica, si vedano, *ex multis*, le decisioni delle seguenti cause: C-181/96, in *Racc.*, 1999, I-406 s.; C-349/96, in *Racc.*, 1999, I-988; C-360/97, in *Racc.*, 1999, I-1931; C-260/97, in *Racc.*, 1999, I-3720; C-374/97, in *Racc.*, 1999, I-5163; C-231/97, in *Racc.*, 1999, I-6362; C-6/98, in *Racc.*, 1999, I-7612; C-420/98, in *Racc.*, 2000, I-2860; C-301/98, in *Racc.*, 2000, I-3592; C-273/98, in *Racc.*, 2000, I-3898; C-348/98, in *Racc.*, 2000, I-6724; C-288/96, in *Racc.*, 2000, I-8282; C-235/00, in *Racc.*, 2001, I-10244. E, più di recente, V. conclusioni avvocato generale D. Ruiz Jarabo Colomer presentate il 13 febbraio 2007, in C-112/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in www.curia.eu.int; Tribunale 5 aprile 2006, in T-351/02, *Deutsche bahn c. Commissione*; Corte di Giustizia, 26 gennaio 2006, in C-533/03, *Commissione c. Consiglio*.

E nella giurisprudenza nazionale: Cons. St., Sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7376, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 3691; Cons. St., Sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2005, 875; Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2005, n. 10874, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. civ., Sez. II, 25 giugno 2005, n. 1428, *ivi*, 2005, 1; Cass. civ., Sez. Trib., 7 gennaio 2004, n. 10, *ivi*, 2004, 1.

Considerando l'ambito del diritto amministrativo sostanziale, le unità costitutive del sistema di riferimento, che forniscono, in fase interpretativa, gli indici della interpretazione sistematica, sono tutti gli elementi che costituiscono la base dei concetti giuridici del diritto amministrativo, come la nozione di organo, quelle di potere, di norme attributive del potere, di procedimento, di situazione giuridica soggettiva.

Dal punto di vista sistematico, quindi, l'impiego del principio di legalità come criterio di interpretazione consentirebbe di prendere le mosse dal concetto esplicativo della posizione che l'amministrazione viene ad assumere all'interno dell'ordine giuridico considerato, tenendo conto degli equilibri tra i poteri istituzionali.

Dal punto di vista teleologico, invece, la regola della soggezione dell'amministrazione alla legge nel diritto amministrativo comunitario, essendo legata alla protezione del godimento delle libertà private ed alla prevenzione di eventuali scelte arbitrarie ed imprevedibili da parte delle amministrazioni, permetterebbe di cogliere quello che nel capitolo II è stato inteso come il *proprium* del significato comunitario di legalità amministrativa.

Perciò l'utilizzo del principio di legalità come criterio interpretativo teleologico/sistematico avrebbe il pregio di collocare i singoli episodi di manifestazione del potere amministrativo nel complesso delle interrelazioni tra azione amministrativa, missione istituzionale e diritti comunitari. In sostanza, quindi, il metodo di interpretazione qui ipotizzato sarebbe in grado di realizzare, a livello nazionale, l'effetto utile delle norme comunitarie, attraverso la mediazione logica dell'interpretazione del diritto interno: infatti, il sindacato giurisdizionale, svolto applicando la nozione comunitaria di legalità dell'azione amministrativa, dovrebbe offrire pieno riconoscimento agli obiettivi comunitari, considerando anche gli in-

teressi comunitari cui anche l'azione pubblica risulta strumentalizzata.

Ciò chiarito, si possono certamente ascrivere alle situazioni problematiche dal punto di vista interpretativo la gran parte delle questioni che sorgono nell'abbondante contenzioso relativo all'attività svolta dalle autorità indipendenti che agiscono in ambiti economici particolarmente sensibili al valore comunitario della concorrenza e sulla base di norme a contenuto tecnico-scientifico (70).

(70) Se è indiscussa la tecnicità dell'attività svolta da questi soggetti, atipici rispetto al modello tradizionale di amministrazione come risulta dal testo costituzionale, si discute, invece, della natura giuridica dei medesimi e, in particolare, si affronta l'alternativa di qualificarli come autorità amministrative o come autorità paragiurisdizionali.

Sulla natura di questi soggetti, dotati principalmente di compiti di regolazione, molto è stato scritto specialmente nell'ultimo decennio da parte della nostra dottrina; *ex multis* si rinvia agli scritti più recenti, C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988, 549; G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 1991, 3; M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 104; F. BASSI-F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; A. PERINI, *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1994, 69; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1995; S. CASSESE-C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1996, 1; M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Dir.*, IV, Roma, 1996; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, 130; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1997; G. AMATO, *Autorità semindipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 645; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina Antitrust*, Milano, 1998; G. GHETTI, *Autorità amministrative indipendenti e amministrazione tradizionale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 443; F. SEVERI (a cura di), *Le autorità indipendenti. Aspetti problematici*, Milano, 1998; F. MERUSI, A. MASSERA, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000; R. TITOMANLIO, *Autorità e indipendenza delle autorità: profili organizzativi*, Milano, 2001; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, 19; F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, in *Dir. Amm.*, Bologna, 2001; spec. 598 ss.; G.P. CIRILLO, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. St.*, 2002, II, 71; G. PERICU, *Brevi note in tema di*

A questo riguardo si nota che, a livello nazionale, realizzano gli obiettivi della concorrenza principalmente le varie autorità indipendenti, preposte, a partire dagli anni '90, alla regolazione dei mercati, proprio al fine di garantire la liberalizzazione voluta dal diritto europeo.

Queste autorità cioè, hanno la missione di vigilare sull'effettivo godimento di quelle libertà su cui l'ordinamento comunitario si fonda. Ne segue che il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, che svolgono funzioni di regolazione dei mercati e di tutela della concorrenza e, quindi, incidono su libertà comunitarie, acquista un significato fondamentale sul piano della ricezione nazionale delle istanze comunitarie e perciò, sul piano del recepimento del diritto comunitario nel diritto interno e, più in generale, sul piano della omogenea applicazione del diritto di fonte sovranazionale nei sistemi integrati degli Stati membri.

È necessario, quindi, individuare un modo di risoluzione della questione topica del sindacato degli atti di questi soggetti che rispecchi il principio comunitario di legalità.

Riflettendo sul nucleo essenziale del diritto comunitario, la dottrina (71) ha sottolineato che il principio di legalità implica la concorrenzialità dei mercati, valore inequivocabilmente

efficienza e doverosità dell'azione amministrativa, in *Studi in onore di U. Pototschnig*, Milano, II, 2002, 923; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Tratt. Dir. Amm.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 310 ss.; S. PIAZZA, *Nuovi orientamenti in materia di Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova Rass. Leg. Dottr. Giur.*, 2003, 9; V. VANACORE, *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, in *Giur. It.*, 2003, 856; V. MILANI, *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 37; A. ARGENTATI, *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 1199; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; E.L. CAMILLI, *Verso un modello generalizzato di sindacato sui poteri neutrali?*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 3564; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006; D. IELO, *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, in *Amministrare*, 2006, 205.

(71) Così, da ultimo ed in maniera molto persuasiva, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., 2006.

te espresso nelle leggi istitutive delle Comunità europee. Le norme comunitarie, cioè, hanno l'obiettivo principale di fornire riconoscimento, protezione e tutela alle libertà di circolazione di merci, servizi e capitali.

III.II.6. *Il principio di legalità nel sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti.*

Il problema della sindacabilità degli atti, o più in generale dell'attività di suddette autorità è particolarmente sentito in dottrina (72), ove la tematica si confonde con quella della

(72) Come ovvio, la bibliografia sul tema del sindacato sugli atti di discrezionalità tecnica è molto ampia, perciò si rinvia tra tutti agli scritti qui tenuti maggiormente in considerazione; a partire dalle imprescindibili opere di C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1960; e dello stesso *Note sul potere discrezionale*, in *Scritti giuridici*, Milano, III, 1972, 997; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, vol. XIII; F. LEVI, *L'attività conoscitiva delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 371; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici delle amministrazioni*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, II, 1987, 403.

Anche alla luce dei recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa che, a partire dal 1999 si è dimostrata più invasiva nel sindacato sui poteri del tipo in analisi, cfr., S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, *ivi spec.* C. MARZUOLI, 71 ss.; E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. Econ.*, 1998, 503; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 739; G.F. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità Antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 999; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80; M. RAMAJOLI, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione del-*

sindacabilità della c.d. discrezionalità tecnica (73) e non può ancora dirsi totalmente risolto in giurisprudenza (74), laddo-

l'importazione di energia elettrica, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 282 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti, tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 3858; G. CORSO, *Diritti soggettivi e atti amministrativi nel contenzioso con le autorità indipendenti*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 1291; G. FARES, *Il controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, in *Studium Iuris*, 2002, 581; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2002, 181; R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 792; F. ANGNINO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, in *Urb. e App.*, 2003, 454; M. DI CAGNO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, *ivi*, 460; R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, 170; M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3133; A. LALLI, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 361; F. LIGUORI, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2003, 601; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 983; M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 330; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA, Torino, 2006, 265; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 80.

(73) In giurisprudenza è chiaro che "si muove certamente sul piano della discrezionalità tecnica l'Amministrazione quando valuta se un candidato può o no considerarsi fisicamente idoneo all'impiego al quale aspira; se una certa sostanza è o non è nociva, agli effetti dell'applicazione delle misure predisposte a tutela dell'aria e dell'acqua; se un certo rumore supera la soglia oltre la quale può costituire fonte di rischio per la salute pubblica (...). D'altro canto è principio ormai acquisito non solo nella giurisprudenza del giudice amministrativo, ma anche nella più attenta dottrina che nella discrezionalità tecnica la facoltà di apprezzamento dell'Amministrazione non risulta affatto eliminata, sicché sarebbe erroneo identificare gli atti di discrezionalità tecnica con quelli vincolanti e ritenere che i primi incidano su diritti soggettivi e, come tali, ricadano nella giurisdizione del giudice ordinario", così in *Cons. St.*, Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Giur. It.*, 1997, III, 1, 350.

(74) Invero, una recente decisione del Consiglio di Stato, mettendo in atto un tipo di sindacato uniformato a quello svolto dalla Corte di Giustizia sui provvedimenti della Commissione, ha chiarito efficacemente quali siano i punti fermi della giurisprudenza a riguardo della natura e della invasività del sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle autorità indipendenti: 1) i fatti posti a fondamento dei provvedimenti delle autorità possono senza dubbio essere piena-

ve si rinvencono ancora degli orientamenti non uniformi (75). Il tipo di attività svolta dalle Autorità indipendenti si basa su

mente verificati dal giudice amministrativo sotto il profilo della verità degli stessi e ciò presuppone la valutazione degli elementi addotti dall'autorità; 2) il sindacato del giudice sugli atti di natura tecnica non comporta un potere sostitutivo tale da sovrapporre alla valutazione dell'amministrazione una nuova valutazione del giudice; 3) il giudice amministrativo può censurare le valutazioni tecniche attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica; 4) tuttavia, la tutela offerta non deve limitarsi ad un controllo estrinseco ma deve consentire un controllo intrinseco sull'attività svolta dall'amministrazione che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine; 5) questo tipo di sindacato si giustifica per la particolare natura degli interessi deferiti alle autorità di regolazione; Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926. Se i traguardi segnati da questa decisione dovessero assestarsi la problematicità del sindacato sulle scelte discrezionali tecniche sarebbe di molto ridotta.

Si tenga conto che, con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica, la giurisprudenza amministrativa, partendo da una regola base secondo cui il controllo sulla discrezionalità tecnica veniva limitato al mero controllo formale della correttezza dell'attività amministrativa (cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 6 novembre 1997, n. 1608, in *Foro Amm.*, 1997, 3096; Cons. St., Sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Cons. St.*, 1996, I, 1883), ha poi visto affermarsi un principio evolutivo ancora oggi in cerca di una soluzione ottimale per garantire il privato senza invadere il potere di competenza delle diverse autorità (principio evolutivo iniziato con la sentenza Cons. St., Sez. VI, 1999, n. 601, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 182, con nota di M. DELSIGNORE, stando alla quale "Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza quanto a criterio tecnico ed al procedimento applicativo"). Cfr. anche Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Foro Amm.*, 2003, 230, con nota di A. LALLI; Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Giur. Comm.*, 2003, II, 170, con nota di R. CARANTA. Non mutano di molto l'impostazione iniziale le decisioni più recenti V.: Cass. Sez. Unite, 20 luglio 2003, n. 11632, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 2175; T.A.R. Lazio, Sez. I, 23 marzo 2004, n. 2715, in *Rass. Dir. Farmaceutico*, 2004, 1260; T.A.R. Liguria, Sez. II, 4 febbraio 2005, n. 157, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 372.

Con riferimento specifico al sindacato dei provvedimenti delle autorità indipendenti e, segnatamente, dell'Antitrust, il Consiglio di Stato ha affermato, in via generale che "va premesso che i provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono sindacabili, in giudizio, per vizi di legittimità, e non di merito. Purché si rimanga nell'ambito dei vizi di legittimità, *il sindacato giurisdizionale non incontra limiti*, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e violazione di legge, anche in relazione a quello di eccesso di potere in tutte le sue forme. Allorché peraltro viene dedotto avverso i provvedimenti dell'Autorità il vizio di eccesso di potere, il giudice nell'ambito del suo

valutazioni prevalentemente economiche e su soluzioni di tipo tecnico (76), che rendono poco adatto e non molto efficace il sindacato tradizionale svolto dal giudice amministrativo, modellato sull'azione amministrativa intesa come valutazione comparativa di diversi interessi pubblici (77).

sindacato circoscritto alla sola legittimità dell'atto e non esteso al merito delle scelte amministrative, può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità, e a questa riservate", così Cons. St., Sez. VI, 17 febbraio 1999, n. 172, causa Panini, in *Foro Amm.*, 1999, 395; Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2000, n. 1348, causa Italcementi, in *Foro Amm.*, 2000, 933; Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671, causa Caldaie a gas, in *Foro Amm.*, 2001, 625; T.A.R. Lazio, Sez. I, 21 settembre 2001, n. 7433, causa Strem/Tele +, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2843, con nota di F. SEBASTIO; Cons. St., Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, causa Rc auto, in *Foro It.*, 2002, III, 482; Cons. St., Sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, causa Coca Cola, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 1808; Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, causa Enel Trade, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 230, con nota di A. LALLI; Cons. St., Sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5252, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 2584; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 13 novembre 2006, n. 2164, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3448; T.A.R. Puglia, Sez. Bari, Sez. II, 27 dicembre 2006, n. 4579, *ivi*, 3977; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1° febbraio 2007, n. 763, *ivi*, 2007, 526; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 12 febbraio 2007, n. 131, *ivi*, 667.

(75) Questo appare chiaramente anche dall'impostazione problematica di questo tema fornita dal Presidente del Tar Lazio, Pasquale de Lise in occasione della Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2007, pubblicata in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 345 ss. che evidenzia la ricerca di un difficile equilibrio nel sindacato giurisdizionale effettuato, nello specifico, dal Tar del Lazio sulle Autorità indipendenti. La necessità urgente e sentita è quella di procedere ad un sindacato "peculiare" ed "equilibrato".

(76) Ivi si ricomprendono anche i casi in cui le norme, attraverso l'impiego di clausole generali, affidano all'amministrazione il compito di effettuare dei giudizi di valore caso per caso, cfr., B. TONOLETTI, *L'accertamento autonomo*, Padova, 2001, 122 ss.; l'Autore ritiene che "devono essere considerate indeterminate le fattispecie nella descrizione delle quali sia contenuto un giudizio di valore rispetto a cui debba essere di volta in volta stabilito se e quali circostanze concrete siano tali da integrarne gli estremi (...). Nelle fattispecie indeterminate l'elasticità applicativa diviene il tratto caratterizzante, laddove in quelle determinate si presenta come margine rispetto alla predominanza del nucleo stabile di certezza applicativa". Sempre secondo l'Autore, rientrano nel rango delle fattispecie indeterminate gli artt. 2, 3 e 15 della l. 287 del 1990. Si noti che le fattispecie indeterminate devono essere tenute distinte dalla fattispecie incompiute, in cui l'attività dell'amministrazione è orientata solo dallo scopo della disposizione.

(77) Resta da rimarcare, comunque, il carattere impugnatorio del processo

Il contrasto che si registra sul tema del sindacato delle valutazioni tecniche ruota, come noto, attorno al polo della sindacabilità piena e diretta dell'attività amministrativa o piuttosto della sindacabilità esterna ed indiretta della stessa, e vede assestarsi su posizioni ancora divaricate dottrina e giurisprudenza.

Non vi è spazio, in questo saggio, per una disamina completa delle numerose e differenti prese di posizione sull'argomento, per cui si rinvia ai riferimenti in nota ed ai cenni, necessariamente sintetici, che seguono.

La questione, invero, è più questione di diritto sostanziale che processuale: si tratta, infatti, di verificare se ed in che modo le nozioni tecniche, afferenti spesso alla scienza economica, siano in grado di costituire valutazioni prevedibili, oggettive e, quindi, ripetibili dal giudice.

Così impostata la problematica, la difficoltà di risolvere

amministrativo. Questa questione, di natura processuale, ha importanti conseguenze sul piano del sindacato nei confronti dei provvedimenti delle autorità di regolazione. S'intende dire cioè che, restando il processo amministrativo incentrato su di un ricorso avverso un atto di un soggetto pubblico, i poteri del giudice restano costretti nell'ambito delle censure sollevate dal ricorrente che concernono l'episodio di esercizio dell'attività amministrativa contestato, perciò l'autorità giudicante non potrà che prendere le mosse dall'analisi del provvedimento impugnato e dai fatti posti a suo fondamento, senza che possano trovare spazio, a meno di una modifica processuale che riformi la struttura e cambi l'oggetto del processo amministrativo, quelle ricostruzioni che vorrebbero un sindacato sul rapporto che prescindano *in toto* dal provvedimento impugnato e dall'istruttoria svolta dall'autorità amministrativa.

Il fatto che il processo amministrativo italiano si presenti come un processo impugnatorio a critica vincolata non costituisce un *unicum* del nostro sistema giuridico: si consideri, infatti, che anche l'art. 230 del Trattato Ce prevede che la Corte di Giustizia eserciti un controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni comunitarie attraverso l'esercizio di una tipica azione di annullamento in cui si chiede di accertare la violazione delle regole di competenza, delle forme sostanziali e di altre regole di diritto comunitario nonché dello sviamento di potere. Questo per dire che le critiche di inefficienza volte contro il sistema impugnatorio dovrebbero spingersi oltre al mero pregiudizio concernente la forma della giustizia amministrativa italiana che non è, come prova l'art. 230 del Trattato, un'esperienza isolata.

il problema interpretativo con una posizione generale e la conseguente disomogeneità degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa provocano un'incertezza che spesso si tramuta in un danno alle situazioni dedotte in giudizio che, si badi, sono spesso di rilievo comunitario.

Come si è anticipato, infatti, l'azione delle Autorità garanti, nate in seguito ad un preciso disegno di liberalizzazione di matrice comunitaria, conserva la protezione di istanze di tutela individuale delle libertà economiche, il cui ambito privilegiato è senza dubbio quello descritto dai Trattati e dalla normativa comunitaria derivata. Perciò, la casistica afferente al contenzioso economico che coinvolge l'espressione del potere delle Autorità Indipendenti descrive uno dei casi in cui l'influenza interpretativa del diritto comunitario sul diritto amministrativo interno non può essere trascurata (78).

A questo proposito, si intende dimostrare che il meccanismo di adattamento interpretativo del diritto nazionale al diritto comunitario attraverso l'impiego del concetto comunitario di legalità dell'azione amministrativa contribuirebbe a portare chiarezza nelle incerte soluzioni interpretative che caratterizzano la nostra giurisprudenza (79).

Il richiamo al principio di legalità e il suo utilizzo come criterio di interpretazione sistematica, consentirebbe di individuare una possibile soluzione al dibattito relativo al sindacato del giudice amministrativo sull'attività conoscitiva di tipo tecnico-economico.

Infatti, adottando una logica formale che faccia riferimento al linguaggio normativo ed alla relazione tra legge po-

(78) Sul tema del sindacato nei confronti delle Autorità indipendenti sono particolarmente preziose, anche a completamento di quanto sin qui esposto, si rinvia alle preziose pagine di R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., spec. 122 ss.

(79) Per gli ampi riferimenti alla giurisprudenza sia consentito rinviare a R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 129 ss.

sitiva, principi comunitari, e potere amministrativo *esercitando*, si eviterebbe di ricorrere a prese di posizione ascrivibili al campo della politica del diritto e, quindi, opinabili, come frequentemente accade, su questo tema, alla dottrina italiana.

Il pregio di una tale impostazione consiste, inoltre, nel fatto che il principio di legalità ed il ruolo che esso assume come principio sintetico dei valori espressi nell'ordinamento comunitario, consentirebbe di impostare la questione della sindacabilità delle decisioni amministrative che diano applicazione di concetti tecnici o di norma vaghe (80), riferendosi agli schemi concettuali dell'ordinamento in cui le libertà economiche vengono enunciate, ovverosia l'ordinamento comunitario (81).

Per capire come questa impostazione incida sul sindacato del giudice amministrativo, è opportuno preliminarmente ricordare i lineamenti essenziali della funzione giustiziale.

Come già ricordato in questo capitolo, il giudice amministrativo, come ogni giudice comune, per il disposto di cui al-

(80) Un'impostazione per certi versi simile è quella tenuta da L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., spec. 103 ss.; l'Autore precisa che "nell'affrontare il tema del potere discrezionale, si è avuto cura di collocarlo nel più ampio capitolo della comprensione attraverso il linguaggio, sulla scia di alcuni recenti orientamenti dell'ermeneutica contemporanea, tendenti ad eliminare la dicotomia tra operazioni meramente ricognitive di significati ed altre attributive di senso, cogliendo viceversa il rapporto con la tradizione per i tramite di quel meccanismo di precomposizione, messo al centro dell'operazione di interpretazione dei testi normativi".

(81) Peraltro, le peculiarità del rapporto tra legge ed amministrazione che connota l'attività delle autorità di regolazione si è notato anche con riferimento esclusivo alle norme dell'ordinamento interno: "il rapporto tra legge ed amministrazione assume o potrebbe assumere connotati in parte diversi da quelli consueti, allo scopo di non comprimere la *piena autonomia* e la *indipendenza di giudizio e di valutazione*, riconosciuta a tali soggetti dall'art. 2, comma 5 della legge 14 novembre 1995, n. 481. Però, questa particolare connotazione soggettiva non deve portare a legittimare l'esistenza di poteri totalmente liberi, cui non si accompagni la benché minima prescrizione delle loro finalità e condizioni di esercizio, specie allorché si ha a che fare con posizioni di privati che traggano fondamento da una disposizione costituzionale", M. RAMAJOLI, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione di energia elettrica*, cit., 2001, 280.

l'art. 101 della Costituzione, è soggetto alla legge e soltanto ad essa, cioè è tenuto a dare applicazione al paradigma normativo che rileva nel caso di specie e che, per quanto ci interessa, descrive le norme cui è riconducibile la condotta dell'amministrazione nel caso dedotto in giudizio. Questa attività si basa principalmente sull'interpretazione dei dati di legge per accertarne la corretta applicazione da parte dei soggetti in causa.

Tuttavia, quando si tratta di sindacare la corretta applicazione del diritto amministrativo sostanziale da parte dei soggetti pubblici che operano in campo economico, l'attività interpretativa si complica per la presenza nella legislazione di concetti che si prestano ad interpretazioni diverse, a cui manca un riscontro oggettivo inequivoco (82). In questi casi, l'interpretazione cessa di essere un fenomeno esclusivamente normativo basato sul significato dei segni linguistici e del linguaggio impiegato.

In sostanza, il tipo di attività esercitata dalle Autorità Indipendenti necessariamente prevede l'applicazione di con-

(82) Invero, il tipo di sindacato svolto dal giudice è fortemente condizionato dal tipo di attività svolta dalle *Authorities*, perciò occorre tenere conto del fatto che le diverse autorità, cosiddette indipendenti, che operano nel nostro ordinamento devono ben essere tenute differenziate sia sotto il profilo dell'attività svolta sia sotto quello del sindacato cui assoggettare i rispettivi provvedimenti. Perciò ogni generalizzazione contenuta nel testo ha un intento esemplificativo e non intende eliminare le citate differenze. In particolare, si nota che alcune di queste autorità svolgono funzioni tipicamente amministrative, quali l'esercizio del potere tariffario, del potere di indirizzo politico-economico, del potere di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni all'utenza e della qualità del servizio (si pensi all'Autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali), e, quindi, il sindacato sui provvedimenti emessi nell'esercizio di tali funzioni si configura come un sindacato sull'attività discrezionale genericamente intesa. Altre, invece, come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, svolgono prevalentemente un'attività di accertamento e di qualificazione dei fatti e comportamenti in termini di illiceità, tanto che in dottrina si è prefigurata l'ipotesi di trattarle come autorità paragiurisdizionali (M. CLARICH). Queste ultime, svolgono sia funzioni di accertamento tecnico in applicazione di concetti giuridici indeterminati (cfr., artt. 2 e 3, l. 287/90), sia funzioni tipicamente discrezionali (cfr. art. 4, comma 2, l. 287/90) perciò il sindacato giurisdizionale si muove tra vizi formali e vizi sostanziali.

cetti che non sono suscettibili di una precisa determinazione nelle norme di legge ma che, al contrario, comportano valutazioni non suscettibili di esatta e matematica trasposizione dal piano del diritto a quello del fatto (83).

L'indeterminatezza dei concetti, o per chi volesse, l'opinabilità delle valutazioni tecniche o dei presupposti economici implica una scomposizione dell'attività amministrativa in segmenti di accertamento suscettibili di un controllo di tipo oggettivo, in quanto ripetibili e vincolati, e in segmenti che esprimono le scelte del soggetto titolare del potere in campo economico, opinabili e non suscettibili di un riscontro oggettivo univoco (84).

In occasione delle singole operazioni interpretative, cioè, sono coinvolti dei profili vincolati, rispetto ai quali il giudice può facilmente riscontrare la corrispondenza tra esercizio del potere amministrativo e legittimità dei suoi presupposti, e profili di vaghezza, in relazione ai quali si pone l'alternativa di un sindacato interno che riguardi il merito delle scelte effettuate o di un sindacato esterno che constati la ragionevolezza dell'azione amministrativa e delle scelte da essa operate (85).

(83) Perciò la questione diventa "fino a che punto nozioni come mercato rilevante, sana e prudente gestione (...) vincolino la Pubblica Amministrazione e perciò tutelino effettivamente il diritto fondamentale corrispondente all'esercizio del potere amministrativo disciplinato da tali formule e da tali norme che rinviano a nozioni di scienze non giuridiche", F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autonomia amministrative indipendenti*, cit., 181 ss., spec. 188.

(84) Per quanto concerne il margine di indeterminatezza e, quindi, di discrezionalità, legato all'applicazione delle norme interne sulla concorrenza (l. 287/1990), esso appare confermato dal fatto che, variando i soggetti tenuti all'applicazione delle medesime norme, ne varia anche l'applicazione concreta. Ci si riferisce ad esempio al fatto che l'applicazione delle disposizioni della l. 287/90, compiuta da Banca d'Italia nei settori della tutela del credito, ha portato a valutazioni spesso dissimili da quelle concluse, ragionando sulle stesse disposizioni, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato: ciò proverebbe l'incertezza legata ai concetti impiegati dalla normativa in commento. Cfr., sul punto, S. VALAGUZZA, *Principi concorrenziali e tutela del credito*, in *Conc. e Merc.*, 2002, 291 ss.

(85) Si consideri che il sindacato di ragionevolezza non si limita, specialmente nella giurisprudenza recente, ad un'indagine esterna e superficiale sull'atti-

Si ricorda che la dottrina presenta due importanti linee di pensiero: molto sinteticamente e rinviando altrove per le impostazioni sostenute dai singoli autori, una corrente di pensiero è tesa a segnalare la necessità di riserva all'Amministrazione di determinati poteri e/o competenze, con conseguente limitazione del sindacato giurisdizionale (86); altra corrente, invece, segnala la necessità di un sindacato pieno

vità amministrativa premessa al provvedimento impugnato, ma concerne anche l'apprezzamento compiuto. Così in giurisprudenza, l'eccesso di potere spesso si riferisce al difetto di istruttoria o all'erroneità dei presupposti della decisione amministrativa piuttosto che all'incompletezza della motivazione, ma anche allo sviamento nell'esercizio del potere amministrativo nell'episodio dell'apprezzamento compiuto. A proposito dei vizi formali si è ritenuto, ad esempio, che 1) gli elementi documentali rivelatisi esigui fanno considerare insufficiente l'accertamento della valenza concorrenziale di un'intesa (TAR Lazio, Sez. I, 21 febbraio 2001, n. 1371); 2) le audizioni procedurali non sono sufficienti a provare, da sole, l'esistenza di un mercato rilevante (TAR Lazio, Sez. I, 5 maggio 1994, n. 652); 3) l'acritica adesione ai risultati istruttori priva l'atto di autonoma rielaborazione (TAR Lazio, Sez. I, 10 aprile 2002, n. 3070); 4) un diniego non motivato nasconde il processo logico attraverso cui si è formata la volontà negativa (TAR Basilicata, 31 luglio 1987, n. 2091, *Banca d'Italia*). Invocando un vizio sostanziale, si è più volte contestato l'apprezzamento compiuto dall'Autorità: 1) si è criticato il divieto di fare accordi di condivisione del codice di volo (TAR Lazio, Sez. I, 7 settembre 1999, n. 1917); 2) è stata annullata la scelta di equiparare fonti di energia rinnovabili alle fonti di energia convenzionali (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 17 febbraio 1999, n. 601).

L'importanza del sindacato che accerti il corretto svolgimento del contraddittorio è segnalata da F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, cit., 196, il quale evidenzia il nesso esistente tra procedimento e processo nel giudizio sui provvedimenti delle autorità indipendenti segnalando che "non essendo organi o enti politicamente rappresentativi, o comunque connessi ad una responsabilità politica, attesa la deliberata cesura con la responsabilità ministeriale, la legittimazione del loro potere consiste esclusivamente nell'altro istituto che sta alla base degli ordinamenti democratici: il contraddittorio completo e paritario (...). Quando la rappresentanza non c'è, il contraddittorio deve essere completo ed integrale, perché connaturato all'esistenza stessa di una autorità amministrativa indipendente. Non per garantismo, ma per giustificare l'esistenza stessa di una autorità".

(86) Espressione di tale orientamento si possono ricordare le autorevoli ricostruzioni di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, cit.; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005, 47 ss.

ed effettivo anche qualora l'azione pubblica sia applicativa di regole tecniche (87).

Ora, utilizzando come criterio interpretativo il concetto comunitario di legalità, alla domanda se in presenza di una contestazione che riguardi valutazioni tecniche opinabili compiute dalle Autorità che operano nel contesto economico a tutela della concorrenza (per altro di recente molto frequenti), il giudice debba spingersi fino a formulare una propria autonoma valutazione, che ritenga adatta al caso concreto, è possibile rispondere, in senso negativo (88). Questa risposta va circoscritta: essa non vale in assoluto, ma solo nei casi in cui la disciplina normativa della fattispecie in esame non possa essere concretizzata se non attraverso una manifestazione di potere. Viceversa, qualora le norme, anche utilizzando concetti generali o propri delle scienze economiche, consentano una individuazione della fattispecie autonoma rispetto a profili di pubblico potere o da scelte attinenti ad interessi pubblici, il sindacato del giudice sarà pieno.

Ciò per una pluralità di ragioni.

Anzitutto, considerando che le previsioni di legge esplicano nei confronti dell'attività amministrativa nel diritto amministrativo comunitario, ordinamento di riferimento dato

(87) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 284 ss.; A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e App.*, 1997, 1262; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, 413; ID., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., vol. I; B. TONOLETTI, *L'accertamento autonomo*, cit.

(88) Similmente ha concluso la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel famoso caso *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 104 S. Ct. 2778, 1984, in cui si è inaugurato l'orientamento della c.d. "deferenza" del giudice nei confronti dell'attività delle autorità pubbliche, per cui nei casi in cui una norma si presti ad un'interpretazione non univoca, il potere di scelta spetta all'autorità amministrativa, la cui determinazione può essere censurata solo qualora si evidenzino delle scelte irragionevoli.

che gli interessi rimessi alla valutazione delle Autorità indipendenti si sostanziano in situazioni soggettive di rilievo comunitario.

Si è notato, a tale proposito, (nel capitolo II) che il diritto comunitario, pur accogliendo una nozione flessibile del concetto di legalità attribuzione, ha al contempo cura di specificare gli obiettivi e le finalità dell'azione amministrativa nonché le relative limitazioni procedurali, specificando, quindi, non tanto l'ambito, quanto piuttosto *lo scopo* di ogni singola manifestazione di potere.

Ciò porta con sé due conseguenze: la prima, è che occorre riconoscere la volontà del legislatore comunitario di investire un qualche soggetto di una determinata missione istituzionale, nei termini e secondo le finalità che risultano dalle norme deleganti (c.d. legalità spettanza e legalità mandato, cap. II.II.II.IV); la seconda, che è necessario, per rispettare la nozione comunitaria di legalità dell'azione amministrativa, prevedere un sindacato molto rigoroso sul piano delle motivazioni fornite dall'amministrazione al suo operare nei limiti dell'eccesso di potere (o errore di apprezzamento) e su quello delle regole procedurali e del contraddittorio, in assenza delle quali l'atto amministrativo deve essere considerato illegittimo. Ciò equivale a dire che, salvo *errores in procedendo* o discrepanza tra il risultato raggiunto con la decisione concreta e gli obiettivi prefissati nei Trattati o nella normativa derivata (altro non è che l'irragionevolezza della decisione), il giudice deve prendere atto del contenuto della decisione effettuata dall'autorità cui sola si consente di limitare le libertà comunitarie, difettando nell'autorità giurisdizionale una missione istituzionale nel senso a suo tempo precisato.

S'intende dire che il diritto comunitario propone una logica ferrea di divisione delle mansioni e di specializzazione delle funzioni, cui segue una netta separazione di ruoli, amministrativo, da un lato, e giurisdizionale dall'altro, realizzata

per il tramite delle norme che conferiscono i poteri, funzionalizzandoli a determinati obiettivi (89).

Nella giurisprudenza comunitaria, un'impostazione simile, rispettosa dei poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie per concretizzare la nozione di interesse pubblico emerge anche da una recente decisione della Corte di Giustizia in tema di diritto di accesso che segnala con forza la necessità di respingere quelle tesi volte a sminuire il potere discrezionale del Consiglio che può negare l'accesso sulla base di valutazioni che si fondano su eccezioni legate all'interesse pubblico (90).

Questa decisione si rivela particolarmente interessante per il discorso sulla legalità comunitaria, in quanto evidenzia proprio la tendenza ad indagare il contenuto delle norme per verificare l'intenzione del legislatore comunitario. Qualora si accertino un grado di significativa generalità delle norme, la complessità e la delicatezza della decisioni, oltre che la necessità di cautele particolari, la giurisprudenza riconosce anche una corrispondente libertà dell'amministrazione comunitaria cui segue un sindacato di sola ragionevolezza del giudice (an-

(89) Si condivide, perciò, quanto sostenuto molto efficacemente e con logica ferrea da F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002, 111 ss.; l'Autore, in particolare, critica la distinzione tra *law* e *policy*, che porterebbe a riservare ai giudici il controllo dei profili vincolati delle norme, ed alle amministrazioni indipendenti la gestione degli ambiti di opinabilità, precisando, da un lato, che non esistono norme di per sé complete, e, dall'altro, che la funzione interpretativa del giudice si esercita proprio verso le norme di portata generale. Infine, segnalando che non è vero che, di fronte a norme di dubbia interpretazione, tutte le soluzioni si equivalgono, si sostiene, con un'impostazione innovativa, che "la scelta tra l'affidare la soluzione dei casi dubbi ai giudici o alle autorità non è scelta tra due arbitri intrinsecamente equivalenti, ma è scelta tra le procedure ed i criteri, potenzialmente diversi, che governeranno l'operazione intellettuale di integrazione del contenuto della norma, secondo che detta operazione venga compiuta dall'uno o dall'altro organo (...). L'intuizione di fondo è che l'esito del processo di interpretazione delle norme dipende dalle informazioni di cui dispone l'interprete e dal modo in cui tali informazioni vengono rielaborate", 115.

(90) Da ultimo e diffusamente, Corte di Giust., 1° febbraio 2007, *Jose Maria Sison c. Consiglio dell'Unione europea*, in *www.europa.eu.int*.

che col rischio di sacrificare la tutela della situazione soggettiva dedotta in giudizio).

Nel caso delle Autorità Indipendenti, si tratta di modelli istituzionali introdotti proprio dall'ordinamento comunitario, che appunto per scelta espressa del legislatore comunitario, sono responsabili della promozione, tutela e garanzia delle libertà economiche.

Quindi, riflettendo sulle diverse articolazioni della legalità comunitaria (esposta al capitolo II del presente saggio) e sulla complessità del principio comunitario di legalità, colto nel suo rapporto con la tutela e massimizzazione delle istanze concorrenziali, emerge immediatamente la rilevanza fondamentale, in ambito europeo, della decisione di attribuire quel compito a quel particolare organo istituzionale. L'attribuzione di una missione istituzionale ad un determinato soggetto è il risultato di una precisa giustificazione nell'ottica dell'architettura comunitaria, e trova fondamento nell'obiettivo di razionalizzare ruoli e competenze.

Dalla norma che attribuisce il potere devono derivarsi i limiti all'esercizio dello stesso, non altrove. Perciò, ragionando con gli schemi concettuali propri del diritto comunitario, laddove ad un soggetto — pubblico o privato — spetti (si rinvia alla nozione di spettanza di cui al capitolo II) una "funzione" nell'ambito delle politiche comunitarie, tale funzione è riservata e protetta, implicando anche la piena responsabilità del titolare del potere. Così, nel caso delle Autorità indipendenti, ad esse è rimesso il compito di tutelare il mercato nel caso in cui gli schemi privatistici non siano sufficienti a mantenere la leale concorrenza e la competitività tra gli operatori. A tali fini, alle c.d. *Authority*, oltre alla funzione di regolazione e vigilanza dei mercati, è stata anche riconosciuta una competenza regolatoria, per la protezione, in concreto, degli interessi del libero mercato.

Quanto fin qui affermato, porta con sé una conseguenza

ulteriore sul sindacato del giudice amministrativo che riguarda le manifestazioni di potestà prescrittive non espressamente delegate alle Autorità indipendenti o semi-indipendenti — tema affrontato in diverse occasioni anche in considerazione della problematica dei poteri impliciti —.

A riguardo, la tesi che pare prevalere, e che è chiaramente esposta e giustificata in un recente saggio sulla regolazione proconcorrenziale nei servizi pubblici a rete, ritiene legittime solo quelle manifestazioni di potere che si fondino su un'espressa base legislativa (in un'accezione formale del principio di legalità) che non preveda necessariamente ogni singola misura restrittiva, ma che definisca le finalità dell'apparato amministrativo competente il quale, caso per caso, dovrà giustificare la connessione finalistica della misura adottata con l'insieme delle norme che attribuiscono il potere regolatorio (91).

La logica comunitaria, cioè, supporta le conclusioni cui la giurisprudenza amministrativa maggioritaria è approdata.

Tuttavia, a differenza della giurisprudenza nazionale, che fonda i propri convincimenti, prevalentemente, su considerazioni di tipo processuale (relative, ad esempio, ai poteri del giudice, all'oggetto del processo, alla soddisfazione degli interessi dedotti in giudizio), i risultati della ricerca presentata nel presente saggio portano a ritenere che la logica comunitaria si basi su valutazioni di tipo sostanziale.

L'elasticità del concetto di legalità attribuzione e l'essenzialità del concetto di legalità-mandato (evidenziati nel capitolo II), ci consentono di concludere ritenendo comunitariamente legittima un'azione precettiva, pur non specificamente dettagliata nelle norme attributive dei poteri, ma che si inquadri nell'ambito finalistico attribuito al mandato istituzionale di quella precisa amministrazione, purché tale azione

(91) E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale nei servizi pubblici a rete*, cit., 129 ss.

non restringa, arbitrariamente, le libertà riconosciute dai Trattati e protette dall'ordinamento europeo (92).

È merito della dottrina (93) aver individuato, con riferimento al contenzioso nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, i caratteri di un sindacato giurisdizionale di tipo finalistico che si prospetta simile, nei risultati, a quello qui ritenuto in linea con le esigenze comunitarie: *“lo schema di ragionamento seguito dalla giurisprudenza istituisce infatti una relazione essenziale tra il fondamento del potere e i principi che devono presiedere al suo esercizio: se in un primo momento si verifica la compatibilità del potere esercitato dall'Autorità con i principi che governano il mercato liberalizzato, successivamente si verifica se le singole prescrizioni delle deliberazioni adottate risultino compatibili con tali principi”*.

Laddove la normativa attributiva del potere abbia una connotazione finalistica particolarmente accentuata, l'esercizio della funzione regolatoria delle Autorità indipendenti deve mantenersi nel rispetto di quei principi che circoscrivono l'area del loro mandato. I giudici hanno il compito di verificare che le finalità poste siano rispettate e l'azione amministrativa resti finalisticamente orientata.

Rientrano in questa stessa logica recenti interventi dei giudici amministrativi (94) che, in motivazione, riconoscono alle Autorità indipendenti i poteri derivanti da norme primarie

(92) Interessantissime riflessioni sul tema sono state svolte dal Parere del Consiglio di Stato-Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 14 febbraio 2005, n. 11603/04, sul codice delle assicurazioni, in cui specialmente ai punti 6.2. e 6.3. è ripercorsa la *ratio* sottesa alla normativa nazionale e comunitaria che attribuisce poteri alle Autorità indipendenti, con l'intento specifico di approfondire la questione dei poteri *lato sensu* normativi delegati a tali soggetti.

(93) M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit.

(94) T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 28 febbraio 2006, n. 615, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 896; e, sullo stesso tema, Cons. St., Sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 3003; Cons. St., Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, *ivi*, 2005, 3022; Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3501, *ivi*, 2006, 1884.

o secondarie che forniscano valido appiglio per fondare poteri funzionali al raggiungimento dei fini stabiliti dalla legge.

Una ragione ulteriore per affermare che il diritto comunitario è ben allineato alle conclusioni sostenute, in prevalenza, dalla giurisprudenza nazionale deriva da un dato da non dimenticare: spesso, le decisioni delle Autorità indipendenti, pur indirizzate alla tutela della concorrenza, incidono negativamente su altri interessi comunitari fondamentali e, segnatamente, proprio sulle quattro libertà comunitarie considerate fondamentali dai Trattati.

