

TESI DI DOTTORATO (XXV CICLO)
INDIRIZZO “DIRITTO AMMINISTRATIVO”
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

IL REGIME DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE
CONTRASTANTE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

TESI DI ALBERTO BUONFINO

REL. PROF. NICOLA BASSI

ANNO ACCADEMICO 2012/13

L'ETÀ MI HA PORTATO LA CERTEZZA CHE NIENTE SI PUÒ CHIARIRE: IN QUESTO PAESE CHE AMO NON ESISTE SEMPLICEMENTE LA VERITÀ. PAESI MOLTO PIÙ PICCOLI E IMPORTANTI DEL NOSTRO HANNO UNA LORO VERITÀ, NOI NE ABBIAMO INFINITE VERSIONI.

LE CAUSE? LASCIO AGLI STORICI, AI SOCIOLOGI, AGLI PSICANALISTI, ALLE TAVOLE ROTONDE IL COMPITO DI INDICARCI LE CAUSE, IO NE SUBISCO GLI EFFETTI. E CON ME POCHI ALTRI: PERCHÉ QUASI TUTTI HANNO UNA SOLUZIONE DA PROPORCI: LA LORO VERITÀ, CIOÈ QUALCOSA CHE NON CONTRASTI I LORO INTERESSI.

ALLA TAVOLA ROTONDA BISOGNERÀ ANCHE INVITARE UNO STORICO DELL'ARTE PER FARGLI DIRE QUALE INFLUENZA PUÒ AVERE AVUTO IL BAROCCO SULLA NOSTRA PSICOLOGIA. IN ITALIA INFATTI LA LINEA PIÙ BREVE TRA DUE PUNTI È L'ARABESCO. VIVIAMO IN UNA RETE D'ARABESCHI.

FLAIANO, *La solitudine del satiro*, 1973

Una ormai vasta messe di contributi è dedicata alla genesi storica e allo sviluppo economico e politico dell'Unione Europea¹. Nondimeno, vale la pena di rilevare come, a fronte di un'ampia valorizzazione di tali ultimi aspetti, soltanto pochi lavori si prefiggano di trattare il tema in una prospettiva eminentemente storico-giuridica².

Eppure, come bene è stato suggerito con esplicito riguardo alla formazione del sistema europeo a ordinamento giuridico, l'integrazione politica ha fatto seguito a un lungo e graduale processo di armonizzazione economica attuato attraverso gli strumenti del diritto³.

E' pertanto alla luce di tale considerazione che si propone, in via del tutto parziale e funzionale al circoscritto tema di ricerca, una breve ricostruzione storica dell'evolversi dell'Unione Europea come spazio di una "identità comune" fondata, anzitutto, su basi giuridiche.

Una siffatta ricognizione permette, per quanto qui d'interesse, di evidenziare l'emersione di taluni tratti distintivi dell'evoluzione dell'ordinamento europeo che risultano, ad oggi, di essenziale importanza per una corretta impostazione del complesso rapporto tra attività provvedimentale invalida e schemi legali sovranazionali.

I. Il sistema europeo da "organizzazione di scopo" a "comunità di diritto"

Con la Dichiarazione del 9 maggio 1950 (la cd. "*Déclaration Schuman*") si apre ufficialmente la stagione fondativa del sistema giuridico comunitario. La Francia rappresenta in essa, d'intesa con la neocostituita Repubblica Federale di Germania, l'opportunità di una gestione comune dell'intera produzione carbo-siderurgica francese e tedesca, ponendo la

¹ Senza pretesa di completezza, si elencano di seguito alcune opere capitali che punteggiano la letteratura storico-filosofica degli anni precedenti e immediatamente successivi al sorgere dell'ordinamento europeo: CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Adelphi, 1993 (I ed. 1932); DE ROUGEMONT, *L'Europe en jeu*, Neuchâtel, 1948; ID., *Les chances de l'Europe*, Neuchâtel, 1962; CHABOD, *Storia dell'Idea di Europa*, Bari-Roma, 1961 (ult. ed. 2010).

² Cfr., a titolo meramente esemplificativo, OLIVI – SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, Bologna, 2010; BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008; PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007; MAMMARELLA-CACACE, *Storia e politica dell'Unione Europea*, Bari-Roma, 2005, I ed. 1998; MAMMARELLA, *Storia d'Europa dal 1945 ad oggi*, Roma-Bari, 2006. Cfr. anche le belle pagine dedicate all'evoluzione filosofica, concettuale e giuridica dell'idea di Europa in CLERGERIE-GRUBER-RAMBAUD, *L'Union européenne*, Paris, 2008 (7. Ed.), 1 ss (specialmente 31 ss.) e la preziosa raccolta di testi curata da ROLLAND, *L'Unité politique de l'Europe. Histoire d'une idée*, Bruxelles, 2006.

³ Così, espressamente, SANDULLI, A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, 3-4, 859. Recentemente anche MENGOLZI, *Il contributo del diritto alla determinazione dell'identità dell'Unione Europea*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2011, 03, 645.

medesima sotto la supervisione di un'Alta Autorità, perno di un'organizzazione sovranazionale aperta all'adesione di altri Stati.

Il fine immediato della Dichiarazione è ben esplicitato nel testo della stessa, ove si precisa che *“la mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne, et changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes”*⁴.

Sebbene l'ambito d'intervento della Dichiarazione che sfocerà nell'istituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA)⁵ sia da subito puntualmente delimitato entro un regime di controllo delle materie prime, il tenore letterale della Dichiarazione lascia intravedere abbastanza scopertamente un afflato federativo (la parola “federazione” è, non a caso, ripetuta più volte nel testo⁶), tanto che Jean Monnet – principale ispiratore del piano Schuman⁷ – può salutare nella Comunità e nelle sue istituzioni un *“commencement de l'Europe”*⁸.

⁴ La Germania, a seguito del Trattato di Versailles (1919), è obbligata a corrispondere alle potenze vincitrici riparazioni in natura (stabilite nella primavera del 1921) del valore di 132 miliardi di marchi-oro, da versarsi in 42 rate annuali, pari a un quarto del prodotto nazionale. Con il pretesto del mancato pagamento delle riparazioni, truppe belga e francesi occupano, nel gennaio 1923, il bacino della Ruhr – polo economico e siderurgico di centrale importanza per la Germania – al fine di “verificare” la puntuale consegna dei materiali dovuti. Soltanto l'intervento di prestiti sovranazionali permette una soluzione pacifica della controversia. L'iniziativa avviata con la Dichiarazione si riferisce, peraltro, anche a ulteriori bacini territoriali interessati da annosi conflitti franco-tedeschi (la Saar e l'Alsazia-Lorena, oggetto di persistenti rivendicazioni nelle guerre del 1870, 1914 e 1939). Cfr. SABBATUCCI-VIDOTTO, *Il mondo contemporaneo dal 1848 ad oggi*, Bari-Roma, 2008 (ult. ed. 2011), 308 ss; sul contesto politico, ampiamente, JUDT, *A Grand Illusion? An Essay on Europe*, NYU Press (ult. ed. 2011), 10 ss. Il “problema economico” è considerato dagli “euroscettici” *ante-litteram* l'unico fattore propulsivo dell'ideale comunitario: famosa, in questo senso, è la presa di posizione espressa durante l'ultimo intervento parlamentare da Vittorio Emanuele Orlando (Senato, 18 luglio 1952): *“Io la questione europea la vedo soltanto sotto quest'angolo di visuale: la questione franco-tedesca”* (cfr. V.E. ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2002, 996). Si può peraltro rilevare come, su tale pessimistica visione, pesi l'esperienza dell'insufficiente risultato delle trattative di pace condotte a Versailles, nel 1919, dalla delegazione italiana (capeggiata, appunto, da Orlando), che, sulla spinta dalle mire espansionistiche di Sonnino sulla Dalmazia e Fiume, finisce – forse per mancanza di senso pratico – per rivendicare due territori senza ottenerne alcuno. Dal punto di vista storico, una lucida, disincantata analisi della costruzione europea – “figlia della paura” del passato – si trova in JUDT, *Geschichte Europas. Von 1945 bis zur Gegenwart*, Fischer, 2009 (trad. di *Postwar. A History of Europe since 1945*, Penguin, 2005), 21: *“Das postnationale, sozialstaatliche, kooperative, friedfertige Europa erwuchs nicht aus dem ehrgeizigen, zukunftsweisenden Projekt, wie es heute im verklärenden Rückblick gern dargestellt wird. Europa war der verunsicherte Kind von Angst. Im Schatten der Geschichte führten die europäischen Politiker Sozialreformen durch und schufen Institutionen, um die Vergangenheit in Schach zu halten”*.

⁵ Il Trattato istitutivo della CECA viene firmato a Parigi il 18 aprile 1952. Successivamente a una rapida ratifica da parte di sei Stati (Italia e Paesi del Benelux, oltre a Francia e RFT), il Trattato entra in vigore il 23 luglio 1952. L'esperienza della CECA si conclude cinquant'anni più tardi con l'estinzione della stessa (23 luglio 2002).

⁶ Per questa osservazione, ad esempio, DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, 8.

⁷ Cioè la creazione della CECA, cui la citata dichiarazione si riferisce.

⁸ Alla seduta inaugurale della Corte di Giustizia CECA del 10 dicembre 1952, che completa l'assetto istituzionale della Comunità (Alta Autorità, Consiglio dei Ministri, Assemblea comune e Corte di Giustizia), Monnet può affermare: *“Je salue en vous non pas seulement la Cour de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, mais aussi la perspective d'une Cour fédérale européenne suprême”*.

E' invero nella tensione tra universalismo *ideale* e realtà *funzionale*, riassumibile entro il binomio funzioni/fini, che si gioca un capitolo importante della qualificazione giuridica della Comunità, destinato a ingenerare ripercussioni di assoluto rilievo sulla struttura della stessa e, in prospettiva, sugli influssi del diritto che da essa promana nei riguardi degli Stati membri.

Lo stesso dettato della Dichiarazione, se depurato dalla notevole carica ideale del messaggio complessivo, sembra comunque prendere posizione rispetto al dibattuto tema dei profili istituzionali della Comunità: la piena coscienza della circostanza che “*l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble*”, quanto piuttosto “*par des réalisations concrètes*”, segna l'inaugurazione del metodo cd. “funzionalistico”, che prevede una progressiva integrazione settoriale (anzitutto in materia economica) degli Stati membri mediante successive cessioni di sovranità⁹ al sistema istituzionale previsto dal Trattato.

Appena pochi anni dopo, la brusca battuta d'arresto subita con la bocciatura, da parte dell'Assemblea nazionale francese, dell'ambizioso Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa (CED), siglato sull'onda dei successi ottenuti con l'entrata in opera della CECA¹⁰, fa entrare il processo d'integrazione europea in un periodo di stasi.

Emerge dall'esperienza della CED, segnata da un intento dichiaratamente federativo, ardito per le prospettive politiche dell'epoca, la necessità di fondare l'universo giuridico europeo sulla base di una progressiva e mirata attribuzione di competenze settoriali specifiche, secondo l'approccio cd. “funzionalista”, così evitando forzature tali da minare la cauta ma ormai avviata costruzione dell'Europa.

Nel segno di tale opzione di fondo si inserisce l'istituzione del cd. “Comitato Spaak”, organismo intergovernativo incaricato dello sviluppo di due distinti progetti d'integrazione: l'uno volto alla creazione, nel lungo termine, di un mercato economico comune; l'altro

⁹ In ordine all'interessante tema della “filosofia istituzionale” della CECA e alle contrapposte correnti di pensiero (funzionaliste, confederaliste, federaliste), cfr. OLIVI – SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, cit., 15; MAMMARELLA-CACACE, *Storia e politica dell'Unione Europea*, 34 ss.; FERRERA-GIULIANI, *Governance e politiche nell'Unione europea*, Bologna, 2009, 49 ss. Per una puntuale analisi della questione, in prospettiva giuridica, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, Milano, IV ed., 2011, 50 ss.; ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 87 ss.; nonché, per gli ultimi sviluppi sul tema, CHITI – FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2010, 120 ss.

¹⁰ Il Trattato CED viene bocciato dall'Assemblea nazionale francese il 30 agosto 1954 con 319 voti a favore della mancata ratifica del Trattato e 264 contrari. Le cause del fallimento della CED, ampiamente dibattute dagli storici, sono da ricercarsi primariamente nell'allentamento della “minaccia sovietica”, avvenuto con la morte di Stalin (5 marzo 1953) e nella perdurante incertezza rispetto all'opportunità di attribuire a un organismo sovranazionale competenze di così ampio rilievo statale. Cfr., tra gli altri, PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 663.

dedicato al tema dello sfruttamento civile dell'energia nucleare, reso di particolare rilievo dalla crisi energetica originatasi a seguito dello sbarco franco-britannico a Suez (1956)¹¹.

Con la firma del Trattato sulla Comunità Economica Europea (CEE) e del Trattato sulla Comunità Europea per l'Energia Atomica (CEEa), avvenuta il 25 marzo 1957 a Roma, il progetto europeo si arricchisce, sulla falsariga dell'architettura istituzionale stabilita per la CECA, di ulteriori obiettivi settoriali comuni agli Stati membri¹².

Per l'ampiezza degli obiettivi e la sostanziale necessità di attuazione degli stessi attraverso successivi atti normativi, il Trattato CEE è stato incisivamente definito "Trattato-quadro", in contrapposizione con il precedente Trattato CECA ("Trattato-legge"), la cui puntuale disciplina prevede soltanto un'attuazione di natura essenzialmente amministrativa da parte dell'Alta Autorità¹³.

L'aspetto da ultimo sottolineato comporta conseguenze di non scarso rilievo sul piano evolutivo. Laddove, infatti, la CECA corrisponde a un'organizzazione di scopo dal carattere eminentemente amministrativo (un organismo, cioè, di mera "cogestione" di un preciso settore economico per mezzo di istituzioni sovranazionali), il Trattato CEE e – in misura qualitativamente e politicamente inferiore – il Trattato CEEa, stabiliscono, pur nel solco formale dell'attribuzione di competenze funzionali alle rispettive Comunità (cfr. art. 3 Trattato CEE), obiettivi di larga scala e amplissima portata, tali da costituire, nel complesso, il capolavoro del cd. "funzionalismo" e, insieme, le premesse per un definitivo superamento della stessa politica di integrazione per settori¹⁴.

La rilevata necessità di far seguire all'entrata in vigore del Trattato una serie continua ed omogenea di atti di natura decisionale per identificare le singole opzioni utili al raggiungimento degli obiettivi del Trattato "sposta", rispetto allo schema della CECA, il fulcro delle attività istituzionali comunitarie verso la normazione, aprendo così la via a un dialogo costante tra Comunità e Stati membri, tanto sul piano delle singole politiche economiche, quanto sul versante del ravvicinamento delle legislazioni.

A un sempre più penetrante grado di implementazione del diritto comunitario, primario e derivato, si aggiunge – a partire dagli anni '60 – l'opera unificatrice della Corte di Giustizia. Tale consesso, oltre ad assumere abbastanza precocemente una posizione assai decisa in ordine ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali (come

¹¹ Cfr. OLIVI – SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, cit., 30.

¹² I Trattati entrano in vigore il 1 gennaio 1958. L'assetto istituzionale è diversificato per le diverse Comunità; tale struttura viene mantenuta sino all'entrata in vigore del Trattato sulla cd. "fusione degli esecutivi" (1 luglio 1967), con il quale si addiuvano a un'unificazione delle singole istituzioni comunitarie.

¹³ Sul punto, DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 12.

¹⁴ Da ultimo, chiaramente, FRANCHINI, *L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea*, in STICCHI DAMIANI-VETRÒ, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, 2 ss.

meglio si vedrà innanzi), rappresenta il fulcro istituzionale dal quale si irraggia un notevole contributo propulsivo nella definizione dei caratteri del diritto sovranazionale e dell'assetto normativo che allo stesso fa capo¹⁵.