In questa prospettiva, la ricostruzione del pensiero comunitario che verrà svolta nel capitolo finale, con riferimento specifico alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di *golden share*, dimostrerà che, nei casi di potenziale limitazione delle libertà comunitarie, il legislatore comunitario tende a provvedere direttamente stabilendo, per via normativa appunto, l'equilibrio degli interessi che incidono sul mercato nonché la priorità di taluni di essi; perciò non esiste quel *favor* per l'attività amministrativa che ha spesso caratterizzato la giurisprudenza nazionale. Viceversa nei casi in cui le norme siano appositamente vaghe, e può trattarsi sia di norme comunitarie sia di norme nazionali che eseguano disposizioni comunitarie, la concretizzazione dell'assetto degli interessi viene demandato volutamente a soggetti "amministrativi", mentre il giudice — si ripete, soggetto soltanto alla legge — non potrebbe fornire la soluzione da esso reputata migliore alle questioni che coinvolgono le libertà comunitarie, delegate, dal diritto comunitario, alla valutazione di altri soggetti istituzionali.

Da ultimo, si osserva che il diritto comunitario richiede che il controllo sulla legalità non si esaurisca in una verifica della forma degli atti, ma involga profili di tipo sostanziale. Ciò si ritiene soddisfatto anche da un giudizio di tipo impugnatorio che controlli il rispetto della ragionevolezza delle va-

lutazioni amministrative, quale quello svolto dalla Corte di Giustizia (95) e dal Tribunale di primo grado nei confronti degli atti delle amministrazioni comunitarie. Entrambi detti organi giurisdizionali (96) esaminano le valutazioni svolte dal-

(95) La dottrina si è interrogata sul tipo di sindacato che la Corte di Giustizia avrebbe dovuto effettuare sulle complesse valutazioni svolte dalle amministrazioni comunitarie, con particolare attenzione al sindacato sulle norme indeterminate, per verificare “se ed in che misura il grado di precisione di una norma possa nell’ordinamento comunitario, influire sulla sua giuridicità”, così C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, 1998, 6. A tale quesito, si potrebbe rispondere, ipotizza (pur non aderendo all’ipotesi prospettata) l’Autrice, che “attribuendo alla Corte il compito di garantire il rispetto del diritto nell’interpretazione ed applicazione del Trattato, l’art. 164 abbia inteso limitare il ruolo di questa istituzione alla salvaguardia delle sole norme che, per il loro tenore preciso o, almeno, oggettivamente determinabile, sono qualificabili appunto, come norme di diritto”.

(96) Di recente, il sindacato svolto dalla giurisprudenza comunitaria sulle decisioni della Commissione è parso particolarmente rigoroso in quanto esso ha condotto all’annullamento di tre importanti decisioni della Commissione in tema di fusioni; tuttavia, il giudizio si è svolto intorno a censure relative all’aspetto formale dell’istruttoria, in cui cioè la valutazione del giudice comunitario non si è sovrapposta a quella dell’amministrazione: cfr., Trib. di primo grado, sentenza 6 giugno 2002, in causa T-342/99, *Airtours c. Commissione*, in *Racc.*, II-2585; in questa decisione il giudice comunitario, dopo aver condotto una lunga analisi sul mercato considerato, censura la decisione della Commissione di negare una fusione ritenendo che non sia stato sufficientemente dimostrato che l’operazione di concentrazione in questione realizzasse una posizione dominante collettiva; Trib. sentenza 25 ottobre 2002, in causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione*, in *Racc.*, II-4381, nel decidere il ricorso di *Tetra Laval*, il Tribunale ha osservato che, anche data la posizione relativamente debole di detta impresa sul mercato, le affermazioni della Commissione in ordine agli effetti restrittivi della concorrenza non sono sufficientemente provate e, dunque, l’operazione di concentrazione viene dichiarata compatibile col mercato comune; Trib. sentenza 22 ottobre 2002, in causa T-310/01, *Schneider Electric c. Commissione*, in *www.curia.eu.int*, in cui, a detta del Tribunale di primo grado, con riferimento alla decisione impugnata, la Commissione non avrebbe provato la posizione dominante di *Schneider* in ciascuno dei mercati in cui si è rilevata la presenza di detta società.

Queste decisioni dimostrano tutte le potenzialità di un sindacato di tipo impugnatorio condotto in applicazione dei principi di ragionevolezza che, senza impingere il merito delle scelte amministrative, censura le decisioni contraddittorie o basate su di un’istruttoria insufficiente. Il fulcro delle sentenze citate non è, dunque, il merito delle scelte in sé, ma la loro idoneità a basarsi su validi e provati presupposti.

Si vedano anche i criteri del sindacato indicati nella sentenza *Kali & Salz*,

la Commissione nel contesto delle censure sollevate dalla imprese ricorrenti e, dunque, concentrano il sindacato sui profili impugnati, ripercorrendo l'inedere delle argomentazione svolte dall'autorità amministrativa e saggiando la veridicità di ogni segmento dell'accertamento compiuto (97). Perciò, an-

Corte di giust., 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia e a. c. Commissione, in *Racc.*, I-1375. Nella citata decisione la Corte ha precisato, con un'analisi volta a valorizzare il dato normativo, che "le norme sostanziali del regolamento (ndr. R. n. 4064/89), attribuiscono alla Commissione un certo potere discrezionale, in particolare per quanto concerne le valutazioni di ordine economico (...). Di conseguenza, il controllo da parte del giudice comunitario sull'esercizio di tale potere, che è essenziale per la determinazione delle norme in materia di concentrazioni, deve essere effettuato tenendo conto del margine discrezionale che è implicito nelle norme di carattere economico facenti parte del regime delle concentrazioni".

(97) L'impugnazione ad opera della Commissione della decisione del Tribunale in causa T-342/99, *Airtours c. Commissione* ha fatto emergere, in maniera chiara, il problema dell'incisività del sindacato giurisdizionale degli organi di giustizia comunitaria sulle decisioni prese dalle istituzioni comunitarie: ivi, infatti, tra i motivi di ricorso, la Commissione ha sostenuto l'erroneità del giudizio del Tribunale, che avrebbe effettuato un tipo di controllo in grado di entrare nel merito delle questioni amministrative, con un'intollerabile sostituzione dell'opinione del giudice a quella dell'amministrazione precedente. Di contro, a giudizio di *Tetra*, ricorrente, vincitore in primo grado, il Tribunale avrebbe rispettato il margine di discrezionalità di cui dispone la Commissione nel compiere valutazioni economiche complesse.

Su questo punto specifico, si è, ad oggi, espresso l'avvocato generale A. TIZZANO, nelle sue conclusioni del 25 maggio 2004, di cui è interessante riportare alcuni passaggi: innanzitutto, si premette che "è evidente che il giudizio della Commissione in merito alla creazione o al rafforzamento di una siffatta posizione dominante non comporta un mero *accertamento di fatto*, relativo all'esistenza o meno di determinati presupposti nella loro materialità. Oltre a tale accertamento, infatti, il giudizio comporta una *valutazione tecnica complessa*, che non si basa sull'applicazione di precise regole scientifiche, ma di criteri e principi opinabili come quelli economici (...). Non si può quindi pretendere che (...) la Commissione stabilisca con assoluta certezza che questa darebbe luogo alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante, da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso. A tale fine mi sembra invece sufficiente che, sulla base di solidi elementi raccolti nel corso di un'approfondita e scrupolosa istruttoria, e facendo ricorso alle sue competenze tecniche, essa si convinca che *molto probabilmente* l'operazione notificata porterebbe alla creazione o al rafforzamento di una siffatta posizione dominante. Qualora la Commissione non raggiungesse questa convinzione, essa dovrebbe invece autorizzare l'operazione".

che a volersi mettere nell'ottica dei canoni inerenti all'effettività della tutela giurisdizionale, partendo dalla consapevolezza del carattere impugnatorio del processo amministrativo nazionale, un sindacato svolto nei limiti dell'eccesso di potere, in cui trovino spazio le istanze dei ricorrenti penalizzati da una condotta amministrativa sproporzionata, irragionevole, contraddittoria o non adeguatamente motivata è da considerarsi sufficiente per la tutela delle libertà comunitarie.

In conclusione, si ritiene che la logica del concetto di legalità-spettanza (98), concetto cardine del diritto amministrati-

Dall'opinione dell'Avvocato generale in merito all'intensità del sindacato, emerge che il controllo di legittimità effettuato dai giudici comunitari muta a seconda che si tratti di verificare la correttezza degli accertamenti di fatto o delle valutazioni economiche svolte dalla Commissione. Nel primo caso, si tratta di verificare presupposti di tipo oggettivo, basati su fatti determinati; nel secondo caso, il controllo dei giudici è più ristretto, in quanto deve rispettare "l'ampio potere discrezionale insito in tale tipo di valutazioni" e non può sostituire il punto di vista del giudice a quello dell'organo "cui istituzionalmente competono".

Tutto ciò per dire che il fulcro dell'impostazione seguita nell'ambito dell'esercizio della tutela giurisdizionale comunitaria attribuisce rilievo fondamentale alle deduzioni istruttorie: le amministrazioni sono tenute a provare i fondamenti delle proprie decisioni discrezionali, dimostrando di aver svolto una scrupolosa ed accurata istruttoria, pena l'annullamento della decisione amministrativa. La discrezionalità delle amministrazioni comunitarie è, quindi, limitata dall'obbligo di una motivazione compiuta ed esaustiva degli elementi di fatto presupposti, ed è perciò censurabile per difetto o carenza di istruttoria e per difetto o incompletezza di motivazione, laddove non si provi che l'esito temuto dal soggetto pubblico, e censurato per effetto di una decisione amministrativa, fosse altamente probabile.

(98) Sempre con riferimento ai provvedimenti dell'Autorità Antitrust, il concetto di spettanza non è sconosciuto alla nostra giurisprudenza nazionale, che dà particolare rilievo alla normativa attributaria del potere; sul ruolo dell'Autorità garante della concorrenza come autorità preposta all'applicazione della legge n. 287/90 all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, cfr., Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 932; ivi si afferma tra l'altro che "Deve escludersi, invero, che le stazioni appaltanti debbano effettuare in sede di aggiudicazione provvisoria o definitiva, un controllo sulla sussistenza di eventuali illeciti anticoncorrenziali, a meno che non sia intervenuta, in relazione alla stessa o ad analogha fattispecie, una decisione espressa dell'Autorità garante, ovvero una sentenza della Corte di appello territoriale (ai sensi dell'art. 33, l. n. 287 del 1990) che abbiano accertato la presenza di un siffatto illecito. Solo in tal caso, oppure quando si presentino fattispecie in tutto identiche a quelle già conosciute e sanzionate dalle su menzionate autorità, sarebbe doverosa la valutazione, da parte

vo europeo imponga di propendere per un sindacato del giudice amministrativo pieno e completo in ordine all'accertamento dei fatti, ma in cui le statuizioni dell'autorità giurisdizionale non si sovrappongano, sostituendole, a quelle del soggetto *ex lege* dotato della titolarità del potere che viene sindacato.

Ne segue che qualora il giudice comune debba verificare la legittimità di espressioni di potere amministrativo, di amministrazioni nazionali, che coinvolgano situazioni giuridiche, nate o regolate nell'ordinamento comunitario, questi deve considerare il concetto di legalità-spettanza, arrestandosi qualora si tratti di impingere nell'area dell'adempimento del mandato istituzionale, delegato a taluni soggetti appositamente destinati a perseguire specifici obiettivi comunitari.

Questa logica è ancora più evidente laddove vi siano autorità, come l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che agiscano dando applicazione decentrata alla normativa comunitaria sulla concorrenza o che, pur trattando di situazioni meramente interne, debbano attenersi, per espressa previsione della normativa nazionale, ai principi propri dell'ordinamento comunitario (99).

Tale prospettiva che applica il concetto comunitario di

della stazione appaltante, della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela ordinari, e, di riflesso, ammissibile l'impugnativa proposta dal concorrente pretermesso avverso il diniego di esercizio dell'autotutela, ovvero contro l'aggiudicazione definitiva.”. Ciò in quanto “La normativa di settore affida esclusivamente all'Autorità garante ed alle Corti di appello territoriali il compito ed i poteri di accertare tali peculiari illeciti; sarebbe quindi illogico, oltre che *praeter legem*, richiedere alle stazioni appaltanti un accertamento antitrust che esula dalle loro competenze”.

(99) Si riflette in dottrina sulle peculiari caratteristiche tecnico scientifiche delle autorità in questione in senso critico a quelle tendenze giurisprudenziali troppo invasive nel sindacato sull'esercizio del potere amministrativo: S. CASSESE, *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, cit.; M. RAMAJOLI, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione di energia elettrica*, cit., 285; *contra* F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, 469; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 165.

legalità dell'azione amministrativa ai casi di dubbia interpretazione concernenti il contenzioso economico delle *authorities* consentirebbe di non ricorrere alla tradizionale dicotomia attività discrezionale, attività tecnica ed attività vincolata, superata dal riferimento ad un'unica categoria di azione amministrativa, costituita da profili di potere, connessi al raggiungimento di obiettivi politici od economici e da profili di vincolo, più o meno stringenti (100).

Si aderisce all'impostazione che dà valore soprattutto al rapporto dell'amministrazione con il diritto sostanziale, recuperando l'importanza giuridica della fattispecie normativa e la giuridicità del fatto, che costituisce il nucleo costitutivo delle fattispecie astratte.

Si richiamano, in chiusura, le osservazioni di attenta dottrina, secondo cui: *“rilevanti divengono, dunque, l'esistenza e la completezza della disciplina materiale, perché rispetto a una completa disciplina preesistente della materia l'attività amministrativa appare caratterizzata dalla funzione di concretizzazione delle disposizioni normative in vista della loro attuazione pratica. Rispetto, invece, a discipline materiali incomplete, l'attività caratterizzante della funzione è quella diretta a completare la disciplina del caso singolo, in relazione alle esigenze emergenti dalle circostanze concrete, sulla base di giudizi di opportunità di cui le norme forniscono soltanto il criterio teleologico di orientamento”*. Ne segue che *“la discrezionalità tecnica si esercita nella costruzione della fattispecie concreta, in relazione all'indeterminatezza della descrizione normativa del fatto,*

(100) Si segnala, a testimonianza dell'insofferenza dimostrata dalla dottrina in ordine alla distinzione sopra richiamata tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, la posizione sostenuta da B. TONOLETTI, *L'accertamento autonomo*, cit., 103 ss., il quale, approfondendo il concetto di accertamento riferito all'azione dei soggetti pubblici nell'applicazione del diritto amministrativo sostanziale, ritiene che “lo spazio di rilevanza che può essere assegnato all'accertamento nel diritto amministrativo contrasta con la corrente distinzione tra attività vincolata, discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa”.

ma l'indeterminatezza non può di per sé essere considerata come assenza di disciplina sostanziale della materia" (101).

III.II.7. Conclusioni.

In questo capitolo si è cercato di affrontare il tema delle conseguenze dell'affermazione a livello sovranazionale di principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, di principi di diritto amministrativo comunitario.

Il ragionamento svolto ha portato a ritenere superato il concetto di situazioni meramente interne nel campo del diritto amministrativo, sia per considerazioni di ragionevolezza e di coerenza interne al sistema nazionale e comunitario, sia per le integrazioni apportate al comma 1 dell'art. 1 della l. n. 241/1990, oltre che al comma 1 dell'art. 117 della Costituzione.

La conclusione cui si è giunti, sotto questo aspetto, è consistita nell'affermare la necessità, formale, di procedere all'applicazione dei principi comunitari in ogni fattispecie in cui sia coinvolto un soggetto pubblico, tenuto al rispetto della legge sul procedimento amministrativo, ovvero, e comunque, laddove vi siano situazioni soggettive prese in considerazione da principi generali di diritto comunitario.

Questa prima conseguenza importante nel rapporto tra diritto amministrativo nazionale e diritto amministrativo europeo necessita di essere attuata sia a livello procedimentale, sia a livello processuale.

Amministrazione e giudici non possono esimersi dal riconoscere anche questo aspetto del primato del diritto comunitario.

Anche con riferimento all'attività giurisdizionale l'analisi delle norme vigenti ci ha condotto a ritenere che l'adeguamento al diritto comunitario sia un adeguamento dovuto da

(101) B. TONOLETTI, *L'accertamento autonomo*, cit., 103 ss.

precise esigenze formali, individuate dalla lettura combinata degli artt. 101 e 117 comma 1 della Costituzione.

Ne è seguita perciò un'analisi dettagliata degli strumenti cui i giudici sono tenuti per rappresentare correttamente il coordinamento tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, come lo strumento del rinvio pregiudiziale, il metodo dell'interpretazione conforme e la teoria dei controlimiti.

L'onere delle amministrazioni e dei giudici non si esaurisce, quindi, in un richiamo o in una applicazione generica delle regole comunitarie vigenti, essendo anche necessario che l'attività amministrativa e giurisdizionale faccia propri i contenuti che i principi comunitari assumono nel loro ordinamento di riferimento, soprattutto laddove essi presentino delle differenze rispetto a quelli propri degli stessi concetti utilizzati in sede nazionale.

Perciò, l'analisi svolta nel capitolo precedente sul contenuto comunitario del principio di legalità, ci ha consentito di esemplificare quali conseguenze il recepimento del significato comunitario di legalità possa comportare sul sindacato giurisdizionale che riguardi questioni comunitarie.

Il principio comunitario di legalità, in particolare nella ricostruita nozione di legalità-spettanza, è stato proposto dunque come chiave interpretativa dei casi di dubbia interpretazione che riguardino l'esercizio di poteri attribuiti alle Amministrazioni indipendenti in campo economico. L'origine comunitario di tali autorità amministrative oltre che il contenuto economico delle libertà incise dalle decisioni delle *Authorities* consentono di utilizzare questo tema per esemplificare, a livello operativo, le conseguenze concrete dell'impostazione seguita nel presente saggio.

Quello del sindacato contro gli atti delle *Autorities* rappresenta però solo un esempio di come il riconoscimento formale della cogenza dei principi comunitari e il loro inserimento a livello, potremmo dire, culturale, nei parametri di ri-

ferimento dei giudici nazionali comporti l'assunzione di prospettive interpretative per alcuni aspetti differenti da quelle usuali, ma rispettose della natura mista, comunitaria e nazionale, di talune vicende. Di questi esempi molti altri se ne potrebbero fare, basti pensare al contenzioso relativo alla responsabilità dell'amministrazione e, in particolare, al concetto di colpa della P.A. che, se allineato al diritto comunitario, tornerebbe ad avere un contenuto oggettivo, ovvero al tema della committenza pubblica indiretta e alla nozione comunitaria di pubblico potere.

Senza dilungarci su altri pur interessantissimi casi, il senso che si vuole dare all'esemplificazione proposta è quello di dimostrare che, a livello operativo, l'impostazione suggerita potrebbe cambiare l'impostazione e la soluzione di molti contenziosi in cui si verta di questioni comunitarie.

Giuffrè, Editore

Giuffrè, Editore

CAPITOLO IV

LA FRAMMENTAZIONE DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: IV.1. Policentrismo normativo e frammentazione della fattispecie. Primi lineamenti. — IV.2. Principali fenomeni di interazione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. L'implementazione diretta ed indiretta del diritto comunitario. Necessità di ampliare il concetto di implementazione indiretta anche con riferimento alle Carte dei diritti. — IV.3. Gli orientamenti della giurisprudenza Costituzionale: la frammentazione nell'art. 117 comma 1 della Costituzione. *a)* Il meccanismo dell'interpretazione conforme. — *b)* La possibilità di ottenere una pronuncia di incostituzionalità per contrasto del diritto interno col diritto comunitario e per contrasto del diritto interno con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. — *c)* Il riconoscimento di limiti imposti dal diritto comunitario alla potestà normativa nazionale e il bilanciamento degli stessi attraverso il sistema dei controlimiti al diritto comunitario. — IV.4. Un'altra faccia del "policentrismo normativo". Dalla frammentazione della fattispecie normativa alla frammentazione delle situazioni soggettive. Superamento dell'impostazione tradizionale e presa di posizione in favore di un nuovo tipo di situazioni soggettive: le situazioni soggettive europeizzate. — IV.5. Le conseguenze pratiche della frammentazione: i principali modelli di interazione. Alcuni fenomeni applicativi. — IV.5.1. Una prima applicazione del concetto di situazioni giuridiche frammentate tratta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Le libertà europee come parametro di legittimità per l'attività delle amministrazioni nazionali. — IV.5.2. Una seconda applicazione del concetto di situazioni giuridiche frammentate tratta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee: il caso della *golden share*. Le libertà comunitarie come fattore di riduzione della discrezionalità delle amministrazioni nazionali.

IV.1. *Policentrismo normativo e frammentazione della fattispecie. Primi lineamenti.*

In questo capitolo finale, presa una posizione favorevole all'individuazione di un'area autonoma di regole e principi da ricondurre al diritto amministrativo europeo e approfondito il

tema dell'incidenza del diritto sovranazionale sull'attività giurisdizionale, si affronterà, più dettagliatamente, la questione dell'influenza che il diritto amministrativo europeo — per come fin qui ricostruito — esercita sul diritto amministrativo nazionale, cercando di trarne *tutte* le conseguenze giuridiche e tentando una sistematizzazione concettuale adeguata, che porti a termine la ricerca del significato giuridico della relazione tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale con cui si è aperto il presente saggio.

Nell'esaminare le interazioni tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale, in dottrina ci si è spesso concentrati, in particolare, sulla fase patologica del rapporto, seguendo una prospettiva di tipo prevalentemente processualista (tema qui affrontato nel capitolo terzo), in cui cioè viene segnalata soprattutto la difficile collaborazione tra giudici nazionali e giudici comunitari e tra giudici nazionali e giudici europei in generale (come la Corte europea dei diritti dell'Uomo) (1).

Qui si intende fare il punto, invece, su considerazioni di tipo sostanziale, che descrivano anzitutto il rapporto diritto amministrativo europeo/diritto amministrativo nazionale dal punto di vista del suo accadere, a prescindere dalla sussisten-

(1) Ciò è naturale se si pensa all'importanza dei meccanismi processuali nazionali per l'effettivo godimento delle situazioni soggettive comunitarie. Così, ad esempio, la giurisprudenza comunitaria ha introdotto alcune regole in materia di tutela cautelare, valevoli nell'ambito degli Stati nazionali, a difesa delle situazioni giuridiche comunitarie, che sono state poi recepite, nella c.d. tutela cautelare *ante quasam*, nel codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 163/2006.

Una consapevolezza dell'importanza dell'interazione tra disciplina nazionale e disciplina comunitaria emerge già nello scritto di G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1153. Ivi, l'Autore mette in evidenza, prevalentemente, 1) le relazioni tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario che si sostanziano nelle lesioni arrecate a situazioni soggettive europee derivanti da atti nazionali; 2) la problematica dei procedimenti misti.

za di eventuali conflitti, e in una logica preliminare allo studio del contenzioso.

Quanto finora ricostruito in ordine ai temi europei (2) e alla loro rilevanza nel contribuire ad elaborare e definire i contenuti del diritto amministrativo nazionale, dimostra che, dal punto di vista del diritto amministrativo sostanziale, la rilevanza del diritto europeo dipende, prevalentemente, dalla crescente diffusione di quella che chiameremo *frammentazione normativa* della fattispecie.

Non a caso, la tradizione costituzionalista maggioritaria e la manualistica amministrativista (3) includono il diritto dell'Unione europea tra le fonti primarie del diritto amministrativo (4): ciò significa che il nostro ordinamento giuridico è un sistema aperto, in cui concorrono più fonti, nazionali e non.

Col termine *frammentazione normativa* intendo descrivere il fenomeno per cui determinate situazioni soggettive nascono ora nell'ordinamento interno ora nell'ordinamento comunitario ovvero in atti frutto della cooperazione internazionale (come le Carte dei diritti) e vengono poi disciplinate, totalmente o parzialmente, in un ordinamento diverso da quello della loro creazione, risultando appunto *frammentate* nella regolazione.

(2) Il riferimento generico ai "temi europei" comprende, secondo l'impianto della ricerca, il diritto comunitario, come nocciolo del diritto amministrativo europeo, e le enunciazioni delle Carte dei diritti, in particolare della Carta di Nizza e della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

(3) Si vedano, a riprova di quanto affermato: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2005, 35 ss.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 54 ss.; AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. I, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, Bologna, 2005, I, 18, 99.

(4) Sul punto, senza mezzi termini, si è espresso ad esempio P. BARILE, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Autonomie e garanzie costituzionali*, Firenze, 1969; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1962, il quale proponeva un'equiparazione delle fonti comunitarie almeno al livello gerarchico delle leggi ordinarie.

La frammentazione descrive gli intrecci tra diversi sistemi giuridici e può ritrovarsi in qualsiasi tipo di intersezione normativa.

L'intersezione normativa è particolarmente frequente, tanto che in dottrina (5) si è parlato di globalizzazione giuridica, da affiancare alla globalizzazione economica e culturale.

La frammentazione della fattispecie normativa provocata dal diritto europeo è il risultato di un'influenza, potremmo dire, *orizzontale*, del diritto europeo medesimo, percepibile, cioè, al livello di tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

Le intersezioni che riguardano i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario concernono soprattutto le libertà economiche, disciplinate, in parte, da disposizioni di fonte nazionale e, in altra parte, da disposizioni di fonte sovranazionale. Quelle relative, più genericamente, al diritto europeo, riguardano il campo dei diritti fondamentali della persona, compresi i diritti sociali.

Per effetto della frammentazione, l'ordinamento nazionale diventa "*aperto e pluralista*" (6). Ciò è percepito in tutta la

(5) A. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

La globalizzazione giuridica è stata approfondita da numerosi studiosi, tra cui si richiamano M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002; J.B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2003; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; ID., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 313 ss.; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Milano, 2006; M.C. PONTTHOREAU, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in *AJDA*, 2006, 20 ss.

(6) Da ultimo si richiama ancora una volta intervento del Presidente del Tar Lazio, Pasquale de Lise in occasione della Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2007, pubblicata in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 345 ss., che ricorda, sottolineando anche l'importanza del ruolo di interlocuzione delle giurisdizioni amministrative con la Corte di Giustizia, che "il giudice amministrativo garantisce la corretta applicazione sia del diritto comunitario (e, in prospettiva, del diritto europeo) che del diritto regionale, nonché dei diritti speciali dei nuovi soggetti con poteri normativi".

sua complessità dai giudici che, per l'effetto, diventano responsabili dell'applicazione di "più livelli di regole" (7).

Su questo tema, sono particolarmente interessanti i recenti interventi della Sezione normativa del Consiglio di Stato (8) riguardo ai codici di settore, in cui sono stati evidenziati i riflessi della *multilevel governance* (9) sulle attività normativa e giurisdizionale, le quali risultano, conseguentemente, "policentriche", in quanto devono dare applicazione anche a disposizioni nate in contesti esterni a quello nazionale.

In particolare, è interessante leggere il parere espresso dal

(7) Spiegando questi fenomeni, A. PIZZORUSSO, paragonando il sistema tradizionale delle fonti al sistema attuale, in cui le incursioni di norme derivanti da ordinamenti esterni è preponderante, ha concluso che "Ai fini della messa a fuoco del problema della globalizzazione giuridica, conviene però segnalare come, in relazione al sistema delle fonti del diritto, le esperienze compiute nel campo del diritto comunitario abbiano suggerito la configurazione del complesso delle fonti che producono diritto a livello comunitario e a livello statale come un unico sistema *multilevel* e potrebbe ipotizzarsi l'estensione di questo sistema verso l'alto (cioè verso l'ordinamento della Comunità internazionale) e verso il basso (nei confronti degli ordinamenti degli enti dotati di autonomia normativa che operano all'interno degli Stati). In tal modo, il sistema che ne risulterebbe sarebbe potenzialmente capace di ripristinare, seppur per vie diverse da quelle percorse nel lontano passato, quella concezione dell'unità del diritto che era stata abbandonata all'epoca dei trattati di Westfalia", *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, cit.

(8) In particolare, appare molto interessante lo sviluppo di una visione cosiddetta "policeentrica" nel Parere del Consiglio di Stato - Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 14 febbraio 2005, n. 11603/04, sul codice delle assicurazioni, ove viene ricostruita la tematica delle fonti normative ultranee rispetto a quelle prodotte nella dinamica Governo-Parlamento, tentando di individuare *ratio* e prospettive.

(9) L. HOOGHE, *Cohesion Policy and European Integration: Building Multilevel Governance*, Oxford, 1996; R. SCHOBEN, *New Governance in the European Union: A Cross Disciplinary Comparison, Regional and Federal Studies*, 2000, 35; N. BERNARD, *Multilevel Governance in the European Union*, Kluwer Law international, 2002; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *Eur. Law. Rev.*, 2002, 511; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma, 2002; A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 839; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 79; R. CARANTA, *Espropriazione legittima e illegittima: il giudice nazionale "multilivello" alla ricerca dell'arca*, in *Corr. Giur.*, 2006, 948.

Consiglio di Stato (10) sul recente codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006 — emanato in base alla delega contenuta nella legge comunitaria 2004, per la necessità di adeguare l'ordinamento nazionale alle innovazioni contenute nelle direttive 17 e 18 del 2004/Ce in tema di appalti pubblici), in cui si chiarisce che *“i margini di discrezionalità nell'innovazione della disciplina previgente risultano peraltro ridotti dalla necessità di adeguare l'ordinamento interno, anche per profili non direttamente disciplinati dalle direttive nn.17 e 18, alla generale evoluzione dell'ordinamento comunitario sulla materia, come integrato dalla giurisprudenza, spesso pretoria, della Corte di Giustizia”*.

Ora, questo policentrismo normativo, derivante appunto dalla molteplicità dei livelli di governo che interferiscono su uno stesso piano ordinamentale, è un dato di fatto ormai ineliminabile al sistema.

La prima e più importante conseguenza del policentrismo è che esso arricchisce i parametri di riferimento degli organi nazionali, non solo nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Tanto è vero che, ad esempio, già dal 1997, con la legge n. 127 (come spesso ha avuto occasione di rimarcare significativamente il Consiglio di Stato), la Sezione Consultiva del nostro organo superiore di Giustizia amministrativa può, su richiesta del Presidente del Consiglio dei Ministri, esaminare anche gli schemi di atti normativi dell'Unione europea.

Nuovi compiti, quindi, e nuove responsabilità.

Si sbaglierebbe però a pensare che il policentrismo normativo sia solo una realtà moderna.

Il fatto che un ordinamento riconosca ed applichi delle norme “aliene”, era studiato già ai tempi di Hart e Kelsen (11), i quali spiegarono l'incorporazione in un sistema

(10) Parere Cons. St., Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006, n. 355.

(11) Specialmente su questo aspetto si rinvia a H. KELSEN, *General Theory of Law and the State*, Harvard, 1995, 243.

giuridico delle regole di un sistema separato molto agilmente: un dato ordinamento può recepire delle norme ad esso esterne se esiste una norma di quello stesso ordinamento, che identifica e rende applicabile il diritto straniero e, così facendo, trasforma le norme esterne in norme interne.

Molto di questo ragionamento riecheggia nell'impostazione della problematica del rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario che si basa, come si è visto nel corso del capitolo III, sugli artt. 11 e, più di recente, 117, comma 1 della Costituzione. Tali norme costituiscono infatti le regole del rinvio e, in un certo qual modo, "nazionalizzano" il diritto di fonte sovranazionale.

Certamente, la Costituzione italiana (senza dubbio tenendo presente l'attuale art. 117 della Costituzione) contiene un rinvio ricettizio e materiale all'ordinamento comunitario, le cui norme non solo entrano a far parte del nostro sistema giuridico in assoluta autonomia di significati e contenuti, ma richiedono un adeguamento perpetuo della legislazione nazionale. Anche i principi comunitari diventano, così, norme basilari dell'ordinamento giuridico italiano. Più complesso, e meno diretto, invece, il rapporto tra atti frutto della cooperazione internazionale e diritto interno.

Ovviamente, il tema del policentrismo normativo o del *Legal Pluralism* (12), coinvolge aspetti di teoria generale del diritto. Basti segnalare, ai nostri fini, che gli intrecci normativi non sono un fenomeno moderno e che l'inserimento di norme esterne all'ordinamento di riferimento può avvenire con gradi di intensità diversa a seconda del livello di integrazione esistente tra i sistemi — ordinamentali (come il diritto

(12) Molto interessante per avere un'idea della complessità della tematica e delle sue implicazioni ai livelli più alti della teoria generale del diritto, la lettura di uno scritto recente, espressione del *legal reasoning* di tipo anglosassone sui temi delle intersezioni ordinamentali, N.W. BARBER, *Legal Pluralism and the European Union*, in *Eur. Law Journal*, 2006, 306.

comunitario) e non (come il diritto prodotto dalle Carte internazionali dei diritti) — presi in considerazione.

Ciò detto, si ritiene estremamente riduttivo studiare gli effetti di tale policentrismo solo, o prevalentemente, dall'angolo visuale della teoria delle fonti del diritto e, quindi, del diritto costituzionale (13).

È interessante, anche, dedicarsi all'approfondimento delle conseguenze giuridiche dei fenomeni qui richiamati, per calare il policentrismo normativo dal piano, teorico, dell'osservazione del fenomeno, a quello, pratico, dei cambiamenti che interessano, di conseguenza, le categorie concettuali nazionali.

Per questo, molta parte del presente lavoro si è concentrata sullo studio del principio di legalità nel diritto amministrativo europeo, per verificare se e come la concezione europea di tale principio condizioni il diritto amministrativo nazionale.

Occorre tener presente, fin da subito, che la frammentazione normativa (ossia — per quanto interessa — l'applicazione, insieme, di norme nazionali e comunitarie o europee) comporta anche una necessità di coordinamento con il diritto amministrativo europeo.

Tale coordinamento non deve essere sottovalutato, ed isolato alla tematica dell'interpretazione conforme.

Si ritiene che la segnalata esigenza implichi oneri molto maggiori per i soggetti nazionali. Essa può essere adeguatamente soddisfatta solo da un'armonizzazione dei concetti fondamentali dei sistemi istituzionali che reciprocamente si intersecano.

L'operazione di armonizzazione concettuale, almeno dei

(13) Tra gli scritti più recenti che privilegiano un'impostazione di tipo costituzionalista si rinvia al lavoro di L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 885.

principi fondamentali degli ordinamenti nazionali (considerati per ogni singola branca ordinamentale: si pensi, ad esempio, al principio di legalità nel diritto pubblico, all'autonomia negoziale nel diritto privato o alla tutela del socio nel diritto commerciale) consente di tener conto dell'intero processo di regolazione, che comprende, nel caso della frammentazione normativa, diversi sistemi giuridici integrati reciprocamente (14).

Si noti che solo così l'ordinamento nazionale, che delega parte delle proprie competenze all'ordinamento comunitario (di cui contribuisce a comporre gli organi ed ispira le ideologie) o accetta la giurisdizione di organi europei (ci si riferisce alla Corte europea dei diritti dell'Uomo), non perde la propria coerenza interna, ineliminabile valore della logica giuridica.

Viceversa, quello che, dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, rappresenterebbe la necessità di difendere specificità proprie, dal punto di vista dell'Unione europea (cui gli Stati membri hanno deliberatamente deciso di aderire e che di essi consiste) potrebbe ingenerare importanti (ed intollerabili nella logica di un sistema integrato) disuguaglianze sostanziali, delle quali occorre essere consapevoli.

Ecco perché la frammentazione della fattispecie fornisce, in questa sede, il materiale per trarre conseguenze più articolate che, a partire proprio dal riconoscimento della frammentazione normativa, ci portano a cogliere il cambiamento sul concreto esplicitarsi del potere amministrativo che abbia a che fare con siffatti fenomeni di frammentazione.

(14) Condivisibilmente, “la necessità di una visione unitaria dei processi di regolazione in un sistema a più livelli” è stata evidenziata sapientemente anche dal Consiglio di Stato - Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 14 febbraio 2005, n. 11603/04, nel già richiamato Parere sul codice delle assicurazioni, il quale ha anche precisato che “nell’attuale contesto istituzionale di policentrismo normativo, ulteriormente accentuatosi dopo la riforma del titolo V della Costituzione” tale visione unitaria favorirebbe “la necessaria coerenza del sistema”, cfr. punto 6.8.

IV.2. *Principali fenomeni di interazione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. L'implementazione diretta ed indiretta del diritto comunitario. Necessità di ampliare il concetto di implementazione indiretta anche con riferimento alle Carte dei diritti.*

Con specifico riferimento all'ordinamento comunitario, che — come si è spesso precisato — costituisce il nocciolo del diritto amministrativo europeo, le ipotesi di intersezione tra detto ordinamento e l'ordinamento nazionale, all'interno del diritto amministrativo, sono state efficacemente schematizzate dalla dottrina (15) che ha esaminato i casi in cui il potere amministrativo (nell'esemplificazione dottrinale cui si fa riferimento si parla di provvedimento amministrativo) — e, quindi, l'attività amministrativa — trova la sua fonte di attribuzione o di regolazione nel diritto nazionale, ma la fonte nazionale concorre con fonti comunitarie.

Questo concorso di fonti può provocare dei contatti diretti o indiretti (per il tramite della legislazione nazionale) dell'attività amministrativa nazionale con il diritto comunitario.

Il contatto tra attività amministrativa nazionale e *diritto* comunitario è di tipo diretto nei casi in cui vi sia una normativa comunitaria direttamente applicabile (normalmente si tratterà di regolamenti (16)), mentre è di tipo *indiretto* nei casi in cui vi sia, a monte, una normativa comunitaria non direttamente applicabile (normalmente si tratterà di una direttiva). Quest'ultimo caso, come è stato di recente precisato, comprende anche le ipotesi di attuazione, in sede nazionale,

(15) G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007, 933 ss., spec. 2.1.

(16) Si rinvia, sul punto specifico, all'ampia voce di G.L. TOSATO, *Regolamenti comunitari*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988 dove emerge in particolare la naturale propensione dei regolamenti comunitari a produrre norme dotate di effetti diretti.

delle direttive per il tramite di regolamenti o atti amministrativi generali (17).

Sono state individuate almeno tre macrotipologie di interazioni: quelle generate dal diritto comunitario dei Trattati o delle fonti derivate (direttamente o indirettamente applicabili); quelle derivanti dai provvedimenti puntali delle amministrazioni comunitarie (c.d. decisioni); quelle dipendenti dalle fonti comunitarie di *soft law*, come le comunicazioni, le raccomandazioni ed i pareri. Su alcune di queste ipotesi ci si è già soffermati nei capitoli precedenti.

La relazione di interdipendenza tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario riguarda, anzitutto, le ipotesi di implementazione c.d. *indiretta* (18) della normativa europea, cioè i casi in cui (diversamente dalle ormai numerose ipotesi di implementazione *diretta* (19)) compete alle istitu-

(17) G. GRECO, *op. ult. cit.*, spec. 2.3.

(18) Sul meccanismo dell'implementazione indiretta cfr., Y. MENY-P. MULLER-J-L. QUERMONNE, *Adjusting to Europe. The impact of the European Union on national institutions and policies*, London, 1996. Il sistema di separazione sussistente tra *decision making* e implementazione indiretta, cioè tra livello normativo comunitario e livello amministrativo nazionale, compensato per altro da un'intensa attività di *regulation* delle istituzioni comunitarie sull'attività delle amministrazioni interne ("The regulatory option is also strengthened by the juridical and structural weakness of the Community, and now the Union, when it comes to the implementation of the policies elaborated and decided in Brussels"), provoca dei difetti nell'attuazione del diritto comunitario ed è indice di quella che parte della dottrina comunitarista ha definito la debolezza istituzionale europea: "The European institution may take decisions (or choose not to); but, while they can exert some control, they are prohibited from putting them into action (...). The separation of the decision making process from the process of policy implementation — a separation which has practical no equivalent in national systems of government — is the source of novel difficulties", 2-3.

V. anche K. LENAERTS, *Regulating the regulatory process: delegation of powers in the European Community*, in *Eur. Law. Rev.*, 1998, 319; M. SAVINO, *Le funzioni*, in E. CHITI-C. FRANCHINI-M. GNES-M. SAVINO-M. VERONELLI, *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005.

(19) L'implementazione diretta compete alle istituzioni comunitarie, le quali applicano direttamente il diritto comunitario ai casi concreti, provvedendo esse stesse ad emanare decisioni individuali. I destinatari di questa specie di im-

zioni degli Stati membri realizzare, in via legislativa o amministrativa, le politiche comunitarie.

Come si accennava già in altro capitolo, storicamente, il tipo organizzativo scelto dalle Comunità europee si è identificato a lungo nei moduli dell'amministrazione indiretta; nell'ultimo decennio, però, si è notato un crescente sviluppo degli apparati amministrativi comunitari, dovuto, si può ipotizzare, al crescente numero delle competenze comunitarie, all'aumento delle funzioni europee e, probabilmente, anche ad una certa sfiducia nell'operato individuale dei singoli Stati, dato il numero importante di inadempimenti ed il costante ricorso alle procedure di infrazione da parte della Commissione nonché alle sentenze di condanna della Corte di Giustizia. Tutto ciò farebbe propendere per una tendenza alla centralizzazione della fase implementativa anche data la cresciuta valorizzazione del fattore dell'uniformità del trattamento delle situazioni comunitarie e la maturata coscienza dell'autonomia istituzionale dell'ordinamento comunitario in sé medesimo.

Più precisamente, per implementazione indiretta si intendono comunemente le attività delle autorità nazionali che eseguono il disposto di una normativa comunitaria (es. 1 direttiva → normativa nazionale di esecuzione; es. 2 regolamento → attività amministrativa nazionale) (20).

Dunque, per quanto concerne l'attività svolta dalle amministrazioni nazionali in fase di implementazione indiretta, la

plementazione possono essere, indifferentemente, tutti i soggetti dell'ordinamento comunitario (gli Stati membri e le persone fisiche o giuridiche).

(20) Un recente studio ha approfondito il tema del rapporto tra amministrazione diretta ed amministrazione indiretta, studiando il tema degli atti amministrativi "comunitari", individuando tre differenti tipi di attività, e quindi, di atti: 1) attività nazionali in funzione comunitaria; 2) attività interamente comunitarie; 3) attività composite, in cui le amministrazioni comunitarie interagiscono con le amministrazioni nazionali. Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, spec. Capitolo I.

loro legittimazione ad operare può derivare direttamente dalla legge comunitaria (es. regolamento comunitario → potere alle amministrazioni nazionali), oppure da una legge nazionale che dia esecuzione alla normativa comunitaria (es. direttiva → legge nazionale → potere amministrazioni nazionali).

Al contrario di quanto si è soliti dare per scontato, si ritiene che l'implementazione indiretta non si esaurisca nelle ipotesi appena ricordate.

Infatti, approfondendo la logica della frammentazione si scopre che rientrano nei fenomeni di implementazione indiretta, anche quelle situazioni in cui le amministrazioni nazionali diano esecuzione ad una legge dalla portata esclusivamente interna, ma interferiscano con l'ordinamento comunitario in quanto l'esercizio del potere amministrativo comporta effetti, favorevoli o sfavorevoli, su posizioni garantite dall'ordinamento comunitario medesimo.

L'intersezione tra attività amministrativa nazionale e ordinamento comunitario dà vita ad una fattispecie aperta, in cui rientrano tutte le vicende di contatto, diretto o indiretto, tra azioni nazionali e diritto comunitario.

Lo stesso ragionamento (sviluppato sin qui con riferimento al diritto comunitario) vale per il diritto europeo, che può essere protagonista di vicende di implementazione *diretta*, qualora lo Stato con proprie leggi recepisca i contenuti di dichiarazioni approvate in contesti istituzionali europei, ovvero di implementazione *indiretta* ogni qualvolta l'attività nazionale incida su situazioni soggettive che abbiano avuto qualche forma di regolazione in sede europea, in atti o principi il cui valore giuridico sia stato riconosciuto dallo Stato nazionale (si pensi, ad esempio alla sottoscrizione da parte dell'Italia alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo). Anche in questi ultimi casi, il concetto di implementazione indiretta deve essere allargato in modo da ricomprendere anche situazioni in cui l'attività, legislativa o amministrativa, nazionale

incida su principi, diritti o libertà oggetto degli atti sottoscritti in ambito internazionale.

Per completezza si precisa che rientra nella fattispecie aperta appena ricostruita anche un recente meccanismo di interazione, decisamente nuovo, che consiste nella previsione, tramite leggi nazionali, della possibilità di concludere, in sede nazionale, accordi destinati all'attività della Commissione europea, i quali posso anche confluire in atti normativi comunitari (21).

Questa possibilità è stata recepita nel nuovo codice dell'ambiente che, all'art. 206, comma 5 dispone "*Ai sensi della comunicazione 2002/412 del 17 luglio 2002 della Commissione delle Comunità europee è inoltre possibile concludere accordi ambientali che la Commissione può utilizzare nell'ambito della autoregolamentazione, intesa come incoraggiamento o riconoscimento dei medesimi accordi, oppure della coregolamentazione, intesa come proposizione al legislatore di utilizzare gli accordi, quando opportuno*".

La citata Comunicazione della Commissione ha inteso gli accordi come strumenti alternativi o aggiuntivi alla legislazione, nell'obiettivo di semplificazione e miglioramento del quadro normativo comunitario.

Nello schema prospettato, gli accordi possono essere di due diversi tipi. I primi, inseriti nell'ambito dell'autoregolamentazione (22), rappresentano iniziative autonome che la

(21) Immaginando uno schema simile a quello che presenta la ricostruzione di N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli, in Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2007, 453, per qualificare gli accordi con finalità normative, di cui si cita, come esempio chiave, il caso degli accordi sindacali cui spetta il compito, *ex lege*, di disciplinare l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche.

(22) Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico sociale e al Comitato delle Regioni - *Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione"*, 17 luglio 2002, punto 4.1.

Commissione può incoraggiare e riconoscere, ma restano un'esperienza, per così dire, privata, delle parti contraenti (spesso associazioni di categoria). Viceversa, i secondi, che si inseriscono in procedure di coregolamentazione, possono essere conclusi nel corso di un procedimento legislativo, attuando anche un atto legislativo comunitario specifico (23). In pratica, seguendo quest'ultimo schema, il Parlamento europeo ed il Consiglio adotterebbero, su proposta della Commissione, una direttiva che sancisce la necessità di raggiungere un determinato obiettivo ambientale, la cui attuazione verrebbe rimessa a degli accordi tra le parti interessate.

Al di là delle, probabilmente giuste, preoccupazioni sollevate intorno alla "contrattualizzazione" dell'attività normativa (24), in questa sede si vuole solamente notare come l'intersezione tra ordinamento comunitario, sistema europeo e ordinamento nazionale, e quindi la frammentazione che ne deriva, abbia un'estensione potenzialmente molto estesa, ricomprendendo tutte quelle situazioni in cui il contatto tra ordinamenti degli Stati membri ed ordinamento comunitario o sistema europeo ingeneri una disciplina composita di elementi nazionali e di elementi sovranazionali.

Riassumendo, è possibile distinguere tra: *a*) vicende interamente comunitarie (o europee), *b*) vicende comunitarie (o europee) delegate ad autorità nazionali e *c*) vicende nazionali che coinvolgono libertà comunitarie o riguardino diritti nazionali soggetti anche ad una disciplina integrativa di fonte europea (c.d. implementazione indiretta).

Le vicende interamente comunitarie esauriscono i propri effetti all'interno dell'ordinamento di fonte sovranazionale, appartenendo esclusivamente al diritto comunitario o al sistema europeo, e perciò esulano da questa parte dello studio.

(23) Comunicazione della Commissione ult. cit., punto 4.2.

(24) Parere Conferenza Unificata 26 gennaio 2006.

Mentre le vicende che interessano il diritto nazionale e che hanno riflessi sulla conformazione dell'ordinamento interno sono quelle della c.d. implementazione indiretta (comunitaria o europea), nell'interpretazione estensiva qui prospettata.

In tutti questi casi, se si vuole dare un senso alla constatata eterogeneità delle fonti di regolazione, non basterà applicare le norme comunitarie o europee che concorrono a costituire la fattispecie. Ma sarà necessario anche riconoscere la portata dei principi vincolanti del diritto amministrativo europeo e di tutte le regole ed i concetti di esso propri. Ciò in quanto tali principi contribuiscono a determinare, seppure in presenza di un solo frammento di regolazione, parte del paradigma normativo di riferimento.

IV.3. *Gli orientamenti della giurisprudenza Costituzionale: la frammentazione nell'art. 117 comma 1 della Costituzione.*

Anche la Corte Costituzionale italiana, negli ultimi anni (a discapito dell'impostazione teorica che la vede ancora assestata sulla logica della separazione ordinamentale), ha riconosciuto, progressivamente, l'incidenza del diritto comunitario sul diritto interno, fino ad affermare la convivenza, quasi parigrado sul piano delle fonti, del diritto comunitario col diritto nazionale (25). Peraltro, come si vedrà più oltre, anche il rapporto tra diritto europeo (nella specie, Convenzione europea dei diritti dell'Uomo) e diritto nazionale è stato oggetto di importanti interventi della Corte Costituzionale, che aprono prospettive decisamente innovative.

(25) Addirittura la Corte costituzionale ha ritenuto che il diritto comunitario possa incidere sul riparto di competenze Stato/Regioni cfr., Corte cost., 24 aprile 1996, n. 126, in *Giur. Cost.*, 1996, 1044; Corte cost., 11 aprile 1997, n. 93, in *Giur. Cost.*, 1997, 923 e che esso possa valere a colmare una riserva di legge prevista nella Costituzione cfr., Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. Cost.*, 1998, 3320.

Le pronunce della Corte Costituzionale sono molto diverse nei casi di giudizio incidentale o principale di costituzionalità.

Secondo l'orientamento per molto tempo prevalente, nel primo caso, un'eventuale questione di legittimità costituzionale sulle norme interne contrastanti con le norme comunitarie immediatamente applicabili, sollevata dal giudice *a quo*, avrebbe implicato, da parte della Corte costituzionale, una dichiarazione di inammissibile della questione per difetto di rilevanza (26).

Diversamente, nel secondo caso, qualora la questione fosse stata sollevata in via d'azione, la Corte avrebbe potuto sindacare la legittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie, ma solo perché *“sarebbe contrario agli obblighi comunitari, come esplicitati dalla Corte di giustizia, nonché alla certezza del diritto, consentire che siano immesse nell'ordinamento norme contrarie al diritto comunitario, che dovrebbero comunque essere disapplicate dai giudici e dalla p.a.”* (27).

La percezione che si è ricavata dallo studio della giurisprudenza costituzionale più recente, concernente questioni comunitarie, è l'affermarsi di un sistema unico ed integrato, che racchiude ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, insieme.

Invero, questa logica non è nuova: già alla fine degli anni '90, ad esempio, la Corte Costituzionale aveva riconosciuto, facendo propria una logica di integrazione ordinamentale pura, che le esigenze costituzionali della riserva di legge potevano essere soddisfatte dalla presenza di una normativa comunitaria, alla quale riconosceva, quindi, un carattere imme-

(26) Così, ad esempio, Corte cost., 14 aprile 1995, n. 133, in *Giur. Cost.*, 1995, 1049.

(27) Cfr. Corte cost. sentt. 10 novembre 1994, n. 384 e 30 marzo 1995, n. 94.

diatamente e direttamente integrativo (28) della norma Costituzionale.

La possibilità di assolvere, per il tramite della legislazione comunitaria, l'obbligo di riserva di legge, costituzionalmente stabilito, costituisce, ancor'oggi, un caso particolarmente significativo per la frammentazione della fattispecie normativa, in quanto si basa sull'assunto della perfetta sostituibilità dei frammenti nazionali e comunitari.

Tuttavia, il citato orientamento della Corte Costituzionale, forse prematuro per il contesto di generale resistenza prevalente negli anni della pronuncia cui si è accennato, non ha dato luogo, se non in tempi più recenti, ad un coinvolgimento diretto della Corte Costituzionale negli affari comunitari.

Di recente, però, un passo importante verso la "comunitarizzazione" della Corte Costituzionale è stato favorito, certamente (e forse perfino spinto), dalle modifiche apportate al testo della Costituzione: il nuovo comma 1 dell'art. 117 della Costituzione, sebbene impiegato con grande cautela, ha fornito lo spunto alla Corte per trattare, approfonditamente, questioni comunitarie.

Come sarà meglio dettagliato al paragrafo IV.5.1. del presente capitolo, la Corte Costituzionale (29), prendendo posizione sul rapporto tra norme nazionali e norme CEDU, ha ritenuto di escludere che la riformulazione dell'art. 117 della Costituzione possa essere ritenuta una "mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti" (in particolare

(28) Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383, in *Rass. Adv. St.*, 1998, I, 316 e con nota di G. GRECO, *Riserva di legge e criteri (impliciti) desunti dalla normativa comunitaria: il caso del numero chiuso alla facoltà di medicina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 867.

(29) Ci si riferisce alle sentenze nn. 348 e 349 dell'ottobre 2007, in *Urb. e app.*, 2008, 163, con nota di S. MIRANTE, *CEDU, parametro di costituzionalità per l'indennità d'esproprio e risarcimento danni di occupazione acquisitiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 25, con nota di B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una « finestra » su Strasburgo*.

artt. 10 e 11)”, scartando anche l’ipotesi interpretativa secondo cui tale norma varrebbe solo nell’ambito dei rapporti tra Stato e Regioni.

Riprendendo una prospettiva più generale, gli strumenti con cui la Corte Costituzionale si è addentrata in valutazioni attinenti al diritto comunitario, sono stati diversi. Non vi è dubbio che la Corte riconosca l’intreccio tra norme nazionali e norme comunitarie (cioè appunto la frammentazione della fattispecie normativa) e quindi individui meccanismi giuridici di coordinamento, ispirati alle logiche dell’ermeneutica.

Cercando di fornirne una sintesi, le tecniche giuridiche impiegate più di frequente dalla Corte Costituzionale sono: *a)* il meccanismo dell’interpretazione conforme per evitare la declaratoria di incostituzionalità; *b)* la pronuncia di incostituzionalità per contrasto del diritto interno col diritto comunitario; *c)* l’introduzione di barriere all’ingresso che frenino il diritto comunitario per garantire la difesa di valori nazionali irrinunciabili per il sistema (teoria dei c.d. controlimiti).

a) Il meccanismo dell’interpretazione conforme.

Un primo indice del tentativo di armonizzazione dell’ordinamento comunitario con l’ordinamento nazionale è il meccanismo dell’interpretazione conforme. La Corte Costituzionale usa questo metodo giuridico guidando la ricostruzione del significato della normativa nazionale in un senso comunitariamente orientato.

Il sistema è ben noto, in quanto la Corte Costituzionale ne ha fatto ampio uso, fin dagli inizi della propria giurisprudenza, per cercare di interpretare le leggi ordinarie nel senso il più possibile allineato ai dettati delle leggi costituzionali. L’elaborazione del concetto stesso di Costituzione materiale, ad esempio, è un esperimento dello stesso genere, in quanto rappresenta un tentativo di ampliare (e attualizzare) il conte-

nuto concettuale delle norme costituzionali al fine di allargare il parametro di legittimità delle norme oggetto del giudizio di costituzionalità, per cercare, delle stesse, un'interpretazione, appunto, costituzionalmente orientata.

Traslando il concetto al rapporto tra leggi nazionali e leggi comunitarie, le decisioni della Corte Costituzionale che vertono su fattispecie regolate, direttamente o indirettamente, dal diritto comunitario, utilizzano il meccanismo giuridico qui richiamato per cercare di armonizzare, quanto più possibile, il diritto nazionale con il diritto comunitario. Si noti che la legislazione comunitaria è, per natura, particolarmente adatta a questi scopi, in quanto è una legislazione fatta per principi e, soprattutto laddove non opera con norme immediatamente applicabili, è costruita per fini e *rationes*.

Si capisce bene, allora, perché l'interpretazione conforme è facilitata dalla tipologia delle norme comunitarie e dalla loro modalità di redazione che, concepita per l'implementazione in sede nazionale, offre norme di principio che si prestano a venir ricostruire in prospettive sistematiche.

Come si è notato nel corso del secondo capitolo, proprio questa qualità delle norme comunitarie influisce molto sul rapporto tra potere normativo e potere amministrativo e condiziona, in maniera decisamente significativa, l'atteggiarsi del principio comunitario di legalità.

Un esempio semplice (ed al pari significativo) del meccanismo dell'interpretazione conforme applicato al rapporto diritto nazionale/diritto comunitario è quello di un caso in cui la Corte Costituzionale (30) ha dichiarato costituzionalmente legittima una legge regionale che prevedeva l'applicazione di misure per la salvaguardia dell'incolumità personale dei "cittadini", interpretando il termine cittadini in senso comunitario, riferito, cioè, in generale, a tutte le persone fisiche.

(30) Corte cost., 6 ottobre 2006, n. 323, in *Giur. Cost.*, 2006, 5.

Questa interpretazione della norma contestata (l'unica a poterla salvare dalla declaratoria di incostituzionalità) è stata nominata, espressamente, dalla Corte Costituzionale interpretazione “*costituzionalmente orientata*” (punto 1.6 della sentenza), ai sensi dell'art. 117, comma 1 della Costituzione. In realtà, quello che viene messo in atto è, più propriamente, un'interpretazione “*comunitariamente orientata*”, imposta appunto dall'art. 117 della Costituzione che rinvia, tra l'altro, alle regole dell'ordinamento comunitario.

Solo dove questa interpretazione conforme non sia possibile, allora troverà spazio, proprio per l'operare dell'art. 117, comma 1 Costituzione, la declaratoria di incostituzionalità della legge nazionale (31).

Questo modo di intervenire della Corte Costituzionale pare espressione del tentativo di condurre ad unità la frammentazione normativa delle fattispecie e dimostra che le esigenze della frammentazione vanno ben oltre il semplice riconoscimento dell'esistenza di due ordinamenti produttivi di effetti su di una determinata situazione soggettiva.

- b) *La possibilità di ottenere una pronuncia di incostituzionalità per contrasto del diritto interno col diritto comunitario e per contrasto del diritto interno con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.*

Lo studio della giurisprudenza più recente consente un'ulteriore osservazione: nelle cause portate dinnanzi alla Corte al fine di accertare l'incostituzionalità di una norma interna che contrasti col diritto comunitario, la Corte non declina la propria giurisdizione.

Questo aspetto è particolarmente significativo, in quanto

(31) Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 505, in *Giur. Cost.*, 2002, 6.

segnala l'inizio di un'attività di coordinamento nell'esercizio della funzione giurisdizionale, tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale, che corre parallelamente al riconoscimento della frammentazione della fattispecie normativa (e che potrebbe portare con sé non poche incoerenze e contraddizioni).

Si ritiene che tale modo di procedere della Corte Costituzionale sia reso necessario dalla versione attuale dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, che fa rientrare il diritto comunitario nei parametri di riferimento per il corretto esercizio della potestà legislativa, nazionale e regionale, in conformità alla Costituzione.

Così, la Corte, nel valutare la costituzionalità delle norme interne, si trova, sempre più spesso, a doverne verificare la compatibilità col diritto comunitario (32). E, quindi, a dover esaminare gli aspetti comunitari della fattispecie. Questa attività comporta la descrizione dei dettagli delle fattispecie normative comunitarie che, dall'ultimo triennio in particolare, fanno parte dell'oggetto del giudizio di costituzionalità.

In quest'ottica andrebbe superata la tradizionale resistenza della Corte Costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

È emblematica, a tal proposito, la sentenza della Corte Costituzionale n. 69 del marzo 2004 (33), in cui vi è un'analisi del "contesto sistematico" in cui la normativa in contestazione va colta, che si sostanzia nell'approfondimento della disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato.

Si capisce bene, quindi, come la frammentazione della fattispecie normativa abbia la capacità di estendere anche il giudizio davanti alla Corte Costituzionale, facendovi rientrare tutti gli elementi comunitari della fattispecie, anche provocan-

(32) Sentenza 22 giugno 2004, n. 176, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 1573.

(33) Corte cost., 2 marzo 2004, n. 69, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 630.

do, se sussistano gli elementi di contrasto col diritto comunitario, la pronuncia di incostituzionalità della legge nazionale.

La Corte Costituzionale afferma, con l'appiglio formale dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, che il contrasto col diritto comunitario è in grado di determinare, direttamente, l'illegittimità costituzionale della legge italiana, spingendosi molto oltre, sia al livello pratico sia al livello teorico, rispetto alla logica precedente della legge comunitaria come norma interposta per il controllo di costituzionalità (34).

Un ulteriore passo è stato di recente allungato verso la rilevanza, ai fini del controllo di costituzionalità, anche di norme comunitarie prive di effetti diretti.

Nell'ordinanza n. 458/2006, in cui si prospettava la questione del contrasto tra una normativa nazionale e una disposizione contenuta in una direttiva non "autoapplicativa", si è affermato, infatti, che, in casi del genere, l'unico modo per rimediare al *vulnus* arrecato al diritto comunitario deve consistere nella possibilità di sollevare questione di incostituzionalità della legge nazionale per violazione degli obblighi di conformazione all'ordinamento comunitario, sanciti dall'art. 11 e dall'art. 117 (35).

(34) La storica sentenza Corte cost., 19 novembre 1987, n. 399, in *Giur. It.*, 1987, 2807.

(35) Nel caso di specie, però, la declaratoria di incostituzionalità è stata evitata in quanto la presenza di uno *ius superveniens* rendeva necessario rinviare gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione circa la non manifesta infondatezza della questione sollevata alla luce, appunto, dello *ius superveniens*.

Si tiene a sottolineare che la costruzione della Corte Costituzionale non è convincente per quanto attiene alla distinzione tra direttiva autoapplicative e direttive non autoapplicative, relegando le definizioni contenute in una direttiva comunitaria al rango di quelle non autoapplicative che non possono quindi essere disapplicate in sede nazionale in quanto sprovviste di effetto diretto.

La normativa nazionale contestata, espungendo dal novero dei rifiuti e, quindi, dalla relativa disciplina (secondo cui commette un reato chi smaltisca o trasporti rifiuti non pericolosi senza la prescritta autorizzazione) alcuni prodotti, si poneva in contrasto con la nozione comunitaria di rifiuto. Poiché il contrasto si registrava rispetto ad una direttiva non autoapplicativa, la Corte Costituzionale

Occorre essere consapevoli del fatto che ammettere il giudizio di costituzionalità per contrasto con l'art. 117 comma primo (che richiede che la potestà normativa sia esercitata, anche, nel rispetto dei vincoli derivati dall'ordinamento comunitario), significa ammettere, contemporaneamente, l'esistenza di un sistema integrato, in cui leggi nazionali e "leggi comunitarie" devono cercare il livello massimo di armonizzazione (pena l'incostituzionalità del diritto interno non conforme).

Si deve tener presente che la possibilità di pronunciare l'incostituzionalità del diritto interno per contrasto col diritto comunitario, affermata prima della sentenza *Granital* in alternativa al sindacato diffuso (36), costituirebbe una sorta di ritorno alle origini se non si riflettesse bene su un dato: le dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle leggi nazionali per "anticomunitarietà" avvengono in casi in cui occorre agevolare il primato del diritto comunitario, e non si sostituiscono, ma anzi integrano laddove più efficiente, il meccanismo del sindacato diffuso da parte dei giudici comuni con il relativo potere di disapplicazione (che continua perciò a costituire la regola). Viceversa, la vera novità è costituita da due decisioni della Corte Costituzionale dell'ottobre del 2007, in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di una disposizione inter-

ha ritenuto di poter escluderne la disapplicazione da parte del giudice nazionale. Ed è qui che ha previsto, in alternativa, la dichiarazione di incostituzionalità.

Occorre riflettere bene su queste premesse: una cosa è il contenuto di una direttiva che ha bisogno di essere recepito nel diritto degli Stati, altra cosa è l'ambito di applicazione della direttiva, delimitato proprio dalle sue definizioni; se si conviene che le definizioni segnano il limite esterno ad una certa disciplina comunitaria, si converrà anche che esse devono necessariamente segnare anche il limite all'azione legislativa di recepimento della direttiva stesse. Ne segue, a parere di chi scrive, che le definizioni devono essere sempre considerate autoapplicative, ed è solo al loro interno che si possono muovere gli atti di recepimento. In questo senso non si condivide la premessa maggiore del ragionamento della Corte Costituzionale.

(36) Si rinvia sul punto alla ricostruzione fornita al capitolo III.II.

na per contrasto con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo come interpretate dalla relativa Corte.

La Corte Costituzionale ha superato la tesi tradizionale, ascrivendo le norme CEDU, nell'ambito della gerarchia delle fonti, ad un rango intermedio tra quello delle disposizioni costituzionali e quello delle leggi ordinarie.

La dottrina ha immediatamente evidenziato che si tratta di “*una giurisprudenza verosimilmente di transizione*” (37), legata a schemi concettuali del passato, che ricorda le prime pronunce della stessa Corte con riguardo al rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario (inizialmente risolto appunto con gli schemi giuridici delle norme interposte), poi *forzatamente* modificate in seguito alla giurisprudenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia.

La questione di costituzionalità posta dalla Corte di Cassazione aveva ad oggetto l'art. 5-*bis* del d.l. 11 luglio 1992, n. 33 per violazione dell'art. 111 della Costituzione in relazione all'art. della 6 della CEDU.

La norma era sospettata di illegittimità costituzionale in quanto, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevedeva un criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il rendimento dominicale rivalutato, disponendone l'applicazione anche ai giudizi in corso anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

L'art. 5-*bis* è stato dichiarato dalla citata giurisprudenza incostituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 1 della Costituzione. Il tema affrontato dalla Corte Costituzionale ha riguardato, espressamente, la ricostruzione dei rapporti tra CEDU, obblighi derivanti dalle asserite violazioni strutturali ac-

(37) A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte Cost. nn. 348 e 349 del 200)*, in *Forum Quaderni Costituzionali (rivista on line)*.

certate con sentenze definitiva della Corte europea e giudici nazionali. Tra le tesi sostenute in giudizio, le parti prospettavano la disapplicazione delle norme interne per contrasto col sistema CEDU chiedendo quindi che la questione di costituzionalità venisse dichiarata inammissibile.

La tesi della disapplicazione è respinta dalla Corte Costituzionale che chiarisce, preliminarmente, che il fondamento costituzionale della prevalenza del diritto comunitario è stato l'art. 11 della Costituzione, e che questa norma non può invece essere invocata per le norme CEDU, considerato che non sarebbe individuabile, con specifico riferimento alle norme pattizie, alcuna limitazione di sovranità. Per aversi limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 della Costituzione occorrerebbe: l'esistenza di un "ordinamento sovranazionale" in senso proprio (cioè con proprie strutture, istituzioni e regole), e la capacità di questo ordinamento di produrre norme con effetti diretti in ambito interno.

A riguardo e salvo quanto verrà aggiunto al paragrafo 5.1., si aggiunge solo una perplessità, in quanto questa presa di posizione non convince completamente: anche con riferimento alle norme CEDU si verifica infatti una limitazione di sovranità a livello nazionale, quanto meno rispetto all'esercizio del potere giurisdizionale che, in ambito CEDU, è stato delegato alla Corte europea dei diritti, le cui sentenze sono riconosciute direttamente negli Stati membri e, come dimostra con riferimento al caso italiano la giurisprudenza europea in tema di accessione invertita, sono capaci di cambiare istituti radicati e consolidati sul piano nazionale con l'avallo degli organi supremi di giustizia interni (38). Ciò detto, è un dato in-

(38) La facile critica dell'argomentare sul punto emerge anche nei primi scritti di commento alle sentenze citate, ove in particolare ripercorrendo il significato letterale e storico dell'art. 11 della Costituzione, si precisa che, anche ammettendo che, a differenza di quanto avviene con riferimento all'ordinamento comunitario, non può parlarsi per la CEDU di un ordinamento autonomo, con proprie

confutabile quello messo in risalto dalla Corte Costituzionale per cui *“La Convenzione EDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale ... da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l’incorporazione nell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omissio medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri”*.

Tuttavia, come è stato efficacemente messo in risalto in dottrina riflettendo sul contenuto dell’art. 11 che fa riferimento a limitazioni di sovranità volte a perseguire, come obiettivi,

norme, organi e strutture compiute, d’altra parte “ci si può chiedere se le limitazioni di sovranità indicati dall’art. 11 della Costituzione, non potendo riferirsi soltanto alla nozione di sovranità nella sua più ampia accezione (ad esempio la sovranità su una parte del territorio), ovvero a quella delle cessioni di sovranità, debbano anche comprendere qualunque limitazione dei poteri sovrani normativi, come nel caso di specie, o giurisdizionale quando, ad esempio, lo Stato rinuncia all’esercizio della sua giurisdizione”, C. ZANGHI, *La Corte costituzione risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze nn. 348 e 349 del 2007*, in *www.giurcost.it*. L’Autore, in particolare, distingue tra “cessioni” di sovranità e “limitazioni” di sovranità: le prime richiederebbero la presenza di un vero e proprio ordinamento esterno allo Stato da esso, le seconde invece, in quanto autonomamente accettate dallo Stato, non avrebbero bisogno di un ordinamento, bastando un Trattato internazionale, come quello che ha dato origine alla CEDU, che di per sé determina già una limitazione di sovranità.

Altra dottrina sottolinea l’opportunità dell’impiego dell’art. 11 per dare copertura costituzionale alle norme convenzionali sotto un aspetto di tipo sostanzialistico, basato su una riflessione legata al tipo di valori e diritti sottesi alle norme di cui trattasi: “la copertura dell’art. 11 ha un altro, più denso e ricco di implicazioni significato: quello di dar modo agli atti prodotti in seno alla Comunità internazionale o in ordinamenti sopranazionali costituitisi in funzione servente rispetto ai valori di pace e giustizia di limitare appunto la sovranità nelle sue prime, più genuine ed espressive movenze, vale a dire al piano delle relazioni tra le istituzioni governanti, sovrane (di un ordinamento esterno e di un ordinamento interno) e, ancora più in alto (o più a fondo), al piano dei valori che stanno a fondamento degli ordinamenti stessi. Proprio qui, anzi, si coglie l’essenza delle limitazioni cui si fa riferimento nell’art. 11, ove si convenga che la sovranità ... richiede di essere declinata in senso oggettivo o, meglio, assiologico-oggettivo, commutandosi e facendosi apprezzare quale sovranità di valori”; A. RUGGERI, *op. ult. cit.*

la pace e la giustizia tra le nazioni, *“la CEDU e le Carte dei diritti in genere concorrono ad offrire prestazioni di pace e giustizia in ancora più rilevante maniera di quanto non si abbia (se non da tutti) da alcuni atti normativi comunitari”* (39).

Certo, a prescindere dalla correttezza delle premesse dogmatiche, è chiaro l'intento della Corte: evitare il richiamo all'art. 11 consente, ancora per il momento, di non riconoscere efficacia diretta alle norme CEDU.

La Corte Costituzionale ha poi ritenuto, ovviamente, di escludere anche la copertura costituzionale delle norme CEDU per il tramite dell'art. 10 Cost., interpretando tale previsione come riferita solo alle norme consuetudinarie e non alle norme pattizie.

La valutazione di costituzionalità relativa ad un presunto contrasto tra l'art. 5-*bis* del d.l. 333/1992 e la Convenzione è stata condotta, quindi, con riferimento all'art. 117 co. 1 della Costituzione.

La Corte ha ritenuto che, il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione *“se da una parte rende inconfutabile la maggiore forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione di leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale”*.

La parte finale del ragionamento giuridico della Corte Costituzionale consiste poi in una precisazione importante: considerato che, per il tramite dell'art. 117 della Cost., le norme CEDU entrano a far parte del nostro ordinamento come norme interposte, *“proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano*

(39) A. RUGGERI, *op. ult. cit.*

conformi a Costituzione". Quindi, il giudice costituzionale verificherà, prima di procedere ad eventuali dichiarazioni di incostituzionalità per contrasto con l'art. 117, co. 1 della Cost. per come integrato dalle norme CEDU, se le norme CEDU, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza di Strasburgo, sia o meno compatibile col quadro costituzionale.

La *querelle* relativa al valore da attribuirsi alle norme CEDU acquisterebbe nuovi parametri di riferimento con la ratifica del nuovo Trattato sull'Unione europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona. Il nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, oltre a sancire espressamente che la Carta di Nizza ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (riconoscendo ad essa quindi la stessa diretta ed immediata efficacia delle norme comunitarie) prevede che l'Unione aderisca alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. L'adesione dell'Unione alla Convenzione, per anni discussa e mai realizzata, non pare portata alle logiche estreme conseguenze neanche nel testo del Trattato di Lisbona: infatti l'articolo 6 ripropone l'espressione ambigua per cui i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU "*fanno parte dell'Unione in quanto principi generali*". Occorre a questo punto riflettere se, con l'adesione dell'Unione alla Convenzione, l'obbligo di rispettare i diritti sanciti dalla CEDU si estenda anche alle attività degli Stati membri con un obbligo equiparato al rispetto del diritto comunitario.

Al di là della preferenza per l'una o per l'altra delle tesi sostenute in dottrina e in giurisprudenza a proposito, la necessità di individuare modalità che consentano di affermare la prevalenza delle norme della Convenzione europea sulla normativa nazionale eventualmente contrastante deriva dalla natura frammentata delle situazioni soggettive, che richiede agli ordinamenti degli Stati di riconoscere e dare applicazione alle esperienze di armonizzazione proprie della cooperazione internazionale cui essi hanno aderito.

La posizione della Corte Costituzionale a riguardo delle norme CEDU è testimone della progressiva apertura ai vincoli europei, e non solo comunitari, che impatta direttamente sul diritto amministrativo.

Quindi, la frammentazione della fattispecie normativa è ben visibile nella giurisprudenza costituzionale che ne trae la conseguenza forse più rilevante, ovvero sia la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità della norma interna per disarmonie nella formazione del paradigma normativo italo/europeo.

Alcune decisioni giungono fino ad introdurre una sorta di *gentil sollecito* a che la potestà normativa, regionale o statale che sia, venga svolta in conformità con le regole del sistema europeo, per eliminare, quindi, a monte, possibili antinomie (40).

c) *Il riconoscimento di limiti imposti dal diritto comunitario alla potestà normativa nazionale e il bilanciamento degli stessi attraverso il sistema dei controlimiti al diritto comunitario.*

La frammentazione della fattispecie normativa ha, nella giurisprudenza costituzionale, un limite importante, conseguente alla necessità di fornire sempre e comunque la protezione di alcuni *valori*, considerati intangibili, in quanto espressione di scelte irrinunciabili dell'ordinamento. Si tratta dei cosiddetti controlimiti al diritto comunitario, cioè di barriere all'ingresso di norme che, anche se adottate in sede europea, potrebbero scontrarsi con norme costituzionali la cui importanza è considerata cruciale.

Il concetto di controlimiti è particolarmente importante in questo saggio, che si occupa di questioni di diritto pubbli-

(40) Si veda, ad esempio, sentenza 28 luglio 2004, n. 283, in *Giur. Cost.*, 2004, 4.

co, considerato che esso consente di mantenere salda quella che abbiamo definito, nel primo capitolo, la specialità del diritto pubblico anche in un contesto di prevalenza, formale e sostanziale, del diritto europeo.

Così, ad esempio, il principio di legalità e la riserva di legge in materia penale, sanciti dalla Costituzione, hanno prevalenza sull'art. 117, comma 1 Costituzione (ossia sulla capacità pervasiva del diritto comunitario), ed impediscono l'applicazione, in sede nazionale, di quelle norme comunitarie che eventualmente li intacchino. In questi ambiti, la diretta applicazione di disposizioni comunitarie è stata esclusa in quanto avrebbe potuto comportare delle conseguenze sfavorevoli per i cittadini italiani sul piano penale (41).

Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, quindi, la frammentazione della fattispecie normativa non è totalmente piena e paritaria, ma risente, com'è naturale, di irrinunciabili *mail stones* che qualificano l'ordinamento interno e che rendono il sistema nazionale parzialmente resistente al contatto col diritto comunitario.

L'esperienza della Corte Costituzionale dimostra, inoltre, che il nostro sistema giuridico è tenuto a conformarsi al diritto comunitario non per opzione di carattere politico-istituzionale, ma per un preciso disposto formale: quello contenuto nell'art. 117, comma 1 della Costituzione.

La formulazione attuale della norma costituzionale rende obbligatorio l'allineamento al diritto comunitario del nostro ordinamento giuridico, senza frapporre distinzioni tra diritto privato e diritto pubblico.

Tuttavia, l'esistenza di controlimiti che salvaguardino i valori essenziali dell'ordinamento interno, considerato nel suo complesso, può giustificare alcune resistenze che derivino

(41) Ordinanza n. 288/2006.

appunto da esigenze legate al mantenimento della sovranità dello Stato in aree “*sensibili*”.

La necessità formale del coordinamento tra diritto comunitario e diritto nazionale comporta l’attivazione del meccanismo dell’interpretazione conforme e, nel caso di impossibilità di allineamento tra norma interna e norma comunitaria (anche se non immediatamente applicabile), può portare all’incostituzionalità della prima.

Tale meccanismo dell’interpretazione conforme è una responsabilità prima di tutto dell’interprete, così come dell’amministrazione e del giudice.

IV.4. *Un’altra faccia del “policentrismo normativo”. Dalla frammentazione della fattispecie normativa alla frammentazione delle situazioni soggettive. Superamento dell’impostazione tradizionale e presa di posizione in favore di un nuovo tipo di situazioni soggettive: le situazioni soggettive europeizzate.*

Lo studio delle situazioni giuridiche soggettive (42) nell’ordinamento comunitario fornisce indicazioni interessanti ai fini dello sviluppo delle conseguenze della frammentazione normativa della fattispecie.

Questa prospettiva ci consente di lasciare il tema delle fonti del diritto per approfondire l’intersezione tra diritto nazionale e diritto europeo in una prospettiva sostanzialista.

(42) Si fa qui riferimento specificamente allo studio di E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto nazionale e in quello comunitario*, in *Tratt. Dir. Amm.*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1999 e, più di recente, E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, a cura di M. CHITTI-G. GRECO, *op. cit.*, II, 903 ss. In particolare, l’Autore mette in evidenza come peculiarità dell’ordinamento comunitario che le situazioni soggettive non vengono create dall’ordinamento sovranazionale, ma sono piuttosto “riconosciute”, come la dignità, la libertà, l’eguaglianza, la responsabilità.

La dottrina ha qualificato come situazioni giuridiche (43) *comunitarie*, quelle posizioni private che ottengono tutela processuale o procedimentale nell'ordinamento comunitario (44).

Non ci si addentra nel testo in approfondimenti dettagliati sul concetto di situazione soggettiva, che è tanto affasci-

(43) Ogni manuale di diritto dalla portata generale si apre con speculazioni sul tema delle situazioni giuridiche soggettive, concetto la cui portata è troppo ampia per essere qui discussa, in quanto ci porterebbe fuori tema. Quali siano le situazioni giuridiche proprie del diritto amministrativo nazionale e che connotazioni esse abbiano risulta, magistralmente, negli scritti di G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944; si vedano anche gli Atti dell'Incontro interdisciplinare su *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto canonico, civile amministrativo*, Università di Macerata 20 gennaio 1990, a cura di F. BOLOGNINI, Milano, 1991; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 87 ss.; F.G. SCOCA, *Interessi protetti (Dir. Amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XVII; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini su *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Perugia 7 dicembre 2001, Torino, 2003.

Per completezza, e senza pretesa di esaustività, si richiamano i fondamentali contributi di: F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911; A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 197; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114; A. AMORTH, *Una nuova sistemazione per la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, 64; U. POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e "affievolimento" di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1973; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970; G. BERTI, *Interessi senza struttura*, in *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, 1982; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 3.

(44) Nello studio più completo e recente sul tema, le situazioni giuridiche comunitarie sono state suddivise in quattro tipologie: *a*) diritti tradizionali (come per esempio la libertà d'impresa); *b*) i diritti sociali (come il diritto all'istruzione e oggi come i diritti enunciati dalla Carta di Nizza); *c*) i nuovi diritti (come quelli alla tutela dell'ambiente e i diritti del consumatore); *d*) i diritti legati alla tutela della *privacy* e dell'identità personale; cfr., per un esame nel dettaglio E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, cit., 910 ss.

nante quanto complesso, troppo ai fini delle argomentazioni che seguono, le quali intendono studiare le relazioni tra dimensione europea e ordinamento nazionale, assumendo una nozione elementare di situazione giuridica soggettiva, intesa semplicemente come quel fascio di interessi, facenti capo ad una persona fisica, giuridica o a una collettività, che un sistema giuridico ritiene meritevole di tutela.

Nel diritto amministrativo nazionale gli studi sulle situazioni giuridiche soggettive hanno spesso ripercorso la dicotomia tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, e si sono ravvivati ragionando attorno al tema della tutela risarcitoria degli interessi legittimi (45).

Tra le situazioni soggettive proprie del diritto europeo rientrano certamente tutte le libertà economiche, oltre che i nuovi diritti, riconosciuti nella fase di espansione del diritto materiale comunitario ed europeo, come i diritti connessi alla tutela dell'ambiente, i diritti dei consumatori, i diritti sociali (46).

La presenza di diritti soggettivi emerge chiaramente nella costruzione giuridica comunitaria, fin dalla giurisprudenza *Van Gend & loss* (47), e viene portata alle sue naturali conse-

(45) Il problema della traslazione, in sede nazionale, dei diritti comunitari si poneva in modo cruciale soprattutto in quanto restava dubbio se in ambito nazionale essi fossero da qualificare come interessi legittimi o come diritti soggettivi. Ciò soprattutto al fine di ammettere o meno la risarcibilità delle posizioni comunitarie nel periodo in cui gli interessi legittimi era considerati in ambito nazionale posizioni irrisarcibili. Cfr. sul punto specifico, M.C. BARUFFI, *Sulla tutela dei diritti soggettivi comunitari*, in *Foro it.*, 1995, IV, 230.

(46) Interessante su questo aspetto specifico lo studio di P. BILANCIA, *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1992, che qualifica e descrive i diritti presenti nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

(47) Sentenza *Van Gend & Loss*, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loss c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.*, 1063, 1 e in *Giur. It.*, 1963, IV, 49, con nota di P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 651, con nota di A. MIGLIAZZA, *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, 259 con nota di A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*. Su questo tema si veda anche capitolo IV, par. 2.

guenze nel caso *Francovich* (48), in cui si afferma che le norme comunitarie incondizionate e sufficientemente precise sono tali da ingenerare, esse stesse, diritti in capo ai singoli, da far valere nei confronti dello Stato (limitatamente cioè ai cosiddetti rapporti verticali) proprio come diritti soggettivi. La natura comunitaria di tali diritti è indiscutibile.

La dottrina si è presto dimostrata consapevole dell'esistenza di situazioni soggettive comunitarie ed europee, tutelate direttamente dalla normativa comunitaria o dagli atti sottoscritti in ambito europeo, senza bisogno di ulteriori interventi degli ordinamenti nazionali (49).

In sostanza, il sistema comunitario, in quanto ordinamento giuridico, crea obblighi ed attribuisce diritti in capo a quei soggetti, cittadini comunitari, imprese o istituzioni, che definiscono l'ambito soggettivo di applicazione di quell'ordinamento. Le Carte europee dei diritti, nate proprio in una prospettiva individualista, attribuiscono nuovi diritti e libertà, ovvero precisano le condizioni di godimento di diritti e libertà già ampiamente parte del patrimonio nazionale, limitandone l'eventuale restrizione.

Esiste però un'importante differenza tra dimensione europea e ordinamenti nazionali.

(48) Corte Giust. Ce, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Repubblica Italiana*, in *Foro It.*, 1992, IV, 145; a completamento di tale sentenza si vedano Cort. giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93, C-48/93, *Brasserie du Pecheur c. Repubblica Federale di Germania*, *Factortame c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1996, I, 1131 e *ivi*, 1996, IV, 321; e Corte giust., 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94, *Dillenkofer e altri c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 1996, I, 4845 e in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 822.

(49) Si veda ad esempio quanto affermato nello scritto di P. BILANCIA, *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, ult. cit., spec. 32 ss., dove si precisa, però, che "il superamento delle frontiere nazionali sarà una concreta realtà soltanto allorché le situazioni soggettive ed il regime delle attività di individui ed imprese potranno ricevere in diversi Stati membri un eguale trattamento giuridico, eliminando ogni rischio di discriminazione e garantendone, pertanto, l'effettiva circolazione all'interno del territorio delle Comunità", 35.

Mentre il diritto nazionale è, potremmo dire, *autosufficiente*, il diritto comunitario e il diritto europeo sono, invece, *non autosufficienti*, nel senso che operano creando diritti e doveri in capo a soggetti che hanno già una propria soggettività giuridica, in quanto consociati di altro ordinamento (ovviamente quello statale), preesistente alla cooperazione sovranazionale.