Un ulteriore rafforzamento delle strategie d'integrazione europea si sostanzia, successivamente, in una serie di atti e trattati (sovente di natura prettamente internazionalistica) che, in particolare a far tempo dal 1986, si accompagnano all'attività pretoria del giudice comunitario, portando a una sensibile estensione degli ambiti d'intervento del sistema sovranazionale¹⁶.

Il cennato ampliamento dell'ambito di operatività della CEE conosce nell'inverno del 1992, con la firma del Trattato di Maastricht – modificativo del Trattato CEE e istitutivo dell'Unione Europea¹⁷ – una prima, decisiva pietra di paragone rispetto al tendenziale universalismo dei fini che caratterizzerà gli interventi normativi a venire¹⁸.

Il riscritto art. 3 del Trattato CE(E) prevede infatti una declinazione in più punti, volta a circoscrivere gli ambiti di competenza della Comunità (e dell'Unione) Europea. Della lunga elencazione colpisce l'attitudine a coprire un amplissimo spettro di attività, corrispondente alla posizione di nuovi obiettivi di carattere sociale, culturale, etico e solidaristico (in larga misura non direttamente riconducibili agli obiettivi di natura economica previsti dall'azione comunitaria). In tale contesto, la denominazione stessa della Comunità Europea perde la connotazione "economica" che l'aveva caratterizzata sin dal 1957 (e, ancor più decisamente e settorialmente, dal 1952), a riprova della sostanziale alterità dei contenuti e dei fini ideali perseguiti dal nuovo Trattato.

¹⁵ In tal senso, i noti principi enunciati nelle sentenze C-26/62, 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos* e C-6/64, 15 luglio 1964, *Costa*, in ordine alla formazione, in prospettiva comunitaria, di un "ordinamento giuridico di nuovo genere nell'ambito del diritto internazionale" e circa l'effettivo potere degli atti e delle istituzioni comunitarie di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli individui per conseguenza delle limitazioni di sovranità degli Stati membri, costituiscono i primi significativi esempi dell'attitudine alla pervasività del diritto comunitario siccome interpretato dalla Corte di Giustizia. La bibliografia intorno all'attività della Corte è ormai terminata; oltre alla più diffusa manualistica, vale nondimeno la pena di rammentare, per un disegno generale, almeno lo storico contributo di LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1972 (2008), nonché DE BURCA-WEILER, *The European Court of Justice*, Oxford, 2001.

¹⁶ Con l'Atto Unico Europeo, firmato a Lussemburgo tra il 17 e il 28 febbraio 1986 dai 12 Stati membri della Comunità ed entrato in vigore a far data dal 1 luglio 1987, si amplia l'ambito di operatività della CEE (essendo conferite alla stessa competenze relative alla cultura, alla ricerca e all'ambiente, sebbene tale ampliamento sia formalmente ricondotto alla necessità di una puntuale attuazione del mercato interno), si rivedono le procedure decisionali in seno al Consiglio dei Ministri e si ridisegna l'equilibrio dei poteri tra le singole istituzioni comunitarie.

¹⁷ Il predetto trattato, firmato il 7 febbraio 1992, entra in vigore il 1 novembre 1993.

¹⁸ Si veda, in particolare, CRAIG, *Amministrazione Comunitaria. Storia, tipologia e «accountability»*, in D'ALBERTI, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2011, 28 ss.

E' utile soffermarsi su questa trasformazione "*non puramente estetica*"¹⁹ perché, lungi dal costituire mera variazione nominalistica, l'attribuzione per Trattato di competenze ulteriori e l'espunzione dell'aggettivo che delimitava la sfera di operatività della CEE costituiscono un indice della operata transizione dalla originaria "organizzazione di scopo", incardinata su un rigido schema di competenze d'attribuzione, a una vera e propria "comunità di diritto"²⁰ a fini *tendenzialmente generali*²¹.

Invero, proprio in una siffatta vocazione alla pervasività si riconosce il tratto fondamentale dello sviluppo del sistema comunitario-europeo successivo alla svolta di Maastricht²². Come l'istituzione di una cittadinanza dell'Unione rompe il tradizionale schema economicistico della "Europa dei mercanti", inaugurato negli anni cinquanta, così, dopo l'intermezzo di Amsterdam²³, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 segna uno stadio ulteriore nel riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive propriamente sovranazionali in capo non più soltanto agli Stati, ma anche – direttamente – ai cittadini europei.

Più recentemente, il cammino verso l'universalizzazione degli obiettivi europei viene ripreso, dopo il naufragio del Trattato costituzionale, con il Trattato di Lisbona²⁴.

¹⁹ Così, TESAURO, G. *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, ult. ed. 2011, 10. In generale, anche KLEIN, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri*, Riv. It. Dir. Com., 1993, 4, 683 ss.

²⁰ La paternità della fortunata espressione è attribuibile a Walter Hallstein, primo presidente della Commissione, ed è successivamente stata ripresa nella nota pronuncia C-294/83, 23 aprile 1986, *Les Verts*.

²¹ In tal senso, da ultimo, SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, Rivista telematica giuridica dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, 1/2012, 2. Sul punto, COSTANZO – MEZZETTI – RUGGERI, *Se cinquant'anni (di Europa Unita) vi sembran pochi. Dal club economico interstatale alla costituzionalizzazione dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 6/2007, 7 ss., nonché – ancora – ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., 87 ss. Per un inquadramento generale delle ragioni dell'ampliamento in parola, MAMMARELLA-CACACE, *Storia e politica dell'Unione Europea*, cit., 236.

²² Cfr., ancora, FRANCHINI, *L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea*, cit., 4 ss. Occorre comunque rammentare che l'art. 308 TCE (ex art. 235) prevede(va), già prima delle modifiche di Maastricht al complesso assetto decisionale della Comunità, l'abilitazione del Consiglio ad assumere ogni iniziativa che risultasse "necessaria" al raggiungimento di uno degli scopi della Comunità, *anche nel caso in cui il Trattato non prevedesse specifici poteri di azione*, con il solo limite della deliberazione all'unanimità (sulla base di una proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento).

²³ Il trattato di Amsterdam viene firmato il 2 ottobre 1997 ed entra in vigore il 1 maggio 1999. Detto Trattato, pur apportando modifiche di minore rilievo rispetto ai precedenti, si caratterizza – oltre che per una riorganizzazione complessiva della numerazione dell'articolato dei Trattati vigenti – per una rinnovata attenzione e implementazione di talune politiche comunitarie (occupazione, politica sociale, tutela dei consumatori, sanità) cui corrisponde, per quanto qui d'interesse, un ulteriore ampliamento delle competenze d'attribuzione dell'Unione.

²⁴ Firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009. Sorprende rilevare, in segno contrario a quanto comunemente affermato riguardo alla "progressività" impressa al sistema europeo dal Trattato in parola, che proprio con tale atto si priva dell'apparato simbolico ufficiale, rinunciando "*definitivamente agli elementi simbolici contenuti nella Carta Costituzionale quali l'inno, la bandiera e il motto comuni*" (così, CALAMIA/VIGIAK, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 21. Si tratta, a sommosso parere di chi scrive, di un sintomo chiaro dell'attuale stanchezza dell'ideale d'integrazione europea che, al di là delle (nulle) implicazioni pratiche, testimonia una triste deriva burocratico-amministrativa che, come si è rilevato, non

Senza pretendere di passare in rassegna le molte innovazioni apportate al sistema europeo dall'intervento normativo in parola – anche sul piano propriamente amministrativo²⁵ – vale la pena di ricordare che, in continuità con il percorso dianzi segnalato, proprio il Trattato di Lisbona offre una precisa base giuridica all'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; ancora nel segno di un sempre più ampio riconoscimento dei diritti fondamentali, il medesimo Trattato prevede la parificazione – sul piano del valore giuridico – della cennata Carta di Nizza ai restanti atti di diritto primario, così risolvendo la diatriba dottrinale sorta in ordine alla qualificazione e alla vincolatività della ricognizione delle garanzie fondamentali accordate dall'Unione Europea ed espresse in quel documento²⁶.

II. Il diritto amministrativo a dimensione europea: riflessi sul tema di ricerca

Venendo ora alla rilevanza di quanto sinora precisato rispetto al circoscritto tema di ricerca, occorre senz'altro rimarcare come il breve quadro dello sviluppo storico-giuridico della costruzione europea testé tracciato consenta di evidenziare, pur con i limiti e le cautele del caso, una distinta linea direttrice di basilare importanza per il prosieguo del presente lavoro.

Tale linea direttrice consiste precisamente nel sempre più incisivo e sostanziale ampliamento delle competenze d'attribuzione proprie dell'Unione Europea, corrispondente a un mutamento dell'*assetto dei fini* che la stessa, come organizzazione internazionale, persegue²⁷.

Una siffatta circostanza, che tanto chiaramente risalta dalla pur accidentata e discontinua genesi dei singoli trattati europei, può ben condurre a ritenere, oggi, in via di completamento il passaggio – sopra accennato – dalla mera “organizzazione di scopo” alla ormai nota “comunità di diritto” propriamente intesa: tale variazione prospettica del ruolo istituzionale dell'Unione nei riguardi degli Stati membri ha portato, da un canto, a una progressiva quanto incontestabile accentuazione del carattere amministrativo-burocratico del sistema sovranazionale (necessaria per fronteggiare, su un piano sovranazionale,

è stata storicamente né può essere oggi la cifra fondamentale di un serio e consapevole cammino verso un'identità comune.

²⁵ Sul punto, relativamente alle nuove competenze di natura amministrativa attribuite dal TFUE all'Unione Europea, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 150 ss.

²⁶ Delle molteplici classificazioni concernenti l'evoluzione del sistema comunitario-europeo, è nota quella che vede nel periodo intercorrente tra la proclamazione della carta di Nizza e lo stato attuale un cammino di “*progressiva costituzionalizzazione*” (per questo indirizzo, tra gli altri, GUZZETTA-MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino 2005, 51).

²⁷ Sul punto, anche con riguardo all'implementazione dei diritti fondamentali in ambito europeo, COSTANZO-MEZZETTI-RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2010, 10 ss.

l'attribuzione di ambiti d'attività profondamente diversificati)²⁸, e, dall'altro, a una sempre più pervasiva influenza della politica (e del diritto) dell'Unione Europea in ordine a materie e settori per molto tempo esclusivo appannaggio degli ordinamenti statali²⁹.

Per quanto qui d'interesse, è ormai dato acquisito, infatti, che l'Unione Europea – in quanto organizzazione sovranazionale dotata di un proprio sistema giuridico per il raggiungimento di determinati fini – rappresenta l'esplicitazione di un fenomeno riconducibile alla trasposizione di (taluni) rapporti autorità/libertà – paradigmatici del diritto amministrativo nazionale – in un contesto sovrastatale³⁰.

Non potendosi fondatamente revocare in dubbio la natura ontologicamente (e, lo si è visto, storicamente) amministrativa dell'Unione, deve rilevarsi come, accanto all'emersione di competenze propriamente amministrative devolute alle Istituzioni sovranazionali in forza dei Trattati, siano nel tempo venuti sviluppandosi taluni processi osmotici tra ordinamenti europeo e nazionale relativamente a materie formalmente escluse dall'influenza

²⁸ Il carattere fondamentale amministrativo della Comunità e dell'Unione è stato, per vero, riconosciuto come cifra fondamentale dell'esperienza comunitaria dalle origini sino ai tempi presenti. Nel suo *Droit administratif européen*, Bruxelles, 1992, Jürgen SCHWARZE ha precisato: “*En premier lieu, le droit de la Communauté européenne est avant tout constitué de règles de droit administratif, et notamment de droit administratif économique. Sur ce point, en précisant le terme de communauté de droit utilisé par la Cour de justice des communautés européennes pour caractériser la Communauté européenne, on peut parfaitement qualifier celle-ci de communauté de droit administratif*” (8). Il tema è stato oggetto di approfondita disamina con particolare riguardo alla “costituzionalizzazione amministrativa” che ha portato, negli anni, al riconoscimento in capo alle istituzioni europee (in primo luogo, alla Commissione) di funzioni propriamente amministrative non direttamente riconducibili ai modelli tradizionali in quanto sganciate alla responsabilità politica del governo titolare del potere esecutivo (ciò che caratterizza, come noto, l'impostazione classica). Sul punto, per esempio, MÖLLERS, *Verfassunggebende Gewalt – Verfassung-Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa*, in VON BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2003, 50 ss. Di una vera e propria “*perforazione dello Stato*” ha parlato in più occasioni CASSESE, ad esempio in *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, GdA, 1996, 9, 869. Per una puntuale ricostruzione delle funzioni amministrative proprie delle Comunità Europee e poi dell'Unione *post-Lisbona*, si veda DELLA CANANEA-FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 13 ss.

²⁹ A tale progressivo ampliamento ha contribuito in maniera determinante il “protagonismo giurisprudenziale” della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (ora Corte di Giustizia dell'Unione Europea), come acutamente rileva, tra gli altri, TESAURO, G. *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Dir. Un. Eur., 2006, 02, 237.

³⁰ I termini del problema, molto ampi e articolati (che, come tali, non possono essere trattati nel contesto del presente lavoro), coinvolgono la stessa legittimità della qualificazione di un diritto amministrativo europeo di matrice distinta dalla concezione tradizionale, per mille fili ricollegata alle strutture statuali di riferimento. Sebbene accettato, nell'ultimo ventennio, dalla dottrina amministrativistica maggioritaria (soprattutto di area germanica), il sorgere del diritto amministrativo europeo come distinto e peculiare campo di studi è tuttora oggetto di vivo dibattito riguardo, in particolare, all'estensione concettuale della materia. Occorre sin d'ora avvertire che la questione circa l'esistenza di un diritto amministrativo europeo – lungamente negata anche da esponenti della dottrina (per l'Italia, si veda ad esempio GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità Europee* (1967), in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2003, 979 ss., con prefazione di BATTINI nonché, più recentemente e in maniera sfumata, FERRARI, E. *Per l'armonizzazione dei diritti amministrativi nazionali*, in FALCON (cura), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei. Tra armonizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 393 ss.; per la Francia, gli autori citati da DUBOIS, *Droit administratif et droit communautaire*, AJDA, numero speciale: “*Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation*”, 1995, 66 ss.) e ultimamente affermata da una sempre più folta schiera di Autori – implica conseguenze dirette e assai rilevanti in ordine al tema dell'invalidità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto europeo. Pertanto, i profili del problema saranno esaminati, ove necessario, in altra parte del presente lavoro.

sovrnazionale e, dunque, ancora idealmente sottoposte alla piena ed esclusiva sovranità statale.

Tra le materie interessate da una incisiva “comunitarizzazione spontanea”³¹ deve senz’altro annoverarsi la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990).

Come noto, la l. n. 15/2005 inserisce nel tessuto normativo preesistente un richiamo ai principi generali “*dell’ordinamento comunitario*”, pur senza specificare a quali principi essa intenda propriamente riferirsi. Una tale opzione normativa – che, come meglio si vedrà innanzi, risponde a una scelta di armonizzazione compiuta dal legislatore italiano, ma non costituisce attuazione di alcun precetto sovranazionale relativamente alla sottoposizione dell’intero *iter* procedurale amministrativo al diritto europeo – comporta conseguenze di indubbio rilievo, tanto rispetto alla storica percezione (oggi in via di definitiva erosione) dell’attività amministrativa come esplicazione autarchica del pubblico interesse da parte dello Stato, quanto rispetto alla strutturazione stessa del procedimento amministrativo e dei parametri di legalità (non più soltanto nazionali) in esso considerati.

Dal breve quadro sinora tracciato può pertanto rilevarsi come la ricordata pervasività del diritto sovranazionale europeo sia giunta a condizionare materie originariamente non soggette a competenza concorrente dell’Unione, anche in considerazione di un adeguamento spontaneo da parte delle legislazioni nazionali, in vista del riconoscimento di posizioni soggettive uniformi rispetto agli *standard* europei.

A una riscrittura “comunitariamente orientata” della legge generale sull’azione amministrativa corrisponde dunque, sul piano strettamente pratico-operativo, una sempre maggiore influenza delle regole del diritto europeo relativamente agli schemi tradizionali elaborati nell’ordinamento amministrativo nazionale in materia di invalidità provvedimentoale.

Logico corollario sistematico di quanto sin qui evidenziato è l’emersione, in un numero sempre più imponente di casi, di contrasti tra atti amministrativi interni e diritto dell’Unione, intendendo con tale ultima locuzione, l’intero *corpus* normativo sovranazionale (e dunque: principi generali, Trattati, regolamenti, direttive, decisioni e atti non formalmente vincolanti)³².

³¹ Il riconoscimento di un adeguamento spontaneo da parte degli Stati membri siccome formante giuridico diverso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla legislazione propriamente sovranazionale è riconoscibile – oltre che nel caso appena rammentato dell’azione amministrativa italiana – anche in altri campi del diritto amministrativo nazionale (non soltanto nostrano). Cfr. p.es. SCHWARZE (Ed.), *Administrative Law under European Influence*, Baden-Baden, 1996, 209, ove si parla espressamente, con riferimento al sistema tedesco, di una “*freiwillige Rezeption*” di precetti di matrice comunitaria, anche “*ohne daß zu ihrer Übernahme eine rechtliche Verpflichtung bestanden hätte*”.

³² La sempre maggiore influenza del diritto dell’Unione Europea sui diritti amministrativi nazionali in forza dei meccanismi di contatto descritti nel testo ha portato autorevole dottrina a ipotizzare, non senza accenti di problematizzazione, la presenza di una vera e propria “*signoria comunitaria sul diritto amministrativo*” (così,

Il tema che ne occupa non può tuttavia essere semplicisticamente ricondotto alla mera analisi delle cennate tipologie di contrasto – la quale pure occupa un ruolo centrale nell’economia del presente lavoro – ma deve necessariamente essere preceduto da una breve contestualizzazione rispetto ai profili problematici di fondo che condizionano le differenti opzioni dottrinali e giurisprudenziali forniti in risposta alle predette antinomie.

Come si vedrà innanzi, infatti, gli operatori del diritto (in ispecie, dottrina e giurisprudenza) hanno prospettato diverse soluzioni al contrasto tra atto amministrativo nazionale e diritto dell’Unione Europea prendendo sostanzialmente le mosse dalle tradizionali categorie dell’invalidità provvedimentale elaborate sul piano interno (nullità, annullabilità, inesistenza e, secondo una determinata accezione, disapplicazione).

Deve inoltre rammentarsi come, al di là delle classificazioni tradizionali relative all’invalidità siccome categoria giuridica, ogni analisi volta a indagare le tipologie di contrasto tra atto amministrativo nazionale e diritto europeo debba riservare particolare attenzione al peculiare, e molto discusso, quadro ordinamentale nel quale detto contrasto si svolge. Occorre riferirsi, in particolare, ai rapporti tra ordinamenti (nazionale e sovranazionale), la cui chiarificazione (almeno alla stregua di discutibile ma dichiarato punto logico di partenza) si pone come sostrato ineliminabile sul quale poter successivamente fondare qualsivoglia interpretazione circa le concrete modalità di espressione dell’invalidità provvedimentale per “violazione” del diritto europeo.

CENNI ESSENZIALI SULL’INTEGRAZIONE AMMINISTRATIVA EUROPEA: MONISMO E DUALISMO NEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTO NAZIONALE E SISTEMA SOVRANAZIONALE EUROPEO:

I. Impostazione del tema: profili problematici

Se è vero che, come pure è stato detto, una corretta impostazione del problema relativo alla qualificazione giuridica dell’invalidità dell’atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto dell’Unione Europea è per mille fili collegata al rapporto tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale³³, occorre preliminarmente tracciare – nel breve volgere di

CASSESE, S. *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2002, 2-3, 291; nonché, dello stesso Autore, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione*, Riv. Dir. Pubbl. Com., 2004, 5, 1135; *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2004, 4, 901).

³³ Con specifico riguardo al tema qui d’interesse, MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007, 13 ss.

qualche rigo – un quadro d’insieme che dia conto della ricezione, sul piano domestico, della cd. “*primauté*” del diritto europeo da parte del sistema nazionale di riferimento.

Una siffatta ricognizione, permettendo di evidenziare brevemente i tratti distintivi delle due opzioni dogmatiche elaborate per la sistematizzazione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo (ovvero, *monismo* o *dualismo*, sulla scorta della dizione ormai classica impostata in ambito internazionalistico), consente di individuare con sufficiente chiarezza le basi logiche che presiedono alle singole soluzioni di volta in volta prospettate per la classificazione dell’invalidità provvedimentale che ne occupa³⁴.

Al fine di tracciare un quadro d’insieme che abbia un senso compiuto, si ritiene di dover prescindere da una altrimenti ordinata esposizione degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle Corti (Costituzionale italiana e CGUE)³⁵; una netta suddivisione “compartimentale” tra orientamenti pretori condurrebbe infatti a sacrificare la percezione unitaria del rapporto dialogico che permea la giurisprudenza delle predette Corti, così limitando la comprensione dei profili problematici offerti dalla tematica in disamina³⁶.

II. I rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

La problematicità sistematica dell’ordinamento giuridico europeo – che comporta quale logica conseguenza la distinzione dello stesso dai sistemi nazionali entro cui lo stesso si

³⁴ Si ritiene che tale *excursus* non sia da considerarsi, rispetto all’oggetto del presente lavoro, un mero esercizio di stile, sebbene parte della dottrina abbia sostenuto la sostanziale irrilevanza del tema dei rapporti tra ordinamenti nell’ambito delle ricerche concernenti il regime d’invalidità degli atti per contrasto con il diritto sovranazionale (Così, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 502; FERRARI, E. *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa d’invalidità e non applicazione per il principio di specialità*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1991, 1075 ss.). In effetti, prescindere dalla distinzione monismo/dualismo nei rapporti tra ordinamenti presuppone, come bene rimarca MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 20, l’aver “*implicitamente risolto a priori tale problema nel senso dell’integrazione*”. Nel senso della basilare importanza dei profili ordinamentali, CLARIZIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento europeo*, in CERULLI IRELLI-DE LUCIA, *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 207; SUSCA, *L’invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, 486 ss.; ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, 83; COCCO, *Le «liaisons dangereuses» fra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1995, 678.

³⁵ Ciò che invece propone – con notevole *esprit de géométrie* – MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 20 ss., giungendo tuttavia a interrompere il filo logico, tendenzialmente unitario, del dibattito intercorrente tra le due Corti.

³⁶ Si avverte che la ricognizione giurisprudenziale che segue ha il solo scopo di illustrare succintamente, nel modo più unitario possibile, l’ampio e articolato dibattito sorto – e non del tutto sopito – tra le Corti costituzionale italiana e la Corte di Giustizia delle Comunità (poi, dell’Unione) Europea, senza perciò stesso pretendere di assumere una posizione specifica relativamente ai delicati e tuttora irrisolti temi che talora emergono dall’analisi giurisprudenziale. Cfr., tra i molti contributi sui profili in discussione, almeno ONIDA, *“Armonia tra diversi” e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, Quad. Cost., 3/2002, 549 ss; LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, Giur. Cost. 2003, 04, 2419 ss.; CASSESE, S. *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, Giorn. Dir. Amm., 2010, 419 ss,

“innesta” (e si vedrà innanzi in che limiti questa terminologia si addica al problema qui discusso) - emerge per la prima volta, almeno sul piano giurisprudenziale, con la nota sentenza *Van Gend & Loos* (1963)³⁷, ove si trova a chiare lettere enunciato il principio del cd. “effetto diretto” degli atti posti in essere dalla (allora) Comunità Europea.

Sebbene il riconoscimento, in conseguenza dell’effetto diretto, dell’attribuzione di obblighi e diritti soggettivi in capo ai singoli individui e non soltanto nei confronti degli Stati membri possa apparire d’importanza residuale nella ricostruzione delle differenti prospettive avanzate dalle Corti in ordine ai rapporti tra ordinamenti, esso deve nondimeno rammentarsi in quanto anticipazione della tendenziale vocazione universalistica del diritto europeo, poi testimoniata dalla visione graniticamente “monista” mantenuta dalla CGUE lungo tutto l’ormai lungo corso della schermaglia giurisprudenziale in parola.

Con la pronuncia n. 14/1964 della Corte Costituzionale³⁸ si apre dunque il contrasto – meglio, il costruttivo dialogo – tra le Corti relativamente ai profili problematici circa lo “spazio vitale” dei sistemi ordinamentali italiano ed europeo.

La Corte, pronunciandosi per la prima volta sul tema, afferma la prevalenza, in virtù della legge (ordinaria) di esecuzione del Trattato (CEE), dei regolamenti comunitari e delle disposizioni cd. “*self-executing*” rispetto a precedenti leggi e disposizioni nazionali con essi incompatibili; purtuttavia, al riconoscimento della produzione di effetti all’interno dell’ordinamento nazionale non si accompagna, ad avviso della Corte Costituzionale, alcuna preminenza del diritto europeo nei confronti di leggi nazionali posteriori, le quali – in forza del tradizionale canone “*lex posterior derogat legi priori*” – ben possono disporre in deroga alle norme di diritto europeo.

Il rapporto tra diritto europeo e normazione nazionale, dunque, viene impostato secondo una logica di “parità giuridica” (ovvero “equiordinazione”) tra ordinamenti che, fondata essenzialmente sul criterio cronologico, non prevede alcuna *copertura* costituzionale del diritto sovranazionale (in quanto diritto internazionale pattizio non direttamente sussumibile entro l’ambito d’applicazione dell’art. 10 Cost.), né alcun tipo di primato *ex se* del diritto sovranazionale.

Tale posizione giurisprudenziale viene, come noto, recisamente sconfessata dalla CGCE, la quale, con la celeberrima pronuncia *Costa/Enel* (1964)³⁹, di poco successiva, enuncia il principio della preminenza *tout-court* del diritto comunitario⁴⁰, identificando in

³⁷ C-26/62, 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*.

³⁸ C. Cost., 24 febbraio 1964, n. 14 (dep. 7 marzo 1964).

³⁹ C-6/64, 15 luglio 1964, *Costa*.

⁴⁰ Ovviamente, come più volte rilevato, nell’ambito delle competenze d’attribuzione previste dal Trattato.

esso “*un ordinamento giuridico integrato*” con i sistemi nazionali che – come tale – spiega i propri effetti in un rapporto sostanzialmente unitario con l’ordinamento degli Stati membri. Proprio sulla scorta del predetto schema logico-giuridico dell’integrazione ordinamentale, conclude la Corte, il diritto europeo prevale in ogni caso rispetto alle disposizioni nazionali con esso incompatibili, antecedenti o successive che siano⁴¹.

Un primo, parziale *revirement* del giudice costituzionale rispetto alle conclusioni raggiunte nella citata giurisprudenza⁴² si rinviene nella pronuncia n. 183/1973⁴³, con la quale la Corte – in conformità all’indirizzo espresso dalla CGCE – riconosce il primato del diritto sovranazionale, giungendo a individuare nell’art. 11 Cost. una base giuridica specifica cui ricollegare la pienezza degli effetti del diritto europeo nei confronti dell’ordinamento nazionale.

Sebbene l’arresto in commento proceda nella direzione di un sensibile avvicinamento alle posizioni indicate in sede comunitaria, occorre rilevare come esso, pur riconoscendo alle disposizioni del diritto europeo “*piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri*”, affermi che le medesime non sono “*qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati*”, aprendo così la strada alla chiara definizione della prospettiva “dualista” nei rapporti interordinamentali.

Nella sentenza in parola, infatti, è chiaro come l’impostazione adottata dalla Corte intenda fondare il primato del diritto europeo non già – come nel caso dell’interpretazione della CGCE – sulla proiezione o effetto di una *forza propria*⁴⁴ di quell’ordinamento, ma sull’ancoraggio costituzionale (“nazionale” e, pertanto, necessariamente mediato) riconosciuto al medesimo.

⁴¹ Come meglio si vedrà innanzi, la posizione espressa nel caso in esame dalla CGCE rimarrà un punto fermo nell’attività giurisdizionale successiva. Soltanto pochi anni dopo la pronuncia in parola, un autorevole esponente della dottrina comunitaristica identifica proprio nel concetto di *primauté* del diritto europeo - sottolineato dalla Corte - “*une exigence existentielle*” del diritto sovranazionale rispetto agli ordinamenti interni, giungendo a ritenere che “*s’il n’est pas capable de l’emporter en toutes circonstances sur le droit national, il [le droit communautaire] est inefficace et donc, pour autant, inexistant. L’idée même d’un ordre commun serait alors battue en brèche*” (così, PESCATORE, *L’ordre juridique des communes européennes: étude des sources du droit communautaire*, Liège, 1971, 227).

⁴² Cui è da aggiungere, nel lasso di tempo considerato, almeno C. Cost., 16 dicembre 1965, n. 98 (dep. 27 dicembre 1965), nella quale – con riferimento al sistema CECA – la corte definisce “*estraneo*” l’ordinamento sovranazionale. “*La C.E.C.A., avendo lo scopo di coordinare alcune iniziative economiche svolgentisi nel territorio di più Stati, compone un ordinamento del tutto distinto da quello interno; il quale ha riconosciuto l’ordinamento comunitario, non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere in questo operante la cooperazione internazionale che è nei suoi fini, e per delimitare i casi in cui ha effetti interni l’attività che gli organi della comunità sono legittimati a svolgere nella cerchia della rispettiva competenza*”.

⁴³ C. Cost., 18 dicembre 1973, n. 183 (dep. 27 dicembre 1973), cd. “*Frontini*”.

⁴⁴ L’espressione è di COSTANZO-MEZZETTI-RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, cit., 276.

Corollario del disegno ordinamentale tracciato dalla sentenza *Frontini* è, dunque, l'impossibilità, per il giudice nazionale, di disapplicare⁴⁵ direttamente le disposizioni nazionali (pure pacificamente riconosciute come) contrastanti con il diritto europeo, ove le stesse siano entrate in vigore successivamente ai precetti sovranazionali considerati, dovendo essere sollevata – se del caso – una questione di legittimità costituzionale (stante comunque il sempre latente carattere inderogabile dei cd. “*controlimiti*”).

Negli anni immediatamente successivi, la ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti così delineata conosce, sul piano della giurisprudenza costituzionale, un periodo di stasi, nel quale la Corte non si discosta, nelle linee sostanziali, dalle conclusioni raggiunte⁴⁶ dalla pronuncia da ultimo ricordata.

Sul versante europeo, la CGCE ribadisce univocamente, con la sentenza “*Simmenthal*”⁴⁷ (1978), l'attitudine del diritto comunitario (direttamente applicabile) a spiegare immediatamente (e in ogni tempo) i propri effetti nell'ambito degli ordinamenti nazionali, prevalendo direttamente non soltanto nei confronti di disposizioni nazionali precedenti con esso incompatibili, ma anche rispetto a precetti nazionali successivamente intervenuti, a prescindere da qualsivoglia pronunciamento dei giudici costituzionali (nel caso di specie, in particolare, la Corte Costituzionale italiana) in ordine alla supremazia del diritto europeo sulla normazione nazionale con esso contrastante.