Ciò detto occorre notare che la dottrina, così come la giurisprudenza, pur riconoscendo la presenza di situazioni giuridiche comunitarie o europee, si è dimostrata invece poco cosciente delle situazioni giuridiche *complesse*: le situazioni comunitarie o europee, da un lato, e le situazioni nazionali, dall'altro, sono state studiate come realtà totalmente separate ed intangibili.

Non sono state cioè approfondite sufficientemente le implicazioni nella conformazione e nel trattamento delle situazioni giuridiche soggettive la cui regolazione è frammentata (in parte nazionale e in parte comunitaria o europea).

La prospettiva che qui si propone, invece, considera l'esistenza di situazioni giuridiche frammentate, dalla natura complessa, bifronte. S'intende quindi provare a invertire l'impostazione tradizionale, secondo cui, nello studio dei fenomeni di intersezione tra dimensione sovranazionale e ordinamento nazionale, la frammentazione viene percepita prevalentemente al livello normativo ed è intesa come realtà che dà luogo a situazioni soggettive autonome ed indipendenti.

Partendo dalla constatazione della frammentazione normativa delle fattispecie, è possibile infatti individuare un terzo genere di situazioni soggettive, che rappresentano il risultato di questa frammentazione, *complesse*, in quanto composte da elementi comunitari o europei e da elementi nazionali. In questi casi, pare opportuno ragionare (non di situazioni interne toccate dalla dimensione sovranazionale, ma, più propriamente) di situazioni soggettive *europeizzate*, cioè contemporaneamente rilevanti per i due sistemi, nazionale ed europeo/comunitario, insieme.

Infatti, la frammentazione normativa, trattata nel precedente paragrafo 1, determina la presenza di situazioni soggettive anomale, frammiste di elementi nazionali e sovranazionali. Ne segue evidentemente che i problemi che ne conseguono non possono essere affrontati solo con le logiche della gerarchia e del concorso di fonti, ma devono essere analizzati, anzitutto, dal punto di vista sistematico della teoria generale del diritto.

In sintesi, l'accostarsi e l'intersezione di diverse fonti normative, comporta anche e soprattutto una frammentazione nella conformazione delle situazioni soggettive dei privati che diventano assoggettate, in tutto o in parte, al diritto amministrativo europeo.

È possibile estrapolare le situazioni soggettive *europizzate* dal complesso delle situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento, in quanto hanno natura, esse stesse, frammentata.

La particolarità di queste situazioni soggettive consiste nel fatto che esse incorporano interessi comunitari o europei, cui gli Stati membri hanno attribuito rilievo. Perciò, nello specifico campo del diritto amministrativo, la frammentazione di queste situazioni soggettive *europizzate* (per via dei contatti con la dimensione europea e nella nozione estensiva di implementazione proposta al paragrafo 2) richiede che l'azione amministrativa ad esse rivolta dia rilievo anche agli elementi comunitari o europei, immanenti alla sovranazionalità della situazione soggettiva considerata. Quindi la discrezionalità amministrativa dovrà svolgersi anche nell'ambito dei vincoli posti dal diritto amministrativo europeo, i cui principi essenziali sono stati ricostruiti nel corso del capitolo secondo.

Non tenere conto della dimensione sovranazionale significherebbe snaturare del tutto la situazione soggettiva *europizzata* e, quindi, commettere una illegittimità rilevabile secondo gli schemi propri della violazioni di legge o dell'ecces-

so di potere, a seconda che la violazione riguardi una disposizione normativa o principi generali.

Ne segue, più specificamente, che la frammentazione europea delle situazioni giuridiche impone al procedimento amministrativo nazionale di rispettare tutti i vincoli imposti dal diritto amministrativo europeo, in legge o principi (50).

Anche qualora la legge nazionale deleghi all'amministrazione un potere discrezionale, i principi europei saranno soggetti, *ipso iure*, alla ponderazione procedimentale, sempre rilevanti a prescindere da un espresso richiamo normativo.

Il perseguimento dei principi di diritto amministrativo europeo, infatti, è reso necessario dalla natura europeizzata della situazione soggettiva appartenente ad un sistema intersecato tra il diritto nazionale ed la dimensione europea e deve essere garantito, *orizzontalmente* appunto, in tutti gli Stati membri (51).

(50) Tali parametri sono particolarmente complessi e presentano un contenuto giuridico piuttosto sfuggente. È interessante inserire questa tematica nel conteso delle elaborazioni della dottrina del neocorporativismo, che pone in evidenza l'emergere di nuovi interessi sociali di rilevanza europea e della loro influenza sul processo normativo comunitario. L'importanza di detti interessi emerge dall'interessante scritto di Y. MENY-P. MULLER-J.L. QUERMONNE, *Adjusting to Europe. The impact of the European Union on national institutions and policies*, London, 1996, 51.

(51) Il riconoscimento di tali *superinteressi* comunitari, imprescindibili valori guida per l'attività delle amministrazioni nazionali, consentirebbe pure di raggiungere un interessante risultato in punto di omogeneità circa il godimento delle libertà comunitarie nei differenti Stati membri dell'Unione. Una tale conclusione spiegherebbe anche quelle decisioni della Corte di Giustizia che affermano per l'autorità amministrativa nazionale l'obbligo di riesaminare le proprie decisioni qualora esse siano fondate su una interpretazione del diritto comunitario che si riveli errata o che venga diversamente svelata dalla giurisprudenza comunitaria, anche, discutibilmente, a danno del concetto di giudicato interno. Cfr., Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, C-453/00, in *Giust. Civ.*, 2004, 865, con nota di R. BARATTA; in *Foro Amm. CDS*, 2004, 1; in *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2004, 724; in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 2004, 485, con nota di G. GATTINARA; in *Foro It.*, 2004, IV, 235; in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, con nota di E. RINALDI, *Miracoli dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va oltre il giudice nazionale anticomunitario. E all'Amministrazione spetta il compito di rimediare* e di G.

Ciò dipende non da esigenze di politica europea, ma da precise necessità giuridiche, strettamente formali, rinvenibili nella natura europeizzata della situazione soggettiva (52).

IV.5. *Le conseguenze pratiche della frammentazione: i principali modelli di interazione. Alcuni fenomeni applicativi.*

È stato appena rilevato che la frammentazione delle situazioni giuridiche porta alla contemporanea rilevanza di interessi nazionali ed europei, ed implica che tali situazioni giuridiche, frammentate appunto, si conformino a ciascuno dei segmenti normativi che contribuiscono a determinarne il contenuto concreto.

Dall'accostarsi ed interagire dell'ordinamento nazionale con la dimensione europea si ritiene di poter classificare almeno due distinti modelli, esemplificati nella casistica proposta. Il modello che si propone vale per l'integrazione europea globalmente intesa.

Il primo modello di interazione (che verrà esemplificato nella casistica in tema di accessione invertita) concerne i casi in cui la situazione soggettiva trova fondamento in una nor-

MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, 1007.

(52) In una logica formale ha ragionato E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006. Condivisibilmente, afferma che "una volta che un sistema giuridico abbia optato, com'è avvenuto per l'ordinamento comunitario e quindi per quello italiano, per il riconoscimento della "priorità del mercato concorrenziale", sembra difficile negare che questo comporta, quanto meno, una più intensa protezione della libertà di iniziativa", 106. L'Autore segnala, molto chiaramente, l'effetto dell'ingresso dei principi comunitari, precisando anche le conseguenze che ne derivano sull'ordinamento nazionale: in particolare si sofferma sugli altri vincoli che derivano per i soggetti pubblici nazionali a cause della presenza dei principi comunitari "come diretta conseguenza della priorità ora riconosciuta (appunto per l'adesione al sistema comunitario) dall'ordinamento allo strumento del mercato concorrenziale: e si tratta anzitutto di quelli connessi al principio di parità concorrenziale delle imprese e a quello di concorrenzialità", 108.

mativa nazionale, di diritto interno, e, contemporaneamente, è oggetto di regolamentazione, in parte e non esaustivamente, in atti frutto della cooperazione internazionale (anche comunitaria) il cui valore è riconosciuto nell'ordinamento interno.

In siffatte evenienze, la posizione del privato, pur traendo origine propriamente nel diritto nazionale, è rilevante dal punto di vista della dimensione "europea", per l'esistenza di disposizioni, seppur di carattere integrativo, riferite alla stessa situazione soggettiva di fonte nazionale.

L'attività delle amministrazioni nazionali che incida su dette posizioni private coinvolge, quindi, le previsioni e gli obiettivi europei, cui è perciò tenuta a conformarsi.

Il secondo modello di interazione (che verrà esemplificato nell'analisi della casistica giurisprudenziale in tema di *golden share*) concerne i casi in cui la situazione del privato nasca, per espressa previsione normativa, nel sistema sovranazionale e sia oggetto di interventi, legislativi o amministrativi, nazionali. La casistica a riguardo tratta prevalentemente situazioni nate nell'ordinamento *comunitario* come libertà affermate dai Trattati.

In tali eventualità, da un lato, l'ordinamento comunitario riconosce talune libertà ed individua le condizioni per le loro eventuali restrizioni, mentre, dall'altro, l'ordinamento nazionale può incidere sulla libertà comunitaria in un duplice modo: innanzitutto, a livello normativo, in quanto le limitazioni ai diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario possono essere autorizzate da norme di legge nazionale e, secondariamente, a livello amministrativo, attraverso la concretizzazione di provvedimenti restrittivi emessi per motivi di interesse pubblico. In vicende così configurate, la fase del riconoscimento delle libertà, quindi della loro nascita dal punto di vista del diritto positivo, è ascrivibile al diritto comunitario, mentre la definizione dei limiti e, quindi, del contenuto con-

creto delle stesse, cioè la vera e propria qualificazione dei diritti, è attribuita agli Stati.

In questa seconda ipotesi prefigurata, il mantenimento di un grado significativo di discrezionalità in capo alle autorità pubbliche nazionali equivarrebbe ad un'ulteriore arretramento dell'influenza dell'ordinamento comunitario nella definizione delle situazioni giuridiche soggettive che in esso traggono origine: le amministrazioni nazionali, operando in via discrezionale, sarebbero titolari del potere conformativo del diritto in senso corrispondente o meno al diritto comunitario.

IV.5.1. *Una prima applicazione del concetto di situazioni giuridiche frammentate tratta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Le libertà europee come parametro di legittimità per l'attività delle amministrazioni nazionali.*

La prima applicazione pratica che si considera concerne vicende di implementazione indiretta in cui l'attività amministrativa nazionale riguarda uno dei diritti storicamente più significativi per gli ordinamenti liberali degli Stati membri, ossia il diritto di proprietà. Diritto che, a sua volta, è oggetto anche di una disciplina integrativa di fonte europea.

A tale proposito, l'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo che si sta per intraprendere, ci consente di avvicinare, in via di prima approssimazione, le conseguenze pratiche della frammentazione delle situazioni giuridiche soggettive, per il tramite del sindacato effettuato da un organo giurisdizionale europeo su di una situazione giuridica geneticamente di derivazione nazionale, ma sulla quale incide, appunto, anche la prospettiva europea (53), nel-

(53) All'interno del nostro ordinamento, il legislatore ha provveduto a dare esecuzione alla Convenzione con una legge ordinaria (l. 4 agosto 1955, n. 848),

la specie tramite il diritto internazionale pattizio espresso nella Convenzione europea dei diritti umani (54).

È ben noto che la Corte dei diritti dell'Uomo è un organo giurisdizionale estraneo all'ordinamento giuridico comunitario in senso proprio, cioè al modello raccolto nei tre pilastri dell'Unione europea, ed appartiene ad un contesto diverso, i cui parametri normativi sono la Convenzione europea dei diritti umani ed i relativi protocolli, elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa.

La giurisdizione della Corte europea è divenuta obbligatoria per gli Stati firmatari della Convenzione a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11 che ha affidato al controllo esterno e centralizzato dei giudici di Strasburgo la verifica della corretta applicazione della Convenzione.

Il sistema convenzionale deve essere tenuto distinto dai

c.d. legge di esecuzione, con la quale si è formalmente adempiuto agli impegni sottoscritti con la ratifica della Convenzione.

(54) I contributi più recenti sul tema della Convenzione europea dei diritti umani consistono prevalentemente in approfondimenti della giurisprudenza della Corte europea: molti consistono in tentativi di codificazione dei diritti europei anche alla luce del progetto di Costituzione europea che, come noto, si proponeva di incorporare la Carta dei diritti fondamentali. *Ex multis*, si segnalano, J.E.S. FAWCETT, *The application of the European convention on human rights*, Oxford, 1987; P. PITTARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2000; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; M. DE SALVIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001; AA.VV., *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, a cura di B. NASCIBENE, Milano, 2002; M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova Europa: tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003; A. FERRARO, *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Dir. Com. Sc. Internaz.*, 2004, 443; R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 57; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Napoli, 2005; AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, Napoli, 2006; AA.VV., *I diritti in azione*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, 2007.

modelli dell'interazione *comunitaria* in senso proprio, appartenendo ad un modello esterno all'ordinamento comunitario, ma, al pari di quest'ultimo, separato e distinto da quello nazionale (55).

Si è deciso di soffermarsi sul caso della accessione invertita per come intesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto esso pare l'esempio più lampante di come anche il primo tra i diritti soggettivi — ossia il diritto di proprietà — sia interessato dal fenomeno della frammentazione, ricostruito nel presente capitolo.

Inoltre, pur non trattandosi di giurisprudenza di organi comunitari (ma di organi europei), le decisioni della Corte dei diritti dell'Uomo fanno ormai parte dell'*acquis communautaire*, in quanto la stessa Corte di giustizia, nel perfezionare un sistema di protezione dei diritti umani, si rifà al sistema dei valori emergenti dalla Convenzione (56).

(55) Come accade tipicamente nelle forme di cooperazione internazionale, il sistema convenzionale trova la sua fonte di obbligatorietà nella ratifica della Convenzione da parte degli Stati che vi abbiano voluto aderire, cosa che è avvenuta per taluni dei Paesi firmatari, anche prima della nascita delle Comunità europee. Ciò conferma che l'adesione all'ordinamento convenzionale è del tutto indipendente dalla partecipazione al modello di interazione comunitario.

(56) In dottrina sulla complessa tematica delle relazioni tra Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Corte di Giustizia e Corte costituzionale italiana, si vedano: M.A. EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in D. ROUSSEAU-F. SUDRE (a cura di), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, Parigi, 1990, 138; M. DE SALVIA, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione o sussidiarietà?*, in *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1994, 32; B. CONFORTI, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo: una procedura più snella al servizio del cittadino europeo*, in *Foro Nap.*, 1998, 317; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1998, 20; B. NASCIMBENE, *La "nuova" Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium Iuris*, 1999, 119; A. BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corr. Giur.*, 1999, 642; G. ROMANO-M.G. PELLEGRINI, D.A. PARROTTA, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1999; C. MIRABELLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, Corte costituzionale, Servizio studi, 2000; G. GRECO,

Non si dimentichi poi che il Trattato sull'Unione europea, già nella sua prima versione di Maastricht, conteneva nell'art. F (ora art. 6.2 (57)) un espresso richiamo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui ha sancito il formale rispetto da parte delle istituzioni comunitarie (58). Ne segue che, poiché il diritto di proprietà è una delle situazioni soggettive che la Convenzione mira a salvaguardare dagli abusi (e quin-

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 38; S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit.; G. DEMURO, *I rapporti tra Corte di Giustizia della comunità europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2003, 85; S. GAMBINO, *I diritti fondamentali comunitari tra Corte di Giustizia delle Comunità europee, Trattati e Bill of rights*, *ivi*, 57; F. GHERA, *Riflessioni sull'efficacia dei diritti fondamentali "comunitari" nei confronti degli Stati membri*, in *Giur. Cost.*, 2004, 57; L. FAVOREU, *Corti Costituzionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2004, 3; V. PUGLIESE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. Pen.*, 2004, 1161; C. NEGRI, *La carta di Nizza, la Cedu e la tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici interni*, in *Nuove Autonomie*, 2004, 905; V. BETTIN, *La Convenzione europea e le competenze esterne implicite dell'Unione europea*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 1156; C. ZANGHI, *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Giu. della Cooperazione Internazionale*, 2004, 7; E. MARTINETTI, *Il giusto indennizzo espropriativi tra Corte europea dei Diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. di Urb.*, 2005, 490; L. VIOLINI, *L'indipendenza del giudice e il rispetto del diritto internazionale secondo una recente decisione del BverfG: bilanciamento o prevalenza dei principi costituzionali nazionali?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2005, 1014; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 2005, 3; S. PEERS-A. WARD, *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oregon, 2005; AA.VV., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli, 2005.

(57) L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

(58) Il richiamo dell'art. 6 del TR.UE ha consentito anche di affermare ad una giurisprudenza del Consiglio di Stato che i principi della CEDU hanno "diretta rilevanza nell'ordinamento interno" per via dell'equiparazione tra essi e i principi generali del diritto comunitario: così Cons. St., Sez. IV, 30 novembre 2007, n. 6124.

di rientra nei diritti fondamentali che costituiscono principi generali del diritto comunitario), le decisioni della Corte di Giustizia, stante il disposto dell'art. 6 del Trattato Ue, dovranno uniformarsi ai criteri convenzionali, per non violare il diritto comunitario nella parte in cui esso rinvia alla Convenzione.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte europea sta progressivamente incidendo sulle decisioni dei nostri giudici nazionali. In un interessante studio sul tema delle relazioni tra Corte Costituzionale e giudici europei (59), è stato dimostrato che la stessa Corte Costituzionale, parca nei richiami alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è oltremodo generosa nel far riferimento alla Corte dei diritti dell'uomo. Nello studio richiamato, ricordando l'intuizione di Ruotolo, si precisa tuttavia che, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, *“il richiamo alla CEDU significa esclusivamente riconoscere la fondamentale portata assiologica e la straordinaria capacità di esprimere valori metalegislativi comuni”*.

Come si è già ricordato, la Corte Costituzionale, in due decisioni storiche (60), ha affermato la possibilità di pronunciare l'illegittimità costituzionale di norme interne che contrastino con le disposizioni CEDU.

Quindi, la tradizionale collocazione delle norme CEDU nella gerarchia delle fonti è stata superata in favore di una posizione più in linea con le suggestioni della dottrina, che da tempo sollecitava un intervento della Corte.

In un recente Convegno (61), tenutosi presso l'Universi-

(59) F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, La Corte e le Corti, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002, in www.associazionedei-costituzionalisti.it.

(60) Corte cost., sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

(61) *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, 9 marzo 2007, Università di Ferrara - Dipartimento di scienza giuridiche.

tà di Ferrara, veniva messa in luce (62), infatti, la necessità di ripensare i rapporti tra ordinamento italiano e sistema CEDU, senza confondere quest'ultimo con il sistema comunitario, e manifestando una certa insoddisfazione per l'equiparazione della CEDU alle leggi ordinarie (63) e per la collocazione sistematica del tema nel troppo ristretto ambito della teoria delle fonti.

Le tesi che si affrontano in dottrina sul tema della collocazione gerarchica della Convenzione CEDU in seguito alla modifica dell'art. 117 Cost. toccano gli estremi opposti. Si passa da chi ritiene l'attuale formulazione un errore, privo di significato giuridico, a chi ritiene che la norma abbia segnato il passaggio dell'Italia ad un sistema monista. La tesi intermedia ipotizza di individuare nell'art. 117, comma 1, una copertura della CEDU sul fronte passivo: a differenza cioè di quanto accade per il tramite dell'art. 10 della Costituzione, la nuova norma non procurerebbe un adattamento automatico del diritto interno al diritto convenzionale, ma, sul lato passivo, garantirebbe la resistenza delle norme Convenzione rispetto a leggi nazionali successive e contrastanti. In pratica, accogliendo tale tesi, l'art.117 comma 1 Cost. potrebbe dare luogo a dichiarazioni di illegittimità costituzionale di leggi nazionali che contrastino con le regole del sistema convenzionale.

È opinione di chi scrive che la frammentazione sia decisamente diversa qualora i frammenti di regolazione eterono-

(62) M. CARTABIA, in atti del convegno di Ferrara *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, in corso di pubblicazione.

(63) La stessa Corte di Cassazione afferma ripetutamente che: "la collocazione della Convenzione europea nella gerarchia delle fonti non è mai stata chiarita appieno, giacché la qualificazione di essa come fonte atipica (Corte cost. 19 gennaio 1993, n. 10) non risolve fino in fondo le non infrequenti ipotesi di conflitto, non solo con le norme di legge ordinaria, precedenti e successive, ma con le stesse norme costituzionali", ord. 20 maggio 2006, n. 401.

ma rispetto all'ordinamento nazionale si rinvergono nell'ordinamento comunitario o nel sistema convenzionale.

Nel primo caso, data la tipologia della regolamentazione comunitaria, che detta norme (con diversi gradi di precisione) direttamente applicabili al livello degli Stati, gli operatori nazionali possono dare applicazione ad una disciplina, più o meno precisa, ma già indicata in sede comunitaria; nel secondo caso, invece, data la specificità delle norme convenzionali, organizzate per macroprincipi o per *standard* di tutela, l'operatore ha a disposizione norme da utilizzare solo come valori cui improntare la propria normativa, sia che debba produrre nuove norme sia che debba interpretarne delle vecchie.

Ne segue che spesso la frammentazione normativa, nel caso dell'intersezione diritto nazionale/diritto comunitario, si atteggia come un sovrapporsi di norme ugualmente specificate la cui applicazione deve essere coordinata; invece, nel caso di intersezione tra diritto nazionale/diritto convenzionale, come un intreccio tra disciplina nazionale e *standard* europei.

Del resto, la dottrina, già nel 2000, rifletteva sul fatto che *“la scarsa applicazione giurisprudenziale, ove non dovuta a ignoranza della materia, sottintende (erroneamente o meno) una inettitudine delle norme Cedu a disciplinare il caso concreto”* (64).

Ebbene, l'eventuale ipotesi di contrasto deve essere risolta, in entrambi i casi, riconoscendo la prevalenza al diritto di fonte europea: dando immediata applicazione alla disciplina comunitaria e garantendo l'efficacia degli *standard* europei anche, se del caso, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma nazionale che con tali *standards* contrasti (65).

(64) G. GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit., 31.

(65) Sulla linea della posizione espressa da G. GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, utl. cit., 39, secondo cui: “Ne deriva che il giudice nazionale — chiamato a garantire un ricorso effet-

Si aggiunge che la disapplicazione della legge interna per contrasto con le norme CEDU, può essere esclusa, si ritiene, non tanto perché il diritto convenzionale, a differenza del diritto comunitario, non sia immediatamente applicabile (in quanto diritto internazionale), ma solo finché il giudice *a quo* non abbia a che fare con norme dettagliate, ma con norme di principio, il cui significato più preciso con riferimento all'ordinamento nazionale può essere individuato, per ovvie ragioni di uniformità, da un *solo* giudice per ordinamento, dotato del potere di valutare anche la compatibilità delle affermazioni CEDU in tema di diritti con quelle contenute — sempre al livello delle enunciazioni di principio — nella Costituzione, ossia la Corte Costituzionale. Quest'ultima, peraltro, ricorrendo al meccanismo della dichiarazione di incostituzionalità, afferma comunque un *primato* del diritto convenzionale sul diritto interno. L'impostazione, per così dire, “macro” delle norme della Convenzione, che contengono previsioni valoriali di carattere generale e non attribuiscono ai singoli diritti che siano immediatamente “enforceable” rende impossibile al giudice nazionale, nella maggioranza delle volte, disapplicare la norma nazionale e applicare quella europea, che non introduce una vera e propria disciplina.

Tant'è che la Cassazione, per escludere la disapplica-

tivo contro le violazioni della Convenzione — è tenuto a mio modo di vedere ad applicare direttamente non solo tutte le disposizioni della Convenzione, che di per sé presentino *ab origine* i caratteri della immediata applicabilità, ma anche quelle disposizioni che tali caratteri abbiano acquisito, attraverso l'interpretazione della Corte. Infatti, se non si riconnette alla relativa giurisprudenza il ruolo di interpretazione finale e più autorevole della Convenzione, idonea dunque a precisarne i precetti e ad individuarne specifici parametri applicativi, risulterebbe contraddetta l'istituzione medesima di un giudice *ad hoc*, che le parti contraenti hanno viceversa appositamente pattuito e costituito per assicurare il rispetto degli impegni presi (art. 19) e con competenza espressamente estesa a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 32)”.

zione delle norme CEDU riferisce chiaramente non tanto problemi teorici, quanto problemi pratici, quali la necessità che il giudice sia soggetto soltanto alla legge e che quindi non introduca parametri di integrazione del dato normativo vigente in presenza di norme convenzionali generiche: *“si ritiene che il giudice non possa disapplicare una legge vigente dello Stato ... con un criterio rimesso all’apprrezzamento del giudice. Il giudice è soggetto unicamente alla legge (art. 101 Cost.), ed ammettere un potere (o addirittura un obbligo) di non applicarla, significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale”*. La Cassazione specifica anche, ritagliando, pare, uno spazio per la disapplicazione in caso di contrasto con norme CEDU, che *“s’impone la diretta applicazione alla fattispecie della norma convenzionale, ove essa sia immediatamente precettiva e comunque di chiara interpretazione, e non emerga questione di conflitto interpretativo tra il giudice nazionale e il giudice europeo”* (66).

L’alternativa tra diretta applicabilità delle norme CEDU o funzione meramente integrativa delle stesse, e quindi tra disapplicazione delle norme interne contrastanti da parte del giudice comune o pronuncia di illegittimità costituzionale, dipende dal grado di precisione dei precetti convenzionali, non letti in astratto, ma considerati secondo l’interpretazione resa dalla Corte Europea.

Infatti, nonostante la CEDU sia un atto di diritto internazionale, e perciò non valgano le affermazioni della Corte di Giustizia che, a partire dal caso Simmenthal, hanno imposto allo Stato di riconoscere effetti immediati e diretti al diritto comunitario, tra gli obblighi convenzionali pattuiti si trovano

(66) Cass. ordinanza 29 maggio 2006, n. 402.

enunciazioni simili a quelle della giurisprudenza comunitaria. In particolare, come è stato rilevato in dottrina (67), l'art. 46 della Convenzione prevede che “*le Altre Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione*”. Ora, il riconoscimento dell'obbligo di conformazione alle decisioni della Corte europea comporta un'integrazione dei dati normativi di riferimento per il giudice *a quo* che, come si è ipotizzato rileggendo il combinato disposto degli artt. 101 e 117 della Costituzione, sarà tenuto ad applicare o meno il diritto convenzionale con conseguente disapplicazione del diritto interno incompatibile a seconda del livello di precisione dei precetti convenzionali rilevanti.

Diversamente opinando, ritenere che l'obbligo di conformazione comporti solo un obbligo di modifica del diritto nazionale vigente incompatibile con le interpretazioni del diritto della CEDU, significherebbe ammettere una contraddizione pesante nel sistema: infatti, *medio tempore* rispetto alle attese modifiche normative, i cittadini non potrebbero giovare di diritti accettati e riconosciuti dallo Stato, ma non dalle sue corti.

Il ragionamento si chiarisce richiamando il caso del contrasto delle norme nazionali in tema di indennità di espropriazione con la Convenzione europea e con le pronunce della Corte EDU, che ha portato, infine, alla pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del d.l. 333/1992. È evidente che nelle decisioni a riguardo il giudice nazionale, in mancanza di una disciplina specifica e precettiva in sede sovranazionale dei criteri di liquidazione del ristoro dovuto ai soggetti espropriati, disapplicando la norma interna, si sareb-

(67) G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 265 ss.

be trovato senza alcuna regola da applicare alla fattispecie dedotta in giudizio (68).

Le argomentazioni sostenute sono le stesse svolte con riferimento al diritto comunitario: se la norma comunitaria attribuisce ai singoli diritti precisi ed incondizionati, il giudice è tenuto a disapplicare la norma nazionale configgente, altrimenti no. Quindi, uniformare il trattamento (senza escludere a priori la disapplicazione per contrasto con le norme CEDU) non parrebbe fuori luogo (69).

Se la possibilità di disapplicazione della legge interna per contrasto con il diritto sovranazionale si basa sulla preceitività o meno delle norme internazionali piuttosto che su ostacoli formali, la stessa riflessione potrebbe essere fatta valere rispetto a qualsivoglia disposizione contenuta in convenzione internazionali.

Tornando al ragionamento principale, data l'importanza della situazione soggettiva — diritto di proprietà — e considerato il riconoscimento delle decisioni della Corte dei diritti nelle sentenze della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale italiana, si è scelto di far riferimento comunque alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ben consapevoli delle incertezze legata al grado del suo valore vincolante.

Tutto ciò premesso è ora possibile concentrarsi sulla giurisprudenza in questione.

Il diritto di proprietà è stato oggetto di diversi interventi della Corte Europea dei diritti che, in due casi recenti, ha riscontrato una violazione dell'Italia all'art. 1 del Protocollo I della Convenzione, con conseguente condanna dello Stato.

La centralità, nel dibattito europeo, del diritto di proprietà si evince anche dal fatto che le sentenze europee che hanno riaperto il dibattito, cioè la sentenza *Belvedere Alber-*

(68) Cass. ordinanza 19 ottobre 2006, n. 681.

(69) Così G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit.

ghiera e Carbonara-Ventura (70), non sono le prime decisioni ad essere intervenute sul tema: nel caso *Zubani* (71), infatti, di pochi anni precedente, la Corte aveva ritenuto inadeguato il risarcimento riconosciuto al privato spossessato illecitamente, ritenendo necessario che lo Stato Italiano fornisse un ristoro integrale e non equitativo dei danni subiti nel caso di estinzione ad opera di un soggetto pubblico del diritto di proprietà.

Le pronunce del 2000 della Corte Europea hanno affermato, ancora più radicalmente, che l'intero sistema italiano

(70) Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 20 maggio 2000, *Belvedere Alberghiere contro Italia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*, in *Corr. Giur.*, 2001, 460, con nota di V. CARBONE e di A. BULTRINI, *Occupazione appropriativa: l'intervento dirompente della Corte europea dei diritti dell'Uomo*.

Data la portata di tali decisioni ne è seguito un numero molto significativo di commenti, anche in osservazione alle sentenze successive della giurisprudenza interna sullo stesso tema. Si segnalano di seguito quelli considerati ai fini delle osservazioni svolte: F.G. COCA-S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2000, I, 445; D. DE VITOFRANCESCHI, *La Corte dei Diritti Umani dichiara l'occupazione appropriativa in contrasto col principio di legalità*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2000, III, 521; I. CACCIAVILLANI, *Illegalità europea dell'occupazione acquisitiva e suoi rimedi*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2000, III, 512; E. RINALDI, *Principio di legalità e accessione invertita: dalla Corte di Strasburgo una pesante condanna per lo Stato italiano*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2001, I, 803; C. VARRONE, *Occupazione acquisitiva o accessione invertita: analisi critica e sviluppi normativi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 518; S. VERZARO, *La Corte di Strasburgo riconosce il contrasto dell'occupazione acquisitiva con la Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 59; R. ARCANGELI, *La occupazione acquisitiva nella prospettiva costituzionale e comunitaria*, in *Cons. St.*, 2001, II, 513; A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo "boccia" l'occupazione appropriativa*, in *Urb e App.*, 2001, 283; P. GRASSANO, *L'accessione invertita od occupazione appropriativa. Analisi dell'istituto fra il diritto italiano e la Corte europea e la difesa dei diritti dell'uomo*, in *Nuova Rass. Leg., Dottr. e Giur.*, 2002, 1789; R. CONTI, *Prescrizione ed occupazione appropriativa dopo Strasburgo*, in *Urb. e App.*, 2002, 712; S. BENINI, *Sull'occupazione appropriativa*, in *Fo-ro It.*, 2003, I, 2368; G. DE MARZO, *"Molto rumore per nulla?" Le sezioni unite, l'occupazione appropriativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Corr. Giur.*, 2003, 744.

(71) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 agosto 1996, *Zubani c. Italia*, in *Racc.*, 1996, IV, 1067.

dell'occupazione acquisitiva costituisce un'ingerenza illegale nel diritto al rispetto dei beni, sancito dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione (72), ritenendo non più sufficiente un ristoro integrale dei danni, ma piuttosto una restaurazione dello *status quo ante*.

Queste conclusioni continuano ad essere confermate e ribadite, sulla falsariga dei *leading cases* appena ricostruiti, anche in recentissime decisioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo (73) che nulla aggiungono al principio appena enunciato.

Nella prima vicenda (*Belvedere Alberghiera*), il ricorrente chiedeva la tutela della Corte contro una situazione in cui un Comune, dopo aver occupato il terreno di una società alberghiera, nella parte in cui esso garantiva l'accesso al mare ai clienti dell'albergo, non ottemperava al giudicato amministrativo di annullamento, che aveva accertato, in primo grado, l'illegittimità dell'occupazione (74), e procedeva a realizzare

(72) Una posizione simile a quella di cui si discute veniva ritrovata nella sentenza della Corte europea, 25 maggio 1999, *Iadris c. Grecia*, in *Racc.*, 1999, II, 75.

(73) Ad esempio si vedano: cause *Scordino c. Italia*, 29 luglio 2004; *Bigotti, Colazzo e Serrao c. Italia*, 13 ottobre 2005; *De Scisco c. Italia*, 20 aprile 2006; *Lanteri c. Italia*, *Sciarrotta c. Italia*, 12 gennaio 2006; *S.A.S. c. Italia*, 23 febbraio 2006.

(74) La tematica dell'occupazione acquisitiva ha generato in dottrina una pluralità di interventi, perlopiù diretti a commento delle tendenze emerse nella giurisprudenza di legittimità volte a disciplinare l'istituto.

Sul punto oltre alla bibliografia già segnalata si rinvia a M. COMPORI, *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1985, II, 3; G.F. CARTEL, *Un difficile connubio: criterio di effettività e principio di legalità dell'azione amministrativa*, in *Foro It.*, 1988, I, 1983; F. ALCARO, *Attività e titolo nell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1991, 833; G. VAIRO, *Occupazione illegittima di immobili e realizzazione dell'opera pubblica: l'accessione invertita in favore della PA*, in *Riv. Trim. App.*, 1991, 553; F. PUGLIESE, *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1995, vol. X, 261; M. CAVALLARO, *L'occupazione appropriativa tra indennizzo e risarcimento*, in *Nuove Aut.*, 1995, 615; F. VOLPE, *Le espropriazioni senza potere*, Padova, 1996; A. PEZZUTO, *Occupazione appropriativa: un'ingiustizia nel nome dell'interesse pubblico*, in *Giur. It.*, 1997, I, I, 537; G. VERDE, *L'espropriazione di fatto tra legalità e giustizia*, in *Foro It.*, 1997, I, 2402; G. COSENTINO, *L'occupazione acquisitiva o accessione invertita*, in *Nuova Rass.*, 1998, 1235;

l'opera pubblica (nella specie, una strada). Ne era seguito che, nemmeno in sede d'appello, era stato più possibile pro-

P. EREDE, *L'istituto dell'occupazione appropriativa*, in *Nuova Rass.*, 1998, 196; F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *Indennità di esproprio e occupazione appropriativa nel panorama giurisprudenziale alla luce del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, Milano, 1999; S. BONATTI, *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1077; R. INVERNIZZI, *Accessione invertita e CEDU: punti di vista*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2000, 595; G. GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit., 24; E. BONELLI, *Accessione invertita e risarcimento: un'eterna spada di Damocle per la finanza locale*, in *Riv. Amm.*, 2000, 779; S. SALVAGO, *L'occupazione "usurpativa" non può essere espropriazione*, in *Foro It.*, 2000, I, 1863; C. GUGLIELMELLO, *La c.d. accessione invertita a favore della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2000, I, 1, 1863; M.L. PADELLETTI, *L'occupazione acquisitiva in relazione al principio di legalità stabilito nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. It.*, 2003, 2244; E. AVOLIO, *L'occupazione acquisitiva in un confronto con la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, I, 899; G. MILO, *Giudici italiani e Corte europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al diritto di proprietà*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 1485; S. MIRATE, *L'occupazione appropriativa viola l'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo? Le Sezioni Unite negano ma la Corte europea risarcisce*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2003, 1463; G. ROLFI, *Corte europea dei diritti dell'Uomo e accessione invertita: brevi spunti di riflessione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2004, I, 1852; L. MUSSELLI, *L'occupazione appropriativa non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le Sezioni Unite della Cassazione e la tecnica del distinguishing*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2004, I, 571; G. FABBRIZZI, *Caso Scördino: una nuova condanna per l'occupazione appropriativa*, in *Urb. e App.*, 2005, 1395; R. CONTI, *Ancora dislessi fra Cassazione, Consiglio di Stato e Corte e i diritti umani sull'occupazione illegittima*, in *Corr. Giur.*, 2006, 229; M. PACINI, *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 21; S. MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesioni di interessi legittimi: riguardo di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 1041.

Per quanto concerne le opere monografiche si segnalano *ex multis* i contributi di M. CALOGERO, *L'occupazione acquisitiva*, Milano, 1996; S. SALVAGO (a cura di), *Occupazione acquisitiva nelle espropriazioni per pubblica utilità*, Milano, 1997; M. CALOGERO-A. TOTARO, *L'occupazione acquisitiva nel quadro del procedimento espropriativo*, Padova, 1998; C. FALCONE, *Occupazione acquisitiva e principio di legalità*, Napoli, 2002; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006.

Per la ricostruzione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva in relazione alle norme del diritto civile si rinvia, non attenendo questo profilo all'indagine qui in corso, alla meditata riflessione di C. VARRONE, *Occupazione acquisitiva o accessione invertita: analisi critica e sviluppi normativi*, cit.

cedere alla restituzione del terreno al ricorrente, data l'avvenuta realizzazione dell'opera di pubblico interesse (75).

Nella seconda vicenda (*Carbonara e Ventura*), il caso sottoposto all'attenzione della Corte Europea riguardava la condotta di un Comune, che aveva proceduto alla costruzione di un'opera (nella specie, una scuola), nonostante il periodo di validità del decreto di esproprio fosse scaduto.

In entrambe le situazioni riassunte, la giurisprudenza italiana (76) ha applicato l'istituto dell'occupazione acquisiti-

(75) Nel caso di specie, vi era stato anche un intervento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che confermava la definitiva perdita della proprietà privata sul suolo occupato, poiché esso aveva subito delle trasformazioni non emendabili data la sua effettiva destinazione a fini pubblici. Cfr., Cons. St., Ad. Plen., 7 febbraio 1996, n. 1, in *Foro It.*, 1996, III, 137; in *Giur. It.*, 1996, III, 1, 260; in *Riv. Giur. Ed.*, 1996, I, 549; in *Corr. Giur.*, 1996, 10, 1160, con nota di F. VOLPE, *Occupazione acquisitiva e giudicato amministrativo: spunti di riflessione in tema di attività gestoria della pubblica amministrazione*.

(76) Le costruzioni della giurisprudenza nazionale in tema di occupazione acquisitiva hanno origine nella celeberrima sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Giur. It.*, 1983, I, 1629, con nota di M. ANNUNZIATA, *Un nuovo modo di acquisto (pubblico) della proprietà: la costruzione di un'opera pubblica come accessione invertita*.

Con tale decisione la Suprema Corte ha ribaltato un orientamento disarmonico delle sezioni semplici affermando la regola per cui, basandosi sull'art. 938 c.c., deriverebbe che, pur in difetto di una espropriazione formale ed indipendentemente dalla legittimità di quest'ultima, l'amministrazione acquista a titolo originario la proprietà dell'area qualora venga realizzata sulla stessa un'opera di pubblico interesse, con conseguente irreversibile trasformazione del fondo privato. Per fornire una tutela al privato proprietario, la stessa giurisprudenza ha ascritto il comportamento dell'amministrazione all'area dei fatti illeciti, prevedendo, quindi, a favore del privato non una tutela di tipo reale, ma una tutela di tipo risarcitorio piena ed integrale.

A questa decisione sono seguite nel tempo alcune precisazioni dovute anche alla giurisprudenza di merito: si è escluso che l'accessione possa essere invocata 1) in relazione all'esercizio di diritti reali parziali (Cass., Sez. Un., 6 novembre 1989, n. 4619, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1757); 2) in presenza di un annullamento giurisdizionale delle delibere contenenti la dichiarazione di pubblica utilità, quando la dichiarazione di pubblica utilità difetti *ab origine* (Cons. St., Sez. V, 12 luglio 1996, n. 874, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 566, con nota di F. VOLPE, *Processo di ottemperanza al giudicato amministrativo*, 1997, 572; Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148, in *Foro Amm.*, 2000, 16, con nota di G. DUNI, *La riducibilità del risarcimento e lo Stato di diritto*; Cass., Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907, in *Danno e Resp.*, 1997, 512.

Restano tuttavia allo stato alcuni importanti profili di indeterminazione del-

va, tramite il quale si consentiva all'amministrazione che avesse illegittimamente occupato un fondo e realizzato su di esso una trasformazione in funzione di un pubblico interesse, di acquisire la proprietà del sedime oltre che del bene e si negava, correlativamente, al privato la possibilità di ripristinare la situazione nello *status quo antea*.

È opportuno precisare che, come è stato di recente notato dalla Cassazione (77), nel caso *Belvedere* si ravvisava un'ipotesi di cosiddetta occupazione "usurpativa", in cui cioè venuta

la giurisprudenza in tema, specialmente riguardo al *quantum* del risarcimento dei danni (cfr. Cass., Sez. I, 11 luglio 1990, n. 7210, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 957; Cass., Sez. I, 17 luglio 1991, n. 7952, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 775; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1992, n. 10979, *Foro It.*, 1993, I, 88) ed in ordine al termine della prescrizione (si vedano, a sunto delle diverse posizioni della giurisprudenza su questo specifico aspetto, R. CONTI, *Prescrizione ed occupazione appropriativa dopo Strasburgo*, cit.; e M. BILOTTA, "Occupazione appropriativa e prescrizione dell'azione di danni", in *Riv. Giur. Sarda*, 1998, I, 605).

Numerose sono anche le decisioni della Corte Costituzionale sul punto, in particolare si ricordano: la sentenza n. 188/1995, con cui è stato escluso un contrasto tra l'istituto dell'occupazione acquisitiva e l'art. 42 della Costituzione, la sentenza n. 369/1996, con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 65 della legge finanziaria n. 549/1995 che equiparava il risarcimento del danno dovuto al privato nei casi di occupazione illegittima all'indennizzo previsto per le ipotesi di espropriazione e, da ultimo, la sentenza n. 148/1999, che ha avallato il sistema di risarcimento previsto dall'art. 3 della legge n. 662/1996.