Una tappa fondamentale, sul piano del riconoscimento del primato del diritto europeo su quello nazionale, viene segnata con la decisiva svolta “comunitariamente orientata” rappresentata dalla storica sentenza “*Granital*” della Corte Costituzionale italiana⁴⁸.

Per mezzo di quest'ultima, la Corte addiviene a un sostanziale allineamento rispetto alla cennata giurisprudenza comunitaria in ordine alla piena legittimità della disapplicazione, da parte dei giudici nazionali, delle disposizioni interne contrastanti con il diritto sovranazionale (in forza della preminenza del diritto europeo sulla base del disposto dell'art. 11 Cost.), perdurando – tuttavia – nella ricostruzione proposta la decisa alterità dello sfondo sistematico di riferimento circa i rapporti strutturali tra gli ordinamenti⁴⁹.

⁴⁵ In ordine agli – invero interessanti – profili definitivi in tema di “disapplicazione” o “non applicazione”, si rinvia, per ora, a IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2011, 02, 393, salvo precisare che il tema sarà opportunamente ripreso in altra parte del presente lavoro.

⁴⁶ Così, ad esempio, C. Cost., 22 ottobre 1975, n. 232 (dep. 30 ottobre 1975) “*Industrie chimiche*”; C. Cost., 22 dicembre 1977, n. 163 (dep. 29 dicembre 1977).

⁴⁷ Causa C-106/77, 9 marzo 1978, “*Simmenthal*”.

⁴⁸ C. Cost., 5 giugno 1984, n. 170 (dep. 8 giugno 1984).

⁴⁹ Le disposizioni nazionali non applicate restano, sul piano giuridico, perfettamente valide nell'ordinamento interno di riferimento ma risultano, in conseguenza dell'applicazione del diritto comunitario, inefficaci nel caso di specie.

La Corte, infatti, oltre ad “autoescludersi” dal meccanismo del rinvio pregiudiziale⁵⁰, rileva che gli ordinamenti nazionale e comunitario si presentano come “*autonomi e distinti, ancorché coordinati*” e, sulla scorta dell’opzione sistematica anzidetta, correttamente riconosce – mutando l’orientamento precedentemente affermato – l’inutilizzabilità del controllo di costituzionalità in ordine alla presenza di controlimiti all’efficacia del diritto europeo (e ciò, evidentemente, in quanto la fonte comunitaria è il prodotto di un ordinamento *altro e diverso* da quello nel quale la stessa finisce per dispiegare i propri effetti).

L’abbandono della tecnica del controllo di costituzionalità, sancito con la pronuncia ora considerata, viene successivamente riaffermato con riguardo a ipotesi relative a fonti del diritto comunitario diverse dai regolamenti – per i quali la regola giurisprudenziale è originariamente dettata – sino a ricomprendere le pronunce della CGCE⁵¹, le direttive cd. “direttamente applicabili”⁵² e le disposizioni del Trattato suscettibili d’immediata applicazione⁵³.

Deve nondimeno rilevarsi che, a seguito dell’arresto in parola, la Corte seguita a rivendicare come propri – secondo lo schema del giudizio accentrato di costituzionalità – taluni spazi di sindacato relativamente alla violazione dei cennati “controlimiti”, in ordine al controllo delle disposizioni comunitarie non direttamente applicabili e, con opzione interpretativa invero discutibile, circa la violazione dei principi fondamentali della Comunità Europea⁵⁴.

A quanto appena rammentato, occorre aggiungere la più volte ribadita competenza della Corte a conoscere, in sede di controllo diretto di costituzionalità⁵⁵, delle violazioni del diritto comunitario poste in essere dalla legislazione nazionale, sia essa statale o regionale.

⁵⁰ Di “*auto-emarginazione*” parla espressamente CASSESE, S. *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, cit., 419.

⁵¹ C. Cost., 19 aprile 1985, n. 185 (dep. 23 aprile 1985).

⁵² C. Cost., 18 gennaio 1990, n. 64 (dep. 2 febbraio 1990).

⁵³ C. Cost., 4 luglio 1989, n. 389 (dep. 11 luglio 1989).

⁵⁴ C. Cost., 13 aprile 1989, n. 232 (dep. 21 aprile 1989); cfr. anche, sul punto, C. Cost., ordd. n. 536/1995; n. 319/1996; n. 109 e 109/1998, nonché, in altro senso, C. Cost., ord. n. 367/1999. Per uno sguardo comparato sulla primauté del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, anche con riferimento agli ambiti di esclusivo appannaggio delle singole Corti Costituzionali, cfr. GROPPI, *La primauté del diritto europeo su quello costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, www.astrid-online.it, 2005.

⁵⁵ Così, ad esempio, C. Cost., 7 novembre 1994, n. 384 (dep. 10 novembre 1994); C. Cost., 20 marzo 1995, n. 94 (dep. 30 marzo 1995), secondo cui “*poiché nei giudizi di costituzionalità in via principale l’oggetto del giudizio stesso, non è una norma in quanto applicabile, ma una norma di per sé lesiva delle competenze costituzionalmente garantite alle regioni (nel caso di impugnazione di leggi statali da parte delle regioni) o ex se violatrice di norme costituzionali (nel caso di impugnazione di leggi regionali da parte dello Stato) -- tanto che in tali giudizi possono essere contestate anche disposizioni di legge non ancora efficaci o ad efficacia differita (v. sentenze nn. 224 del 1990, 242 del 1989, 39 del 1971, 37 del 1966, 75 del 1957) non si rinviene, come invece nei giudizi in via incidentale, alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte a ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria*”.

La CGCE, per suo conto, procede ad ampliare l'ambito soggettivo di operatività pratica delle pronunce sopra considerate, sancendo che anche le pubbliche amministrazioni nazionali, al pari degli organi giudiziari, hanno l'obbligo di applicare direttamente le disposizioni comunitarie (nel caso di specie, contenute in una direttiva cd. “*self-executing*”) in luogo della normazione nazionale contrastante⁵⁶, indipendentemente dall'avvenuta e corretta trasposizione in diritto nazionale della fonte comunitaria esaminata (appunto, una direttiva sufficientemente chiara, precisa e incondizionata, tale da essere pienamente invocabile dai privati innanzi al giudice nazionale).

Un ulteriore spunto decisivo nell'ottica “monista” della piena ed effettiva attuazione del diritto europeo nel segno dell'omogeneità applicativa si riconosce nella successiva giurisprudenza *Factortame* e *Peterbroeck*⁵⁷, in cui la CGCE afferma la necessità di disapplicare disposizioni interne che, pur non direttamente contrastando con il diritto sovranazionale, ne impediscano de facto la compiuta implementazione⁵⁸.

Dopo un periodo assestamento rispetto allo schema dei rapporti tra ordinamenti, succedutosi alla cennata “svolta” del 1984, la Corte Costituzionale ritorna, nel 2008, sulla questione relativa alla sua propria attitudine o meno ad adire la CGUE quale giudice a quo, mutando l'indirizzo precedentemente acquisito e ammettendo, nei casi di giudizio di costituzionalità in via principale (in cui la Corte giudica, evidentemente, in unico grado), la possibilità di ricorrere al rinvio pregiudiziale, entrando così in dialogo diretto con i giudici di Lussemburgo senza il diaframma della rimessione degli atti al giudice comune per l'interrogazione della CGUE⁵⁹.

Dal breve quadro appena tracciato – dal quale consapevolmente si espungono le pronunce che più rilevano con riguardo all'invalidità dell'atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo, analizzate in modo più dettagliato in altra e più specifica parte del presente lavoro – emerge con sostanziale chiarezza il progressivo, anche se non

⁵⁶ Causa C-103/88, 22 luglio 1989 “*Fratelli Costanzo*”.

⁵⁷ Rispettivamente, Causa C-213/89, 19 giugno 1990 “*Factortame*” e Causa C-312/93, 14 dicembre 1995, “*Peterbroeck*”.

⁵⁸ La CGCE ha peraltro rilevato come pure il mantenimento, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, di disposizioni contrastanti con il diritto europeo costituisca inadempimento degli obblighi scaturenti dal Trattato (così, Causa C-168/1985, 15 ottobre 1986 “*Commissione c. Repubblica italiana*”).

⁵⁹ C. Cost., ord. 13 febbraio 2008, n. 103 (dep. 15 aprile 2008). Deve peraltro sottolinearsi come l'entrata in vigore del “nuovo” Titolo V della Costituzione non abbia, in sostanza, avuto ripercussioni di rilievo sui risultati raggiunti dalla Corte rispetto al tema qui esaminato (tanto è vero che la stessa Corte ha richiamato l'art. 117 della Costituzione accanto al “classico” art. 11 - cfr., per esempio, C. Cost., 24 ottobre 2005, n. 406 (dep. 3 novembre 2005) - oppure ha considerato direttamente il solo art. 117 (così, C. Cost., 23 marzo 2006, n. 129).

incontrastato, ravvicinamento del “cammino comunitario della Corte [Costituzionale]”⁶⁰ alle posizioni assunte sul Kirchberg⁶¹.

Del resto, è il caso di rilevare come – anche a prescindere dalle picconate al principio dell’intangibilità del giudicato nazionale inferte da non remota giurisprudenza europea⁶² - molti recenti arresti elaborati dalla Consulta paiono tradire, dietro l’affermata, irriducibile differenza prospettica in tema di rapporti tra ordinamenti, un sostanziale accordo di vedute con la posizione assunta, in senso monista, dalla CGUE⁶³.

Si può pertanto ragionevolmente concludere, sul punto, nel senso che – come acutamente suggerito da autorevole dottrina – *“le rispettive giurisprudenze, pur muovendo da premesse teoriche e di principio differenti e inconciliabili (rispettivamente una visione monista, ed una dualista, dei rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario), pervengono per lo più, sul piano pratico, a conclusioni convergenti, tanto che, a tutt’oggi, se rimangono interrogativi non sciolti e aree problematiche, tuttavia non si può certo parlare di una situazione di contrasto fra le due giurisdizioni. I conflitti, che sembrerebbero una eventualità possibile se non probabile date le diverse premesse, restano appunto per lo più una mera eventualità”*⁶⁴.

III. I rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo nella giurisprudenza del giudice amministrativo

Il dibattito costituzional-comunitario circa i rapporti tra ordinamento nazionale e sistema europeo ha interessato, seppur di riflesso, anche la giurisprudenza amministrativa.

In prima approssimazione può sottolinearsi come, nel seguire gli sviluppi di tale dibattito, i giudici di Palazzo Spada (e, in misura minore, i magistrati amministrativi *tout-*

⁶⁰ Secondo la nota, ormai classica, espressione di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, Giur. Cost., 1973, 2401.

⁶¹ Viceversa, ancora essenzialmente in discussione appare il rapporto tra diritto nazionale e sistema CEDU dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche alla luce della recente giurisprudenza (ordinaria, amministrativa e, da ultimo, costituzionale) in materia. Cfr. C. Cost., 7 marzo 2011, n. 80 (dep. 11 marzo 2011, che fa seguito a una interessante teoria di pronunce emesse negli ultimi anni, a partire dal 2007). Cfr., per tutti, RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d’illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, Dir. Proc. Amm., 3/2012, 825 ss.

⁶² C-119/2005, 18 luglio 2007 “Lucchini”; C-2/06, 1 febbraio 2008, sulle quali sarebbe fuor d’opera intrattenersi.

⁶³ Cfr., ad esempio, C. Cost., 7 febbraio 2000, n. 41 e C. Cost., 7 febbraio 2000, n. 45, che escludono l’ammissibilità di un referendum abrogativo sopra una legge nazionale ove il risultato possa condurre alla violazione di disposizioni europee, e, di conseguenza, a una responsabilità dello Stato per violazione del diritto sovranazionale.

⁶⁴ Così, espressamente, ONIDA, *“Armonia tra diversi” e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, cit., 449.

court) abbiano dimostrato notevole indipendenza di pensiero e capacità critico-ricostruttiva rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Corte Costituzionale.

La ricognizione che segue, la quale intende dare conto – alla stregua della succinta analisi sopra proposta con riguardo al “dialogo” tra le Corti – dell’orientamento oggi maggioritario prospettato dal giudice amministrativo in ordine alla strutturazione dei rapporti tra diritto interno e ordinamento europeo, senza addentrarsi – ciò che costituirà oggetto di altra e più ampia parte del presente lavoro – nell’analisi del regime dell’atto amministrativo invalido (che può, almeno sul piano logico-giuridico, variare a seconda della scelta sistematica circa la prospettiva monista o dualista sposata dall’interprete).

La giurisprudenza amministrativa, dopo avere oscillato per anni tra una concezione dualista – in linea con le risultanze costituzionalmente orientate del dibattito sopra delineato – e una più ardita, invero non sempre puntualmente giustificata attrazione verso lo schema monista⁶⁵, sembra oggi perlopiù orientata, anche sulla scorta del richiamo testuale contenuto nel “nuovo” art. 117 Cost., a considerare i rapporti tra ordinamento nazionale e sistema europeo nel senso dell’integrazione⁶⁶.

La giurisprudenza che inaugura autorevolmente il tendenziale orientamento “monista” è rappresentata da Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cui si deve la recisa affermazione secondo cui, nella valutazione del modello d’invalidità provvedimentale, deve tenersi *“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)”*.

Così, anche la successiva pronuncia Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579 ribadisce – seppure non troppo esplicitamente – una sostanziale adesione all’opzione monista, laddove evidenzia come, nel caso in cui *“la norma comunitaria sia entrata a fare parte integrante dell’ordinamento interno”*, all’atto amministrativo violativo del precetto europeo debba necessariamente applicarsi l’ordinario regime dell’illegittimità/annullabilità.

In ordine ai profili problematici qui d’interesse – e cioè, essenzialmente, i rapporti interordinamentali – può concludersi nel senso che anche il giudice amministrativo (e in misura forse maggiore rispetto alla Corte Costituzionale, quanto a presupposti teorici) sia oggi

⁶⁵ Si vedrà in altra parte del lavoro come le affermazioni volte a suffragare una sostanziale integrazione tra ordinamento nazionale e comunitario-europeo siano spesso disgiunte, nella giurisprudenza amministrativa più risalente, dalla soluzione in concreto adottata in ordine al regime d’invalidità dell’atto impugnato.

⁶⁶ Così anche MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 34. Ciò che, come si vedrà innanzi, nella parte dedicata all’analisi giurisprudenziale delle varie forme d’invalidità provvedimentale, conduce a conclusioni molto specifiche relativamente all’adozione delle “risposte” alla “anticomunitarietà” dell’atto amministrativo, che si orientano in via maggioritaria nel senso dell’illegittimità/annullabilità ovvero della disapplicabilità.

tendenzialmente orientato a considerare in prospettiva unitaria i sistemi giuridici interno e sovranazionale⁶⁷.

Vale infine la pena di rimarcare che, come emergerà dall'analisi condotta in altra sede, parte della giurisprudenza amministrativa appare utilizzare in modo fungibile od eccessivamente disinvolto le nozioni di “monismo” o “dualismo” nei rapporti tra ordinamenti, senza trarne – in tema d'invalidità provvedimentale – conclusioni logico-giuridiche che si attaglino all'opzione sistematica prescelta.

INTEGRAZIONE GIURIDICA, EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI: LE IMPLICAZIONI SISTEMATICHE DELLA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO CONTRASTANTE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

A parziale risultato della ricognizione sopra condotta, può ritenersi che il trattamento giuridico della patologia dell'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione Europea (ovvero “anticomunitario”⁶⁸) debba rispondere, per essere logicamente corretta, a un'analisi che includa necessariamente una distinta presa di posizione con riguardo alla più generale tematica dei rapporti tra ordinamenti.

Il cennato collegamento tra configurazione sistematica di riferimento e categoria dell'invalidità non stupisce, atteso che l'influenza del diritto europeo in materia è soltanto un (importante) riflesso del più volte rammentato “mutamento prospettico” dell'assetto dei fini che ha interessato il sistema sovranazionale europeo negli ultimi due decenni.

A fronte dell'ampliamento delle competenze d'attribuzione spettanti all'Unione, come già si è avuto modo di precisare, il diritto europeo conosce una decisa espansione entro sfere d'influenza prima esclusivamente riservate all'amministrazione nazionale; una tale circostanza conduce la CGUE a “ripensare” il rapporto tra la normativa sovranazionale (in senso lato, ricomprendendo in tale dizione anche il formante giurisprudenziale) e i singoli

⁶⁷ In questo senso, come già anticipato con riguardo all'andamento ondivago delle pronunce in materia, milita peraltro giurisprudenza ormai risalente (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 5 aprile 1994, n. 267), nonché quella dottrina che, con opzione terminologica di assai discutibile eleganza, si riferisce a un “ordinamento comunitario” (così, tra gli altri, MANGIONE, *Gli interessi legittimi «comunitariani»: giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno relativo. Primi appunti*, AA.VV. *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989, 89 ss.).

⁶⁸ Secondo MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 13, al termine in questione non arride, in giurisprudenza, grande fortuna; esso risulta infatti ricorrere più o meno propriamente con riferimento alla tematica dell'invalidità provvedimentale soltanto in nove pronunce (sino al 2007). Non pare, peraltro, che il trascorrere del tempo abbia contribuito particolarmente all'allargamento della nozione, tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina, anche considerando l'espunzione dell'aggettivo “comunitario” stabilita con il Trattato di Lisbona.

regimi processuali nazionali⁶⁹, al fine di garantire in tutto il territorio dell'Unione il rispetto – a condizioni il più possibile uniformi – del diritto sovranazionale sostanziale e, in particolare, dei principi di leale collaborazione, dell'effetto utile e della tutela giurisdizionale effettiva delle posizioni giuridiche assicurate dal diritto europeo.

In tal senso, costante e ormai corposa giurisprudenza sovranazionale⁷⁰ afferma la necessità che il principio dell'effettività del diritto europeo (e cioè della sua piena ed uniforme applicazione in seno agli ordinamenti nazionali degli Stati membri) non possa subire contrazione alcuna, sul piano interno, in considerazione del peculiare regime d'invalidità degli atti amministrativi.

L'analisi della disciplina dell'invalidità provvedimentoale per contrasto con il diritto dell'Unione Europea, dunque, deve svolgersi nel più ampio contesto del discorso relativo al ravvicinamento delle legislazioni dei singoli Stati membri e della ricerca, sul piano dell'implementazione del diritto sovranazionale, del difficile equilibrio tra “omogeneizzazione” e “diversità culturale” (e, quindi, giuridica) che caratterizza l'odierno dibattito circa il grado di pervasività delle regole sovranazionali nell'ambito del sistema amministrativo italiano⁷¹.

⁶⁹ Si tratta della discussa questione della cd. “autonomia procedurale” degli Stati membri, su cui, almeno, GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, Dir. Un. Eur., 1-2011, 221; ID. *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Berlin-Heidelberg, 2010; ID., *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario: problemi e prospettive di sviluppo nell'ottica di una giustizia amministrativa europea*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 5, 1999, 1003 ss; DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in CHITI-GRECO (cura), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007 (2° ed.), 534.

⁷⁰ Sulla quale si avrà modo di soffermarsi puntualmente, trattando – proprio sulla base delle pronunce del giudice di Lussemburgo - dell'illegittimità/annullabilità e della disapplicazione come modalità di risoluzione delle antinomie tra atto amministrativo nazionale e diritto europeo.

⁷¹ Parafrasando FALCON (cura), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei. Tra armonizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, cit. In ordine alla effettiva problematicità del tema, si veda, in particolare, il contributo di FERRARI, E. *Per l'armonizzazione dei diritti amministrativi nazionali*, cit. 393 ss.

PARTE SECONDA: L' INVALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO: PROFILI DI DIRITTO COMPARATO

Nelle pagine che seguono s'intende tracciare, nei limiti del presente lavoro, un quadro d'insieme delle tradizionali forme d'invalidità dell'atto amministrativo siccome elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina di due Paesi – la Germania e la Francia – che molto hanno dato, in termini sistematici, al diritto amministrativo italiano e all'evoluzione della rete integrata diritti nazionali/ordinamento europeo.

Perché la rilevazione non indugi sullo stretto diritto italiano è di immediata comprensione. Una puntuale disamina delle singole categorie dell'invalidità nella prospettiva interna sarebbe, in questa tesi, inutile appesantimento del già complesso tema proposto, nonché sterile e quanto mai malaccorta manifestazione di frivolezza intellettuale, considerati il numero di pubblicazioni e la qualità delle voci dottrinali che, negli ultimi cento anni e forse più, hanno speso parola sul vasto argomento.

Purtuttavia, in vista della – questa sì – puntuale analisi delle modalità di risoluzione dei conflitti tra atto amministrativo interno (italiano, ma non solo) e sistema europeo, appare a chi scrive istruttivo un raffronto tra le usuali soluzioni nostrane (date, appunto, per acquisite) e le opzioni adottate dai due citati ordinamenti stranieri.

Sebbene, infatti, l'obiettivo primario della presente ricerca sia essenzialmente costituito dall'analisi del regime dell'atto amministrativo interno contrastante con il diritto dell'Unione Europea, vale nondimeno la pena di proporre di seguito un sintetico riassunto dello *stato dell'arte* in tema di invalidità nazionale comparata, al fine di permettere lo studio dell'emersione di caratteri riconducibili alle singole categorie nazionali che possano emergere dalla trattazione di una *specifica* forma d'invalidità, quale quella propria dell'atto amministrativo contrastante con il diritto europeo, la cui strutturazione giuridica e le cui conseguenze pratico-applicative sono oggetto puntuale della presente disamina.

Maggior spazio al sistema italiano è accordato, in questo capitolo, soltanto con riferimento all'inesistenza dell'atto amministrativo, giacché si è voluto utilizzare l'ordinamento nazionale a titolo esemplificativo, come paradigma della sostanziale inutilità – almeno sul piano dei rapporti tra provvedimenti interni e diritto dell'Unione Europea – della nozione di inesistenza riferita al provvedimento.

I. NULLITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

- La nullità dell'atto amministrativo nell'esperienza tedesca

Nelle pagine che seguono si propone una breve ricostruzione della nullità dell'atto amministrativo secondo l'esperienza tedesca. Come è noto, le modifiche alla l. n. 241/1990 introduttive della nullità come sottocategoria giuridica positiva si ispirano, di massima, alla corrispondente dizione contenuta nella legge tedesca sul procedimento amministrativo (“*Verwaltungsverfahrensgesetz*”, d’ora innanzi anche “*VwVfG*”)⁷², la quale merita pertanto di essere assunta come termine di paragone per la presente ricognizione comparatistica relativamente ai profili problematici in disamina⁷³.

Vale preliminarmente la pena di precisare come, nel sistema tedesco, la teoria dell’invalidità (“*Rechtswidrigkeit*”, o – meno propriamente – “*Fehlerhaftigkeit*”⁷⁴) distingua – sulla scorta della tradizionale partizione civilistica – tra nullità (“*Nichtigkeit*”⁷⁵) e annullabilità (“*Aufhebbarkeit*”); alla prima sottocategoria è classicamente ricondotta la totale inefficacia (“*Unwirksamkeit*”) del provvedimento⁷⁶.

Relativamente presto si sviluppa, nell’ambito della speculazione dedicata all’atto amministrativo, la convinzione secondo cui è necessario – per motivi essenzialmente garantistici ricollegabili al principio dello stato di diritto – rendere “giustiziabile” (e, dunque, giudizialmente sindacabile) la misura amministrativa⁷⁷, aprendo così la via alla qualificazione dei differenti vizi dell’atto e, in un’ottica più rilevante dal punto di vista pratico, delle

⁷² Cfr., sul punto, GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, 2002, 3 ss. (spec. 38 ss.).

⁷³ In dottrina italiana si segnalano – tra i pochi contributi in tema di nullità del provvedimento amministrativo nell’ordinamento tedesco – DE LUCIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento tedesco*, in CERULLI IRELLI-DE LUCIA, *L’invalidità amministrativa*, cit., 245 ss.; CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, 53 ss.

⁷⁴ Il *VwVfG* non fornisce una definizione specifica dell’invalidità provvedimentoale. Si ritiene, in dottrina, che l’atto sia invalido ove sia stato emanato sulla base dell’erronea interpretazione o applicazione di una disposizione normativa avente efficacia esterna o quando si fondi su un erroneo o inadeguato accertamento dei fatti rilevanti. Cfr. sul punto, DE LUCIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento tedesco*, 247, sulla scorta di WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Fehlerhafte Verwaltungsakte*, in *Verwaltungsrecht I*, 12 Auflage, München, 2007, 553, 2. Questa lettura è confermata anche dal § 44 del *Zehntes Sozialgesetzbuch* relativamente ai procedimenti di amministrazione sociale, ove incidentalmente si fa riferimento alla medesima dizione: “(...) *bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist* (...)”.

⁷⁵ Storicamente l’espressione “*Nichtigkeit*” non è univocamente impiegata, nella dottrina di lingua tedesca, per indicare il concetto di nullità quale sottocategoria giuridica generale. Per una compiuta analisi delle scelte terminologiche attuate con riferimento alla nullità, cfr. WINKLER, *Orientierungen im öffentlichen Recht*, Wien-New York, 1979, 25 ss.

⁷⁶ Il sistema tedesco prevede, infine, casi in cui – al di fuori delle cause che conducono all’annullabilità, di cui si parlerà più oltre – l’atto sia meramente inopportuno ma non pregiudizievole per alcuno (“*unzweckmäßiger Verwaltungsakt*”) e casi in cui l’atto sia affetto da mera irregolarità (“*unrichtiger Verwaltungsakt*”). Per una distinzione tra i concetti di *Aufhebbarkeit* e *Anfechtbarkeit*, che saranno trattati con riferimento all’annullabilità, si rinvia a MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, München, 2011, 265; IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Auflage, Köln, 2009, 162.

⁷⁷ Per STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III, München, 1999, 212, tale esigenza viene sentita più fortemente a partire dal periodo corrispondente al primo conflitto mondiale.

conseguenze giuridiche degli stessi, in particolare, all'impugnabilità ("*Anfechtbarkeit*") del provvedimento.

L'elaborazione dottrinale⁷⁸ – prima della positivizzazione, avvenuta nel 1976 con l'entrata in vigore del VwVfG, delle cause di nullità che di seguito si espongono – riconosce, a partire dalle prime opere relative all'atto amministrativo quale forma d'azione del pubblico potere, la necessità di disgiungere il discorso sul provvedimento rispetto a quello del negozio giuridico, al fine di evidenziare le particolarità proprie del campo d'applicazione dell'attività provvedimentale⁷⁹.

La lunga tradizione dogmatica del concetto di nullità in diritto amministrativo tedesco trova compiuta attuazione sul piano legislativo con la complessa dizione del § 44 VwVfG che, sebbene non esente da talune asperità interpretative, appare essere – ad oggi – una delle più complete discipline normative sul tema⁸⁰.

L'odierna disciplina della nullità provvedimentale si articola secondo tre distinte specie, indicate rispettivamente al § 44 Abs. 1, 2 e 3 VwVfG⁸¹, espressamente dedicato al tema. Vale sin d'ora la pena di rimarcare, come meglio si avrà occasione di specificare innanzi, che la qualificazione di un atto siccome nullo deve essere condotta avendo riguardo a tutte le fattispecie previste nei commi appena indicati, nel senso che un provvedimento potrà dirsi nullo soltanto ove lo stesso si dimostri tale a seguito di un esame congiunto di tutti i casi previsti nel citato § 44 VwVfG.

Si preferisce, al fine di mantenere una esposizione il più possibile piana e ordinata della complessa disciplina positiva congegnata nell'ordinamento tedesco, passare direttamente in rassegna le tre ipotesi indicate nei commi 1, 2 e 3 della disposizione in commento, salvo poi chiarire la particolare concatenazione normativa che l'interprete deve seguire per identificare la nullità dell'atto amministrativo.

Prendendo dunque le mosse dalla previsione di cui al § 44 c. 1 VwVfG, che fonda la base giuridica della cosiddetta "nullità relativa" ("*relative Nichtigkeitsgründe*"), un atto amministrativo deve considerarsi nullo quando sia affetto da un vizio particolarmente grave ("*soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler*") e quando ciò risulti riconoscibile

⁷⁸ Cui dunque è affidata – secondo BUMKE, *Verwaltungsakte*, in HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, 2008, 1114, nt. 477 – congiuntamente alla giurisprudenza, l'ardua distinzione tra i casi di nullità e quelli di mera annullabilità del provvedimento.

⁷⁹ Cfr. per esempio, le riflessioni "autonomiste" di VON HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 2. Auflage, 1960 (1924), 19 ss. In generale, per una rassegna delle più importanti opere concernenti l'atto amministrativo (invalido), si rinvia all'accurata bibliografia fornita in FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, 10. Auflage, München, 1973, 220 ss.

⁸⁰ Così, non senza alcune perplessità, CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, 56.

⁸¹ D'ora innanzi il termine tedesco "*Absatz*" è direttamente tradotto con "comma", al fine di rendere più scorrevole la trattazione.

dalla ragionevole considerazione delle circostanze rilevanti (“*bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist*”)⁸².

Il dettato del comma in discussione si presenta come una vera e propria “clausola generale” ed è espressione legislativa della tradizionale “teoria dell’evidenza” (“*Evidenztheorie*”), già propugnata dalla giurisprudenza amministrativa tedesca prima dell’entrata in vigore della legge generale sul procedimento⁸³.

Secondo una fortunata descrizione della *vulgata* giurisprudenziale, per aversi nullità ai sensi del § 44, c. 1 VwVfG, l’atto amministrativo deve “*portare in fronte*” il vizio di cui è affetto (cd. “*Stirntheorie*”).

Al concetto di “evidenza” è così attribuita, non del tutto a ragione, un’importanza notevole nella definizione della nullità secondo la clausola generale di cui al § 44, c. 1; si registra infatti una certa tendenza ad appiattare i presupposti della nullità ivi prevista, non senza una eccessiva semplificazione, unicamente sul requisito dell’evidenza, tralasciando l’elemento (parimenti necessario) della particolare rilevanza del vizio⁸⁴.

In ordine a quest’ultimo elemento, occorre rilevare come la particolare gravità del vizio sia da ricondursi, secondo unanime dottrina⁸⁵, ad una contrarietà rispetto ai principi

⁸² La nullità di cui al § 44, c.1 deve concepirsi, secondo la dottrina, come conseguenza dell’inconciliabilità di un vizio (tanto) grave ed evidente con il principio dello stato di diritto; Per RUFFERT, *Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit von Verwaltungsakten*, 699, 4., in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, Berlin, 2010, la presenza di una patologia così rilevante è dunque tale da non poter ritenere in alcun modo giustificata la produzione degli effetti dell’atto amministrativo viziato; nello stesso senso, VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008, 20.

⁸³ Sulla *Evidenztheorie* nella giurisprudenza precedente alla previsione di una specifica disciplina legislativa della nullità, cfr. STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 7. Auflage, München, 2008, 1294, par. 103. In giurisprudenza, tra le tante, BVerwGE 35, 343.