L'istituto, di origine pretoria, trova oggi una definizione nell'art. 43 del Testo unico sull'espropriazione, n. 327/2001 secondo cui, qualora un terreno sia modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o della dichiarazione di pubblica utilità, la pubblica amministrazione può emanare un provvedimento di acquisizione del bene, sempre che l'operazione sia giustificata da scopi di interesse pubblico e purché corrisponda al privato il risarcimento del danno. Si otterrebbe così una sorta di legittimazione *ex post* all'operato illecito dell'amministrazione con effetto ablatorio pieno sulla proprietà privata. In senso critico si è espressa la dottrina prevalente. Così, ad esempio: "la dizione dell'articolo non lascia dubbi: quali che siano state le violazioni procedurali durante l'espropriazione, indipendentemente, dall'esito del controllo giurisdizionale su tali illegittimità, la pubblica autorità ha sempre la possibilità di legittimare l'acquisto della proprietà in via successiva, convalidando gli arbitri commessi", E. RINALDI, *Principio di legalità e accessione invertita: dalla Corte di Strasburgo una pesante condanna per lo Stato italiano*, cit., 809; G. DE MARZO, "Molto rumore per nulla?" *Le sezioni unite, l'occupazione appropriativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 746.

(77) Cass., Sez. Un., 14 aprile 2003, n. 5902, in *Corr. Giur.*, 2003, 741.

meno la dichiarazione di pubblica utilità in seguito al suo annullamento in sede giurisdizionale, l'intervento realizzato dall'amministrazione "*non era sostenuto dal necessario collegamento tra il sacrificio domenicale ed il pubblico interesse*"; nel caso *Carbonara*, invece, si trattava di occupazione "appropriativa", in quanto la dichiarazione di pubblica utilità non era stata annullata giudizialmente, ma l'occupazione dei suoli era avvenuta per un periodo di poco superiore a quello autorizzato.

La distinzione è rilevante ai fini del diritto interno in quanto nei soli casi di occupazione usurpativa, la giurisprudenza ormai consolidata prevede la possibilità di riconoscere al privato la reintegrazione in forma specifica e, quindi, la restituzione dell'immobile nello *status quo*, ovvero, qualora l'interessato vi rinunci, il risarcimento integrale dei danni subiti.

La ricostruzione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva così come emerge dalla giurisprudenza interna funge da premessa alle conclusioni cui la Corte dei diritti dell'Uomo è pervenuta. La Corte ha ripercorso la giurisprudenza precedente alla sentenza della Cassazione 16 febbraio 1983, n. 1464, quella successiva e le questioni più dubbie, come la prescrizione, i casi di non applicazione del principio dell'occupazione acquisitiva, le decisioni della Corte Costituzionale e la questione dell'entità del risarcimento dovuto al proprietario.

I giudici europei hanno considerato cioè tutti i frammenti di regolazione nazionale del diritto di proprietà rilevanti nel caso di specie.

Il punto di partenza logico dell'intero argomentare della Corte è stata la natura ablatoria dell'istituto (78), che ha

(78) Così del resto già ragionava la Cassazione, Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940, in *Foro It.*, 1988, I, 2262: "non è possibile negare che si sia in presenza di un evento in senso lato ablatorio, evento che tale impronta conserva anche quando l'annullamento del contenuto del diritto di proprietà non sia avvenuto in modo tale da comportare una declaratoria specifica di caducazione della titolarità del diritto di proprietà".

comportato una privazione di proprietà subita dai ricorrenti a vantaggio dell'amministrazione (79). Cioè una *diminutio* della situazione giuridica privata nazionale/europea. E, quindi, una *diminutio*, ad opera dell'ordinamento nazionale, di una libertà « europeizzata ».

Poiché l'istituto dell'accessione invertita opera essenzialmente nell'area del diritto di proprietà, la Corte europea ha svolto il suo sindacato interpretando il primo Protocollo addizionale alla Convenzione, il cui articolo 1 è dedicato alla protezione della proprietà.

L'art. 1 del Protocollo addizionale costituisce il frammento di regolazione europea che dà titolo all'organo di fonte sovranazionale per intervenire nella vicenda come garante di una libertà sancita, riconosciuta e regolata anche da un sistema giuridico diverso da quello in cui essa si origina e nell'ambito del quale si svolge la controversia, reagendo ad eventuali compressioni di tale libertà derivanti dall'attività amministrativa delle amministrazioni nazionali.

In sintesi, la Convenzione europea prevede che il sancito rispetto per la proprietà dei privati, di cui è prescritto, in via generale, il libero godimento, implichi, sul piano europeo, che le eventuali limitazioni ad essa, siano da considerarsi eccezionali, e, nella specie, si richiede che esse siano sorrette da fini pubblici e sottoposte alle previsioni della legge e dei principi del diritto internazionale.

In applicazione di quanto previsto dall'art. 1 del citato Protocollo, la Corte si propone di accertare, in entrambi i casi, se il fenomeno dell'accessione invertita, cui la giurispru-

(79) La seconda particolarità rilevante dell'occupazione acquisitiva è l'illeceità della condotta che conduce l'amministrazione ad ottenere il titolo d'acquisto della proprietà. La terza è un dato storico: i giudici italiani si sono trovati spesso di fronte a proprietari di aree che, per l'operare del suddetto principio, ne perdevano di fatto la disponibilità a causa dell'occupazione dei terreni e della conseguente costruzione di un'opera pubblica sul suolo degli stessi.

denza italiana ha fatto riferimento nei casi devoluti al suo sindacato, abbia realizzato un'ingerenza, accettabile sul piano europeo, nella proprietà privata.

Come si è accennato, infatti, la proprietà privata costituisce un'area protetta dalla Convenzione, perciò ogni ingerenza non conforme ai principi da essa sanciti comporterebbe una violazione del diritto convenzionale, con conseguente condanna dello Stato.

Constatato che il meccanismo dell'occupazione acquisitiva realizza un'espropriazione, seppure in via di fatto, cioè priva il legittimo proprietario dei beni a lui titolati, la Corte effettua quello che potremmo intendere come un sindacato a due livelli: ciascun livello si preoccupa di accertare la legittimità dell'ingerenza nella proprietà privata in relazione ai precetti convenzionali.

Il primo livello di sindacato accerta se l'intromissione nella sfera della libertà privata sia giustificata da cause di pubblica utilità e se avvenga alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto pattizio.

Il secondo livello, consequenziale e subordinato al primo, deve verificare se la privazione della proprietà abbia rispettato un giusto equilibrio tra l'interesse generale e le esigenze della protezione dei diritti degli individui (80).

Il primo livello è prioritario, nel senso che qualora ci si avveda della mancanza di una ragione di pubblica utilità o del rispetto delle indicazioni di legge, nazionale o internazionale, il sindacato non procede oltre, essendo stata violata la condizione preliminare alla legittimità della restrizione al diritto di proprietà.

(80) Questo secondo criterio di cui fa uso la Corte europea non compare esplicitamente nelle disposizioni della Convenzione, e pare essere un principio di origine giurisprudenziale, simile al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa che si è visto operare nel diritto comunitario. Cfr. sentenza *Beyeler c. Italia*, 5 gennaio 2000.

Nell'esaminare la situazione italiana la Corte europea si ferma al primo livello di sindacato, constatando una carenza di legalità dell'azione amministrativa nazionale. La Corte, anzitutto, basandosi su una concezione rigorosa di legalità, ha affermato la necessità che ogni ingerenza delle pubbliche autorità nel diritto al rispetto dei beni sia prevista e regolata dal diritto positivo e non, come nel caso italiano, dagli orientamenti giurisprudenziali: ciò risulta essere un'esigenza imminente ad una società democratica ed ispirata alla preminenza del diritto. Ne segue, nell'incedere parallelo delle motivazioni della Corte nei casi citati, che ogni pubblica autorità ha il dovere di conformarsi al giudicato e che "*devono esistere norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili*". Poiché nel caso italiano tali norme non esistevano, almeno non al momento del giudizio della Corte europea, la vicenda veniva chiusa con una condanna dello Stato.

Ciò detto in ordine ai percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza in esame, è ora possibile trarre delle conseguenze teoriche che consentono di superare le singole peculiarità della casistica considerata.

L'interazione di frammenti di regolazione, nazionale ed europea, comporta che la situazione giuridica « diritto di proprietà » non possa essere « gestita » esclusivamente sul piano dei principi giuridici nazionali.

In pratica, l'accennata presenza di una normazione *sovrannazionale*, riferita ad un diritto soggettivo di portata *nazionale*, implica che ogniqualevolta tale diritto diventi oggetto di pronunce interne, la questione giuridica assume anche automatico interesse sovranazionale, perciò, le vicende nazionali che comportino un'incidenza su tale diritto non sono da considerarsi meramente interne, ma devono tener conto pure del diritto di fonte europea, anch'esso fattore di regolamentazione, al pari del diritto interno.

Ecco, quindi, come l'esistenza di una qualche forma di

regolazione sovranazionale, seppure generica, e la correlata frammentazione della situazione soggettiva privata introduce un vincolo per le amministrazioni nazionali che sono tenute ad attuare l'*europizzazione* della situazione giuridica.

E ciò vale anche quando il frammento di regolazione sia costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Anche a volere negare efficacia super primaria alle norme della Convenzione, e sebbene le decisioni della Corte europea siano limitate a spiegare efficacia *inter partes* e, quindi, i singoli interessati non possano giovare (81) dei principi affermati dal giudice della Convenzione davanti alle giurisdizioni nazionali, il ricorso ai criteri dell'interpretazione conforme

(81) In dottrina si è insistito da più parti sulla necessità di estendere oltre al caso deciso gli effetti delle decisioni della Corte europea dei diritti, basandosi su ricostruzioni volte a valorizzare elementi differenti e complementari.

In specifico riferimento alla tematica dell'accessione invertita, taluno ha ritenuto che le pronunce della Corte sarebbero in grado di modificare l'orientamento della Corte di Cassazione, in quanto foriere di principi interpretativi non prescindibili, cfr. M. CONTICELLI, *L'accessione invertita viola la Convenzione europea*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 5. Similmente, F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Torino, 2002; molto estensiva anche l'interpretazione di A. CELOTTO-G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 2005, 427.

Contra segnalano la limitata capacità condizionante della giurisprudenza della Corte europea: M. LUCIANI, *Diritti costituzionali e diritti umani: una difficile sovrapposizione*, in *Diritti Umani e Civiltà Giuridica*, Atti del Convegno dell'Università di Perugia, 9-11 novembre 1989, a cura di S. CAPRIOLI e F. TREGGIARI, Perugia, 1992, 106; A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1.

Si segnala, inoltre, che l'espresso richiamo contenuto nel rinnovato art. 117 Cost. ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" modificherebbe profondamente il quadro normativo di riferimento per l'esercizio della giurisdizione nazionale, cfr., E. RINALDI, *Principio di legalità e accessione invertita: dalla Corte di Strasburgo una pesante condanna per lo Stato italiano*, cit., 812: "se, come sembra, del rinnovato art. 117 Cost. dovesse accogliersi l'interpretazione per cui esso consente l'introduzione nel nostro ordinamento della C.E.D.U. (e in generale del diritto internazionale pattizio) come fonte di rango super primario, le norme della stessa si presterebbero ad integrare il parametro di legittimità costituzionale delle leggi (sia statali che regionali)".

pare ormai scontato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (82).

A proposito dell'ordinamento italiano, si ricorda che l'influenza, a livello interpretativo, delle giurisdizioni sovranazionali, proprio con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, è stata di recente consacrata dalla Corte Costituzionale, che ha riconosciuto il valore ermeneutico della giurisprudenza convenzionale, al fine di attualizzare l'interpretazione delle norme costituzionali (83), superando ogni eventuale ulteriore resistenza.

Peraltro, già la logica delle situazioni giuridiche frammentate, anche in assenza di previsioni direttamente vincolanti, impone di ragionare sul piano dell'ermeneutica e introduce, in sé, l'onere per le giurisdizioni nazionali di richiamare le disposizioni prodotte nel contesto europeo, nell'interpretazione conforme delle rispettive giurisdizioni supreme (84).

(82) Molto progressiste sul punto sono le recenti prese di posizioni della Sezione Penale della Corte di Cassazione, cfr., ad esempio, Corte Cass., 3 ottobre 2006, n. 32678: "a seguito di una sentenza del 1988 delle Sezioni Unite Penali le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, salvo quelle il cui contenuto sia da considerarsi così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate, sono di immediata applicazione nel nostro Paese e vanno concretamente valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano".

(83) La Corte Costituzionale, riferendosi alla l. 848/1955, legge di ratifica della Convenzione, ha colto l'occasione per affermare l'essenzialità della Convenzione nel nostro ordinamento anche in relazione all'interpretazione delle norme costituzionali sui diritti umani, cfr., Corte cost., sentenza n. 388/1999, in *Giust. Cost.*, 1999, 2294.

(84) Similmente si è espresso con un'acuta analisi delle implicazioni degli obblighi derivanti dalla Convenzione per l'ordinamento dello Stato A. BULTRINI, *Occupazione appropriativa: l'intervento dirompente della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 482 ss.: "l'interazione tra l'ordinamento statale e quello convenzionale e tra gli organi dello Stato e il meccanismo di controllo non va inteso né in termini conflittuali né in termini di inferiorità/superiorità. L'ordinamento statale conserva la sua autonomia e il suo margine di manovra (...) ma si impegna ad attenersi a certi parametri di riferimento fondamentali sanciti dalla Convenzione e dai Protocolli (...) aderendo alla Convenzione l'ordinamento statale ha assunto

In casi siffatti è la constatazione, ad opera dell'amministrazione e del giudice nazionale, della frammentazione della situazione giuridica sulla quale si va ad incidere, a richiedere l'applicazione di ogni frammento normativo che riguardi la vicenda in esame: è la natura stessa delle libertà, frammentate di elementi nazionali ed europei, ad esigere l'applicazione di tutti gli elementi che compongono il parametro normativo di riferimento.

In conclusione, la casistica appena richiamata rappresenta un esempio delle conseguenze concrete derivanti dalla *frammentazione normativa* di talune situazioni soggettive: e cioè l'obbligo per qualunque soggetto pubblico, nonché per qualunque ordine di giurisdizione, che "tratti" con diritti alla salvaguardia dei quali siano state istituite apposite norme — interne, comunitarie o internazionali —, di dare applicazione a tutti i frammenti di disciplina nonché agli orientamenti dei giudici rispettivamente dotati del potere nomofilattico in relazione a quella particolare disciplina (85).

un obbligo di conformità obiettiva ed effettiva ai parametri derivanti dall'interpretazione di Convenzione e protocolli da parte della Corte, obbligo che riguarda, come si è detto, tutti gli organi interni e che per la sua obiettività prescinde da questioni formali, quale quella del rango della Convenzione tra le fonti del diritto interno". Ne segue che "al legislatore spetta il compito di verificare la conformità di un testo di legge ai parametri della Convenzione se possibile ancora prima della sua adozione; al giudice costituzionale di tener conto di tali parametri in sede di sindacato di costituzionalità; al giudice ordinario e amministrativo di sfruttare nella medesima ottica tutte le potenzialità che offre l'interpretazione".

(85) Affermando la rispettiva autonomia dei sistemi giurisdizionali, ma invocando una conformazione della giurisprudenza italiana alle interpretazioni emerse in sede europea, si è espresso A. BULTRINI, *Occupazione appropriativa: l'intervento dirimpente della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 475 ss. Ivi si afferma che "è chiaro che seppure in diverso modo e in diversa misura le decisioni delle giurisdizioni interne sono suscettibili di essere vagliate a Strasburgo nella misura in cui vanno ad interessare i diritti garantiti da Convenzione e protocolli, alla luce dei quali il controllo viene effettuato. In altre parole, la Corte di Strasburgo non procede ad alcuna revisione formale delle decisioni delle giurisdizioni supreme interne, che restano inserite nell'ordinamento statale, al quale quello convenzionale si affianca per verificarne costantemente la rispondenza alle esigen-

In tale contesto pare particolarmente opportuno il recente intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha espressamente riconosciuto la valenza interordinamentale dei principi affermati in sede europea (86), dimostrando di prendere atto, sul piano sostanziale, della natura frammentata della situazione giuridica soggettiva — diritto di proprietà (87). Ciò conferma la sempre più matura inci-

ze ed ai requisiti del sistema di principi, diritti e libertà sanciti dalla Convenzione", 481.

Un atteggiamento tendenzialmente pessimista sulle possibili aperture nel senso di riconoscere una diretta applicabilità, a partire dall'ambito comunitario, alla giurisprudenza convenzionale, emerge nello scritto di MC. BARUFFO, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001, 22 ss., con approfondita analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, soprattutto in tema di intersezioni tra giurisdizione europea e giurisdizione della Corte dei diritti dell'uomo, da cui emerge la logica di un "rinvio selettivo" piuttosto che di un'incorporazione delle due giurisdizioni.

Sull'importanza di garantire un efficace recepimento della giurisprudenza della Corte europea nella giurisprudenza interna cfr. anche G. GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit., 38 ss.

(86) Cons. St., Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2 "Alla base di questa linea giurisprudenziale, che si pone come superamento della interpretazione che riconnetteva alla costruzione dell'opera pubblica effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato è una spinta evolutiva che innesta le sue radici nel *diritto comune europeo*, enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo chiamata a garantire tali diritti, *nel contesto della progressiva integrazione tra ordinamento interno, comunitario e della Convenzione*", punto 3.2. Cfr., M.L. MADDALENA, *Dall'occupazione appropriativi alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del 2005*, in *Urb. e App.*, 2005, 427; G. DI LEO-A. POLICE, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Girn. Dir. Amm.*, 2005, 1289; R. CONTI, *Adunanza Plenaria, giurisdizione sui comportamenti e cumulo di domande*, in *Urb. e App.*, 2005, 1316; N. PAOLANTONIO, *Rimessa alla Plenaria la questione sull'estensione del giudizio di ottemperanza a soggetti privati*, in *Giust. Amm.*, 2005, 249.

(87) Si segnala che il risultato cui perviene il Consiglio di Stato in applicazione dell'art. 43 del t.u. espropriazioni d.lgs. n. 327/2001, secondo cui in presenza di un valido e motivato provvedimento amministrativo di acquisizione del bene che valuti esaurientemente gli interessi in conflitto, è possibile non restituire il bene sottratto, pare difficilmente compatibile con l'impostazione della Corte europea dei diritti, che valorizza massimamente la prevedibilità del risultato dell'azione amministrativa e la certezza del diritto, valori che nella soluzione prospettata paiono ancora traballanti.

denza dei valori sovranazionali e, quindi, come si è visto, ne impone una autonoma valutazione in sede di ponderazione procedimentale.

IV.5.2. *Una seconda applicazione del concetto di situazioni giuridiche frammentate tratta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee: il caso della golden share. Le libertà comunitarie come fattore di riduzione della discrezionalità delle amministrazioni nazionali.*

Proseguendo nell'indagine relativa alle conseguenze della frammentazione delle situazioni giuridiche soggettive nelle vicende di implementazione indiretta, la seconda applicazione pratica che si considera concerne casi in cui l'attività, normativa e/o amministrativa, delle amministrazioni nazionali coinvolge libertà fondamentali dei Trattati.

Si prendono ad esempio, a proposito, le decisioni della Corte di Giustizia in tema di *golden share* (88), che costitui-

(88) Il tema si inserisce nell'ampio dibattito delle modalità di privatizzazione degli enti pubblici. Sul tema delle privatizzazioni si segnalano, *ex multis*, i seguenti contributi: AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia 1992-2000/IRI*, a cura di S. BEMPORAD-E. REVIGLIO, Roma, 2001; F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Tratt. Dir. Amm.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, Parte speciale, III, 3021; D. SINISCALCO, *Privatizzazioni difficili*, Bologna, 1999; AA.VV., *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. MARASÀ, Torino, 1998, ivi in particolare cfr. le relazioni di S. CASSESE, G. MINERVINI, G. OPPO; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, cit.; A.M. BERNINI, *Intervento statale e privatizzazioni*, Padova, 1996, 125; M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, vol. XI, 1996, 568 ss.; R. GIANOLA, *L'illusione del mercato: il grande inganno delle privatizzazioni*, Milano, 1996; A.M. BERNINI, *Intervento statale e privatizzazioni: un panorama comparativo*, Padova, 1996; F. CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996; B. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione"*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 29; AA.VV., *Privatizzazioni e liberalizzazione nel settore elettrico: l'evoluzione della normativa*, Atti del Convegno di Stresa, 18 novembre 1994, Milano, 1995; A. CECERE, *L'itinerario delle privatizzazioni: legislazione, programmi, diretti-*

scono appunto l'occasione per verificare quale sia il vincolo derivante dal diritto comunitario sull'attività delle amministrazioni nazionali che incida, limitandole, su libertà economiche riconosciute dall'ordinamento comunitario.

Diversamente dalla casistica precedentemente proposta sull'accessione invertita, nel caso ora prospettato della *golden share*, la fase del riconoscimento delle situazioni giuridiche considerate, quindi della nascita di esse dal punto di vista del diritto positivo, è ascrivibile non al diritto interno ma al diritto comunitario, mentre la definizione dei limiti e, quindi, del contenuto concreto delle stesse, cioè la vera e propria qualificazione dei diritti dei cittadini, è attribuita al diritto degli Stati.

Il tema della *golden share* e dei poteri speciali si riferisce a quelle discipline che attribuiscono allo Stato o agli enti pubblici territoriali la possibilità di intervenire con proprie determinazioni sulla struttura e sulla gestione di talune società privatizzate, condizionando, eventualmente, l'acquisizione

ve, Padova, 1995; AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia: saggi, leggi e documenti*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393 ss.; *Diritti di proprietà e privatizzazioni*, a cura di P. RANCI, Bologna, 1995; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 1995, 143 ss.; M. RAMAJOLI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, *ivi*, 1995, 203 ss.; AA.VV., *Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1994; AA.VV., *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, Roma, 1994; P. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. Comm.*, 1992, 989 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss.; AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di A. DI MAJO, Bologna, 1989; G. ROSSI, *La grande impresa fra "privato" e "pubblico" e leggi speciali*, in *Riv. Soc.*, 1980, 401 ss.; per un'analisi più orientata all'approfondimento delle tematiche economiche correlate al tema delle privatizzazioni si segnalano *Liberalizzazione dei mercati e privatizzazioni*, a cura di F. GIAVAZZI, A. PENATI, G. TABELLINI, Bologna, 2000; V. DI STEFANO, *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, Roma, 1994; S. PREDÀ, *Le privatizzazioni in Italia: aspetti strategici, economici e finanziari*, Milano, 1993; GRAHAM-PROSSER, *Privatising Public Enterprises*, Oxford, 1991.

delle azioni e la designazione dei membri del consiglio di amministrazione (89).

Più precisamente, nel sistema della *golden share*, lo Stato conserva la qualità di azionista, restando titolare di un'azione di valore pressoché nullo, ma significativa del mantenimento di un collegamento, seppure formale, con la società (90); viceversa, nel regime dei poteri speciali, l'intervento pubblico prescinde totalmente dalla titolarità di alcuna azione, non corrispondendo ad una quota di partecipazione societaria (91).

È evidente, fin da questi primi cenni, che la normativa nazionale avente un tale contenuto incide sulle libertà comunitarie sancite dai Trattati ed ha l'effetto di limitarne il godimento.

Fin dalla loro previsione, sia i poteri speciali sia la *golden share* hanno suscitato un ampio dibattito dottrinale (92),

(89) Di recente, sul tema specifico della *golden share* e dei poteri speciali si segnalano, tra tutti, i contributi di: S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria i tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 2751; S. CASSESE, *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 855; S. NINATTI, *Privatizzazioni: la Comunità europea e le golden shares nazionali*, in *Quad. Cost.*, 2000, 702; E.M. APPIANO, *Gli influssi del diritto comunitario sulle privatizzazioni: fra favor e rigore*, in *Contr. Impr. Europa*, 2000, 636; C. AMICONI, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci e ombre*, in *Giust. Civ.*, 1999, 463; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; R. GAROFOLI, *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 159; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato Regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627; A. CARULLO, *Mercato e golden share*, in *Impr. Amb.*, 1996, 18; P. DE CARLI, *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e Soc.*, 1996, 354; J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. Soc.*, 1996, 368; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995, 153 e in *Riv. Soc.*, 1994, 393 ss.

(90) Questo modello è tipico della legislazione britannica, dove le facoltà spettanti al Governo conseguono all'attribuzione di una *special share* che consente di esercitare particolari poteri nelle società privatizzate, normalmente solo entro precisi limiti di tempo; similmente l'ordinamento francese conosce la c.d. *action spécifique*.

(91) Tale regime è stato adottato dal legislatore italiano.

(92) Cfr., E. BOSCOLO, *Le "Golden share" di fronte al giudice comunitario*, in *Foro It.*, 2002, 481 ss., *ivi* il regime della *golden share* lascia perplessi specie considerando gli strumenti giuridici utilizzati nell'epoca della regolazione; E. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, in

dal quale sono emerse alcune perplessità: in particolare, la maggior parte degli studiosi del diritto commerciale (93) ha sostenuto, innanzitutto, che la presenza operativa di soggetti pubblici nelle aree privatizzate avrebbe leso i principi fondamentali della libertà di impresa (94), del diritto comunitario non meno che del diritto interno (95).

Giorn. Dir. Amm., 2002, 1045, spec. 1051, dove si sospetta dell'incompatibilità della normativa vigente in Italia con le prescrizioni della Corte di Giustizia; T.S. MUSUMECI, *I poteri speciali collidono col principio di sussidiarietà?*, in *Enti Pubbl.*, 2000, 583, l'Autore analizza, in maniera sintetica ma completa, l'elenco dei poteri speciali previsti dalla legge n. 474/1994, individuando le molteplici carenze del diritto positivo italiano; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., 136, secondo cui la *golden share* sarebbe "una mostruosità"; R. GAROFOLI, *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit., spec. 192 ss., l'Autore, dopo un'analisi di diritto comparato volta ad evidenziare le diversità degli strumenti utilizzati nei principali ordinamenti giuridici europei, individua diverse perplessità in ordine alla legislazione nazionale sui poteri speciali, specialmente considerando gli obiettivi della privatizzazione materiale; J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., 400 ss., il quale rinviene principalmente quattro ragioni in grado di determinare un giudizio negativo sulla configurazione dei poteri speciali: 1) spesso si tratta di poteri dall'estensione troppo ampia: dal punto di vista soggettivo, in quanto le società destinatarie sono molte e non sempre necessitano di un controllo, e, dal punto di vista oggettivo, in quanto essi sono eccessivamente penetranti; 2) il regime che si viene a costituire genera un fastidioso margine di discrezionalità per chi gestisce i poteri speciali; 3) il collegamento dei poteri a clausole statutarie e non a titoli azionari lascia, da solo, gravemente perplessi; 4) l'aspetto che maggiormente provoca un giudizio negativo sui poteri speciali è quello temporale: al loro esercizio raramente è prevista una durata temporale limitata.

(93) Esempio a proposito la posizione sostenuta da G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., l'idea ricorrente nel pensiero dell'Autore è che l'introduzione nel sistema dei poteri speciali provochi delle conseguenze negative sul mercato nazionale e su quello internazionale, diminuendo l'estensione della concorrenza con effetti anticompetitivi e antiliberisti. Si vedano, sempre a titolo esemplificativo, anche le posizioni espresse da B. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione"*, cit., 29; R. COSTI, *Privatizzazioni e diritto delle società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 77 ss.

(94) Questa sottolineatura è stata sviluppata ampiamente, tra l'altro, nello scritto di J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., 392, dove si osserva che sebbene gli strumenti utilizzati dal legislatore delle privatizzazioni siano di tipo privatistico, la discrezionalità di cui resta titolare l'agente pubblico nell'incidere sulla struttura privata è tale da "essere potenzialmente suscettibile di stravolgerne la natura e la struttura".

(95) Un tentativo di valorizzazione degli interessi pubblici protetti dalla

Pare opportuno, preliminarmente, individuare il quadro generale dei principi comunitari incidenti sulla problematica in analisi (96), che fanno dubitare della legittimità comunitaria

previsione della *golden share* e dei poteri speciali si trova nello scritto di C. AMICONI, *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci e ombre*, cit., 464 ss.; *ivi* si ritiene che l'interesse pubblico primario sia l'interesse nazionale nei settori c.d. strategici: "difatti è strategico impedire che il controllo di un bene della vita come l'energia nazionale vada ad un'impresa straniera con il potere di trasferire tutto all'estero, pregiudicando così il valore della indipendenza energetica e della sicurezza degli approvvigionamenti"; per questa e per altre ragioni affini si è ritenuto che la *golden share* o i poteri speciali restino utile presidio dell'interesse dell'utente; il cambiamento ideologico nella fisionomia dell'intervento statale è stato ripercorso in maniera particolarmente interessante da V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato Regolatore*, cit., spec. 628 ss., *ivi*, in particolare, le previsioni di tipo regolatorio sono intese come "il luogo in cui coltivare l'interesse pubblico" nell'attuale fase storica; la necessità di perseguire la difesa dell'interesse pubblico anche nel contesto concorrenziale è chiaramente alla base dell'interessante relazione di N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*.

(96) Sui problemi posti a livello del diritto comunitario si vedano: E. MOAVERO MILANESI, *Les "services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2000, 117; S. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1999, 231; L. MARINI, *Privatizzazioni e liberalizzazione della condizioni concorrenziali nella Comunità Europea*, *ivi*, 1999, 167; R. GAROFOLI, *Golden share e Autorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit., spec. 170; AA.VV., *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario: atti del convegno*, cit.; E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 239; E. MOAVERO MILANESI, voce *Privatizzazioni. Profili comunitari*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1995; J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., spec. 395 ss.; CARREAU-TREUHOLD, *Privatisation, droit borsier, et pratiques des marchés*, in *Revue des sociétés*, 1994, 1; TURRINI, *Privatisation et droit communautaire*, in *Revue des affaires internationales*, 1993, 813; G. AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo delle Comunità europee*, Padova, 1992; M. CAMMELLI, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1161; P. CIRIELLO, *Nazionalizzazione e privatizzazioni nelle esperienze italiana e francese*, Napoli, 1992; sul punto si vadano anche le riflessioni sistematiche svolte da G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit., dove emerge, come punto riassuntivo, che nell'ordinamento democratico europeo l'istituto delle privatizzazioni non può restare disgiunto dalla liberalizzazione del settore, dunque, attraverso la dismissione delle proprie azioni lo Stato dovrebbe garantire la concorrenza nel mercato ed il rispetto delle regole fondamentali del diritto societario, restando estra-

dei poteri speciali riconosciuti dagli ordinamenti nazionali nel senso di una illegittima restrizione delle libertà comunitarie.

In primo luogo, prendendo le mosse dalla considerazione dei concetti fondamentali dell'ordinamento comunitario, è interessante riflettere attorno al principio di proporzionalità; a tale proposito, la previsione dei poteri speciali è parsa di molto esorbitare dallo scopo dichiarato (97): l'introduzione delle autorità di regolazione sembrerebbe da sola sufficiente a mantenere il controllo pubblico sulle attività strategiche per l'interesse nazionale, conservando la protezione delle istanze pubblicistiche, senza tuttavia alterare le regole basilari del funzionamento delle società anonime. In effetti, l'impiego degli strumenti propri della regolazione fornisce attualmente adeguata copertura agli interessi della collettività, proponendosi di sostituire le forme di intervento diretto, quindi più invasivo, nell'economia; conseguentemente, il modello dei poteri speciali potrebbe risultare anacronistico ed eccessivamente vulnerante nella cornice giuridica attuale (98).

neo alla gestione societaria e tanto più alla definizione della struttura organizzativa dell'impresa.

(97) In particolare, J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., 404; R. GAROFOLI, *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, cit., spec. 182 ss., l'Autore solleva non poche perplessità sul sistema italiano dei poteri speciali, raffrontandolo anche con gli strumenti previsti negli ordinamenti inglese e francese, segnalando che *a*) si tratta di poteri incidenti a tempo indeterminato su momenti fondamentali delle dinamiche gestionali delle società privatizzate; *b*) il regime previsto esorbita di molto dalla necessità di mantenere nella fase immediatamente successiva alla dismissione delle azioni da parte dello Stato un certo controllo pubblico; *c*) il sistema non pare conciliabile con le finalità politiche di apertura dei mercati alla concorrenza; *d*) i poteri speciali inciderebbero sul livello di efficienza interno alla società e sull'effettiva capacità delle imprese di compiere scelte gestionali adatte al mercato; *e*) la previsione dei poteri speciali non sarebbe compatibile con il principio di derivazione comunitaria che impone la separazione delle funzioni di gestione da quelle regolatorie; con ciò si conclude che l'attribuzione di consistenti poteri di gestione nelle società privatizzate potrebbe compromettere l'intero processo di graduale passaggio al mercato liberalizzato.

(98) Tale perplessità emerge chiaramente dall'interessante riflessione di E.

Anche l'analisi del principio di sussidiarietà che, secondo alcune interpretazioni anche in ambito comunitario esalta il ruolo dinamico dell'individuo, porterebbe alle medesime conclusioni: si dubita che tale principio possa essere soddisfatto qualora lo Stato conservi il diritto di intervenire, perlopiù prescindendo totalmente dal possesso azionario (99), sulle decisioni societarie, che dovrebbero invece rispondere agli organi propri della società.

Passando alle norme contenute nel Trattato Ce (ora trasfusa senza modifiche significative nel Trattato sul funzionamento dell'Unione), si nota che i meccanismi di intromissione governativa nelle società privatizzate, prevedendo limiti all'acquisizione di azioni ed introducendo un regime autorizzatorio per talune operazioni societarie, parrebbero violare quelle disposizioni che vietano l'introduzione di restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri (100). Tale

BOSCOLO, *Le "Golden share" di fronte al giudice comunitario*, cit., dove viene specificato il concetto di "sussidiarietà degli strumenti giuridici", secondo cui "tra diversi possibili assetti nelle relazioni tra cittadino ed amministrazione ugualmente idonei ad assicurare tutela ad un pubblico interesse, deve essere preferito quello meno "pervasivo"(...)"; con la conseguenza che "la *golden share*, retaggio di un diritto dell'economia che contempla l'intervento pubblico diretto ha oggi nel settore dei servizi economici di interesse generale prodotti in regime di mercato unicamente la funzione di garantire, quale estrema *ratio*, una sorta di possibilità di ritorno, se così si può dire, al modello del servizio pubblico, ossia alla partecipazione diretta nello svolgimento di determinate attività economiche".

(99) Questa interpretazione è stata di recente fornita da T.S. MUSUMECI, *I poteri speciali collidono col principio di sussidiarietà?*, cit., spec. 585: "ogni autorità non deve impedire agli individui di essere liberi di agire, né conculcarne i poteri, salvo nell'ipotesi di loro insufficienza o negligenza, dovendosi in tal caso provvedere alla sostituzione del soggetto inefficiente, alla luce di un vero e proprio *devoir d'ingérence*".

(100) Sulla libertà di circolazione dei capitali cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, spec. Cap. V, *La libera circolazione delle persone e dei capitali*, in Parte II, *Il mercato comune*; N. NUGENT, *Governo e politiche dell'Unione europea*, Bologna, 1995, spec. parte III, *Politiche e procedure dell'Unione europea*, 277 ss.; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, in particolare Cap. II, *Armonizzazione del diritto delle società e diritto di stabilimento*, e Cap. III, *Libera circolazione dei capitali e libertà dei pagamenti*; I. VAN BEAL-

eventualità è percepita come un rischio particolarmente grave per l'economia dell'Unione in quanto la libera circolazione dei capitali è considerata una delle libertà comunitarie fondamentali, fin dalla versione originaria del Trattato di Roma, dove compariva tra gli strumenti principali per la realizzazione del mercato comune. Peraltro, proprio tenendo l'art. 56 del Trattato come parametro di riferimento, la Corte di Giustizia ha di recente ritenuto incompatibile con il diritto comunitario l'art. 2449 del codice civile letto in combinato disposto con la legge n. 474/1994, ragionando, come si specificherà meglio in seguito, sui limiti introdotti da tali norme ai poteri normalmente attribuiti agli investitori-azionisti secondo il diritto societario (101).

Nel contesto attuale della normativa comunitaria, gli artt. da 56 a 60 del Trattato Ce sanciscono il divieto di operare disparità di trattamento in base alla cittadinanza tra gli operatori sui mercati finanziari e vietano altresì le discriminazioni indirette, in cui cioè sia impedita in via di fatto l'acquisizione di azioni di talune società, o si dissuadano gli agenti dall'investire. È consentito, tuttavia, che, in casi eccezionali e per ragioni imperative di interesse pubblico, le normative nazionali possano limitare la libera circolazione dei capitali. Ne

J.F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1995; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 1994, spec. 380 ss.; J. USHER, *Capital movements and the Treaty on European Union*, in *Yearb. Eur. Law*, 1992, 35; G. GIACALONE, *La liberalizzazione comunitaria dei movimenti di capitali*, in *Foro It.*, 1989, IV, 467; P. OLIVER, *Free Movement of Capital between the Member States; recent developments*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1989, 61; J. WOUTERS, *La libération des mouvements des capitaux au sein de la Communauté européenne*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1983, 303; G. TESAURO, *Liberalizzazione dei capitali e disciplina comunitaria*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1981, I, 592; più risalente ma utile per percepire quanto tale forma di libertà economica sia da sempre cruciale cfr. A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970; F. CARUSO, *Le società nella Comunità Economica Europea*, Napoli, 1969.

(101) Corte di Giustizia, Sez. I, 6 dicembre 2007, in C-463/04 e C-464/07, in www.europa.eu.int.

segue che verrebbero autorizzati provvedimenti nazionali a carattere restrittivo purché rientrino in una delle deroghe previste dal Trattato, cioè siano giustificati da motivi di interesse generale ed abbiano carattere necessario e proporzionato allo scopo perseguito.

Correlativamente alla libera circolazione dei capitali, sembrerebbero lesi anche gli artt. 43-48 Trattato Ce, relativi al diritto di stabilimento (102) dei cittadini della Comunità: una disciplina in grado di frenare gli investimenti intracomunitari provocherebbe anche una immediata restrizione della libertà di stabilimento, aspetto strettamente connesso alla libertà di circolazione (103), intesa come libertà di costituire e gestire imprese e, in particolare, società.

(102) La libertà di stabilimento rappresenta l'espressione statica della libera circolazione, essa si realizza nel consentire ai cittadini di trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine e di avere accesso alle attività non salariate nonché di costituire e gestire imprese. Per le ricostruzioni della dottrina sul tema si rinvia alla bibliografia indicata alla nota precedente.

(103) Sulla libertà di circolazione dei capitali (artt. 56-60 Trattato Ce) e sulla libertà di stabilimento (artt. 43-48), le pronunce della Corte di Giustizia, adottate in seguito a ricorso pregiudiziale di giudici degli Stati membri, sono numerose: si è trattato spesso di risolvere dubbi di compatibilità delle discipline nazionali, che istituivano regimi di autorizzazione preventiva per lo svolgimento di determinate operazioni, con i principi fondamentali del Trattato Ce in materia.

Si richiamano a proposito, tra le decisioni più recenti, Corte giust., 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99, C-519/99, C-524/99, C-526/99, C-540/99, *Reisch e altri*, in *www.curia.eu.int.*, tale decisione ripercorre sinteticamente, ma in maniera sistematica, i profili essenziali degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria sul tema della libera circolazione dei capitali: particolarmente interessante risulta l'analisi dell'art. 56 del Trattato Ce, la cui interpretazione era cruciale per stabilire se un provvedimento nazionale, istituendo un regime di dichiarazione/autorizzazione preliminare all'acquisto di immobili, limitasse in maniera insopportabile la libertà di circolazione dei capitali così come disciplinata dal Trattato; si possono dedurre dalla motivazione della Corte due punti fermi, richiamati anche come base giuridica nelle decisioni a proposito della *golden share*, 1) è pacifico che le procedure di autorizzazione o di dichiarazione preliminare limitino con il loro stesso oggetto la libertà di circolazione dei capitali; 2) tuttavia tali restrizioni possono essere ammesse "se le norme perseguono in maniera non discriminatoria un obiettivo di interesse generale e se rispettano il principio di proporzionalità, ossia se altri provvedimenti meno restrittivi non consentano di pervenire allo stesso ri-

Parrebbe rilevare anche l'art. 295 del Trattato (104), secondo cui restano impregiudicati dal diritto comunitario i regimi di proprietà, pubblica o privata, esistenti in ciascuno degli Stati membri. Sennonché la Corte (105), diversamente dal-

sultato”, riprendendo quanto statuito nella precedente e fondamentale sentenza anche Corte giust., 1° giugno 1999, C-302/97, Konle, in *Foro it.*, 1999, IV, 458, con nota di A. BARONE; cfr. anche Corte giust., 11 gennaio 2001, C-464/98, *Stefan*, in *Racc.*, I-173; Corte giust., 26 settembre 2000, C-478/98, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, I-7587; Corte giust., 14 marzo 2000, C-54/99, *Association Eglise de scientologie de Paris e Scientology International Reserves Trust*, in *Foro It.*, 2000, IV, 520, con nota di C. PALMIERI; Corte giust., 18 novembre 1999, C-200/98, *X e Y*, in *Racc.*, I-8261; Corte giust., 23 febbraio 1995, C-358/93 e C-416/93, *Bordessa e a.*, in *Racc.*, I-361; Corte giust., 14 dicembre 1995, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, in *Racc.*, I-4821.

Sul contenuto della nozione “*movimenti di capitali*” si vedano, tra tutte, Corte giust., 16 marzo 1999, causa C-222/97, *Trummer e Mayer*, in *Racc.*, I-1661, spec. punto 21; e Corte giust., 11 gennaio 2001, causa C-464/98, *Stefan*, cit.

(104) P. DIBOUT, *Article 222*, in *Traité instituant la Cee. Commentaire article par article*, Parigi, 1992, 1390; G. MOTZO, *Art. 222*, in *Commentario Cee*, diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, 1965, IV, 1620 ss.

(105) Forse, date anche le attente riflessioni svolte nelle conclusioni dell'avvocato generale, la Corte di Giustizia avrebbe dovuto motivare più dettagliatamente la scelta di mantenere il proprio ragionamento nel contesto delle libertà fondamentali piuttosto che in quello del regime di proprietà vigente negli Stati. Specialmente perché se la disciplina nazionale in tema di poteri speciali fosse stata considerata rientrante nelle disposizioni relative al diritto di proprietà, la conseguente applicazione dell'art. 295 Tr. Ce avrebbe comportato l'esclusione della rilevanza di siffatta normativa nazionale dal contesto comunitario che, appunto, lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. L'opinione dell'avvocatura generale, favorevole al richiamo dell'art. 295 Trattato è stata ribadita dallo stesso Ruiz-Jarabo Colomer anche nelle conclusioni del 6 febbraio 2003 in merito a due ricorsi della Commissione proposti contro il Governo Spagnolo e quello Inglese a proposito dei sistemi di autorizzazione amministrativa preventiva e dei poteri speciali da questi istituiti nei rispettivi ordinamenti nazionali (in cause C-463/00 e C-98/01, in *www.curia.eu.int*). Nel suggerire alla Corte l'individuazione della norme comunitarie coinvolte dalle previsioni in tema di *golden share*, l'avvocato generale ha criticato fortemente l'impiego dei principi in tema di libera circolazione dei capitali, considerando tale operazione giuridica “*an incorrect legal classification of the alleged infringement*” (cfr. punto n. 36 delle suddette conclusioni). Secondariamente, un'ulteriore critica è stata appuntata sul mancato impiego dell'art. 295 del Trattato: l'interpretazione resa dalla Corte di tale disposizione avrebbe la conseguenza concreta di rendere la norma pressoché priva di qualunque forza giuridica condizionante. Certamente la norma in esame riflette l'intenzione di lasciare alle autorità nazionali le scelte inerenti alla gestione

l'avvocatura generale (106), non ha ritenuto tale norma pertinente, considerando che i regimi di proprietà, pur restando

della proprietà, ma, altrettanto pacificamente, essa non può avere come effetto quello di consentire agli Stati membri di restringere il campo di rilevanza delle libertà fondamentali, tanto che resta possibile per le istituzioni comunitarie emanare atti che incidano sulla regolamentazione del diritto di proprietà qualora ciò risulti indispensabile per il perseguimento degli obbiettivi previsti dal Trattato (a titolo esemplificativo si vedano, nella materia di concorrenza, monopoli ed aiuti di stato cfr., Corte giust., 30 aprile 1974, C-155/73, in *Racc.*, 409; Corte giust., 20 marzo 1985, C-41/83, in *Racc.*, 873). A conferma di ciò, nel dicembre del 2002 (Corte giust., 10 dicembre 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, in *www.curia.eu.int*), in relazione alla validità di una direttiva comunitaria rispetto all'art. 295 Tr. Ce, la Corte ha rammentato che "tale disposizione si limita a riconoscere agli Stati membri il potere di definire la disciplina del diritto di proprietà, ma non vieta qualsiasi intervento comunitario avente incidenza sull'esercizio del diritto di proprietà".

Peraltro, anche la superiorità dei principi del Trattato e di altre regole fondamentali dell'Unione, quali il principio di proporzionalità o il divieto di non discriminazione, sull'autonomia regolamentare degli Stati membri trova conferma nella prassi decisionale della Corte di Giustizia, secondo cui la presenza dell'art. 295 del Trattato non costituisce ostacolo al fatto che la Commissione valuti la compatibilità col diritto comunitario di determinate previsioni nazionali, pur afferenti al regime della proprietà, ma in contrasto con altre previsioni essenziali dell'ordinamento comunitario. Sulla linea di questo filone interpretativo, anche la presa di posizione della Corte nelle decisioni in tema di *golden share* parrebbero un'ulteriore conferma del valore residuale della norma di cui all'art. 295 Trattato Ce e della sua scarsa applicazione.

(106) Diversamente da quanto sostenuto dalla Corte e dalla Commissione, nelle conclusioni dell'avvocato generale DAMOZ RUIZ-JARABO COLOMER, presentate il 13 luglio 2001 per le cause riunite C-367/98, C-483/99 e C-503/99, l'art. 295 è stato considerato pertinente e fondamentale per tre ordini di ragioni: *a)* per la sua collocazione sistematica, tale per cui la sua efficacia si estende trasversalmente all'insieme dei precetti del Trattato; *b)* per il tenore perentorio ed incondizionato del suo contenuto; *c)* perché deriva la sua autorità direttamente dalla dichiarazione Schuman del 8 maggio 1950. Da ciò seguirebbe che "il rispetto del regime di proprietà esistente negli Stati membri, consacrato dall'art. 295 CE, si deve estendere a ogni provvedimento che, attraverso l'intervento nel settore pubblico, secondo l'accezione economica del termine, permette allo Stato di contribuire alla configurazione dell'attività economica nazionale", conseguentemente "le prerogative speciali attribuite ai pubblici poteri, oggetto dei procedimenti di infrazione in esame, costituiscono delle norme che riguardano l'intervento pubblico nell'attività di determinate imprese, con la finalità di imporre obiettivi di politica economica, e che siano equiparabili a forme di titolarità delle imprese, al cui configurazione è di competenza degli Stati membri, in virtù dell'art. 295 CE".

nella discrezionalità dello Stato, non possono comunque “*giustificare ostacoli alle libertà previste dal Trattato derivanti da privilegi di cui essi muniscono la posizione di azionista in una impresa privatizzata. Infatti detto articolo non ha l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali del Trattato*”.

Infine, appare significativo anche lo studio della normativa derivata; a parte lo scontato richiamo al valore comunitario della tutela della concorrenza, le ingerenze statali nelle società privatizzate risulterebbero in contrasto con alcune delle direttive in materia societaria, specie con le disposizioni che affermano la parità di trattamento tra gli azionisti (II Direttiva, n. 77/91 del 13 dicembre 1976 che tutela gli azionisti delle S.p.A.), evidentemente vacillante nel caso della *golden share*, e con quelle che regolano i poteri dell'organo assembleare, senza mai fare cenno ad eventuali ipotesi di controllo statale (Direttiva n. 78/660 del 25 luglio 1978 e Direttiva 78/855 del 9 ottobre 1978) (107).

Diverse ragioni di perplessità sono emerse in dottrina (108), riflettendo, per esempio, su quanto previsto dalla seconda direttiva societaria, emanata per garantire un livello minimo di tutela degli azionisti in tutti gli Stati membri, con

(107) Per una completa ricostruzione dei principi comunitari in tema si rinvia a A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, cit., 101 ss., *ivi*, oltre ad una completa ricostruzione dei principi in tema di società, si trova un interessante approfondimento della tecnica normativa utilizzata, opponendo alle tecniche tradizionali di tipo internazionalprivatistico l'uniformità della disciplina sostanziale; F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive comunitarie in materia di società all'interno dell'ordinamento italiano*, in *Dir. Com. Scambi Internaz.*, 1985, 331.

(108) Cfr. S.M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1999, 231; J. SODI, *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, cit., 397; sulla seconda direttiva si segnalano, in particolare, i contributi di G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, cit.; F. D'ALESSANDRO, *La seconda direttiva e la parità di trattamento*, in *Riv. soc.*, 1987, 1; C. ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1987, I, 1; L. BUTTARO-A. PATRONI GRIFFI, *La seconda direttiva in materia societaria*, Milano, 1984.

l'obiettivo di proteggere gli interessi dei soci e dei terzi. Il contenuto di tale normativa parrebbe facilmente vanificabile qualora agli Stati membri sia consentito mantenere in vigore una normativa nazionale che preveda la titolarità di taluni poteri speciali, tra cui l'espressione del gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti o alla conclusione di determinati patti nonché la nomina di alcune componenti del consiglio di amministrazione, in capo ad una autorità pubblica anche a prescindere da partecipazioni al capitale sociale.

In tale contesto critico devono collocarsi le decisioni della Corte, specificamente volte ad indagare la compatibilità delle controverse normative nazionali in tema di *golden share* col diritto comunitario e, quindi, l'influenza della natura comunitaria di talune situazioni soggettive sulla libertà del legislatore nazionale e sulla discrezionalità delle amministrazioni nazionali.

Nel ricostruire le decisioni della Corte (109), pare opportuno richiamare le argomentazioni ai nostri fini più significative.

Nel caso francese (110) la Corte di Giustizia ha ritenuto le previsioni cui si è fatto riferimento contrastanti con l'art. 56 del Trattato Ce: sulla valutazione negativa espressa dai giudici europei ha pesato soprattutto l'estensione del potere autorizzatorio riconosciuto all'autorità pubblica e la conse-

(109) Le decisioni sono annotate in *Gior. Dir. Amm.*, 2002, 1045, con commento di E. FRENI, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, cit., con commento di E. BOSCOLO, *Le "golden share" di fronte al giudice comunitario*.

(110) La decisione riguardava un decreto legge del 1993, che attribuiva allo Stato una *golden share* nei confronti della *Société nationale Elf-Aquitaine*, società operante nel settore dell'approvvigionamento dell'energia. In base ai poteri riconosciuti al Governo da tale normativa, il Ministro dell'Economia poteva, da un lato, approvare od opporsi ad ogni cessione di titoli o diritti che superasse un certo limite percentuale di detenzione di capitale e, dall'altro, procedere alla nomina di due membri del consiglio di amministrazione, nonché opporsi a quelle decisioni societarie che avrebbero potuto danneggiare gli interessi nazionali.

guente capacità di incidere profondamente sulla libertà di circolazione dei capitali (111). Nel caso concreto, ripetendo le valutazioni compiute dalla Commissione, i giudici del Lussemburgo hanno invece riscontrato la mancanza nella normativa contestata proprio di quei *criteri obiettivi, stabili e resi pubblici in anticipo, tali da limitare al minimo il potere discrezionale*, di modo che le imprese interessate potessero prevedere anticipatamente il risultato dell'azione dell'amministrazione connessa all'autorizzazione richiesta. In particolare, con riferimento al regime di previa autorizzazione amministrativa, si è notato che dalla normativa vigente non risultava chiaro agli investitori quali fossero le circostanze in base alle quali l'amministrazione avrebbe dovuto concedere o negare l'assenso, generandosi così una situazione di indeterminazione molto pericolosa per il godimento delle libertà comunitarie, causata dall'intromissione della legislazione nazionale (112).

Con un ragionamento in gran parte simile a quello appena riassunto, la Corte ha, più di recente, ritenuto incompatibili con gli artt. 56 e 43 del Trattato Ce alcune disposizioni britanniche (113).

(111) Più precisamente, tentando di ricomporre l'*iter* logico seguito, è possibile individuare nella sentenza due distinti blocchi argomentativi: in primo luogo, quello volto a verificare se la normativa controversa costituisse una restrizione ai movimenti di capitali e, in secondo luogo, riscontrata la restrizione, quello diretto ad accertare se tale limitazione potesse giustificarsi secondo i criteri di deroga elaborati dalla giurisprudenza comunitaria. Una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali avrebbe potuto essere consentita purché fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo ai soggetti interessati.

(112) L'analisi dettagliata della normativa francese ha portato a concludere che le restrizioni introdotte non erano nemmeno strettamente necessitate dal perseguimento di un imprescindibile interesse generale, violando, tra l'altro, il principio di proporzionalità.

(113) Inserite nello statuto della società BAA plc. Si tratta di una società creata per assumere le funzioni della *British Airports Authority*, privatizzata nel 1986 col *Airports Act*, che provvedeva alla gestione di sette aeroporti internazionali nel Regno Unito.

Lo statuto della BAA, approvato dal *Secretary of State for Transport*, prevedeva un'azione speciale, la cosiddetta "*One Pound Specil Share*", da esercitarsi in

Anche in questo caso, la Corte ha censurato il regime di previa autorizzazione stabilito dallo Statuto della BAA per il fatto che esso avrebbe causato una restrizione alle possibilità per i privati di partecipare alla gestione ed al controllo di suddetta società.

Si conferma, dunque, la tendenza, già espressa nella decisione relativa alla Francia, di eliminare i moduli autorizzatori, in favore della libertà degli scambi.

Più semplice il giudizio della Corte nell'analisi della normativa portoghese: in quel caso la legge n. 11/1990, legge quadro sulle privatizzazioni, integrata ed attuata attraverso

nome della Corona. I punti controversi dello Statuto su cui si appuntava la contestazione della Commissione riguardavano gli artt. 10 e 40; il primo prevedeva la necessità del consenso scritto dell'azionista speciale (cioè Secretary of State o altro Ministero del Regno) per alcune decisioni considerate cruciali, quali la liquidazione volontaria della società, la modificazione delle disposizioni dello Statuto relative ai diritti connessi all'azione speciale, la cessione di un aeroporto posseduto dalla società, nonché la rinuncia alle facoltà di esercitare più della metà dei diritti di voto in una controllata che possedesse un aeroporto; il secondo impediva ad un soggetto non autorizzato di acquistare o di avere un interesse in azioni della BAA che dessero il diritto di disporre di più del 15% dei voti. Considerando ambedue le norme succitate, la Commissione ha ravvisato una violazione delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento, in quanto esse "sarebbero suscettibili di pregiudicare o rendere meno attrattivo l'esercizio di tali libertà". Inoltre, gli artt. 10 e 40 dello Statuto della BAA prevedendo limitazioni non suffragate da un qualche motivo di interesse generale, non potevano neppure rientrare nelle eccezioni previste dal Trattato che talora rendono ammissibili delle limitazioni alle libertà economiche dei privati.

La difesa del Regno Unito si è basata principalmente su due diversi filoni argomentativi: innanzitutto si è ritenuto che le previsioni statutarie contestate non fossero altro che normali meccanismi ammessi dal diritto delle società e, secondariamente, che la *One Pound Specil Share* fosse un'azione speciale, come tante altre, conosciute nell'ordinamento del Regno Unito. Inoltre, si riteneva che le disposizioni in questione non costituissero restrizioni dell'accesso al mercato, e ciò in quanto venivano applicate indistintamente, sia ai residenti che ai non residenti, nel rispetto del principio di proporzionalità. In particolare, relativamente all'argomento dedotto dal Regno Unito circa l'utilizzazione del diritto privato delle società, il Collegio ha segnalato che l'approvazione ministeriale è indice del fatto che, nel caso di specie, è coinvolto anche l'esercizio di potere autoritativo dello Stato che agisce nella veste di potere sovrano, oltre i confini del diritto comune delle società.

successivi decreti legge, emanati per la privatizzazione di imprese determinate, si presentava *ictu oculis* incompatibile col diritto comunitario, nella parte in cui vietava agli investitori, cittadini di altro Stato membro, di acquistare più di un determinato numero di azioni in talune imprese portoghesi e subordinava a previa autorizzazione l'acquisizione di una partecipazione societaria superiore ad un determinato tetto (114).

Passando all'ultima delle decisioni in commento, il ricorso proposto contro il Regno del Belgio desta immediato interesse, se non altro in quanto ha sortito esito opposto a quello delle due decisioni appena analizzate (115).

A differenza dei casi francese e portoghese, la disciplina belga non conteneva, nell'elenco dei poteri speciali, la previsione di poteri amministrativi di tipo autorizzatorio, ma si limitava ad introdurre un obbligo di previa notifica delle operazioni più significative della società privatizzata, cui seguiva la configurazione di un diritto di opposizione, esercitabile da parte dell'esecutivo, qualora si temesse un "*pregiudizio agli interessi nazionali nel settore dell'energia*", derivante dall'operazione comunicata.

Dal punto di vista strutturale, la normativa in questione prevedeva anche penetranti poteri di gestione indiretta nelle società destinatarie, disponendo che il Ministro incaricato potesse nominare dei rappresentanti del Governo Federale nel consiglio di amministrazione, perché provvedessero a propor-

(114) Il limite inerente all'acquisto di azione da parte dei cittadini di altro Stato membro, è risultato una violazione seria ed evidente del principio di parità di trattamento e di discriminazione in base alla nazionalità; quanto al regime di previa autorizzazione, invece, la condanna della disciplina contestata si è basata sulle stesse argomentazioni seguite nel caso francese e le motivazioni individuate sono parse ripetitive di quelle utilizzate nella sentenza riferita per prima.

(115) Oggetto del ricorso erano insieme il regio decreto 10 giugno 1994, che istituiva una *golden share* nella *Société Nationale de Transport par Canalization* e il regio decreto del 16 giugno 1994, che conferiva allo Stato un'azione nella società *Distrigaz*.

re l'annullamento di quelle decisioni "che ritenevano *contrastare con le direttive della politica energetica del Paese*". Tuttavia, nonostante questi penetranti poteri, la normativa belga è uscita immune dal giudizio di legittimità comunitaria.

Dalla lettura di questa sentenza riemergono, *a contrario*, gli stessi elementi posti a fondamento delle due decisioni precedenti: la normativa nazionale è stata ritenuta compatibile col diritto comunitario proprio in quanto non prevedeva un regime autorizzatorio connesso ad un elevato livello di discrezionalità amministrativa, ma si basava semplicemente sull'eventuale esercizio di predeterminati e circoscritti poteri di veto. Inoltre, il diritto di opposizione era accuratamente sottoposto a puntuali indicazioni di legge e poteva essere esercitato, nel rispetto degli obiettivi della politica energetica, solo in situazioni eccezionali, per garantire cioè la sicurezza degli approvvigionamenti in caso di crisi. Quindi, posto che il regime esaminato era fondato sull'applicazione di criteri oggettivi e proporzionati, giustificati in via eccezionale dalla necessità di garantire la continuità del servizio pubblico e poiché i provvedimenti amministrativi che ne seguivano, come espressione concreta dell'esercizio dei poteri speciali, avrebbero potuto essere sottoposti ad un efficace controllo giurisdizionale, la Corte di Giustizia ha ritenuto di non dover ravvisare alcuna forma di violazione del diritto comunitario.

Da ultimo, la Corte di Giustizia ha ritenuto comunitariamente inaccettabile anche il sistema delineato nell'art. 2449 del codice civile italiano, letto in combinato disposto con la legge sulla privatizzazione n. 474/1994.

La decisione citata è particolarmente importante, in quanto incide su un istituto, quello della nomina diretta, previsto dal codice civile ed utilizzato nelle società pubbliche per garantire la rappresentatività degli enti pubblici ai fini del controllo sulla gestione societaria.

Il caso esaminato dalla Corte di Giustizia in questa fatti-

specie riguardava previsioni statutarie della società AEM in cui veniva previsto il diritto esclusivo, in favore del Comune di Milano, di nominare un numero di amministratori proporzionato all'entità della partecipazione del Comune, nei limiti di un quarto dei membri del consiglio di amministrazione della società. Oltre a tale diritto, per l'operare della legge n. 474/1994, lo Statuto di AEM prevedeva che il Comune avesse diritto a partecipare all'elezione del consiglio di amministrazione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati dal Comune stesso.

Con ciò, il regime creatosi vedeva il Comune di Milano conservare sempre la maggioranza assoluta nel consiglio di amministrazione della società, anche detenendo una quota di minoranza delle azioni.

È stato chiesto alla Corte, adita con rinvio pregiudiziale, di verificare se i poteri del Comune, socio di maggioranza relativa, fossero compatibili o meno col diritto comunitario.

L'argomentazione dirimete per giungere alle conclusioni in punto di anticomunitarietà delle previsioni nazionali, è consistita nel riscontrare l'attribuzione di poteri al soggetto pubblico maggiori rispetto a quelli che sarebbero normalmente concessi all'azionista detentore della stessa quota di partecipazione posseduta dal Comune (116). La Corte, sotto questo profilo, ha ritenuto necessario difendere gli interessi degli investitori che sarebbero stati scoraggiati dalla presenza di un potere del Comune maggiore rispetto alla quota di azioni posseduta e che avrebbe costretto l'investitore, che volesse incidere sulle decisioni societarie, ad un investimento

(116) Secondo le parole della Corte: "è solo in forza della disciplina di cui trattasi nelle cause principali, la quale deroga al diritto societario comune, che l'azionista pubblico, a differenza di un azionista privato, può ottenere che gli sia concesso il diritto di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe normalmente concesso dalla sua qualità di azionista", punto 34.

maggiore di quello necessario nella normalità dei casi, pari almeno alla quota necessaria per modificare lo Statuto della società.

Ci sia consentita solo un'osservazione critica sul contenuto della decisione del giudice comunitario: le argomentazioni della Corte, astrattamente condivisibili, trascurano il fatto che, nel caso specifico, il potere attribuito al Comune passava esclusivamente da atti societari e *non* dall'applicazione diretta delle norme del codice civile contestate. In sintesi, la posizione di preminenza del Comune nella società AEM avrebbe potuto essere raggiunta anche da un qualunque soggetto privato, come era stato fatto dal Comune, per via di accordi sociali o parasociali. Perciò la decisione della Corte, pur condivisibile al livello generale dei principi comunitari, incide, di fatto, sulla fattispecie in modo piuttosto inopinato, in quanto trascura le specificità del caso.

Da quanto riferito emerge, in sintesi, che la Corte di Giustizia ha considerato la disciplina della *golden share* e dei poteri speciali di per sé compatibile coi Trattati, in quanto giustificata dalla necessità di mantenere un controllo dello Stato su alcune attività particolarmente rilevanti per l'economia del Paese, e con la normativa comunitaria, tranne per i casi in cui il diritto interno abbia deferito al soggetto pubblico "*un potere discrezionale tanto ampio da rappresentare un grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali potendo portare anche alla soppressione di quest'ultima*". Questo risultato è consequenziale all'intenzione di correggere gli effetti negativi che norme giuridiche indeterminate, prodotte nei frammenti di regolazione nazionale, avrebbero provocato sull'affermazione delle libertà garantite dai Trattati.

Dunque, alla base della soluzione adottata dai giudici comunitari si rinvengono preoccupazioni attinenti all'effettiva conformazione al diritto comunitario delle situazioni soggettive individuali.

Un'attenta lettura delle citate decisioni consente di cogliere l'atteggiamento della giurisprudenza sovranazionale nei confronti delle modalità di deferimento dei poteri dalla legge all'amministrazione nazionale, qualora siano coinvolte libertà comunitarie espressamente riconosciute.

A ben vedere, il nodo cruciale affrontato dalla Corte ha riguardato i limiti dei poteri di autorizzazione amministrativa (117), previsti all'interno dei singoli ordinamenti o, più

(117) Sui regimi di autorizzazione amministrativa si vedano A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, in particolare cfr. *I provvedimenti favorevoli; le autorizzazioni*, 305 ss., ivi emerge chiaramente l'inconciliabilità tra regime autorizzatorio e sistema "liberalizzato": si segnala che "quando prevalgono valutazioni politiche favorevoli ad un maggiore interventismo del pubblico nella vita sociale, e quando si ritengono perciò più sopportabili gli oneri che conseguono all'assoggettamento di attività private a provvedimenti dell'amministrazione, si moltiplicano quelle che vengono assoggettate ad una disciplina di tipo autorizzatorio (...); quando viceversa prevalgono valutazioni politiche di segno opposto, come sicuramente è avvenuto con molta ampiezza in questi anni, si assiste ad una liberalizzazione di attività private che implica una riduzione dei suddetti condizionamenti", 306; la tematica dei poteri autorizzatori è trattata in un contesto più generale attento al complesso delle evoluzioni del moderno diritto pubblico dell'economia da S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 601; per una ricostruzione critica delle tesi sostenute in dottrina cfr. R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1427 ss., spec. 1537 ss.; V. CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2000, 617 ss., ivi spec. 644 ss., nello studio del fenomeno della liberalizzazione come *deregolamentazione* amministrativa, emerge come le discipline ispirate alla semplificazione ed alla liberalizzazione di taluni settori dell'economia portino alla soppressione di funzioni e compiti amministrativi ritenuti superflui, riducendo fortemente anche le ipotesi di attività soggette ad autorizzazione amministrativa; D. SORACE, *Il diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2000, 89 ss., l'Autore ricostruisce l'autorizzazione come un fenomeno di tipo organizzatorio "per rendere possibile ad una pubblica amministrazione di prendere coscienza dei programmi di attività dei cittadini, prima che le attività abbiano inizio", ivi vengono mantenuti distinte due tipologie di autorizzazioni: quelle con funzione di verifica dei presupposti e requisiti legali e quelle con funzioni conformative o ablatorie; F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996; P. SALVATORE, *Autorizzazione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 59; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974; P. GASPARRI,

precisamente, di quei sistemi in cui la legge dello Stato delegava ad un soggetto pubblico nazionale l'esercizio di poteri di assenso preventivo in grado di incidere su diritti di derivazione comunitaria.

Ebbene, ogni qual volta si sia in presenza di un regime di autorizzazione amministrativa, l'effettuazione delle operazioni economiche dei privati risulta totalmente condizionata all'emanazione di un provvedimento dell'amministrazione che può, al limite, negare l'assenso richiesto.

In casi simili, qualora le situazioni soggettive di cui può essere negato l'esercizio trovino un espresso riconoscimento nell'ordinamento comunitario come libertà fondamentali, il compito che spetta, prima, al legislatore nazionale, nel definire i lineamenti del potere, e, poi, all'amministrazione, che è tenuta ad attuare le singole previsioni di legge, è particolarmente delicato in quanto deve rispettare il diritto comunitario e subisce, seppure indirettamente, il controllo della Corte di Giustizia.

Da ciò si deduce che il contenuto delle diverse leggi nazionali, che si frappongono tra le libertà comunitarie e il loro godimento nei sistemi amministrativi nazionali, assume un'importanza cruciale in quanto, definendo il potere dei soggetti pubblici, dà contenuto concreto alle situazioni soggettive dei singoli rendendole effettivamente conformi al diritto comunitario o, al contrario, è in grado di svuotare le previsioni dei Trattati, attribuendo alle autorità amministrative poteri tali da comprimere o annullare le libertà comunitarie.

Seguendo il metodo di generalizzazione proposto, si è potuto verificare che laddove siano coinvolte libertà fondamentali sancite dai Trattati, la giurisprudenza della Corte im-

Autorizzazione (diritto amministrativo), in *Enc. Giur.*, IV, Milano, 1959, 509; particolarmente interessante ed articolata la posizione sostenuta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 609 ss.; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 784.

pone agli Stati membri di procedere ad un'attuazione normativa del diritto comunitario al fine di realizzare con disposizioni precise e puntuali, inserite in disposizioni di legge, gli obiettivi del diritto comunitario, privando, di riflesso, l'attività amministrativa di parte della propria discrezionalità, intesa come possibilità di scelta tra diversi risultati tutti astrattamente legittimi (118), al fine di renderla predeterminata nei risultati e nei criteri applicativi.

In effetti, il mantenimento di un grado significativo di discrezionalità in capo alle autorità pubbliche nazionali potrebbe equivalere ad un'ulteriore retrocessione dell'influenza dell'ordinamento comunitario nella definizione delle situazioni giuridiche soggettive che in esso traggono origine. Detto in altre parole, le amministrazioni nazionali, operando in via discrezionale, sarebbero titolari del potere conformativo del diritto dei singoli in senso corrispondente o meno al diritto comunitario.

Appare diffusamente confermata dalla Corte l'intenzione di censurare i regimi di autorizzazione preventiva in cui la normativa nazionale non vincoli il soggetto titolare del potere ad un contenuto prestabilito, così che l'atto autorizzatorio risulti totalmente imprevedibile (119).

(118) Per una ricostruzione del tradizionale modo di formazione delle decisioni dell'amministrazione, con riferimento al diritto italiano, cfr. R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, II, 1427, spec. 1435 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. 69; G. GUARINO, *L'atto e il potere amministrativo*, in *Diz. Amm.*, Milano, 1983, I, spec. 127 ss.; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.

(119) Questa impostazione si preoccupa di limitare le dispersioni dell'implementazione indiretta: "*delay in the enactment of directives, lax interpretation, intentional or tolerated fraud, the corrupting of the original goals, ill will on the part of judicial authorities, or even outright refusal to enforce the policy*", 7.

Un tale sistema, evidentemente frustrante dell'esigenza di sicurezza e agilità delle trattazioni commerciali, viene criticato in virtù della esigenza, più comunitaria, della libertà e della velocità degli scambi nel mercato. Tutto ciò emerge, ad esempio, dalla sentenza Commissione contro Regno Unito, in cui si censura il po-

L'intervento della Corte dimostra che a questo tipo di frammentazione delle situazioni soggettive consegue, quindi, un evidente spostamento del baricentro nell'attuazione del diritto comunitario, dalle amministrazioni al legislatore nazionale. Ad una delega indeterminata di poteri, che garantirebbe la flessibilità dell'operato dell'amministrazione, i giudici comunitari contrappongono una soluzione basata su di un vincolo normativo *sostanzialmente* cogente, capace cioè di delimitare *a priori* il risultato dell'azione dei soggetti pubblici. L'orientamento comunitario importa, dunque, la necessità di evitare che limitazioni alle libertà riconosciute dai Trattati siano ammesse se non entro precisi vincoli di legge, scongiurando il rischio che tali libertà vengano soppresse totalmente per via di una decisione discrezionalmente ed imperativamente assunta dall'amministrazione (120).

In questi casi sarà comunitariamente orientata, l'azione amministrativa, se sia riscontrabile una fonte normativa legittimante l'intervento pubblico sull'attività privata, ma occorrerà pure che le norme di legge indirizzino con esattezza l'esercizio della funzione amministrativa, definendo compiutamente il contenuto delle situazioni soggettive e, quindi, individuino chiaramente i limiti all'esercizio del potere, preconizzandone

tere autorizzatorio riconosciuto alle autorità britanniche in quanto esso sarebbe "totalmente discrezionale", dotato di "contenuto non definito" e, in quanto tale, pregiudicherebbe di molto, ed in modo non conforme al principio di certezza del diritto, l'esercizio delle libertà di cui trattasi.

(120) Così emerge anche dalla lettura della precedente giurisprudenza comunitaria: "la Corte ha tuttavia ritenuto che disposizioni che sottoponevano a previa autorizzazione le esportazioni di valute per consentire agli Stati membri di effettuare controlli non potevano avere l'effetto di assoggettare alla discrezionalità dell'amministrazione l'esercizio di una libertà garantita dal Trattato, vanificandola", Corte giust., 1° giugno 1999, C-302/97, Konle, cit., punto 44, similmente Corte giust., 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Racc.*, 377; Corte giust., 23 febbraio 1995, cause riunite C-358/93 e C-416/93, *Bordessa e a.*, in *Racc.*, I-361, Corte giust., 14 dicembre 1995, cause riunite C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, in *Racc.*, I-4821.

il risultato ed attualizzando, esse medesime, i contenuti dei Trattati.

Appare dunque lecito concludere affermando che, nell'ambito dell'attività amministrativa nazionale incidente sulle libertà fondamentali dei Trattati, l'origine comunitaria della situazione giuridica sulla quale l'amministrazione nazionale vada ad incidere comporta, correlativamente, una diminuzione dell'ambito di discrezionalità del soggetto pubblico agente, a garanzia delle libertà fondamentali attribuite ai cittadini comunitari di cui è necessario che le autorità nazionali tengano conto in ipotesi di situazioni giuridiche frammentate riconosciute dall'ordinamento sovranazionale e potenzialmente *restringibili* in sede nazionale. Quanto detto conferma, sotto un'ulteriore aspetto, la nozione rigorosa e restrittiva di legalità esposta nel capitolo III.

CONCLUSIONI

Negli ultimi mesi del 2007, la Corte di Giustizia delle Comunità europee, affrontando temi tipicamente riconducibili al diritto amministrativo, quali la sorte dei provvedimenti amministrativi definitivi ed inoppugnabili in caso di contrasto col diritto comunitario, ovvero la legittimità di poteri di nomina diretta riconosciuti, per determinate società, ai soggetti pubblici indipendentemente dalle quote di capitale sociale posseduto, si è spinta fino al punto di ritenere che, seguendo determinate interpretazioni, il diritto comunitario osti all'applicazione di norme del codice civile vigente e, in particolare degli artt. 2909 (caso Lucchini) e 2449 c.c. (caso AEM).

Sempre negli ultimi mesi del 2007, la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme in tema di indennizzi espropriativi per contrasto con il sistema delineato nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (caso accessione invertita).

Sarebbe tanto facile quanto improprio commentare le decisioni recenti del giudice comunitario e del giudice delle leggi con affermazioni piuttosto *tranchant*, riferendo che il limite del giudicato di cui all'art. 2909 c.c. è da ritenersi inesistente nei casi in cui si verifichi un contrasto col diritto comunitario e che sia definitivamente tramontata la possibilità di prevedere forme di controllo nelle società pubbliche, ovvero che il contrasto tra diritto europeo e diritto nazionale passi ormai attraverso delle declaratorie di incostituzionalità.

Chi si interessa a questi temi sa che gli entusiasmi, da

un lato, e le chiusure aprioristiche, dall'altro, sono il limite frequente degli studi di diritto amministrativo europeo.

Il limite cui si accennava è peraltro superabile da un'attenta analisi dei casi e dalla rigorosa lettura dei dispositivi delle sentenze della Corte di Giustizia e, più in generale, delle decisioni, europee o nazionali, che riguardano la dimensione sovranazionale, il cui contenuto precettivo è spesso ben più limitato di quello ricostruito nei commenti che ne seguono.

Ad esempio, dalla lettura dei dispositivi delle due sentenze già richiamate, che alla fine del 2007 hanno inciso più di tutto su temi cruciali al diritto amministrativo, emerge che la portata delle decisioni comunitarie è più limitata di quello che potrebbe sembrare ad un approccio superficiale.

In particolare, nel caso *Lucchini*, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il diritto comunitario osti all'applicazione dell'art. 2909 c.c. *nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisca il recupero di un aiuto di stato erogato in contrasto col diritto comunitario e la cui compatibilità sia stata dichiarata con decisione della Commissione europea divenuta definitiva*.

La decisione comunitaria perciò resta doppiamente circoscritta: da un lato, al tema degli aiuti di stato e, dall'altro, al caso di contrasto con un provvedimento della Commissione divenuto definitivo.

Nel caso *AEM*, invece, è stato affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione dell'art. 2449 c.c. *che conferisce allo Stato o all'ente pubblico poteri tali da consentire allo Stato o all'ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla partecipazione nel capitale della società*. Anche in questo caso, quindi, il dispositivo dà elementi per circoscriverne il contenuto ai casi in cui la nomina diretta sia avvenuta in dispetto di una partecipazione sproporzionata rispetto alla partecipazione pubblica nella società, e non esclude, di per sé, la possibilità di utilizzare altre forme di controllo nelle società pubbliche.

Gli esempi richiamati dimostrano che lo studio e le applicazioni del diritto amministrativo europeo richiedono specificità e sensibilità del tutto particolari, di cui è opportuno impadronirsi.

Si è cercato di chiudere ogni singolo paragrafo e anche ogni capitolo con delle conclusioni *parziali* che sintetizzassero *via via* i risultati progressivamente raggiunti.

Perciò le presenti conclusioni raggruppano solo i passaggi più significativi che legano il percorso di studio seguito nella presente ricerca, non esaurendo certo tutti gli aspetti sviluppati nel testo.

La prima parte della ricerca ha dimostrato, ripercorrendo l'estensione dei settori interessati dal diritto amministrativo europeo ed affrontando le tesi dottrinali tese a negarne l'esistenza, che ci sono istituti e regole in grado di delineare quello che è stato ricostruito come *diritto amministrativo europeo*, (frutto dell'elaborazione della Corte di Giustizia e anche delle normative e delle pronunce di organi propri della cooperazione internazionali quali la Corte europea dei diritti umani); la seconda, invece, ha messo in atto il metodo della ricerca, affrontando, con chiave interpretativa attenta alle regole formali, i contenuti elaborati in sedi europee ed incidenti sul diritto amministrativo nazionale.

In particolare, nell'approfondimento della relazione tra diritto europeo e diritto amministrativo nazionale, il diritto amministrativo europeo è stato ricostruito per il tramite dei suoi principi generali, e soprattutto attraverso una ricostruzione completa, dal punto di vista analitico e sistematico, del principio di legalità, come concetto chiave per comprendere la concezione sovranazionale di amministrazione e il suo rapporto con la legge.

Inoltre, il principio di legalità è stato utilizzato anche per dimostrare come sia ormai essenziale conoscere i concetti propri della dimensione europea, in quanto essi presentano

sfumature di significato spesso diverse dagli equivalenti principi validi in sede nazionale.

Per quanto riguarda il tema dei principi generali di diritto comunitario, che sono stati intesi come il nucleo fondante del diritto amministrativo europeo, è stato necessario intendersi sul significato dell'espressione: i principi generali di diritto comunitario, vincolanti per l'amministrazione, prima, e per il giudice, poi, derivano la loro legittimazione a regolare questioni giuridiche da una norma o dall'insieme delle norme costituenti l'ordinamento giuridico comunitario e assumono, via via, contenuti adatti a rispondere alle esigenze della cooperazione comunitaria. Tali principi incorporano, per richiamo diretto ovvero per osmosi non dichiarata, valori europei, *derivati* da atti propri della cooperazione internazionale, come la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, o *trafusi* in atti propri della cooperazione internazionale, come la Carta di Nizza.

Con riferimento al principio di legalità, la ricerca ha evidenziato le peculiarità del concetto di legalità rispetto a quello nazionale: si è notato anzitutto che, nell'esperienza degli Stati nazionali, l'affermazione della legalità, intesa come soggezione dell'autorità alla legge risale a precise opzioni di carattere politico-istituzionale, legate al concetto di democrazia, di governo del popolo, di legittimazione dei poteri e di limiti alla sovranità; viceversa, in ambito sovranazionale, il principio di legalità acquisisce i caratteri propri della cooperazione internazionale, assumendo connotati, per così dire oggettivi, in cui la sottoposizione dell'amministrazione alle regole di diritto è essenziale alla tenuta del sistema europeo medesimo.

Nel sistema europeo, il rispetto della *rule of law* è il portato di precise necessità sistematiche (formali) di garanzia per gli Stati membri, in ordine alla sovranità ceduta, più che per i cittadini, e non è il risultato dell'evoluzione politica di una forma di Stato e di Governo.

Dalle norme e dai casi esaminati si è dedotto che il principio di legalità non è quindi primariamente legato all'affermarsi di istanze individualistiche di tutela delle libertà fondamentali dei cittadini (come invece accade nell'esperienza degli Stati membri), ma è connesso ad esigenze organizzative, attinenti al funzionamento dei modelli della condivisione internazionale di poteri e finalità.

La ricerca ha affrontato le tesi volte a negare l'esistenza della *rule of law* nella dimensione europea e, in particolare, comunitaria. A riguardo, si è giunti alla conclusione opposta, affermando non solo l'esistenza di un principio di legalità, ma ritenendo anche che la sua caratterizzazione sia particolarmente forte e, in gran parte, prevalente rispetto ad altri principi essenziali del diritto amministrativo europeo.

È emerso che la concezione sovranazionale di legalità è particolarmente rigorosa, in tutti i frammenti in cui la legalità è stata scomposta. Questa tendenza a valorizzare la nozione di legalità, formale e sostanziale, ha una ragione precisa: più la nozione di legalità è intesa in senso rigoroso, meglio viene protetto, dalle spinte centrifughe delle diverse amministrazioni (nazionali e non) il potere di direzione e controllo della legge "europea".

Invero, si è notato, riguardo allo sviluppo dell'ordinamento comunitario, che il recupero di una nozione formale di legalità, soprattutto per quanto concerne il concetto di legalità attribuzione, è un fenomeno relativamente recente, considerando invece che, alle origini, la vaghezza delle norme comunitarie lasciava spazi per azioni piuttosto "libere" da parte delle autorità amministrative e, soprattutto della Commissione (si è fatto riferimento, ad esempio, alla carenza di norme in un settore cruciale come quello degli aiuti di stato, solo di recente regolato da atti normativi comunitari).

A una concezione rigorosa di legalità si approda anche senza che trovi spazio nella dimensione europea una nozione

formale di potere amministrativo o di autorità: l'autorità infatti non viene intesa come *status*, mentre trova una collocazione importante il concetto di legalità *spettanza*.

Col termine legalità spettanza, si è inteso circoscrivere quella nozione di legalità che vale ad identificare l'importanza dell'obiettivo istituzionale che, dal punto di vista finalistico, *spetta* a ciascun "soggetto amministrativo". Tale obiettivo descrive il modo in cui ciascuna autorità concorre al perseguimento degli obiettivi della cooperazione europea e, in definitiva, rende effettivo il godimento delle libertà affermate nei Trattati e nelle Carte dei diritti, in relazione alle specifiche prospettive dello sviluppo europeo.

La nozione rigorosa della legalità sovranazionale è confermata anche dalle prese di posizione della Corte dei diritti dell'Uomo che, proprio affrontando il caso italiano dell'istituto dell'accessione invertita, ha affermato che "*ce qui compte est ... que la base légale réponde aux critères de prévisibilité, accessibilité et précision énoncés plus haut. La Cour est toujours convaincue que l'existence en tant que telle d'une base légale ne suffit pas à satisfaire au principe de légalité et estime utile de se pencher sur la question de la qualité de la loi*" (Corte Europea dei diritti dell'Uomo, decisione S.A.S. c. Italia, 23 febbraio 2006).

Mettendo in relazione il principio di legalità con altri principi essenziali del diritto amministrativo europeo, si è scoperto, in particolare dall'analisi della giurisprudenza, che il principio di legalità viene utilizzato anche, insieme con il principio di certezza del diritto, per dare tutela alle libertà dei privati ed ai diritti delle imprese.

In estrema sintesi, il principio in questione è apparso come lo strumento giuridico capace di garantire il pieno godimento delle libertà europee, in quanto rende prevedibili gli esiti dell'azione amministrativa.

Dopo aver individuato i macroprincipi del diritto ammi-

nistrativo europeo e concluso per l'esistenza anche del principio di legalità, è stato necessario affrontare la questione delle conseguenze dell'affermazione a livello sovranazionale di principi di diritto amministrativo europeo sul livello nazionale.

Il ragionamento svolto ha portato, anzitutto, a considerare ormai superato il concetto di situazioni meramente interne nel campo del diritto amministrativo, specialmente con riferimento all'applicazione dei principi comunitari, sia per valutazioni di ragionevolezza e di coerenza interne al sistema nazionale, sia, soprattutto, per le integrazioni apportate al comma 1 dell'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 117 della Costituzione.

L'ingresso dei principi comunitari è ormai sancito dalla previsione del rinnovato art. 1 della legge n. 241/1990 che, in linea generalissima, dispone che l'azione amministrativa ne sia conforme. La norma citata parla di principi comunitari, ma i principi comunitari, nel definire l'area del diritto amministrativo, incorporano anche buona parte dei principi europei, perciò il superamento del concetto di situazioni meramente interne, esplicitato con riferimento alle situazioni comunitarie, ha una portata più estesa di quella propriamente comunitaria.

Si è concluso che la necessaria applicazione dei principi comunitari all'azione amministrativa comporta, anche al fine di evitare disparità di trattamento e situazioni di disuguaglianza che sarebbero contrastanti con l'art. 3 della Costituzione, un allineamento tra situazioni interne e situazioni comunitarie nel diritto amministrativo che induce ad individuare una sola categoria di situazioni soggettive e di fattispecie, rispetto alle quali i principi comunitari sono sempre rilevanti.