⁸⁴ Secondo MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 275, la descrizione della *Evidenztheorie* spesso proposta è semplificata e, dunque, non del tutto corretta, poiché si deve considerare non soltanto l’evidenza del vizio ma anche (e congiuntamente) la rilevanza del medesimo. Del resto, il dettato della previsione normativa è chiaro laddove congiunge, mediante “und dies” (e cioè), l’elemento della gravità del vizio a quello della (sua) evidenza (cfr. SCHEMMER, *Nichtigkeit des Verwaltungsaktes*, in BADER/RONELLENFITSCH, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, München, 2010, 472, 14. La necessaria compresenza dei due elementi è da tempo rilevata dalla dottrina, cfr., per esempio, ULE, *Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel*, Recht, Staat, Wirtschaft, Band III, 1951, 278.

⁸⁵ La definizione storica della particolare gravità del vizio oggi comunemente accettata (anche grazie all’intervenuta disposizione normativa di cui al § 44, c. 1 e alle esemplificazioni – anche in “negativo” contenute nei commi successivi) non conosce, tuttavia, uno sviluppo lineare. Il tema della “gravità della violazione” contrappone infatti quella dottrina che, ponendosi su un piano finalistico, vede nella particolare insopportabilità del vizio una fonte immediata di nullità del provvedimento - anche ove la legge nulla disponga - a quell’indirizzo che, basandosi essenzialmente su una concezione formalistica, riconduce alla nullità tanto i casi in cui l’atto amministrativo sia difforme dal modello legale per esso previsto senza che la legge disponga alcunché relativamente alla regolazione del tipo di invalidità dell’atto (quale che sia in concreto l’importanza della violazione), quanto i casi in cui l’atto non contenga tutte le condizioni previste dalla legge. Per la prima interpretazione, oggi accolta, JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Offenburg, 1948, 268; in generale, ID. *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Leipzig, 1908; FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris, 1933, 130. Per la seconda interpretazione, KELSEN, *Über Staatsunrecht : Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, Wien, 1913; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 195.

costituzionali o ai valori primari dell'ordinamento, tale da rendere assolutamente intollerabile la persistenza del provvedimento amministrativo⁸⁶ nel mondo giuridico⁸⁷.

Circa la definizione dell'elemento dell'evidenza del vizio, deve rimarcarsi come tale presupposto sia oggetto, negli ultimi tempi, di una sostanziale semplificazione, che – dopo un dibattito dottrinale piuttosto acceso – rende accessibile il rimedio della nullità dell'atto amministrativo a un osservatore medio (“*Durchschnittsbetrachter*”), imparziale e non necessariamente dotato di particolari cognizioni giuridiche⁸⁸ anche se, per vero, rimangono impregiudicate le difficoltà definitorie che le imprecise modalità d'individuazione del soggetto (che può essere anche terzo rispetto all'atto amministrativo) inevitabilmente comportano⁸⁹.

Accanto alle previsioni del c. 1, il § 44, c. 2 indica un catalogo di casi tipici⁹⁰, denominati in dottrina “*absolute Nichtigkeitsgründe*” (cause di nullità assoluta). La disposizione, che sembra rispondere alla necessità di evidenziare direttamente taluni casi patologici di particolare rilevanza e frequenza nella prassi amministrativa, fa sì che la mera sussistenza di una delle sei cause ivi elencate conduca necessariamente alla nullità del provvedimento viziato, anche a prescindere, nel caso di specie, da quelle caratteristiche di

⁸⁶ Così, WOLFF/DECKER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Studienkommentar*, 3. Auflage, München, 2012, 765, 7; DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 248.

⁸⁷ Tra le tante, BVerwG NVwZ 1984, 578; BVerwG, NJW 1985, 2658.

⁸⁸ Cfr., tra i tanti, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 276 ed ERBGUTH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2009, 163, che si riferiscono a un “osservatore attento e ragionevole”; DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, München, 2011, 200, che parla di un “osservatore ragionevole”; altri ancora individua nel “cittadino capace di giudizio” il termine di paragone disposto dalla disposizione in esame (almeno, BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 8. Auflage, Heidelberg, 2009, 321). L'evidenza del vizio non significa necessariamente palese sussistenza dello stesso, né mero errore materiale, ma si identifica con la sua riconoscibilità da parte di un occhio attento, sebbene non particolarmente esperto, di un errore di diritto (così SCHEMMER, *Nichtigkeit des Verwaltungsaktes*, cit., 472, 16.1). Cfr. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, cit., 62, ove si precisa che la nozione in parola subisce, negli ultimi anni, una “democratizzazione”, nel senso che – nella versione originaria – l'evidenza del vizio doveva essere palese per un osservatore qualificato (sebbene la dottrina stessa non fosse comunque concorde rispetto al grado di qualificazione attribuibile all'osservatore per poter fruire della teoria dell'evidenza). Cfr., in ordine alla visione inizialmente restrittiva del concetto, HATSCHEK, *Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrecht*, Leipzig-Erlangen, 1919; LERCHE, *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, Köln, 1953, 49.

⁸⁹ Sul punto, LEISNER, *Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit?*, DÖV, 2007, 669 ss. La dottrina ha individuato, sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale, una serie di vizi tali da condurre senz'altro alla nullità del provvedimento almeno nei seguenti casi: difetto di attribuzione (nel senso di “straripamento di potere”, mancanza di una base legale dell'azione amministrativa, violazione di norme particolarmente rilevanti (*id est*: sul piano della protezione del soggetto privato interessato dal provvedimento) di natura procedimentale o relative alla forma dell'atto (cfr. WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Fehlerhafte Verwaltungsakte*, cit., 558 ss., 22 ss.) e, ancora, casi di assoluta indeterminazione dell'oggetto, assoluta impossibilità giuridica, inesistenza della persona interessata (STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, cit., 1296, 111 e ss.).

⁹⁰ In particolare, si veda STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, cit., 1296, 110.

rilevanza ed evidenza del vizio che permetterebbero l'applicabilità della clausola generale contenuta nel c. 1⁹¹.

A mente del § 44, c. 2, il provvedimento emanato in forma scritta o elettronica è nullo ove non permetta di individuare l'autorità procedente (n. 1); è altresì nullo l'atto che violi una specifica previsione di legge che preveda, per la sua perfezione, la consegna dello stesso all'interessato (n. 2); ancora, è nullo il provvedimento che violi in modo particolarmente grave le prescrizioni relative alla competenza territoriale (n. 3⁹²); è poi da considerarsi nullo il provvedimento che non possa essere concretamente eseguito da alcuno (n. 4); è nullo l'atto che comporti la commissione di un illecito di natura penale o amministrativa (n. 5); infine, è nullo il provvedimento contrario al buon costume (n. 6)⁹³.

Sebbene i casi di nullità testé ricordati siano espressamente previsti per “attenuare” la genericità della clausola generale considerata al § 44, c. 1, facilitando così la percezione di particolari cause di nullità particolarmente ricorrenti nella prassi, non mancano dubbi qualificatori relativamente a talune ipotesi.

L'attenzione della dottrina si appunta, in special modo, sulle ipotesi di nullità nn. 4 e 6. In ordine al caso dell'impossibilità di esecuzione del provvedimento, occorre rimarcare che la disposizione si riferisce all'impossibilità oggettiva, la quale deve essere valutata sulla scorta dello stato scientifico e tecnologico disponibile⁹⁴, mentre il richiamo alla contrarietà al buon costume è spesso ritenuto superfluo, in quanto facilmente riconducibile ai presupposti di gravità ed evidenza di cui alla clausola generale prevista al § 44, c. 1⁹⁵.

Il § 44, c. 3 individua, infine, un “catalogo negativo” di violazioni che non comportano, di regola, la nullità del provvedimento. Il comma in disamina, infatti, elenca una serie non tassativa⁹⁶ di stati vizianti dell'atto che, anche ove siano riconducibili ai cennati presupposti di gravità ed evidenza, non intaccano la piena validità (ed efficacia) del provvedimento. Si tratta, in breve, I) delle violazioni delle disposizioni relative alla

⁹¹ Cfr. KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 12. Auflage, München, 2011, 939, par. 31, secondo i quali, con la previsione in parola, la legge ha espressamente elencato, per semplificare l'esecuzione degli atti amministrativi ed evitare problemi di distinzione tra nullità e annullabilità (con le conseguenze che poi si vedranno), taluni vizi dovuti alla mancanza dei requisiti essenziali (non necessariamente da intendersi nel senso a noi noto) ritenuti inaccettabili dall'ordinamento giuridico nella prospettiva dello stato di diritto.

⁹² Così recita la causa di nullità in disamina: è competente “*in Angelegenheiten, die sich auf unbewegliches Vermögen oder ein ortsgebundenes Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, die Behörde, in deren Bezirk das Vermögen oder der Ort liegt*” (nei casi in cui si tratti di un bene immobile o di un diritto o rapporto giuridico collegato a un determinato luogo, l'Autorità amministrativa nella cui circoscrizione si trova il bene o il luogo).

⁹³ Vedi, in particolare, BVerwGE 84, 314..

⁹⁴ Cfr. DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 250; WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Fehlerhafte Verwaltungsakte*, cit., 557, 18.

⁹⁵ Così, ancora, WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Fehlerhafte Verwaltungsakte*, cit., 557, 19.

⁹⁶ Così, DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 251; nello stesso senso, chiaramente, WOLFF/DECKER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 767, 21; KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 945, 51.

competenza territoriale (diverse da quelle di cui al § 44, c. 2, n. 3); II) dell'intervento nel procedimento, da parte dell'autorità, di persone legate a una delle parti coinvolte nello stesso; III) della mancata assunzione di una decisione da parte di un organo collegiale (anche per mancato raggiungimento del quorum) o IV) della mancanza della prescritta collaborazione tra soggetti pubblici (si pensi al caso di una scansione procedimentale complessa ove debbano necessariamente intervenire, anche congiuntamente, diverse amministrazioni). Gli ultimi due casi sono comunque espressamente sanabili ai sensi del § 45 VwVfG ("*Heilung von Verfahrens-und Formfehlern*"), nn. 4 e 5, proprio in considerazione del fatto che non conducono alla nullità del provvedimento.

Prima di procedere all'analisi degli ultimi commi dell'articolo in disamina, che riguardano la regolazione dei casi di nullità soltanto parziale e la disciplina procedimentale del riconoscimento dello stato patologico dell'atto da parte dell'amministrazione, occorre ricordare che l'esame che conduce alla rappresentazione della nullità deve attuarsi, secondo unanime dottrina, secondo il seguente schema: sono anzitutto da vagliare i requisiti di cui al § 44, c. 2 ("*i casi certi di nullità*"), poi – in caso di esito negativo – quelli di cui al § 44, c. 3 ("*i casi di non nullità*") e, infine, soltanto in via sussidiaria, i requisiti sanciti dalla clausola generale di cui al § 44, c. 1 ("*teoria dell'evidenza*"), a mente della quale ben potrebbero essere considerati nulli i provvedimenti che, pur non ricadendo formalmente nei commi 2 e 3, siano allo stesso tempo affetti da vizi di tale gravità e chiarezza da non lasciare spazio alla mera annullabilità⁹⁷ o che, pur essendo riconducibili al c. 3, sono infestati da vizi ulteriori rispetto a quelli ivi previsti.

Il c. 4 regola la cosiddetta "*Teilnichtigkeit*" (ovvero, la nullità parziale) disponendo che, ove la nullità colpisca soltanto una specifica parte di un provvedimento, tale provvedimento è del tutto nullo se (e soltanto se) la parte nulla è così essenziale che l'amministrazione procedente non avrebbe, senza di essa, emanato l'atto viziato; la dizione normativa, tuttavia, lascia impregiudicata la definizione dei casi di nullità parziale, che dovrà pertanto ricercarsi ai sensi dei commi da 1 a 3 sopra commentati.

Conclude la disciplina positiva della nullità il c. 5, nel quale il legislatore tedesco pone una disposizione che intende garantire il privato rispetto all'inefficacia dell'atto

⁹⁷ Ancora, KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 945, 51; PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Heidelberg, 2011, 168 (secondo cui la formulazione del § 44 è "*malriuscita*"); BADER/RONELLENFITSCH, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, cit., 469; BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, cit., 323; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 276. Tuttavia, va segnalato che taluni autori suggeriscono di invertire la formula dell'esame, partendo dal c. 3 invece che dal c. 2, lasciando sempre per ultima la prova della clausola generale (cfr., per esempio, DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 200) mentre altri affermano la necessità di vagliare i requisiti del c. 2 e successivamente quelli di cui al c. 1 e al c. 3 (così, STORR/SCHRÖDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart, 2010, 163 ss.)

amministrativo nullo: se è vero, infatti, che il provvedimento affetto da nullità è inefficace⁹⁸, allora non può costringersi il soggetto interessato ad adire il giudice per ottenere una dichiarazione di nullità che lo ponga al riparo da effetti che l'atto, in quanto nullo, è del tutto inidoneo a dispiegare.

Questa considerazione di fondo – transnazionale nella sua tipicità – sembra ispirare il dettato del c. 5, laddove si afferma che “*l'Autorità amministrativa può dichiarare d'ufficio la nullità in ogni momento*” e che “*la nullità può essere accertata [nel corso del procedimento] anche su istanza di parte, ove il richiedente sia un soggetto interessato*”⁹⁹; sull'amministrazione grava, in tale ultimo caso, l'obbligo di pronunciarsi¹⁰⁰.

Deve nondimeno ricordarsi che, sebbene l'interessato possa far valere la nullità in qualunque momento – anche opponendosi all'esecuzione del contenuto del provvedimento nullo – e non incorra in alcun termine decadenziale, l'ordinamento predispone comunque – come noto – un'apposita azione giurisdizionale di accertamento della nullità (“*Nichtigkeitsfeststellungsklage*”, § 43 *Verwaltungsgerichtsordnung*¹⁰¹).

Sebbene l'azione di nullità sia proponibile in ogni tempo e costituisca dunque un'utile opzione di garanzia nei confronti dell'eventuale esecuzione di un atto nullo, la dottrina dominante suggerisce in ogni caso, per motivi di piena tutela, l'esperimento, nei termini di decadenza, dell'azione di annullamento (“*Anfechtungsklage*”), giacché potrebbe anche ammettersi, in ipotesi, che l'atto in questione sia qualificato siccome meramente annullabile e, dunque, produttivo di effetti, necessitando pertanto di essere eliminato dal mondo giuridico mediante una sentenza costitutiva (di annullamento)¹⁰².

Occorre infine ricordare che, almeno secondo la dottrina dominante¹⁰³, l'atto amministrativo nullo è suscettibile di conversione (“*Umdeutung*”).

- La nullità dell'atto amministrativo nell'esperienza francese

⁹⁸ L'inefficacia del provvedimento nullo è espressamente prevista al § 43, c. 3: “*Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam*”.

⁹⁹ Trattasi di interesse giuridico, economico o ideale, non necessariamente coincidente con la tradizionale definizione di interesse legittimo in senso nostrano.

¹⁰⁰ La “risposta” dell'amministrazione all'istanza del privato costituisce essa stessa un provvedimento autonomamente impugnabile.

¹⁰¹ D'ora innanzi, anche “*VwGO*”.

¹⁰² La dottrina è divisa rispetto alla possibilità, ventilata da taluni Autori, di annettere alla domanda di annullamento del provvedimento impugnato anche la domanda di accertamento della nullità dello stesso (mediante il cumulo oggettivo di azioni previsto al § 44 *VwGO*; cfr., sul punto, almeno IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 165), salvo quanto si dirà innanzi con riferimento alle specificità procedurali concernenti l'azione di annullamento nel sistema processuale amministrativo tedesco.

¹⁰³ Così, tra gli altri, DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 207; HOFMANN/GERKE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Stuttgart, 2010, 203.