La conclusione cui si è giunti consiste nell'affermare la necessità, formale, di procedere all'applicazione dei principi comunitari in ogni fattispecie in cui sia coinvolto un soggetto pubblico, tenuto al rispetto della legge sul procedimento amministrativo, ovvero, e comunque, laddove vi siano situazioni

soggettive prese in considerazione da principi generali di diritto amministrativo europeo.

Questa prima conseguenza importante nel rapporto tra diritto amministrativo nazionale e diritto amministrativo europeo necessita di essere attuata sia a livello procedimentale, sia a livello processuale.

Perciò, la ricerca si è spostata ad esaminare gli obblighi di adeguamento del diritto amministrativo nazionale al diritto comunitario che incombono sui giudici.

Con riferimento specifico all'esercizio dell'attività giurisdizionale, l'esame delle norme vigenti, in particolare degli artt. 101 e 117 della Costituzione, ha portato alla conclusione di ritenere che l'adeguamento al diritto comunitario sia un adeguamento dovuto a precise esigenze *formali*.

Si riporta, a proposito, quanto sostenuto: *“nello stabilire che i giudici sono soggetti soltanto alla legge, l'art. 101 della Costituzione determina la premessa maggiore del sillogismo che il giudice deve svolgere, combinandola con la premessa minore, ossia la questione di fatto, per individuare la regola da applicare al caso concreto. Certamente, tale disposizione impone al giudice di applicare tutte le norme giuridiche che abbiano rilevanza nell'ordinamento interno, ma il richiamo contenuto nell'art. 117 ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ci consente un'interpretazione più ampia dell'art. 101. L'art. 117 disponendo che la potestà legislativa debba essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, non solo ne impone un'interpretazione conforme ad opera dei giudici comuni che sono perciò tenuti a preferire, nei casi dubbi, quell'interpretazione che meglio garantisca il raggiungimento degli obiettivi previsti dal diritto Ue, ma fa anche entrare a pieno titolo, le disposizioni comunitarie nel rango di quella « legge » cui i giudici sono sottoposti e di cui deve essere garantita l'applicazione. Adottando questa prospettiva, le norme costituzionali, come di recente modificate, consentirebbero una*

lettura vicina alle esigenze di diretta applicabilità del diritto comunitario, ed offrirebbero una soluzione al problema della cooperazione dei giudici comuni coi giudici europei ed alla realizzazione del sistema integrato composto dall'ordinamento nazionale e da quello comunitario, fungendo anche da fondamento positivo della tesi prospettata della frammentazione delle situazioni soggettive".

La ricerca ha inoltre messo in evidenza la necessità di un uso accorto e rigoroso degli strumenti a disposizione dei giudici che consentono il collegamento del diritto nazionale col diritto comunitario, quali in particolare il metodo dell'interpretazione comunitariamente orientata e il rinvio pregiudiziale.

Si è poi ripreso il concetto che in dottrina taluno ha definito "*armonizzazione culturale*", ritenendo che, sempre dal punto di vista strettamente formale, l'onere delle amministrazioni e dei giudici di adeguamento al diritto europeo debba trasferire, in ambito nazionale, i contenuti di esso propri, senza rielaborazioni di sorta, attribuendo autenticità ai principi richiamati, da applicarsi nella nozione che essi assumono in sede europea (questa necessità è stata di recente affermata anche dalla Corte Costituzionale).

In particolare, ciò vale con riferimento al principio di legalità, di cui sono state evidenziate le differenze rispetto allo stesso principio per come è inteso in ambito nazionale. Perciò si è prospettata un'esemplificazione dell'applicazione della legalità per come concepita in ambito sovranazionale al contenzioso contro gli atti delle autorità indipendenti, dimostrando che, a livello operativo, l'impostazione suggerita potrebbe cambiare l'interpretazione e la soluzione di molti contenziosi in cui si verta di questioni comunitarie ed europee.

Il percorso seguito nella ricerca ha messo in evidenza, quindi, la crescente diffusione di quella che si è provato a denominare *frammentazione normativa* della fattispecie: indicando il fenomeno della molteplicità dei livelli di norme ap-

partenenti a sistemi giuridici diversi che interferiscono all'interno di uno stesso ordinamento.

A questo tema è stato dedicato il quarto capitolo, che contiene le conclusioni cui si è giunti in ordine alla questione della dinamica del rapporto tra diritto amministrativo europeo e ordinamento nazionale ed alle conseguenze che tale relazione comporta dal punto di vista prettamente giuridico.

L'analisi di quella che è stata definita come *frammentazione normativa* ha portato ad affermare la necessità di forme di coordinamento tra i sistemi di norme che contribuiscono a regolare la stessa fattispecie e, in particolare, tra l'ordinamento nazionale e la dimensione europea.

Si è ritenuto che tale coordinamento non possa essere risolto solo con il ricorso all'interpretazione conforme, ma che esso richieda una valorizzazione dell'armonizzazione concettuale che si è approfondita nel testo.

L'operazione di armonizzazione concettuale, almeno dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali (considerato per ogni singola branca ordinamentale: si pensi, ad esempio, al principio di legalità nel diritto pubblico, all'autonomia negoziale nel diritto privato o alla tutela del socio nel diritto commerciale) consente di tener conto dell'intero processo di regolazione, che comprende, nel caso della frammentazione normativa, diversi sistemi giuridici integrati reciprocamente.

Un passaggio importante nelle conclusioni prospettate consiste nell'approfondimento del concetto di implementazione indiretta del diritto comunitario e del diritto europeo.

Gli approfondimenti svolti fanno ritenere che l'implementazione indiretta non possa essere ricondotta solo a quelle situazioni in cui il legislatore, le autorità amministrative o il giudice si trovino a dovere applicare al caso concreto una specifica normativa comunitaria o europea.

Proprio attraverso lo studio della frammentazione si è dimostrato che rientrano nei fenomeni di implementazione indi-

retta anche quelle situazioni in cui le amministrazioni nazionali diano esecuzione ad una legge dalla portata esclusivamente interna, ma interferiscano con la dimensione europea in quanto l'esercizio del potere amministrativo comporta effetti, favorevoli o sfavorevoli, su posizioni garantite dal diritto comunitario ovvero da atti frutto della cooperazione internazionale.

In tutti questi casi, l'eterogeneità delle fonti di regolazione richiede che si riconosca la valenza dei principi vincolanti del diritto amministrativo europeo e di tutte le regole ed i concetti di esso propri. Ciò in quanto tali principi contribuiscono a determinare, seppure in presenza di un solo frammento di regolazione, parte del paradigma normativo di riferimento.

In questo ambito dell'implementazione indiretta, invertendo l'impostazione tradizionale che studia e distingue le situazioni nazionali, da un lato, e le situazioni sovranazionali, dall'altro lato, si è proposto di considerare l'esistenza di situazioni giuridiche frammentate, dalla natura complessa, bifronte.

La ricerca ha dimostrato le particolarità di queste situazioni soggettive e ha prospettato diverse esemplificazioni relative al trattamento che tali situazioni dovrebbero avere in sede nazionale. A ciò segue che l'azione amministrativa che le riguarda deve dare rilievo anche agli elementi comunitari o europei, immanenti alla situazione soggettiva considerata.

Dall'accostarsi ed interagire dell'ordinamento nazionale con la dimensione europea si è ritenuto di poter classificare almeno due distinti modelli.

Il primo modello di interazione è esemplificato nella casistica in tema di accessione invertita, e serve a descrivere i casi in cui la situazione soggettiva trova fondamento in una normativa nazionale, di diritto interno, e, contemporaneamente, è oggetto di regolamentazione, in parte e non esaustivamente, in un atto frutto della cooperazione internazionale, nella specie nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Si tratta di situazioni in cui la posizione del privato, pur traendo origine dal diritto nazionale, è rilevante dal punto di vista europeo per la presenza di disposizioni, seppur di carattere integrativo, riferite alla stessa situazione soggettiva di fonte nazionale.

L'attività delle amministrazioni nazionali che incida su dette posizioni private coinvolge, quindi, le previsioni e gli obiettivi europei ed è perciò tenuta a conformarsi ad essi.

Il secondo modello di interazione è esemplificato nell'analisi della casistica giurisprudenziale in tema di *golden share* e serve a descrivere i casi in cui la situazione del privato nasca, per espressa previsione normativa, nell'ordinamento comunitario, ma venga toccata da previsioni, limitative, in ambito nazionale. Si tratta prevalentemente di situazioni soggettive nate nell'ordinamento *comunitario* come libertà riconosciute dai Trattati. In vicende così configurate, la fase del riconoscimento delle libertà, quindi della loro nascita dal punto di vista del diritto positivo, è ascrivibile al diritto comunitario, mentre la definizione dei limiti e, quindi, del contenuto concreto delle stesse, cioè la vera e propria qualificazione dei diritti dei cittadini, è attribuita agli Stati.

In questa seconda ipotesi prefigurata, il mantenimento di un grado significativo di discrezionalità in capo alle autorità pubbliche nazionali equivarrebbe ad un ulteriore arretramento dell'influenza dell'ordinamento comunitario nella definizione delle situazioni giuridiche soggettive che in esso traggono origine: le amministrazioni nazionali, operando in via discrezionale, sarebbero titolari del potere conformativo del diritto dei singoli in senso corrispondente o meno al diritto comunitario.

In entrambi i modelli di interazione è possibile cogliere la risposta europea, nel primo caso della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel secondo, della Corte di Giustizia, a

prassi amministrative o a previsioni legislative che si pongano in contrasto con le regole sovranazionali.

Nella lettura della giurisprudenza proposta si individua chiaramente l'obbligo di conformazione non solo alle norme europee (siano esse la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ovvero i Trattati) ma anche ai *concetti* essenziali del diritto amministrativo europeo per come intesi nella sensibilità sovranazionale. Così, mentre il meccanismo dell'accessione invertita ha resistito dal 1984 ai giorni nostri in ambito nazionale nel rispetto della concezioni nazionale di legalità, lo stesso meccanismo è stato giudicato incompatibile con la concezione europea di legalità, il cui contenuto concettuale (della concezione europea di legalità) si chiede che venga recepito dai giudici interni.

La casistica presentata dimostra l'importanza di conoscere ed applicare i concetti propri della dimensione sovranazionale così come sono intesi in quella sede, e conferma la necessità di interpretare restrittivamente, in particolare, il principio di legalità, come regola cardine del diritto amministrativo europeo, nelle ipotesi in cui il giudice o l'amministrazione abbiano a che fare con situazioni soggettive frammentate per effetto del diritto di fonte sovranazionale.

Giuffrè, Editore

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, Bologna, 2005.
- AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, 2007.
- AA.VV., *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000.
- AA.VV., *Atti della conferenza tenuta all'Istituto Universitario europeo di Fiesole*, a cura di G. DE BURCA-B. DE WITTE, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005.
- AA.VV., *Diritti di proprietà e privatizzazioni*, a cura di P. RANCI, Bologna, 1995.
- AA.VV., *L'azione amministrativa: commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2005.
- AA.VV., *La certezza del diritto: un valore da ritrovare*, Atti del convegno Firenze 2-3 ottobre 1992, Milano, 1993.
- AA.VV., *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto canonico, civile amministrativo*, Atti del convegno Università di Macerata 20 gennaio 1990, a cura di F. BOLOGNINI, Milano, 1991.
- AA.VV., *Le privatizzazioni: gli aspetti tecnici più rilevanti*, Roma, 1994.
- AA.VV., *Le Traité de Maastricht. Genèse, analyse, commentaires*, a cura di J. CLOOS, Bruxelles, 1994.
- AA.VV., *Liberalizzazione dei mercati e privatizzazioni*, a cura di F. GIAVAZZI, A. PENATI, G. TABELLINI, Bologna, 2000.
- AA.VV., *Privatizzazioni e liberalizzazione nel settore elettrico: l'evoluzione della normativa*, Atti del Convegno di Stresa, 18 novembre 1994, Milano, 1995.
- AA.VV., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, a cura di V. PARISIO, Milano, 1998.
- AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative ed ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, a cura di C. PINELLI, Milano, 2000.
- AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario: principi e tradizioni costituzionali comuni, la formazione giurisdizionale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002.
- AA.VV., *Diritto agrario e forestale italiano e comunitario*, diretto da L. COSTATO, E. CASADEI, G. SGARBANTI, Padova, 1996.
- AA.VV., *Diritto ambientale comunitario*, a cura di S. CASSESE, Milano, 1995.
- AA.VV., *Diritto ambientale e Costituzione: esperienze europee*, a cura di D. ALMIRANTE, Milano, 2000.

- AA.VV., *Fusioni e politica della concorrenza nella Comunità europea*, a cura di P.H. ADMIRAAL, Milano, 1994.
- AA.VV., *Good Governance and the European Union; Reflections on concepts, institutions and substance*, a cura di D. CURTIN-R. WESSEL, Antwerp-New York, 2005.
- AA.VV., *I giudici e la Carta dei diritti dell'Unione europea: giurisprudenza, documenti e riflessioni sulla Carta di Nizza*, a cura di G. BISOGNI-G. BRONZINI, Taranto, 2006.
- AA.VV., *I nuovi diritti nello stato sociale in trasformazione. La tutela dell'ambiente tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di R. FERRARA-M.P. VIPIANA, Padova, 2002.
- AA.VV., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio: profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Atti del Convegno svoltosi sul Belvedere di San Leucio-Caserta, 23 e 24 marzo 2001, a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003.
- AA.VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978.
- AA.VV., *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di F. MODUGNO-A.S. AGRO-A. CERRI, Torino, 1997.
- AA.VV., *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di G. MORBIDELLI e F. DONATI, Torino, 2005.
- AA.VV., *L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno. Contributi alla XXXIII tavola rotonda di diritto comunitario*, Milano, 24 novembre 2000, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 41.
- AA.VV., *L'iniziativa economica nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario: principi e tradizioni costituzionali comuni, la formazione giurisdizionale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002.
- AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, Napoli, 2006.
- AA.VV., *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, a cura di B. NASCIBENE, Milano, 2002.
- AA.VV., *La distribuzione dei poteri nell'Unione europea: il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, Bologna, 1995.
- AA.VV., *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di P. BILANCIA-E. DE MARCO, Milano, 2004.
- AA.VV., *Law, Liberty, and Parliament. Selected Essay on the Writings of Sir Edward Coke*, Indiana, 2004.
- AA.VV., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 2005.
- AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia 1992-2000/IRI*, a cura di S. BEMPORAD-E. REVIGLIO, Roma, 2001.
- AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di A. DI MAJO, Bologna, 1989.
- AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia: saggi, leggi e documenti*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995.
- AA.VV., *Le privatizzazioni: forma di società per azioni e titolarità pubblica del capitale*, in *Rass. giur. en. el.*, 1994.
- AA.VV., *Libro bianco e la Carta di Nizza: il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, a cura di G. GHEZZI-G. NACCARI-A. TORRICE, Roma, 2002.

- AA.VV., *Magistratura, CSM, e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma, 1994.
- AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini*, Perugia 7 dicembre 2001, Torino, 2003.
- AA.VV., *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario: atti del convegno*, a cura di A. ANGELETTI, Milano, 1996.
- AA.VV., *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. MARASÀ, Torino, 1998.
- AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*, a cura di A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA, Padova, 1999.
- AA.VV., *The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts and the Community Institutions Under Article 10 EC*, Atti del convegno della FIDE, Helsinki, 2000.
- ACKERMAN B., *La nuova separazione dei poteri: presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, 2003.
- ADINOLFI A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, 521.
- ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997.
- AGNINO F., *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, in *Urb. e app.*, 2003, 454.
- AICARDI N., *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003.
- AKEHURST M., *The Application of general principles of law by the Court of Justice of European Communities*, in *British yearb., Int., L.*, 1981.
- ALBANESE A., *Servizi sociali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- ALBINO L., *La costruzione di un sistema europeo delle fonti tra unicità e pluralità degli ordinamenti*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario: principi e tradizioni costituzionali comuni, la formazione giurisdizionale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 453.
- ALCARO F., *Attività e titolo nell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 833.
- ALDO F., *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, Padova, 2005, 62.
- ALESSI R.-OLIVIERI G., *Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 3.
- ALESSI R., *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, 49.
- ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978.
- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953.
- ALÌ A., *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005.
- ALLA L., *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005.
- ALLAN T.R.S., *Constitutional justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, 2001.
- ALLAN T.R.S., *Law, Liberty and justice*, Oxford, 1993.
- ALLAN T.R.S., *The rule of law as the rule of reason: contest and constitutionalism*, in *LQR*, 1991, 115.

- ALLEGRETTI U., *Considerazioni preliminari per uno studio giuridico della mondializzazione*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002.
- ALPA G., *La protezione della salute e il risarcimento del danno alla persona in una prospettiva europea*, in *Rass. forense*, 2005, 793.
- AMADEL P., *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, in *Il trattato di Maastricht*, a cura di M.R. SAULLE, Napoli, 1995.
- AMATO G., *Autorità semindipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 645.
- AMICONI C., *La golden share come tecnica di controllo delle public utilities: luci e ombre*, in *Giust. civ.*, 1999, 463.
- AMORELLI G., *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo delle Comunità europee*, Padova, 1992.
- AMOROSO G., *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una quarta fase?*, in *Foro it.*, 1996, IV, 85.
- AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 197.
- AMORTH A., *Una nuova sistemica per la giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1943, I, 64.
- ANDENAS M., *Article 177 - References to the ECJ. Policy and Practice*, Londra, 1994.
- ANGELICI C., *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1987, I, 1.
- ANGIOLINI V.-MARZONA N., *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990.
- ANGIOLINI V., *Legalità dell'amministrazione interna e comunitaria*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000.
- ANNUNZIATA M., *Un nuovo modo di acquisto (pubblico) della proprietà: la costruzione di un'opera pubblica come accessione invertita*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1629.
- ANSELMO A., *Processo comunitario di armonizzazione delle legislazioni nazionali e limiti al potere normativo degli Stati membri: un altro apporto della Corte*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2003, 455.
- ANTONIOLI M., *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000.
- ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1362.
- APPIANO E.M., *Gli influssi del diritto comunitario sulle privatizzazioni: fra favor e rigore*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, 636.
- ARCANGELI R., *La occupazione acquisitiva nella prospettiva costituzionale e comunitaria*, in *Il Cons. St.*, 2001, II, 513.
- AREEDA P.-KAPLOW L., *Antitrust Analysis*, Boston, 1988.
- ARGENTATI A., *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1199.
- ARNULL A., *References to the European Court*, in *Eur. Law. Rev.*, 1990, 375.
- ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa: contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiana e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999.

- ASTONE F., *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004.
- ASTONE F., *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 47.
- ASTUTI G., *La certezza del diritto- Flavio Lopez de Onate*, Milano, 1968.
- AUBY J.B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2003.
- AVOLIO E., *L'occupazione acquisitiva in un confronto con la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 899.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.
- BACCARINI S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 80.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.
- BACHELET V., *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965.
- BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904.
- BADURA P., *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaates*, Göttingen, 1967.
- BAER S., *La Carta dei diritti fondamentali, o dell'ambivalenza*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 901.
- BALLADORE PALLIERI G., *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 815.
- BALLARINO T.-BELLODI L., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, 1997.
- BALLARINO T., *L'art. 177 nella storia del diritto comunitario*, in *Jus*, 1988, 53.
- BALLARINO T., *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997.
- BARATTA R., *Sull'erronea interpretazione del diritto comunitario in applicazione della teoria dell'atto chiaro*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 869.
- BARAV A., *Cour Constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantome de Simmenthal*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, 313.
- BARAV A., *The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario*, *Unione degli Avvocati europei* (Venezia, 30 maggio-1° giugno 1996), Bruylant, 1997, 259.
- BARAV A., *Une anomalie pregiudiciable*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 235.
- BARBER N.W., *Legal Pluralism and the European Union*, in *Eur. Law Journal*, 2006, 306.
- BARBIERI E.M., *Norme comunitarie self executing e decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 73.
- BARIATTI S., *Gli aiuti di Stato alle imprese comunitarie*, Milano, 1998.
- BARILE G., *Limiti all'attuazione dei diritti europei e stranieri nell'ambito della comunità statale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 343.
- BARILE P., *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Autonomie e garanzie costituzionali*, Firenze, 1969.
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Foro it.*, 1973, 2401.
- BARTHOLINI S., *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte*, Padova, 1957.
- BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.
- BARTOLINI A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo: la nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005.
- BARTOLOMEI F., *Saggi di diritto pubblico. Stato di diritto e amministrazione*, Milano, 2000.
- BARTOLONI M.E., *Interpretazione di norme comunitarie al fine di accertare il significato di norme interen: in margine a sentenza Adam*, in *Riv. dir. internaz.*, 2002, I, 143.
- BARTOLONI M.E., *La competenza della Corte di Giustizia ad interpretare il diritto nazionale "modellato" sulla normativa comunitaria*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 311.
- BARUFFI M.C., *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001.
- BARUFFI M.C., *Sulla tutela dei diritti soggettivi comunitari*, in *Foro it.*, 1995, IV, 230.
- BASSAN F., *Regolazione e equilibrio istituzionale nell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 973.
- BASSI F.-MERUSI F., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.
- BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, I, 17.
- BASSI N., *Accordi amministrativi verticali e orizzontali. La progressiva ibridazione dei modelli*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMELLI, Bologna, 2007, 453.
- BASSI N., *Accordi nel diritto comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano 2007.
- BASSI N., *Accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004.
- BASSI N., *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla nozione di giudice nazionale: è giunto il momento della Corte Costituzionale?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 15.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.
- BATTINI A.-VESPERINI G., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006.
- BEER G., *Preliminary Rulings of the Court of Justice: their Authority and Temporal Effects*, in *Com. mark. law. rev.*, 1981, 475.
- BELLAMY C.-CHILD G., *Common Market Law of Competition*, Londra, 1993.
- BELTRAN DE FELIPE M., *Discrecionalidad administrativa y Constitution*, Madrid, 1995.
- BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631.
- BENEDETTELLI M.V., *Sul rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro it.*, IV, 1990, 253.
- BENGOETXEA J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993.
- BENIGNI A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo "boccia" l'occupazione appropriativa*, in *Urb e app.*, 2001, 283.
- BENINI S., *Sull'occupazione appropriativa*, in *Foro it.*, 2003, I, 2368.
- BENTIVOGLIO C.-TRENTO S., *Economia e politica della concorrenza: intervento Antitrust e regolamentazione*, Roma, 1998.

- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 128.
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970.
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BERGSTROM C.F., *Comitology*, Oxford, 2005.
- BERGSTROM C.F., *L'Europa oltre il mercato interno: commento al Trattato di Amsterdam*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 1.
- BERNARD N., *Multilevel Governance in the european Union*, Kluwer Law international, 2002.
- BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 673.
- BERNARDINI A., *Costituzione italiana e organizzazioni internazionali. Alcune riflessioni*, in *Com. internaz.*, 1985, 271.
- BERNARDINI A., *Regolamento comunitario e legge statale*, in *Riv. dir. internaz.*, 1969, 242.
- BERNINI A.M., *Intervento statale e privatizzazioni: un panorama comparativo*, Padova, 1996.
- BERRI M., *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1153.
- BERRI M., *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1521.
- BERRI M., *Legittimità della normativa comunitario*, in *Giur. it.*, 1974, I, 513.
- BERRI M., *Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 1966, 3.
- BERTEA S., *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli Rubbettino, 2002.
- BERTI G., *Democrazia, pluralismo e sistema economico (Le Costituzioni e l'Unione Europea)*, in *Jus*, 1997, 101.
- BERTI G., *Interessi senza struttura*, in *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, 1982.
- BERTI G., *Interpretazione costituzionale: lezioni di diritto pubblico*, Milano, 2001.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.
- BETTIN V., *La Convenzione europea e le competenze esterne implicite dell'Unione europea*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 1156.
- BIAVATI P.-CARDI F., *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994.
- BIEBER R.-SALOMÈ B., *Hierarchy of norms in European Law*, in *Common Market Law Rev.*, 1996, 914.
- BIGNAMI M., *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, scritto in corso di pubblicazione.
- BILANCIA F., *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Torino, 2002.
- BILANCIA P., *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1992.
- BILOTTA M., *Occupazione appropriativa e prescrizione dell'azione di danni*, in *Riv. giur. sarda*, 1998, I, 605.

- BLUMANN C., *Le pouvoir exécutif de la Commission et le problème de la comitologie*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 1053.
- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995.
- BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1959.
- BODDA P., *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni*, Milano, 1935.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, 1994.
- BON VALVASSINA M., *Considerazioni sulla sentenza n. 14 del 1964*, in *Giur. cost.*, 1964, 129.
- BONATTI S., *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1077.
- BONELLI E., *Accessione invertita e risarcimento: un'eterna spada di Damocle per la finanza locale*, in *Riv. Amm.*, 2000, 779.
- BONELLI F., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001.
- BONINI F., *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996.
- BOSCOLO E., *Le "Golden share" di fronte al giudice comunitario*, in *Foro it.*, 2002, 481.
- BOULOUIS J., *Droit institutionnel des Communautés Européen*, Parigi, 1995.
- BRANCA G.-PIZZORUSSO A., *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994.
- BREDIMAS, *Methods of Interpretation and Community Law*, Londra, 1987.
- BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.
- BRIGUGLIO A., *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur.*, Roma, Aggiornamento, 1997.
- BRONZINI G., *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale*, in *Dem. e dir.*, 2006.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.
- BULTRINI A., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corr. giur.*, 1999, 642.
- BULTRINI A., *Occupazione appropriativa: l'intervento dirompente della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Corr. giur.*, 2001, 475.
- BUTTARO L.-PATRONI GRIFFI A., *La seconda direttiva in materia societaria*, Milano, 1984.
- CACCIAVILLANI I., *Illegalità europea dell'occupazione acquisitiva e suoi rimedi*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2000, III, 512.
- CAFAGNO M., *Lo Stato banditore*, Milano, 2001.
- CALAMANDREI P., *Limiti fra giurisdizione e amministrazione*, in *Studi*, 1957.
- CALASSO F., *Svolgimento storico del diritto comune: il sistema delle fonti*, in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno: le fonti: appunti delle lezioni*, Padova, 1977.
- CALOGERO M.-TOTARO A., *L'occupazione acquisitiva nel quadro del procedimento espropriativo*, Padova, 1998.
- CALOGERO M., *L'occupazione acquisitiva*, Milano, 1996.
- CAMERLENGO Q., *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002.
- CAMILI E.L., *Verso un modello generalizzato di sindacato sui poteri neutrali?*, in *Il Foro amm. TAR*, 2005, 3564.
- CAMMELLI M., *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1161.

- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano*, 1901, III, 1.
- CANN S.J., *Administrative law*, Londra, 1995.
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- CANNADA BARTOLI L., *Impugnabilità in Cassazione ex art. 111 ultimo comma della Costituzione per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 941.
- CANNIZZARO E., *Democrazia e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 241.
- CANNIZZARO E., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.
- CANNIZZARO E., *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 921.
- CANNIZZARO E., *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. dir. internaz.*, 1990, 372.
- CAPELLI F., *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983.
- CAPELLI F., *L'efficacia delle direttive comunitarie in materia di società all'interno dell'ordinamento italiano*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1985, 331.
- CAPELLI F., *L'impatto della normativa comunitaria sull'ordinamento giuridico italiano, relazione C.I.S.D.E.*, 2000.
- CAPELLI F., *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1987, 98.
- CAPELLI F., *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in *Dir. com. e sc. internaz.*, 2001, 651.
- CAPIZZANO E., *Atti delle prime giornate di diritto agrario comunitario*, Università degli Studi di Camerino, 1987.
- CAPOTORTI F., *Processo comunitario*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 837.
- CAPOTORTI F., *Sull'interpretazione uniforme dei trattati europei*, in *Riv. Dir. internaz.*, 1960, 3.
- CAPOTOSTI P.A., *Verso una nuova configurazione del principio di legalità?*, in *Democrazia e amministrazione*, a cura di G. MORANGIU-G.C. DE MARTIN, Milano, 1992.
- CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale sopranazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 1.
- CARANTA R., *Concessioni di beni e regole della gara*, in *Urb. e app.*, 2005, 329.
- CARANTA R., *Coordinamento e divisione dei compiti tra Corte di Giustizia delle Comunità europee e giudici nazionali nelle ipotesi di coamministrazione: il caso dei prodotti modificati geneticamente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 113.
- CARANTA R., *Espropriazione legittima e illegittima: il giudice nazionale "multilivello" alla ricerca dell'arca*, in *Il Corr. giur.*, 2006, 948.
- CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992.
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, a cura di F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, Torino, 2004, Cap. IV.

- CARANTA R., *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 170.
- CARANTA R., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante col diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1989, III, 1, 149.
- CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990.
- CARATELLI E., *Il principio di proporzionalità quale derivato tecnico del principio di legalità*, in *Il Cons. Stato*, 2003.
- CARAVITA B., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005.
- CARBONE S., *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 231.
- CARDI E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1987, 6.
- CARETTI P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost.*, 1993, 1.
- CARINGELLA F.-DE MARZO G., *Indennità di esproprio e occupazione appropriativa nel panorama giurisprudenziale alla luce del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, Milano, 1999.
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CARLETTI C., *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra carta di Nizza e trattato Costituzione*, Milano, 2005.
- CARLOTTI G., *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Padova, 2005, 145.
- CARRIÒ J.-WROBLEWSKI J., *Il modello teorico della applicazione della legge*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1967, 44.
- CARTABIA M.-WHEELER J.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000.
- CARTABIA M., *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sopranazionale*, in *Pol. dir.*, 1994, 203.
- CARTABIA M., *La Corte Costituzionale italiana e i rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia*, in *50 anni Corte costituzionale - le corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 99.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- CARTABIA M., *Unità nella diversità: il rapporto tra la Corte Costituzionale e le Costituzioni nazionali*, in *Atti della giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione europea*, Firenze, 18 febbraio 2005.
- CARTEI G.F., *Un difficile connubio: criterio di effettività e principio di legalità dell'azione amministrativa*, in *Foro it.*, 1988, I, 1983.
- CARULLO A., *Mercato e golden share*, in *Impr. amb.*, 1996, 18.
- CARUSO F., *Le società nella Comunità Economica Europea*, Napoli, 1969.
- CASETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 503.
- CASSESE S.-DELLA CANANEA G., *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 901.

- CASSESE S., *Articolo 11*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1975.
- CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- CASSESE S., *Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, 321.
- CASSESE S., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 855.
- CASSESE S., *I falsi problemi della Costituzione*, in *Europeos*, 2001.
- CASSESE S., *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 35.
- CASSESE S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 23.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 770.
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2001, 601.
- CASSESE S., *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *La crisi dello Stato*, Roma, 2002.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma, 2002.
- CASSESE S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 291.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 579.
- CASTORINA E., *"Certeza del diritto" e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un "principio comune"*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001.
- CASTORINA E., *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazie europea"*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 301.
- CASTRONOVO C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 1999, 1236.
- CATALANI A., *Il principio di legalità e la soggettività dell'operazione interpretativa*, in *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002.
- CATALANO N., *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 816.
- CATALANO N., *La pericolosa teoria dell'atto chiaro*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 12.
- CATALANO N., *Osservazione a Corte costituzionale 27 dicembre 1965, n. 98*, in *Foro it.*, 1966, 9.
- CATALANO N., *Portata dell'art. 11 Cost. in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Foro it.*, 1964, I, 465.
- CATALDI G., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998, 20.
- CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, 1998.

- CAVALLARO M., *L'occupazione appropriativa tra indennizzo e risarcimento*, in *Nuove aut.*, 1995, 615.
- CAVALLO PERIN R., *Il contenuto dell'art. 113 della Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 517.
- CAVALLO PERIN R., *Poteri di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.
- CAVAZZUTI F., *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996.
- CECERE A., *L'itinerario delle privatizzazioni: legislazione, programmi, direttive*, Padova, 1995.
- CELOTTO A.-GROPPI T., *Diritto Ue e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1309.
- CELOTTO A.-PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, 427.
- CELOTTO A., *Fonti comunitarie e Corte Costituzionale. Le norme comunitarie come parametro e come oggetto dei giudizi costituzionali*, Roma, 2002.
- CELOTTO A., *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Questione giustizia*, 2006.
- CELOTTO A., *Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1473.
- CENTRO L., *L'atto amministrativo e la sua patologia. Primi spunti di riflessione sulla legge n. 15/2005*, in *Amm. It.*, 2005, 947.
- CERASE F.P., *Cambiamenti organizzativi nel governo delle pubbliche amministrazioni e loro effetto sulle competenze*, in *Amministrare*, 2002, 379.
- CEREXHE E., *Le droit européen*, Lovanio, 1989.
- CERRI A., *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1485.
- CERRI A., *Potere pubblico e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990.
- CERULLI IRELLI V.-LUCIANI F., *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, 463.
- CHALMERS D., *The Reconstitution of european Public Spheres*, in *Eur. Law Journal*, 2003.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Parigi, 1988.
- CHITI E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002.
- CHITI M.P., *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Torino, 1994.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004.
- CHITI M.P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 796.
- CHITI M.P., *Implicazioni amministrative dell'amministrazione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 1175.
- CHITI M.P., *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 499.
- CHITI M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687.
- CHITI M.P., *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. BIGNAMI-S. CASSESE, Milano, 2004.

- CHURCH H.-PHINNEMORE D., *European Union and European Community: a Handbook and Commentary on the Post Maastricht Treaties*, New York, 1994.
- CIANFEROTTI G., *Storia della letteratura amministrativistica*, Milano, I, 1998.
- CICCONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2001.
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1998.
- CINTIOLI F., *Nuovo procedimento amministrativo e principi costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 2005, 648.
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 983.
- CIRIELLO P., *Nazionalizzazione e privatizzazioni nelle esperienze italiana e francese*, Napoli, 1992.
- CIRILLO P., *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il Cons. St.*, 2002, II, 71.
- CLAES M., *Le clausole europee nelle costituzioni nazionali: evoluzione e tipologia*, in *Quad. cost.*, 2005, 283.
- CLARICH M., *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Il foro amm.*, TAR, 2003, 3133.
- CLARICH M., *Le autorità indipendenti, tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3858.
- CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 104.
- CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519.
- CLARICH M., voce *Privatizzazioni*, in *Dig. discipl. pubbl.*, vol. XI, 1996, 568.
- COCCO G.-MARZANTI A.-PUPILELLA R., *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano 2007.
- COCCO G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 447.
- COCCO G., *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 641.
- COGLIANI S., *Principi*, in *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, a cura di S. COGLIANI, Padova, 2004, 25.
- COGNETTI S., "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.
- COLELLA M.R., *Dal diritto statale al diritto comunitario: cenni*, in *Nuova Rass.*, 1999, 2346.
- COMPORI M., *Dalla occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa*, in *Riv. giur. ed.*, 1985, II, 3.
- CONDINANZI M., *L'adattamento al diritto comunitario e dell'Unione europea*, Torino, 2003.
- CONFORTI B., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo: una procedura più snella al servizio del cittadino europeo*, in *Foro nap.*, 1998, 317.
- CONTI R., *Adunanza Plenaria, giurisdizione sui comportamenti e cumulo di domande*, in *Urb. e app.*, 2005, 1316.

- CONTI R., *Ancora dissidi fra Cassazione, Consiglio di Stato e Corte ei diritti umani sull'occupazione illegittima*, in *Corr. giur.*, 2006, 229.
- CONTI R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006.
- CONTI R., *Prescrizione ed occupazione appropriativa dopo Strasburgo*, in *Urb. e app.*, 2002, 712.
- CONTICELLI M., *L'accessione invertita viola la Convenzione europea*, in *Gior. dir. amm.*, 2001, 5.
- CORSALE M., *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Eng. Giur.*, Roma, 1988, VI, 1.
- CORSALE M., *La certezza del diritto*, Milano, 1970.
- CORSALE M., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979.
- CORSO G., *Diritti soggettivi e atti amministrativi nel contenzioso con le autorità indipendenti*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1291.
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
- CORTESE E., *Sovranità (storia)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 205.
- COSENTINO G., *L'occupazione acquisitiva o accessione invertita*, in *Nuova rass.*, 1998, 1235.
- COSTA P.-ZOLO D., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milano, 2002.
- COSTATO L., in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da L. COSTATO, Padova, 2003.
- CRAIG P.-DE BURCA G., *EU Law, Text, Cases and Materials*, Londra, 1998.
- CRAIG P., *Administrative law*, Londra, 2001.
- CRAIG P., *EU Administrative law*, Oxford, 2006.
- CRAIG P., *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 35.
- CRAIG P., *Public Law and democracy*, Oxford, 1990.
- CRAIG P., *The Constitutionalization of Community Law - Paper*, New York University Law school, 2003.
- CRISAFULLI V., *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1959.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- CRISAFULLI V., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1960, 792.
- CRISAFULLI V., *L'ordinamento costituzionale italiano: le fonti*, Padova, 1971.
- CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella costituzione italiana (note preliminari)*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, ult. ed.
- CROSETTI A., *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 205.
- CUGURRA G., *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.
- CUOCOLO L., *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria*, in *Dir. Pubbl. Com. Eur.*, 2006, 293.
- CURTI GIALDINO C., *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993.
- D'AGNOLO G., *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998.
- D'ALBERTI M., *Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. dir.*, IV, Roma, 1996.
- D'ALESSANDRO D., *Legalità, certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 359.

- D'ALESSANDRO E., *Intorno alla "Théorie de l'acte clair"*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2882.
- D'ALESSANDRO F., *La seconda direttiva e la parità di trattamento*, in *Riv. soc.*, 1987, 1.
- D'ALESSIO F., *Competenza amministrativa*, in *N.D.I.*, III, 1938, 436.
- D'ATENA A., *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1996, 25.
- D'ATENA A., *L'anomalo assetto delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 591.
- DANIELE L., *Spunti in tema di attuazione di direttive*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, *Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, 1991, 70.
- DAVERIO D., *Le concessioni di servizi tra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 610.
- DAVIS K.C., *Discretionary Justice in Europe and America*, Westport, 1980.
- DE BELLIS C., *Competenza amministrativa e inerzia*, Bari, 1993.
- DE CARLI P., *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 354.
- DE CARLI P., *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002.
- DE LA MARE T., *Art. 177 in social and political context*, in *The Evolution of EU Law*, a cura di CRAIG P.-DE BURCA G., 2003, 215.
- DE LAUBADERE A., *Traité de droit administratif*, Parigi, 1984.
- DE LISE P., *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2007*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 345.
- DE MARIA S., *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 879.
- DE MARZO G., *"Molto rumore per nulla?" Le sezioni unite, l'occupazione appropriativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Corr. giur.*, 2003, 744.
- DE PACE L., *In tema di norme nazionali illegittime per violazione del combinato disposto degli artt. 10 e 81 TCE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 575.
- DE PASQUALE P., *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000.
- DE PRETIS D., *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 725.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 683.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1.
- DE PRETIS D., *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE ROBERTO A., *La legge generale sull'azione amministrativa (dopo le innovazioni disposte dalla legge 2005 n. 15)*, Torino, 2005.
- DE ROSE C., *Il patrimonio costituzionale europeo: verifica delle sue componenti, certe o tendenziali*, in *Il Cons. St.*, 1998, II, 1935.
- DE ROSE C., *Il rinvio pregiudiziale al giudice comunitario: soggetti legittimati, relativi criteri di individuazione e profili problematici concernenti la Corte dei conti italiana*, in *Cons. St.*, 2005, II, 298.
- DE SALVIA M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.
- DE SALVIA M., *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione o sussidiarietà?*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1994, 32.

- DE VITOFRANCESCHI D., *La Corte dei Diritti Umani dichiara l'occupazione appropriativa in contrasto col principio di legalità*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2000, III, 521.
- DELICOSTOPOULOS J.S., *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, in *Eur. Law Journal*, 2003.
- DELLA CANANEA G., *Administration by guidelines: the policy guidelines of the Commission in the field of State aids*, in *State aid. Community law and policy and its implementation in Members States*, a cura di HARDEN, KOLN, SPRINGER, 1993, 61.
- DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, in *Corso di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2006, 66.
- DELLA CANANEA G., *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, II, 1800.
- DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.
- DELSIGNORE M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 185.
- DEMURO G., *I rapporti tra Corte di Giustizia della comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2003, 85.
- DENOZZA F., *Antitrust. Leggi monopolistiche e tutela del consumatore*, Bologna, 1988.
- DENOZZA F., *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2000, 469.
- DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.
- DERRIDA J.-VATTIMO G., *Diritto, giustizia e interpretazione: annuario filosofico europeo*, Roma, 1998.
- DI CAGNO M., *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, in *Urb. e app.*, 460.
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.
- DI LEO G.-POLICE A., *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1289.
- DI MARTINO P., *Compendio di elementi base del diritto*, Milano, 2006.
- DI STEFANO V., *Privatizzazioni e sistema delle partecipazioni statali*, Roma, 1994.
- DIBOUT P., *Article 222*, in *Traité instituant la Cee. Commentaire article par article*, Parigi, 1992, 1390.
- DICKMANN R., *Processo amministrativo e limiti della legge*, Napoli, 2006.
- DONATI F., *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente decisione della Cassazione*, in *Giur. cost.*, 1994, 3467.
- DONNARUMMA M.R., *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988.
- DRAETTA U., *Elementi di diritto comunitario*, Milano, 1995.
- DUMON F., *The Case-Law of the Cour of Justice: A Critical Examination of the Methods of interpretation*, in *Judicial and Accademic Conference*, Lussemburgo, 1976.
- DUNI G., *La riducibilità del risarcimento e lo Stato di diritto*, in *Foro Amm.*, 2000, 16.
- DYZENHAUS D., *Reuniting the Brain: The Democratic Basis of Judicial Review*, in *Pub. Law Rev.*, 1998.

- EISENMANN C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1957, III.
- EISSEN M.A., *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, a cura di D. ROUSSEAU-F. SUDRE, Parigi, 1990, 138.
- ELLIS E.-TRIDIMAS T., *Public Law of the European Community: Text, Materials and Commentary*, Londra, 1995.
- EREDE P., *L'istituto dell'occupazione appropriativa*, in *Nuova rass.*, 1998, 196.
- FABBRIZZI G., *Caso Scordino: una nuova condanna per l'occupazione appropriativa*, in *Urb. e app.*, 2005, 1395.
- FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005.
- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 1999.
- FALCON G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1153.
- FALCONE C., *Occupazione acquisitiva e principio di legalità*, Napoli, 2002.
- FARALLI C.-PATTARO E., *Reason in law*, Milano, 1987.
- FARES G., *Il controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, in *Studium iuris*, 2002, 581.
- FAVOREU L., *Corti Costituzionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 3.
- FAWCETT J.E.S., *The application of the European convention on human rights*, Oxford, 1987.
- FERNANDEZ ESTEBAN M.L., *The rule of law in the European Constitution*, Londra, 1999.
- FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, 1997.
- FERRARA R., *La protezione dell'ambiente nella Repubblica federale tedesca*, in *Foro it.*, 1987, V, 28.
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002.
- FERRARI E., *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa di invalidità e non applicazione per il principio di specialità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 1080.
- FERRARI E., *La Corte di Giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra pretertorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro it.*, 2003, IV, 475.
- FERRARI G.F., *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità Antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 999.
- FERRARI-BRAVO L., *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei Trattati*, Napoli, 1964.
- FERRARI BRAVO L., MOAVERO MILANESI E., *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 1995.
- FERRARO A., *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 2004, 443.
- FERRARO A., *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 503.

- FERRERI S., *Nella spirale delle fonti di diritto integrate. A proposito di un libro recente*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 103.
- FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 1998.
- FIORAVANTI M., *Costituzione e Stato di diritto*, in *Filosofia politica*, 1991.
- FIORAVANTI M., *Principio di legalità e Stato di diritto*, Torino, 1994.
- FLORIDIA G., *Il cantiere della nuova Europa: tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003.
- FOIS S., *I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Torino, 2002.
- FOIS S., *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973.
- FOIS S., *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991 (atti del seminario svoltosi in Roma, 15-16 ottobre 1990), 139.
- FOLLESDAL A.-HIX S., *Why there is a democratic deficit in the EU: a reponse to Majone and Moravcsik*, in *Jour. of comm. Market*, 2006.
- FOLLIERI E., *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro amm.*, TAR, 2003, 329
- FONDERICO F., *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2003, 2015.
- FORSTOFF E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Monaco, 1973.
- FRACCHIA F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996.
- FRANCHINI C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992.
- FRANCHINI C., *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, 651.
- FRANCHINI C., *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1179.
- FRANCHINI C., *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 310.
- FRANCHINI C., *La Commissione delle Comunità europee e le amministrazioni nazionali: dalla ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 669.
- FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988, 549.
- FRANCHINI C., *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000.
- FRANCHINI M., *Il diritto comunitario tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, 116.
- FRANCO I., *Diritto comunitario e diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2007, 674.
- FRENI E., *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1045.
- FRENI E., *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, Parte speciale, III, 3021.
- FRIGNANI A., PARDOLESI R., PATRONI GRIFFI A., UBERTAZZI L.C., *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993.

- FUMAGALLI L., *Competenza della Corte di Giustizia e ricevibilità della domanda nella procedura pregiudiziale*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1993, 311.
- GABRIELE G.-CELOTTO A., *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale: temi e problemi sull'impatto del diritto comunitario nel sistema italiano delle fonti*, Bari, 2001.
- GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma, 1996.
- GALETTA D.U., *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione di competenze tra organi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 141.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALGANO F., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2006, 313.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- GALLIGAN D.J., *Discretionary power*, Oxford, 1986.
- GALLIGAN D.J., *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 2005, 3.
- GAMBINO S., *I diritti fondamentali comunitari tra Corte di Giustizia delle Comunità europee, Trattati e Bill of rights*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2003, 57.
- GARCIA DE ENTERRIA E.-FERNANDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1993.
- GARCIA R.A., *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in *Quad. cost.*, 2005, 111.
- GAROFOLI R., *Golden share e Autorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 159.
- GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998.
- GASPARRI G., *Competenza amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 34.
- GASPARRI P., *Autorizzazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, 509.
- GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, I, XIV, Parigi, 1996.
- GAUDIN H., *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1999, 1, 3, 20.
- GEMMA G., *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giur. Cost.*, 1984, I, 1222.
- GENINATTI SATÈ L., *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 885.
- GERBASI G., *Diritto d'accesso e giudice comunitario*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario: principi e tradizioni costituzionali comuni, la formazione giurisdizionale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002.
- GERMANÒ A., *Manuale di diritto agrario*, Torino, 1997.
- GHERA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2000, II, 1193.
- GHERA F., *Riflessioni sull'efficacia dei diritti fondamentali "comunitari" nei confronti degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 2004, 57.
- GHETTI G., *Autorità amministrative indipendenti e amministrazione tradizionale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 443.

- GHETTI G., *Il contraddittorio procedimentale*, Milano, 1971.
- GIACALONE G., *La liberalizzazione comunitaria dei movimenti di capitali*, in *Foro it.*, 1989, IV, 467.
- GIACCHETTI S., *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, in *Cons. St.*, 1994, II.
- GIALANELLA A., *La sfida dei diritti fondamentali e l'utopia di una nuova democrazia del pubblico*, in *Questione giustizia*, 1991, 253.
- GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988, 275.
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65.
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Organi (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, Roma, 1967.
- GIANNINI M.S., *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990.
- GIANOLA R., *L'illusione del mercato: il grande inganno delle privatizzazioni*, Milano, 1996.
- GIARDINA A., *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 463.
- GIARDINA A., *The rule of law and implied powers in European Community*, in *Italian Yearbook Intern. Law*, 1975, 99.
- GIRINO E., *Portata e interpretazione del diritto comunitario nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1985, 567.
- GIUBBONI S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. lav. e rel industr.*, 2004.
- GNES M., *Alimenti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- GNES M., *Farmaci*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- GNES M., *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, 331.
- GOLA M., *Salute pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- GORI P., *La preminenza del diritto delle Comunità europee sul diritto interno degli Stati membri*, in *Giur. it.*, 1963, I, 1073.
- GORI P., *Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario per forza propria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 681.
- GORI P., *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1963, IV, 49.

- GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941.
- GOZZI G., *Democrazia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia Costituzionale*, Roma, 1999.
- GRASSANO P., *L'accessione invertita od occupazione appropriativa. Analisi dell'istituto fra il diritto italiano e la Corte europea e la difesa dei diritti dell'uomo*, in *Nuova rass. leg. dottr e giur.*, 2002, 1789.
- GRASSO A., *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 2003.
- GRASSO A.-MARZANATI A.-RUSSO A., *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di CHITI M.P.-GRECO G., Milano, 2007.
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- GRECO G., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 277.
- GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 1419.
- GRECO G., *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993, 85.
- GRECO G., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, 933.
- GRECO G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 513.
- GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1126.
- GRECO G., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 797.
- GRECO G., *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, 849.
- GRECO G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 38.
- GRECO G., *Le agenzie comunitarie: aspetti procedurali e giurisdizionali della tutela degli interessati*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 27.
- GRECO G., *Rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, 827.
- GRECO G., *Riserva di legge e criteri (impliciti) desunti dalla normativa comunitaria: il caso del numero chiuso alla facoltà di medicina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 867.
- GRECO R., *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2006, 519.
- GREMENTIERI V., *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*, Milano, 1973.
- GRIMALDI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Bari, 2006.
- GRUNER G., *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto*

- e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 235.
- GUARINO A., *Sul rapporto tra la nuova legge antitrust e la disciplina della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 1991, 639.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario giuridico*, a cura di G. GUARINO, Napoli, 2000.
- GUARINO G., *Atti e poteri*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983.
- GUARINO G., *L'atto e il potere amministrativo*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di G. GUARINO, Milano, 1983, I.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949.
- GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992.
- GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Torino, 1995.
- GUASTINI R., *La certezza del diritto come principio del diritto positivo?*, in *Le reg.*, 1986, 1090.
- GUASTINI R., *La magistratura*, Tomo I, commento all'art. 101 Cost., in BRANCA G.-PIZZORUSSO A., *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dis. Disc. pubbl.*, IX, 1994.
- GUGLIELMELLO C., *La c.d. accessione invertita a favore della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2000, I, 1, 1863.
- GUIZZI V., *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, 2000, 138.
- GUZZETTA G., *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano, 1994.
- HABERLE P., *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2006.
- HAGUENAU C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne: analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, 1995.
- HALDERMAN J.W., *The United Nation and the rule of law*, New York, 1966.
- HAMON F.-WIENER C., *La loi sous surveillance*, Parigi, 1999.
- HAMON C.J., *Methods of Interpretation. A Critical Assessment of the Results*, in *Judicial and Accademic Conferenze*, Lussemburgo, 1976.
- HANCHER L.-OTTERVANGER T.-SLOT P.J., *Ec State Aids*, Londra, 1993.
- HANS H.C., *Constitutional limitation in the law of the european organisations*, in *Recueil des Cours*, 1963, I, 205.
- HARDEN I.-LEWIS N., *The noble lie: The British Constitution and the Rule of Law*, Londra, 1986.
- HARRIS J.W., *Law and Legal Science*, Oxford, 1979.
- HART H.L., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 145.
- HARTLEY T.C., *The Foundation of European Community Law*, Oxford, 1998.
- HEARN W., *The Government of England, its Structure and Development*, 1867.
- HERVEY T.-MC HALE J., *Health law and the European Union*, Cambridge, 2004.
- HEYEN E.V., *Otto Mayer- Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungswissenschaft*, Berlino, 1981.
- HOLLAND D.-POPE H., *E.U. food law and policy*, Kluwer Law International, 2004.
- HOOGHE L., *Cohesion Policy and European Inytegration: Building Multilevel Governance*, Oxford, 1996.
- IANNOTTA L., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 312.

- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57.
- IELO D., *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, in *Amministrare*, 2006, 205.
- IGARTUA J., *Sobre Principios y Positivismo Legalista*, in *Rivista Vasca de la Administracion Publica*, 1986, 14.
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- INVERNIZZI R., *Accessione invertita e CEDU: punti di vista*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 595.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- ISAAC G., *Droit communautaire général*, Parigi, 1997.
- ITALIA V., *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Milano, 2000.
- JAEGER P., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 989.
- JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche untersuchung auf rechtsge-schichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Friburgo, 1887.
- JENNINGS I., *The law and the Constitution*, Londra, 1959.
- JOLIET R., *L'article 177 du traité Cee et le renvoi préjudiciel*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, 591.
- JOWEL J.-OLIVER D., *The Changing Constitution*, Oxford, 1985.
- KORAH V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, Oxford, 1997.
- KOVAR, *I rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1983.
- KRAMER L., *Diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002.
- KUTSCHER H., *Methods of Interpretation as Seen by Judge at the Cour of Justice*, Lussemburgo, 1976.
- LA PERGOLA A., *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurispruden-za costituzionale*, in *Quad. reg.*, 2001, 854.
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2419.
- LA PERGOLA A., *Il recepimento del diritto comunitario. Nuove prospettive del rap-porti tra norma interne e norme comunitarie alla luce della Legge 9 marzo 1989, n. 86*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991.
- LABAND P., *Deutsches Staatsrecht*, VI, Tubinga, 1912.
- LALLI A., *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2003, 361.
- LANG J.T., *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, in *Eur. law. rev.*, 1997, 4.
- LAPORTA S., *Manifesta infondatezza di questioni e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rass. Avv. Stato*, 1983, I, II, 47.
- LASALLE J.Y., *L'application del l'article 177 di Traité CEE par le Conseil d'Etat Francais*, in *Riv. dir. eur.*, 1971, 193.
- LAURIA F., *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Torino, 1992.

- LAURIA F., *Rapporti tra normativa comunitaria e normativa italiana: la sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 133.
- LAVAGNA C., *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 392.
- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1997, 3303.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 371.
- LENAERTS K.-DESOMER M., *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *Eur. Law Journal*, 2005, 744.
- LENAERTS K., *Regulating the regulatory process: delegation of powers in the European Community*, in *Eur. law. rev.*, 1998, 319.
- LENAERTS K., *Some reflections on the Separation of Power in the European Communities*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1991, 11.
- LEVI A., *Attività libera individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Scritti in onore di Cammeo*, Padova, 1933, vol. II, 79.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 1967.
- LIBONATI B., *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, 20.
- LIGUORI F., *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 601.
- LINDAHL H., *Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order*, in *Eur. Law Journal*, 2003, 433.
- LOSAVIO C., *La sicurezza alimentare nell'Unione europea - Reg. CE 178/02 del parlamento europea e del Consiglio*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2003, 305.
- LOUIS J.V., *L'ordinamento giuridico comunitario*, Lussemburgo, 1995.
- LOWELAND I., *Constitutional Law*, Londra, 2000.
- LUCIANI M., *Diritti costituzionali e diritti umani: una difficile sovrapposizione*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, Atti del Convegno dell'Università di Perugia, 9-11 novembre 1989, a cura di S. CAPRIOLI e F. TREGGIARI, Perugia, 1992, 106.
- LUZZATI G., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.
- LUZZATO R., *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980.
- MAC CORMICK N., *Democracy and subsidiarity*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 49.
- MADDALENA M.L., *Dall'occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 2 del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 427.
- MAJONE G.-LA SPINA A., *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, 3.
- MAJONE G., *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in *Eur. Law Journ.*, 1998.
- MAJONE G., *La crescita dei poteri regolativi nella Comunità europea*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1995.
- MAJONE G., *The New European Agencies: Regulation by Information*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, 262.
- MALINCONICO S., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 1041.

- MALTESE D., *Regolamenti comunitari, riserva di legge e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 865.
- MANCINI F.G., *Il contributo della Corte di Giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 713.
- MANFRELOTTI R., *L'amministrazione europea: l'evolversi di un modello*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1179.
- MANFRELOTTI R., *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004.
- MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.
- MARI G., *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1007.
- MARI M., *Il rinvio pregiudiziale. Uniformità ed efficacia del diritto comunitario negli Stati membri*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002.
- MARINI L., *Privatizzazioni e liberalizzazione della condizioni concorrenziali nella Comunità Europea*, in *Dir. comm. internaz*, 1999, 167.
- MARMOR A., *The Rule of Law and its Limits*, in *Law and philosophy*, 2004.
- MARSHALL G., *Constitutional Conventions. The Rule and Forma of Political Accountability*, Oxford, 1984.
- MARTINES T., *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano, 2000.
- MARTINETTI E., *Il giusto indennizzo espropriativi tra Corte europea dei Diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. di urb.*, 2005, 490.
- MARZANTI A., *La Corte costituzionale alla ricerca di nuovi spazi nella composizione dei conflitti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 158.
- MARZONA N., *Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990.
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità a attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.
- MASSERA A., *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007, 288.
- MASSERA A., *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004.
- MASSERA A., *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 707.
- MASTROIANNI R., *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra deficit democratico ed equilibrio interistituzionale*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, 433.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in *Diritto amministrativo applicato*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2005, 200.
- MATTEUCCI G., *Lo Stato moderno*, Bologna, 1997.
- MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, 1986.
- MENGOZZI P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto pubblico commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997.

- MENGOZZI P., *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1990.
- MENGOZZI P., *Il diritto delle Comunità europee*, Padova, 1990.
- MENY Y.-MULLER P.-QUERMONNE J.L., *Adjusting to Europe. The impact of the European Union on national institutions and policies*, London, 1996.
- MEROLA M.-BAJARDO G.R., *Tutela della concorrenza nella legge n. 287/90: rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1991, 287.
- MERTENS DE WILMARS J., *Reflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Chaires du Droit Européen*, 1986, 22.
- MERUSI F.-MASSERA A., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999.
- MERUSI F., *Democrazia e Autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181.
- MERUSI F., *I sentieri interrotti della legalità*, Milano, 2006.
- MERUSI F., *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in *L'indipendenza delle autorità*, a cura di F. GRASSINI, Bologna, 2001, 19.
- MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002.
- MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 1355.
- MEZZANOTTE C., *Sulla nozione di indipendenza*, in *Magistratura, CSM, e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma, 1994.
- MIELE G., *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Il Foro it.*, 1933, III, 378.
- MIELE G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 114.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953.
- MIGLIARESE F., *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989.
- MIGLIAZZA A., *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 651.
- MILANI V., *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 37.
- MILLON DELSON C., *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003.
- MILO G., *Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 1485.
- MINESHIMA D., *The Rule of Law and EU Expansion*, in *Liverpool Law Review*, 2002.
- MIRABELLI C., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, Corte costituzionale, Servizio studi, 2000.
- MIRANTE S., *CEDU, parametro di costituzionalità per l'indennità di esproprio e risarcimento danni da occupazione acquisitiva*, in *Urb. e app.*, 2008, 163.
- MIRANTE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'altro diritto europeo in Italia Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007.
- MIRANTE S., *L'occupazione appropriativa viola l'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo? Le Sezioni Unite negano ma la Corte europea risarcisce*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1463.

- MOAVERO MILANESI E., *Les "services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2000, 117.
- MOAVERO MILANESI E., voce *Privatizzazioni. Profili comunitari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995.
- MODUGNO F.-NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 411.
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002.
- MODUGNO F., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, I, aggiornamento, Milano, 1997.
- MODUGNO F., *I principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, XIII.
- MODUGNO F., *Le fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Gius. Cost.*, 1994, 487.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. D.I.*, XIII, 1966.
- MONACO R., *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 1311.
- MONACO R., *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, I, 315.
- MONACO R., *La pertinenza della questione posta alla Corte di Giustizia europea secondo l'art. 177 del trattato CEE*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, IV, Milano, 1994, 693.
- MONACO R., *Sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 187.
- MONJAL P.Y., *La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1996, 684.
- MONJAL P.Y., *Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2001, 336.
- MONTANARI L., *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in *Relazione al Convegno "La Corte costituzionale e le Corti d'europa"*, *Atti del seminario svoltosi a Copanello il 31 maggio-1° giugno 2002*, Torino, 2003, 5.
- MONTEDURO M., *Introduzione allo studio delle agenzie amministrative*, Lecce, 2004.
- MORANTE A., *Il trattamento da riservare per i lettori di lingua madre straniera*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1996, 591.
- MORBIDELLI G., *Corté costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 285.
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001.
- MORSON S., *Aidés d'Etat*, in BARAV A.-PHILIP C., *Dictionnaire Juridique des Communautés Européens*, Parigi, 1993, 61.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960.
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Scritti giuridici*, Milano, III, 1972, 997.
- MORTATI C., *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972.
- MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti: contributo allo studio dei criteri ordinatori nel sistema delle fonti*, Padova, 2003.
- MOTZO G., *Art. 222*, in *Commentario Cee*, diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, 1965, IV, 1620.

- MOUSSIS N., *Manuel de l'Union européen*, Rixensart, 1996.
- MUSONE R., *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo*, Napoli, 2007.
- MURGIA R., *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di giustizia C.E.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 441.
- MURRA R., *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità degli atti amministrativi di applicazione della normativa comunitaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 281.
- MURRO C., *Studies in Constitutional Law*, Londra, 1999.
- MUSSELLI L., *L'occupazione appropriativa non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le Sezioni Unite della Cassazione e la tecnica del distinguishing*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 571.
- MUSUMECI T.S., *I poteri speciali collidono col principio di sussidiarietà?*, in *Enti pubbl.*, 2000, 583.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NAPOLETANO N., *La nozione di campo di applicazione del diritto comunitario nell'ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela di diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 679.
- NASCIMBENE B., *La "nuova" Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium iuris*, 1999, 119.
- NAVARRO F.G., *Derecho administrativo*, Pamplona, 1997.
- NEGRI C., *La carta di Nizza, la Cedu e la tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti giuridici interni*, in *Nuove autonomie*, 2004, 905.
- NETTESHEIM M., *El significado constitucional de la primacia del Derecho Comunitario/ de la Union*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 2003, 279.
- NEVILLE BROWN L.-KENNEDY T., *The Court of Justice of the European Community Law*, Londra, 1994.
- NICOSIA F.M., *Sovrano occulto: lo Stato di diritto tra Governo dell'uomo e governo della legge*, Milano, 2000.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 1412.
- NIGRO M., *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252.
- NINATTI S., *Giudicare la democrazia?: processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Milano, 2004.
- NINATTI S., *Privatizzazioni: la Comunità europea e le golden shares nazionali*, in *Quad. Cost.*, 2000, 702.
- NIZZO C., *La Corte di Giustizia e la competenza ad interpretare, in via pregiudiziale, norme nazionali modellate su disposizioni comunitarie*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 998.
- NUGENT N., *Governo e politiche dell'Unione europea*, Bologna, 2001.
- O'RIORDAN T.-CAMERON J., *The History and contemporary significance of the precautionary principle*, Londra, 1994.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

- OCCHIOCUPO N., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.
- OLESSINA A., *L'esercizio dell'autotutela rispetto a decisioni pluristrutturate contrastanti con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2006, 12, 2414.
- OLIVER P., *Free Movement of Capital between the Member States; recent developments*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 1989, 61.
- OLMI G., *Agricoltura in diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, vol. I, 122.
- OLMI G., *Diritto comunitario e giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1978, 429.
- ONIDA M., *I rapporti fra disciplina nazionale e disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Conc. merc.*, 1993, 3.
- ONIDA V., *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 549.
- ORLANDI M., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995.
- ORLANDO V.E.-D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1949.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 3.
- ORSI BATTAGLINI A., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 59.
- ORSONI G., *Competenza e amministrazione*, Padova, 1990.
- OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici delle amministrazioni*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, II, 1987, 403.
- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 913.
- OTTO MAYER V., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895.
- PACE A., *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 1.
- PACE L., *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il vincolo comunitario imposto al legislatore nazionale: l'art. 1 l. n. 287/90*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 997.
- PACINI M., *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 21.
- PADELLETTI M.L., *L'occupazione acquisitiva in relazione al principio di legalità stabilito nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2003, 2244.
- PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003.
- PAGANETTO G., *Le politiche comunitarie in materia ambientale*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2004, 112.
- PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, 467.
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.
- PALADIN L., *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità della legge*, in *Giur. cost.*, 1964, 129.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PALADIN L., *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 1997.

- PALEOLOGO G., *Organizzazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 135.
- PALMIERI G., *Gli aiuti di Stato alle attività produttive e il loro regime comunitario: gli artt. 92 e 94 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, Rimini, 1992.
- PANEBIANCO M., *Introduzione al diritto comunitario europeo*, Salerno, 1986.
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- PAOLANTONIO N., *Interesse pubblico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413.
- PAOLANTONIO N., *Rimessa alla Plenaria la questione sull'estensione del giudizio di ottemperanza a soggetti privati*, in *Giust. Amm.*, 2005, 249.
- PAPADOPOULOU R.E., *Principes generaux du droit et droit communautaire: origins et concretisation*, Bruxelles, 1996.
- PARADA R., *Derecho administrativo*, Barcelona, 2004.
- PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1997.
- PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI-A. ORSI BATTAGLINI-D. SORACE, Rimini, 1987.
- PATRONO M., *La forma di Governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1763.
- PAU G., *Il diritto della Comunità europea nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz.*, 1984, 513.
- PEDRAZZA GORLERO M., *Le fonti del diritto*, Padova, 1995.
- PEERS S.-WARD A., *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oregon, 2005. AA.VV., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli, 2005.
- PEPY, *L'article 177 du traité de Rome et les juridictions françaises*, in *Revue critique de droit international privé*, 1963, 465.
- PERELMAN C., *La règle du droit: reflexion de méthode*, Bruxelles, 1971.
- PERELMAN C., *Logique juridique*, 1976.
- PEREZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, 130.
- PERGOLESI F., *Sullo Stato di diritto*, Padova, 1931.
- PERICU G., *Brevi note in tema di efficienza e doverosità dell'azione amministrativa*, in *Studi in onore di U. Pototschnig*, Milano, II, 2002, 923.
- PERICU G., *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1.
- PERINI A., *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, 69.
- PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992.
- PERMANAND G., *EU pharmaceutical regulation: the politics of policy-making*, Manchester university press, 2006.
- PERNICE I., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *Europ. law. rev.*, 2002, 511.
- PERTILE A., *Storia del diritto pubblico e delle fonti*, Padova, 1873.
- PESCATORE P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 26.

- PEZZUTO A., *Occupazione appropriativa: un'ingiustizia nel nome dell'interesse pubblico*, in *Giur. it.*, 1997, I, I, 537.
- PIAZZA S., *Nuovi orientamenti in materia di Autorità amministrative indipendenti*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 2003, 9.
- PICCONI V., *Fundamental rights, Carta dei diritti, interpretazione conforme*, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2006.
- PICOZZA E., *Alcune considerazioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiana*, in *Studi in onore di Piga F.*, vol. I, Milano, 1992.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004.
- PICOZZA E., *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1998.
- PICOZZA E., *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 239.
- PICOZZA E., *La nuova legge sull'azione amministrative e sul procedimento amministrativo: considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Il Cons. Stato*, 2005, 1419.
- PICOZZA E., *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto nazionale e in quello comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1999.
- PICOZZA E., *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007, II, 903.
- PICOZZA E., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 1997.
- PINELLI C., *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 732
- PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 194.
- PINOTTI C., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000.
- PINOTTI C., *La responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario*, in *Il Cons. St.*, 2005, I, 619.
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblica e diritto privato*, Torino, 2001.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XIII.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.
- PITTARO P., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2000.
- PIZZETTI F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003.
- PIZZORUSSO A., *Certeza del diritto. Profili applicativi*, in *Eng Giur.*, Roma, 1988, VI, 4.
- PIZZORUSSO A., *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977.
- PIZZORUSSO A., *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- PIZZORUSSO A., *Stare decisis e Corte Costituzionale*, in *La dottrina del precedente e la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di G. TREVES, Torino, 1971.
- POCAR F.-SECCHI C., *Il trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Milano, 1992.

- POCAR F., *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001.
- POCAR F., *Diritto dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Padova, 2002.
- POCAR F., *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1979.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000.
- PONTHOREAU M.C., *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in *AJDA*, 2006, 20.
- POTOTSCHNIG U., *Atti amministrativi e "affievolimento" di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220.
- PREDA S., *Le privatizzazioni in Italia: aspetti strategici, economici e finanziari*, Milano, 1993.
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1995.
- PROTTO M., *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb. e app.*, 1998, 441.
- PUGLIESE F., *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, 261.
- PUGLIESE V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. Pen.*, 2004, 1161.
- PUNTSCHER RIEKMANN S., *The cocoon of power: democratic implication of interinstitutional agreements*, in *Europ. Law Journ.*, 2007.
- QUERMONE J.L., *Le système politique de l'Union européenne*, Parigi, 1996.
- RAGAZZO M., *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza dei servizi*, in *Urb. e app.*, 2006, 695.
- RAGIONIERI M.P., *Diritto rurale comunitario: lezioni*, Milano, 1999.
- RAGO P., *L'ambiente come nuovo diritto fondamentale della persona nella futura Costituzione europea*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2004, 273.
- RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Napoli, 2005.
- RAITI G., *Evoluzioni e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 241.
- RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina Antitrust*, Milano, 1998.
- RAMAJOLI M., *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 330.
- RAMAJOLI M., *Il contraddittorio nel procedimento Antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 665.
- RAMAJOLI M., *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 203.
- RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA, Torino, 2006, 265.
- RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 80.
- RAMAJOLI M., *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione di energia elettrica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 282.

- RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 1303.
- RANDAZZO B., *Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2008, 25.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- RASMUSSEN H., *The European Court's Acte Clsir Strategy in C.I.L.F.I.T.*, in *Eur. Law. Rev.*, 1984, 242.
- RAZ J., *The Authority of Law*, Oxford, 1979.
- REBUFFA G., *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981.
- RENZULLI A., *Valutazione della pertinenza dei quesiti pregiudiziali: una nuova Foglia/Novello?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 999.
- RESCIGNO G.U., *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 152.
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 297.
- REUTER P., *Organisations européennes*, Parigi, 1968.
- RIBOLZI C., *La nazionalizzazione dell'energia elettrica in Italia e la Comunità economica europea*, in *Foro pad.*, 1964, V, 26.
- RICCIOLI F., *Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1978, IV, 204.
- RINALDI E., *Miracoli dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va oltre il giudice nazionale anticomunitario. E all'Amministrazione spetta il compito di rimediare*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1007.
- RINALDI E., *Principio di legalità e accessione invertita: dalla Corte di Strasburgo una pesante condanna per lo Stato italiano*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2001, I, 803.
- RIVIERO J., *Droit administratif*, Parigi, 1985.
- ROBERTI G.M., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997.
- ROLFI G., *Corte europea dei diritti dell'Uomo e accessione invertita: brevi spunti di riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 1852.
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, 111.
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2001.
- ROMANO G.-PELLEGRINI M.G., PARROTTA D.A., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1999.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1917.
- ROMANO S., *Lo Stato di diritto e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969.
- ROMANO S., *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950.
- ROMANO S., *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983.
- ROPPA V., *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato Regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627.
- ROSSANO D., *La divisione dei poteri nell'attuale struttura dello Stato di diritto e sociale*, in *Studi in memoria di D. Pettiti*, III, Milano, 1973.
- ROSSI G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000.

- ROSSI G., *La grande impresa fra "privato" e "pubblico" e leggi speciali*, in *Riv. soc.*, 1980, 401.
- ROSSI G., *Privatizzazioni e diritto societario*, in AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P.G. MARCHETTI, Milano, 1995, 153.
- RUGGERI A., *Comunità europea, Stato e regioni dopo la sentenza n. 170/1984 della Corte costituzionale sull'efficacia dei regolamenti comunitari*, in *Le Reg.*, 1985, 422.
- RUGGERI A., *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla « teoria » della separazione alla « prassi » dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. Cost.*, 1991, 1583.
- RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte Cost. nn. 348 e 349 del 200)*, in *Forum quaderni costituzionali*.
- RUGGERI A., *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Scritti in onore di Pototschnig*, Milano, 2002, 1269.
- RUGGERI A., *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di A. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA, Torino, 2003, 505.
- RUGGERI A., *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993.
- RUGGIERO A., *Il bilanciamento degli interessi nella Carta europea dei Diritti dell'Unione europea*, Padova, 2004.
- SACCO R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947.
- SACCOMANO A., *Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario: principi e tradizioni costituzionali comuni, la formazione giurisdizionale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002.
- SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- SALMONI F., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 491.
- SALTARI L., *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 447.
- SALVADORI M., *Stati e democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, 1996.
- SALVAGO S., *L'occupazione "usurpativa" non può essere espropriazione*, in *Foro it.*, 2000, I, 1863.
- SALVATORE P., *Autorizzazione amministrativa*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003.
- SANDULLI A., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale in Italia*, Padova, 1968.
- SANDULLI A.M., *Fonti del diritto*, in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1961.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- SANDULLI A.M., *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, III, 25.

- SANDULLI A.M., *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 784.
- SANTA MARIA A., *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995.
- SANTA MARIA A., *Il rinvio pregiudiziale nella nuova disciplina a seguito del Trattato di Nizza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, 367.
- SANTA MARIA A., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970.
- SANTANIELLO G., *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Il Cons. Stato*, 1999, 1207.
- SANTANIELLO R., *Stato, mercato e costruzione comunitaria*, Bologna, 1996.
- SANTINI F., *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2002, 1792.
- SASSI S., *La dottrina europea in tema di amministrazione*, in *Dir. Pubbl. comp. eur.*, 2004, 321.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969.
- SAVINO M., *Le funzioni*, in *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, a cura di E. CHITI e a., Milano, 2005.
- SAVINO R., *Da un constitution-making ad un constitution making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 57.
- SCALA G., *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 250.
- SCHLESINGER P., *La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126.
- SCHMIDT-ASSMANN E., *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. amm.*, 2003, 473.
- SCHOBEN R., *New Governance in the European Union: A cross Disciplinary Comparison, Regional and federal studies*, 2000, 35.
- SCHONLAU J., *Drafting the EU Charter; Rights Legitimacy and Process*, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2005.
- SCHUCK P.H., *The foundations of administrative Law*, Oxford, 1994.
- SCHWARTZ B.-WADE H.W.R., *Legal Control of Government*, Oxford, 1972.
- SCHWARZE J., *European Administrative Law*, Londra, 1992.
- SCHWARZE J., *Il principio di proporzionalità e il principio di imparzialità nel diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 53.
- SCHWARZE J., *Tendencies toward a common Administrative Law in Europe*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 1992, 3.
- SCHWARZE J., *The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of Federal States*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 713.
- SCHWARZE J., *The Role of the European Court of Justice in the Interpretation of Uniform Law among the Member States*, Baden-Baden, 1988.
- SCHMITTER P.C., *Imagine the future of Euro-polity with help of new concepts*, in *Governance in the European Union*, a cura di G. MARKS-F.W. SCHARPF, P.C. SCHMITTER-W. STREECK, Londra, 1996.
- SCOCA F.G.-TARULLO S., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2000, I, 445.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, Aggiornamento, 2002, 87.

- SCOCA F.G., *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001.
- SCOCA F.G., *Interessi protetti (Dir. Amm.)*, in *Enc. Giur Treccani*, Roma, vol. XVII.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1045.
- SCOCA F.G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in MAZZAROLLI L.-PERICU G.-ROMANO A.-ROVERSI MONACO F.A-SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, 2001, 451.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento amministrativo dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1.
- SCODITTI E., *La Costituzione sena popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, 2001.
- SEMENTILLI F., *Brevi note sul rapporto tra la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. Cost.*, 2004, 4771.
- SENDLER H., *Die Entwicklung des Verwaltungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Verwaltung un Verwaltungswissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 198.
- SERENI A.P., *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959.
- SERLENGA G.M., *Fonti normative comunitarie e fonti normative nazionali tra separazione ed integrazione degli ordinamenti*, in *Il nuovo diritto*, 1996, I, 827.
- SEVERI F. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Aspetti problematici*, Milano, 1998.
- SEVERI F.S., *Potere e funzione nell'amministrazione*, in MORANGIU G.-DE MARTIN G.C., *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 169.
- SGARBANTI R., *Le fonti del diritto agrario*, Padova, 1998.
- SHAPIRO M., *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione europea*, in *Dir. Pubbl.*, 1996, 345.
- SICO L., *Ordinamento comunitario e diritto internazionale: un matrimonio ancora non a rischio di scioglimento*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1704.
- SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 7.
- SIMPSON A.W.B., *Human Rights and the End of Empire. Britain and The genesis of European Convention*, Oxford, 2001.
- SINISCALCO D., *Privatizzazioni difficili*, Bologna, 1999.
- SMISMANS S., *Law, Legitimacy, and European Governance. Functional Participation in Social Regulation*, Oxford, 2004.
- SNYDER F., *The effectiveness of EC law. Process, Tools and Techniques*, in *Mod. Law. Rev.*, 1993, 19.
- SOCINI R., *La competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1967.
- SODI J., *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni*, in *Riv. soc.*, 1996, 368.
- SOLAINI L., *Comunicazioni della Commissione e atti amministrativi nazionali*, in *Dir. & form.*, 2003, 463.
- SORACE D., *La legificazione delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 231.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2005.
- SORACE D., *In tema di politica, amministrazione, discrezionalità, autorità*, in *Democrazia e amministrazione*, a cura di G. MORANGIU-G.C. DE MARTIN, Milano, 1992, 177.
- SORRENTINO F.-BALDUZZI R., *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989.

- SORRENTINO F., *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970.
- SORRENTINO F., *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 564.
- SORRENTINO F., *L'art. 177 del trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 737.
- SORRENTINO F., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto interno*, (a cura di) M. CAPPELLETTI-A. PIZZORUSSO, Milano, 1982, 49.
- SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 79.
- SORRENTINO F., *Legalità e delegificazione*, in *Dir. Amm.*, 1999, 359.
- SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001.
- SOTGIU S., *L'applicabilità "diretta" del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2359.
- SPAGNUOLO F., *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di Giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2003, 1544.
- SPANTIGATI F., *Il rapporto tra le funzioni*, in *Pol. dir.*, 2002, 331.
- SPERDUTI G., *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944.
- SPERDUTI G., *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1984, 263.
- SPINELLI D., QUARTA L., *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 565.
- STELLA RICHTER P., *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Il Foro amm.*, CDS, 2002, 3299.
- STICCHI DAMIANI S., *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006.
- STIGLIANI V., *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1413.
- STONE J., *From Principles to principles*, in *LQR*, 1981, 224.
- STONE SWEET A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004.
- SULLIVAN L.A.-HARRISON L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TAVASSI M., *Nuove prospettive nei rapporti tra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 2000, 463.
- TEDESCHINI F., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005.
- TESAURO G., *Liberalizzazione dei capitali e disciplina comunitaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 1981, I, 592.
- TITOMANLIO R., *Autorità e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2001.
- TIZZANO A., *La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, I, 2063.

- TIZZANO A., *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 839.
- TIZZANO A., *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 60.
- TIZZANO A., *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, 139.
- TONIATTI R., *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario principi e tradizioni costituzionali comuni, la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 503.
- TONOLETTI B., *L'accertamento autonomo*, Padova, 2001
- TORCHIA L., *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 845
- TORCHIA L., *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, III, 203.
- TORCHIA L., *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993.
- TORCHIA L., *Le amministrazioni nazionali*, Padova, 1989.
- TORIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.
- TOSATO G.L., *Regolamenti comunitari*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988.
- TRABUCCHI A., *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 259.
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 91.
- TRAVI A., *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 1997, 1262.
- TREVES G., *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1967.
- TRIANAFYLLOU D., *The European Charter of Fundamental Rights and the "rule of law": restricting fundamental rights by reference*, in *Common Market Law Review*, 2002.
- TRIFONE R., *Le fonti della storia del diritto italiano: corso universitario*, Napoli, 1936.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI-G. GRECO, Milano, 2007.
- TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. amm.*, 1995, 143.
- TWINING W.-MIERS D., *Come far cose con le regole: interpretazione e applicazione del diritto*, Milano, 1990.
- UBERTAZZI G.M., *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali di validità degli atti comunitari*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1985, 75.
- UBERTAZZI G.M., *La Corte di Giustizia ed il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1977, 481.
- USHER J., *Capital movements and the Treaty on European Union*, in *Yearb. Eur. Law*, 1992, 35.
- VACCA M., *Atti comunitari e procedure di infrazione*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, 513.
- VAIRO G., *Occupazione illegittima di immobili e realizzazione dell'opera pubblica: l'accessione invertita in favore della PA*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 553.
- VALAGUZZA S., *Giurisprudenza comunitaria i tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2751.

- VALAGUZZA S., *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1245.
- VALAGUZZA S., *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 816.
- VALAGUZZA S., *Principi concorrenziali e tutela del credito*, in *Conc. e merc.*, 2002, 291.
- VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1112.
- VALENTI A., *Diritto comunitario e diritto interno dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. eur.*, 1974, 107.
- VAN BEAL I.-BELLIS J.F., *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1995.
- VANACORE V., *Le Autorità indipendenti tra natura amministrativa e dovere di imparzialità*, in *Giur. it.*, 2003, 856.
- VANDELLI L., *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994.
- VARRONE C., *Occupazione acquisitiva o accessione invertita: analisi critica e sviluppi normativi*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2001, 518.
- VEDASCHI A., *L'incostituzionalità delle discriminazioni a rovescio: una resa al diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 1998, 283.
- VEDEL P., *Droit administratif*, III, Parigi, 1964.
- VELLAS P., *Droit international public. Institutions internationales*, Paris, 1967.
- VELLUZZI V., *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000.
- VENEZIA J.C., VEDEL G.-DEVELVÈ P., *Droit administratif*, Parigi, 1984.
- VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 739.
- VERDE G., *L'espropriazione di fatto tra legalità e giustizia*, in *Foro it.*, 1997, I, 2402.
- VERZARO S., *La Corte di Strasburgo riconosce il contrasto dell'occupazione acquisitiva con la Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 59.
- VILELLA G., *Le reforme de l'administration de l'Union européenne*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 729.
- VILLATA R.-RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.
- VILLATA R.-SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig disc. pubbl.*, Torino, 1996, XI, 574.
- VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974.
- VILLATA R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 792.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 2001, 1427.
- VINCIGUERRA G., *Pregiudiziale comunitaria e archiviazione nazionale*, in *Giur. it.*, 2005, 821.
- VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 2001.
- VIOLINI L., *L'indipendenza del giudice e il rispetto del diritto internazionale secondo una recente decisione del BverfG: bilanciamento o prevalenza dei principi costituzionali nazionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1014.

- VIRALLY M., *Le Conseil d'Etat et les traités internationaux*, in *La Semaine juridique*, 1953, n. 1098.
- VITOLO R., *Il diritto alimentare nell'ordinamento interno e comunitario*, Napoli, 2003.
- VOLPE F., *Le espropriazioni senza potere*, Padova, 1996.
- VOLPE F., *Occupazione acquisitiva e giudicato amministrativo: spunti di riflessione in tema di attività gestoria della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 1996, 10, 1160.
- VOLPE F., *Processo di ottemperanza al giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 566.
- VON BOGDANDY A., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 874.
- WADE W., *Administrative law*, Oxford, 2000.
- WARREN K.F., *Administrative Law in the Political System*, New Jersey, 1994.
- WEATHERILL S.-BEAUMONT D., *E.C. Law*, Londra, 1995.
- WEBER A., *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 393.
- WEBER M., *Economia e società*, Milano, 1961.
- WELLACE H., *Relations between the European Union and the British administration*, in *Adjusting to Europe. The impact of the European Union on national institutions and policies*, a cura di Y. MENY-P. MULLER-J.L. QUERMONNE, London, 1996, 61.
- WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.
- WEILER J.H.H., *The transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991.
- WHISH R., *Competition Law*, Londra, 1994.
- WINTER J.A., *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *CMLRev.*, 1972, 149.
- WOLFF H.J.-BACHOF O., *Verwaltungsrecht I*, Monaco, 1974.
- WOUTERS J., *La libération des mouvements des capitaux au sein de la Communauté européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1983, 303.
- WROBLESKI J., *Legal Language and Legal Interpretation*, in *Law and Philosophy*, 1985, 4.
- WYATT D.-DASHWOOD'S A., *European Community Law*, Londra, 1993.
- ZAGREBELSKY G., *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 536.
- ZANGHI C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze nn. 348 e 349 del 2007*, in *www.giuricost.it*.
- ZANGHI C., *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. giu. della cooperazione internazionale*, 2004, 7.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Milano, 1958.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, XVI, 1924, 281.
- ZANON N.-BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002.
- ZEMANEK K., *Das Vertragsrecht der internationalen Organisationen*, Vienna, 1957.
- ZICCARDI CAPALDO G., *Legittimità democratica, tutela dei diritti umani e produzione giuridica primaria nell'ordinamento internazionale*, in *Jus*, 1999, 639.
- ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008.