In ordine allo spazio che alla sottocategoria della nullità è riservato nell'ordinamento francese, è stato correttamente sottolineato che – sebbene dottrina e giurisprudenza riconoscano una fondamentale tripartizione delle conseguenze dovute all'invalidità amministrativa nei concetti di “*annulation*”, “*nullité*” ed “*inexistence*” – il sistema pare profondamente incentrato e concentrato sull'annullamento, mentre le conseguenze giuridiche della nullità sono abbastanza raramente indagate (ciò che invece non è con riferimento alla definizione di inesistenza, oggetto di studi teorici maggiormente approfonditi e di riflessioni giurisprudenziali specifiche)¹⁰⁴.

Vale sin d'ora la pena di rilevare come la segnalata partizione dei casi di invalidità di un provvedimento amministrativo (“*acte administratif unilatéral*”) consenta una preliminare distinzione tra l'annullamento in via giurisdizionale (“*annulation*”), e gli istituti, devoluti alla cura dell'amministrazione procedente, del “*retrait*” (traducibile, sul piano della tecnica giuridica, con la nei termini della nostra nozione di annullamento d'ufficio¹⁰⁵) e della “*abrogation*” (sostanzialmente, una revoca)¹⁰⁶.

Come si vede, dunque, l'ordinamento francese, confinando la categoria dell'inesistenza a meri fantasmi provvedimentali (dichiarati “*nuls et non avenues*” oppure, tautologicamente, “*nuls et nuls d'effet*”) ricollega al provvedimento viziato la dichiarazione di nullità ovvero l'annullabilità, per mezzo del *recours d'annulation* o mediante le già viste forme di autotutela amministrativa o amministrazione giustiziale.

Sul piano sostanziale, il provvedimento nullo – identificato sulla scorta di vizi più gravi di quelli che conducono al ben più usuale annullamento, per esempio i vizi formali – può produrre taluni effetti (sebbene non gli effetti *tipici* del provvedimento), mentre – come meglio si vedrà innanzi in ordine all'inesistenza – l'atto inesistente, (anche) ove sia oggettivamente suscettibile di percezione, non è riferibile all'attività amministrativa.

¹⁰⁴ Cfr., per tutti, BONTEMPS/LUSI, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento francese*, in CERULLI IRELLI/DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, cit., 242.

¹⁰⁵ “*Le retrait des actes administratifs n'est possible qu'à la condition que ces actes soient illégaux et est enserré dans des délais stricts: les actes créateurs de droits adoptés de manière explicite ne peuvent être retirés que dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision*”, spiega riassuntivamente NOGUELLOU, *Influence sur le régime des décisions administratives*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, 926.

¹⁰⁶ Una particolare modalità per far valere la *illégalité* (illegittimità) del provvedimento amministrativo è poi la cd. “*exception d'illégalité*”, che tuttavia può essere esperita soltanto con riguardo ad atti amministrativi di carattere regolamentare, salvo ipotesi specifiche. Cfr., sul punto, LAUBADERE/VENEZIA/GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, Paris, 2002, 108 ss. In giurisprudenza, almeno, *Conseil d'Etat*, 1 aprile 1951, *Harrach*; *Id.*, 28 luglio 1957, *Anziani*; *Id.*, 6 maggio 1955, *Esch-Chadeli*). Vi sono poi i classici ricorsi amministrativi, suddivisi in “*recours gracieux*”, indirizzato alla medesima autorità che ha emanato il provvedimento e “*recours hiérarchique*”, ove il ricorso sia presentato all'autorità superiore rispetto a quella che ha emesso la misura amministrativa. Cfr., per un quadro d'insieme, RIVERO/WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2004. Il ricorso al mediatore (“*Médiateur de la République*”), introdotto tra il 1973 e il 1976 sulla scorta dell'esperienza scandinava, ha finora dato prova di non eccessiva utilità. Cfr., per tutti, LOMBARD/DUMONT, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2005, 326.

Da un'analisi delle coordinate fondamentali del sistema francese emerge in modo più netto rispetto ad altre esperienze (in particolare, se si guarda agli ordinamenti italiano e tedesco) come le tradizionali sottocategorie del diritto privato siano in parte “sacrificate” alla differenziazione strutturale del diritto pubblico e come siffatta circostanza permetta, anche secondo la dottrina dominante, di prescindere dall'analisi della nullità del provvedimento¹⁰⁷.

II. L'ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

- L'annullabilità/illegittimità dell'atto amministrativo nell'esperienza tedesca

L'annullabilità costituisce, nel sistema tedesco, la normale conseguenza giuridica (“*Rechtsfolge*”) propria dell'atto viziato che non possa considerarsi come nullo ai sensi del citato § 44 VwVfG¹⁰⁸. A mente del § 43, c. 2 VwVfG, infatti, un atto amministrativo “*rimane efficace sino a che non sia ritirato, revocato, in altro modo annullato o venga meno per decorso del tempo o per altre ragioni*”¹⁰⁹.

Ciò che a prima vista colpisce, sul piano sistematico, è che la legge sul procedimento amministrativo non indica espressamente le cause di annullabilità, che devono viceversa individuarsi *a contrario* rispetto ai presupposti di legalità del provvedimento e considerando altresì, in prospettiva ancor più generale, la fondamentale distinzione tra vizi sostanziali e vizi formali e procedimentali del provvedimento.

Sebbene, dunque, l'ordinamento tedesco preveda la possibilità di addivenire all'annullamento del provvedimento viziato mediante impugnazione in via amministrativa (“*Widerspruchsverfahren*”) ovvero a seguito di un procedimento giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo¹¹⁰ o, ancora, a mezzo di annullamento d'ufficio, letteralmente: “ritiro”

¹⁰⁷ Nelle trattazioni – anche manualistiche – di diritto amministrativo francese questa opzione è particolarmente chiara.

¹⁰⁸ Tra gli altri, chiaramente, PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 174; BUMKE, *Verwaltungsakte*, cit., 1114; IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 159; DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 252.

¹⁰⁹ “*Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist*”.

¹¹⁰ Deve specificarsi che nell'ordinamento tedesco il ricorso “amministrativo” è di regola presupposto di ammissibilità del ricorso giurisdizionale (cfr. per tutti MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 264). Il procedimento ha inizio con la proposizione del ricorso da parte del soggetto interessato, entro un mese dalla notifica del provvedimento (ovvero entro un anno, in caso di mancata o errata indicazione delle modalità di ricorso) e si rivolge sostanzialmente alla prova della legalità del provvedimento (“*Rechtmäßigkeit*”) e alla sua rispondenza rispetto allo scopo previsto (“*Zweckmäßigkeit*”). Seguono alla proposizione del ricorso – di regola – due fasi distinte: nella prima, l'amministrazione che ha emanato l'atto lo riesamina e, se ritiene fondato il ricorso amministrativo, procede all'annullamento o alla sanatoria del vizio (si noti che la dizione tedesca “*Abänderung*” suggerisce il concetto di riforma, modifica). Ove l'amministrazione ritenga invece infondato il ricorso, inoltra lo stesso all'autorità gerarchicamente sovraordinata. Nella seconda fase, tale ultima

(“*Rücknahme*”), occorre anzitutto identificare – sulla scorta delle indicazioni di massima fornite dall’ordinamento – quali specifici vizi conducano effettivamente alla qualificazione di un atto amministrativo siccome annullabile (“*aufhebbar*” e, secondo altre tradizionali opzioni definitorie, che comunque possono esprimere vari gradi di conflitto con l’ordinamento, “*mangelhaft*” o “*fehlerhaft*”¹¹¹).

Casi di annullabilità del provvedimento sono anzitutto le ipotesi di vizi di natura sostanziale che non ricadano nella – lo si è visto, complessa – dizione del § 44 VwVfG dedicato alla nullità¹¹².

La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato nel tempo un catalogo di stati vizianti cui consegue l’annullabilità dell’atto: la mancanza dei presupposti di fatto che giustifichino l’emanazione di un provvedimento (“*Tatbestandsvoraussetzungen*”); la mancanza del necessario fondamento autorizzatorio; falsa applicazione o errata interpretazione della disposizione normativa di riferimento; contrasto del provvedimento con i precetti costituzionali; scorretto esercizio del potere discrezionale amministrativo (“*Ermessensfehler*”)¹¹³.

Sul piano generale, la definizione del sistema giurisdizionale fonda le proprie radici direttamente nei precetti costituzionali (artt. 19 e 20¹¹⁴ *Grundgesetz*) che costituiscono l’applicazione diretta del principio della separazione dei poteri (cd. “*Gewaltenteilung*”), a propria volta cardine politico-strutturale del concetto di *Rechtsstaat*¹¹⁵.

amministrazione “di vertice” esamina ancora una volta l’atto nella sua interezza e, se ritiene ammissibile e fondato il ricorso, procede all’annullamento o alla riforma del provvedimento medesimo. Deve infine registrarsi che – oltre a casi di rilevanti deviazioni dal procedimento appena delineato – la via del ricorso amministrativo comincia ad apparire recessiva (anche) nell’ordinamento tedesco.

¹¹¹ Un atto amministrativo è solitamente definito “*mangelhaft*” quando sia affetto da un vizio grave e non facilmente riconoscibile che, di regola, può giustificare l’annullamento del provvedimento, ove non si ricada nei casi di cui al § 46 VwVfG (per esempio, falsa interpretazione della disposizione normativa di riferimento, travisamento dei fatti, errata sussunzione di un fatto entro una cornice normativa non applicabile al caso di specie); viceversa, un provvedimento viene ricondotto alla categoria della *Unrichtigkeit* (che potrebbe rendersi con “irregolarità” nelle ipotesi di vizi minori. In tali casi, il vizio non comporta l’annullabilità del provvedimento, che può essere corretto dall’amministrazione (per esempio, casi di errori di battitura del testo). Cfr., per le esemplificazioni riportate, WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, *Fehlerhafte Verwaltungsakte*, cit., 554 ss., nonché BUMKE, *Fehler und Fehlerfolgen*, cit., 1137.

¹¹² Cfr. HOFFMANN/GERKE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 198.

¹¹³ Per questo schema riassuntivo, BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, cit. 324.

¹¹⁴ Recita l’art. 19, c. 4, prima parte: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ („Chiunque sia leso nei propri diritti ad opera della pubblica amministrazione [pubblico potere] può avvalersi del ricorso giurisdizionale”); l’art. 20, a propria volta, dispone al c. 3 che “*die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*” (“Il potere legislativo è sottoposto all’ordine costituzionale, l’esecutivo e il giudiziario sono sottoposti alla legge e alla giustizia”).

¹¹⁵ La bibliografia sul punto è virtualmente infinita. Per questa osservazione si vedano almeno POTO, *Judicial Review of Administrative Action: Procedure vs. Substance. Germany*, in CARANTA/GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen, 2011, 95 ss.; SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 2005, II. Auflage, 112 ss.;

La più complessa delle ipotesi ora ricordate – che si riallaccia a una tradizione ancora precedente rispetto alle disposizioni costituzionali appena rammentate¹¹⁶ – è senz'altro quella collegata alla discrezionalità amministrativa, anche considerando che dottrina e giurisprudenza¹¹⁷, interpretando il combinato disposto di cui ai § 40 VwVfg¹¹⁸ e 114 VwGO¹¹⁹, hanno individuato alcune macro-categorie generali di scorretto esercizio del potere discrezionale solo in parte assimilabili al concetto di “figura sintomatica” proprio dell'ordinamento italiano.

Per “*Ermessensüberschreitung*” si intende il superamento delle condizioni previste dalla disposizione attributiva del potere discrezionale¹²⁰; con l'espressione *Ermessensnichtgebrauch* (anche denominato, parallelamente alla prima figura innanzi considerata, “*Ermessensunterschreitung*”) si individua il mancato esercizio, da parte dell'Autorità amministrativa, di un potere discrezionale attribuitole dalla legge, ciò che può avvenire – come esplicitato in dottrina – per negligenza o errore di valutazione, commesso dall'Amministrazione stessa, in ordine all'esistenza dell'attribuzione di un potere di natura discrezionale.

¹¹⁶ Cfr. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, cit., 213, che riconduce le prime consapevoli elaborazioni della teoria della discrezionalità ad alcune opere – precedenti al primo conflitto mondiale – di Walter Jellinek, Friedrich Tezner e Rudolf von Laun. Ma, ancor prima, cfr. BERNATZIK, E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, 46.

¹¹⁷ Cfr. IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011, 131 ss.; JESTAEDT, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 374 ss. (che qualificano le distinte figure di eccesso di potere alla stregua di una “*triade tradizionale*”; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 148 ss.; per sistematizzazioni diverse da quella dominante, cfr. WOLFF, § 114, in SODAN/ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Baden-Baden, 2010, 2210 ss.

¹¹⁸ “*Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten*” („Ove l'Autorità amministrativa sia autorizzata dalla legge ad agire discrezionalmente, essa deve esercitare l'attività discrezionale secondo lo scopo dell'autorizzazione e deve altresì rispettare i limiti normativi del potere stesso”).

¹¹⁹ “*Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen*”. („Nella misura in cui l'Autorità amministrativa è autorizzata ad agire discrezionalmente, il Tribunale verifica anche se il provvedimento amministrativo, il rifiuto o l'omissione di un provvedimento amministrativo sono illegittimi, perché sono stati superati i limiti legislativi della discrezionalità o si è fatto un uso della stessa non rispondente allo scopo del conferimento del potere. L'Autorità amministrativa può integrare le proprie valutazioni discrezionali anche nel corso del giudizio innanzi al Tribunale amministrativo”). Si avverte che, per la traduzione dei passi legislativi appena riportati, si è preferito rendere “*Verwaltungsakt*” con “*provvedimento*” invece che, come avviene per esempio in FALCON/FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte*, Milano, 2000, giacché nel sistema tedesco la differenziazione tra provvedimento e atto amministrativo si fonda sull'attitudine alla produzione di effetti interni o esterni all'amministrazione (cd. “*Innen/Außenwirkung*”), piuttosto che su una differenziazione legislativamente accolta.

¹²⁰ Si pensi al caso in cui una specifica disposizione di legge relativa al tariffario di determinate categorie di soggetti attribuisca all'Amministrazione un potere di scelta, per la quantificazione di una spesa, entro una cornice che spazi tra 20 e 50 € e che l'Amministrazione emani un provvedimento nel quale si richiede il pagamento di 60 €.

Da ultimo, la dizione “*Ermessensfehlgebrauch*” (anche “*Ermessensmissbrauch*”) identifica – questa volta in prospettiva totalmente “interna” rispetto ai confini del potere discrezionale¹²¹ - i casi di cattivo esercizio del potere da parte dell’Amministrazione¹²².

La violazione dei presupposti (meramente) formali e procedurali comporta invece l’annullabilità del provvedimento soltanto ove il vizio incida sul contenuto della decisione amministrativa (§ 46 VwVfG), ovvero non sia sanabile (§ 45 VwVfG)¹²³.

Il più volte ricordato § 46 VwVfG, preso a modello dal legislatore italiano del 2005 nella redazione dell’art. 21-octies, c. 2, prima parte, stabilisce che un provvedimento amministrativo illegittimo affetto da un vizio di forma o procedimento (ivi compresa, per espressa dizione normativa, anche la competenza territoriale dell’Autorità emanante) debba rimanere tale, continuando a spiegare i propri effetti, nel caso in cui sia palese (“*offensichtlich*”) che l’errore non incide sul contenuto della decisione¹²⁴.

La disposizione¹²⁵, applicabile – secondo il dettato attuale – anche ai provvedimenti discrezionali¹²⁶, conosce sinora un ruolo secondario nella prassi amministrativa, anche considerando che, a fronte di difficoltà applicative di non poco rilievo – prima tra tutte, evidentemente, la stessa applicabilità del precetto normativo a provvedimenti discrezionali o di pianificazione, ove le garanzie procedurali hanno lo scopo di arricchire, da un punto di

¹²¹ Ciò che, si è visto, non avviene con riferimento alle ipotesi di *Ermessensüberschreitung* ed *Ermessensunterschreitung*, le quali descrivono un’attività amministrativa che si svolge – o non si svolge, nel secondo caso – tutta al di fuori dei limiti di discrezionalità fissati dalla legge. Per la distinzione – tutt’altro che chiara – tra confini interni ed esterni del potere discrezionale (“*innere/äußere Ermessensgrenzen*”), cfr. JESTAEDT, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, cit., 375.

¹²² Parte della dottrina identifica nell’ambito dell’*Ermessensfehlgebrauch* il particolare caso (denominato “*Ermessensdefizit*”) in cui l’amministrazione omette di considerare tutti gli interessi in gioco rilevanti ai fini della decisione ovvero tralascia circostanze di fatto importanti relativamente al quadro fattuale su cui il provvedimento deve fondarsi; ancora, si riscontrano, entro la macro-categoria in disamina, ipotesi di “*Verfehlung des Zwecks der Ermächtigung*” (“violazione del fine”), agevolmente riconducibili – in una prospettiva di diritto comparato – alla figura sintomatica dello sviamento di potere. Cfr. ASCHKE, *Ermessen*, in BADER/RONELLENFITSCH, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 394 ss.

¹²³ Cfr., in lingua italiana, SUSCA, *L’invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 563 ss.

¹²⁴ La manifesta chiarezza a cui fa riferimento il § 46 non deve essere interpretata a mente di quanto precisato con riferimento alla *Offensichtlichkeit* “positiva” di cui al § 44 (e cioè, la manifesta evidenza del vizio che comporta la nullità del provvedimento): nel caso in disamina, infatti, si tratta di una qualificazione “in negativo”, dovuta alla prova che non sussiste alcun nesso causale tra il vizio procedimentale e la decisione concretamente adottata. Cfr., chiaramente, IPSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 169.

¹²⁵ Fondamentalmente ispirata a ragioni riconducibili alla “*economia procedurale*” (sui cui BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, cit. 324. Si rammenta del resto che la disposizione trae origine, nella stesura oggi in vigore, dal *Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz* (la legge sull’accelerazione dei procedimenti autorizzatori del 1996) e che, pur essendo previste disposizioni settoriali analoghe, il § 46 ha portata generale.

¹²⁶ Prima della citata modifica del 1996, il dettato normativo faceva riferimento alla non annullabilità del provvedimento nel caso in cui fosse palese che l’amministrazione non potesse decidere in modo diverso da come effettivamente compiuto nel caso di specie (ciò che rende la “vecchia” dizione ancor più simile, nel campo d’applicazione limitato ai provvedimenti vincolati, all’art. 21-octies, c. 2 della l. n. 241/1990). Si veda, sul punto, almeno MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 283.

vista garantistico, il quadro fattuale e giuridico sul quale la decisione amministrativa incide – dottrina e giurisprudenza hanno individuato una serie di casi in cui la stessa è certamente applicabile¹²⁷.

In ordine ai vizi di natura non procedimentale ma esclusivamente formale, la disposizione si riferisce, dichiarandole irrilevanti, alle patologie minori, alle quali – in mancanza di altra disciplina – l’ordinamento ricollegherebbe senz’altro la nullità del provvedimento (§ 44 commi 1 e 2, n. 2), nonché al vizio di incompetenza territoriale (ove lo stesso non comporti nullità ai sensi del § 44, c. 2, n. 3).

Come è stato da più parti rilevato, l’impostazione “*fortemente sostanzialistica*”¹²⁸ che caratterizza la disciplina normativa dei vizi formali e procedimentali – nell’ottica di un’accelerazione dei procedimenti amministrativi¹²⁹ – è stata oggetto di severe critiche da parte di un filone dottrinale che ha ravvisato una relativizzazione delle garanzie procedurali accordate agli interessati, nonché una potenziale violazione dei principi costituzionali ed europei che presiedono alla tutela del cittadino¹³⁰; e tutto ciò in ragione di una “correttezza sostanziale” che, sul piano della prassi, appare di non facile individuazione.

A mente del § 45 VwVfG prevede la possibilità che taluni vizi formali e procedurali che non conducano a nullità, sebbene rilevanti ai sensi del ricordato § 46, possano – a determinate condizioni – essere oggetto di sanatoria. Conseguenza del procedimento di sanatoria è l’eliminazione – con efficacia *ex tunc*¹³¹ - del vizio formale o procedimentale, e la qualificazione del provvedimento come formalmente corretto¹³².

¹²⁷ Si tratta, per esempio, di ipotesi nelle quali lo scopo della disposizione procedurale violata sia stato raggiunto per altre vie (cfr. KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 971 ss.). Sono esclusi dall’applicabilità del § 46 i “vizi procedimentali assoluti” (cd. “*Absolute Verfahrensfehler*”), individuati normativamente nei casi che conducono a nullità del provvedimento (a mente del § 44, c. 2, nn. 1,2,3, nonché l’incompetenza funzionale e per materia) e per via giurisprudenziale nelle ipotesi di violazione di una disposizione che ricolleggi la partecipazione procedimentale di un terzo alla efficacia del provvedimento e di partecipazione di un comune a un procedimento di pianificazione sovralocale, in ragione dello stretto collegamento tra disposizione procedimentale ed effettività dell’azione amministrativa con riferimento ai soggetti pretermessi. Si rileva, comunque, che la categoria dei vizi procedimentali assoluti tende a essere considerata, anche in prospettiva giurisprudenziale, come regolamentazione del tutto particolare rispetto al sistema generale sopra delineato (cfr. LADENBURGER, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, Berlin – Heidelberg, 1999, 284 ss.).

¹²⁸ Così, letteralmente, DE LUCIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento tedesco*, cit., 253.

¹²⁹ Ma anche – si veda VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 20 – nell’ottica dei concreti effetti esplicati dalle disposizioni procedimentali sui beni giuridici tutelati.

¹³⁰ Cfr. la dottrina citata in DE LUCIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento tedesco*, cit., 252. Sui delicati – e irrisolti – rapporti tra la disposizione in commento e il dettato costituzionale relativamente al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (Art. 19 GG), ancora IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 169; LADENBURGER, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, cit., 248 ss.

¹³¹ La questione dell’efficacia della sanatoria è a tutt’oggi oggetto di ampia discussione dottrinale. Secondo l’orientamento dominante, la rimozione del vizio ha efficacia *ex tunc*, dovendo considerarsi il provvedimento come pienamente legittimo sin dal momento della sua emanazione (cfr. STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, cit., 1323; ERBGUTH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 167; DE LUCIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento tedesco*, cit., 256). Altra dottrina ha evidenziato

La disposizione in commento, piuttosto complessa, dispone alcuni limiti di ordine temporale alla proposizione della sanatoria, ai quali si accompagnano talune limitazioni relative ai vizi oggettivamente sanabili.

In ordine ai primi, occorre rimarcare che – a seguito della riscrittura dovuta all’entrata in vigore di due leggi modificative della dizione originale del § 45 (1996 e 2002) – la sanatoria può intervenire entro l’ultima istanza di fatto del procedimento giurisdizionale, mentre, nella versione precedente, la stessa poteva darsi soltanto entro la conclusione dell’eventuale ricorso amministrativo. Da quanto esplicitato consegue che la nuova dizione del § 45 estende la possibilità che l’amministrazione addivenga a una sanatoria anche nel corso del procedimento giurisdizionale – quando, cioè, sia già venuta meno la possibilità di intervenire sul piano procedimentale amministrativo.

Tale circostanza ha indotto parte della dottrina a identificare il rischio nemmeno troppo remoto che una siffatta disciplina – così sbilanciata rispetto al rapporto tra cittadino e pubblico potere – contribuisca alla degenerazione delle modalità di sanatoria dei vizi formali e procedimentali in una vera e propria “farsa”, frustrando le aspettative del soggetto interessato e permettendo una tarda, indiscriminata revisione del provvedimento¹³³.

In ordine ai vizi sanabili, la disposizione prevede espressamente cinque ipotesi, senza peraltro chiarire se tale elencazione debba considerarsi o meno tassativa¹³⁴.

La prima ipotesi di vizio suscettibile di sanatoria attiene al caso, relativo a provvedimenti amministrativi “ampliativi” in cui l’istanza per il rilascio di un provvedimento sia presentata dall’interessato successivamente alla conclusione del relativo procedimento. La disposizione consente, dunque, al privato di conservare a suo vantaggio l’attività procedimentale posta in essere dall’amministrazione, ancorché la stessa abbia iniziato un procedimento ad istanza di parte senza che l’interessato abbia avanzato la necessaria istanza¹³⁵. Va tuttavia precisato che il privato – invece di fornire tardivamente una base al

come – ancorché il dettato della disposizione in parola nulla specifichi relativamente all’efficacia temporale della sanatoria – la qualificazione di “irrilevanza” attribuita al vizio sanato deve interpretarsi come rilevante tanto per il futuro, quanto per il passato (così, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 280).

¹³² Circa i rapporti tra § 45 e § 46, è appena il caso di rilevare come, una volta intervenuta la sanatoria, non debba esaminarsi l’irrilevanza dei vizi procedimentali e formali in quanto, appunto, sanati.

¹³³ Secondo le dure critiche avanzate da BUMKE, *Fehler und Fehlerfolgen*, cit., 1127, “*Die Gefahr, dass auf diese Weise die Verfahrens- und Formschriften zur Farce verkommen, ist vorhanden (...)*”. Meno problemi comporta, invece, l’utilizzo dello strumento della sanatoria in costanza di ricorso amministrativo, specie nel caso in cui l’autorità decidente abbia gli stessi poteri dell’autorità emanante (si è già visto come, nel corso del *Widerspruchsverfahren*, possano essere coinvolte tanto l’amministrazione emanante (“*Ausgangsbehörde*”), quanto quella gerarchicamente sovraordinata (“*Widerspruchsbehörde*”).

¹³⁴ Cfr. la dottrina indicata in DE LUCIA, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento tedesco*, cit., 256 nonché ASCHKE, *Ermessen*, cit., 486.

¹³⁵ Si ricorda che, ai sensi del § 22 VwVfG, l’Autorità amministrativa decide discrezionalmente se instaurare un procedimento amministrativo. Ciò non si applica ove la legge preveda 1) che l’amministrazione debba agire

procedimento amministrativo, può comunque decidere di agire per la propria tutela (ancorché l'applicazione della disposizione in esame sia esclusa in presenza di uno specifico divieto di legge ovvero di un termine di presentazione dell'istanza).

La seconda ipotesi prevista dalla disposizione attiene al vizio di carenza o insufficienza della motivazione del provvedimento: a mente del § 45, infatti, l'amministrazione può sanare l'atto viziato portando a conoscenza (con le forme previste dal § 41, relativo alla comunicazione del provvedimento) la motivazione mancante o insufficiente, specificandone puntualmente i contenuti siccome delineati nel § 39, c. 1 (dedicato, appunto, alla motivazione del provvedimento)¹³⁶.

Ai sensi del § 45, n. 3 si stabilisce che anche le audizioni dei soggetti interessati – che devono poter partecipare attivamente allo svolgersi del procedimento amministrativo (cfr. § 28) – costituiscono, in via di principio, ipotesi di vizio sanabile ai sensi della disposizione stessa.

E' evidente che, sul piano della completezza istruttoria e della pienezza delle garanzie accordate al soggetto interessato, l'audizione raggiunge il suo scopo procedimentale soltanto ove sia raccolta prima della conclusione del procedimento¹³⁷.

Nondimeno, il § 45 permette che, sul presupposto che l'audizione tardiva, funzionale rispetto al procedimento, sia in grado di incidere effettivamente sulla decisione in concreto adottata (cd. "principio di equivalenza", che parifica l'utilità dell'audizione successiva a quella raccolta al momento normativamente previsto, elidendo l'effetto lesivo della violazione formale/procedimentale)¹³⁸, si dia luogo alla stessa dinanzi all'autorità amministrativa competente¹³⁹.

d'ufficio o su istanza di parte 2) che l'amministrazione non possa agire che su istanza di parte e che la stessa non sia presentata.

¹³⁶ Come bene rileva DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 257, il caso è fondamentalmente diverso dalla possibilità, prevista dal § 114 VwGO, di parziale rinnovazione dell'esercizio del potere discrezionale mediante l'*aggiunta* di motivi (anche) nel corso del giudizio, che concerne la sanatoria di un vizio propriamente *sostanziale* (cioè: l'insufficienza nel merito di una motivazione precedentemente espressa; invero, anche su tale ultima disposizione si sono diretti gli strali della dottrina), con il limite – secondo la dottrina dominante – dell'immodificabilità dell'essenza dell'atto stesso (*contra*, tra gli altri, SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 2009, 278).

¹³⁷ Così, KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 961 (in particolare, 23).

¹³⁸ Cfr. HOFFMAN/GERKE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. 200. Ciò che implica necessariamente che vi sia uno "spazio decisionale" ancora aperto in ordine al contenuto dell'atto già emanato, il che apre delicati profili problematici relativamente alle scelte discrezionali dell'amministrazione nei casi in cui, come nell'ipotesi in disamina – invero la più frequente nella prassi – il vizio formale si inserisca in un contesto tale che sia difficile separarlo dalla sostanza (cfr. DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 257).

¹³⁹ La dottrina dominante (per tutti, KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 962, 27) non ritiene sufficiente l'audizione tardiva svolta nel corso del procedimento giurisdizionale, dovendo la stessa essere assunta nell'ambito dell'azione amministrativa.

Un quarto caso suscettibile di sanatoria secondo il dettato della disposizione in parola prevede (salvo che il vizio non comporti nullità) l'irrelevanza dell'adozione tardiva di una decisione di natura non discrezionale, necessaria all'emanazione dell'atto, da parte di una commissione amministrativa. Si precisa che l'adozione dell'atto mancante deve essere prevista dalla legge e, comunque, deve rilevare – secondo il cennato principio del raggiungimento dello scopo – per i fini sottesi alla partecipazione procedimentale (“*Mitwirkung*”) dell'autorità pretermessa.

Chiude la disposizione una serie di precetti di coordinamento, opportunamente inseriti per regolare i rapporti tra ordinamento processuale e regime sostanziale, relativi a taluni profili eminentemente processuali (tra cui la rimessione in termini nei casi di cui ai nn. 2 e 3 – motivazione e audizione)¹⁴⁰.

Su un piano più generale, deve rammentarsi che anche l'ordinamento tedesco conosce la figura della illegittimità parziale (“*Teilrechtswidrigkeit*”). Lo stato d'illegittimità parziale del provvedimento può essere riconosciuto purché 1) il provvedimento parzialmente affetto da vizio sia scorporabile, di talché si possa circoscrivere, isolandola, la parte illegittima, mantenendo inalterato il restante contenuto precettivo; 2) l'autorità amministrativa abbia il potere di emanare l'atto anche omettendo la parte viziata¹⁴¹.

Occorre a questo punto soffermarsi sulla possibilità di conversione del provvedimento amministrativo invalido (“*Umdeutung*” o, meno frequentemente, “*Konversion*”), di cui in parte già si è detto con riferimento alla nullità.

Sebbene, come pure è stato ricordato, la conversione, disciplinata al § 47 VwVfG, sia un istituto non particolarmente rilevante nel contesto del diritto amministrativo tedesco¹⁴², vale la pena di rammentare come – sulla base del corrispondente dettato normativo di cui al §

¹⁴⁰ Sul punto si rimanda alla sintesi proposta da DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 258.

¹⁴¹ In ordine al problema della “volontà” dell'amministrazione rispetto al mantenimento nel mondo giuridico della parte di provvedimento non illegittima, cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 288, ove si distingue tra attività vincolata (in cui non rileva – sulla scorta del principio civilistico dell'autonomia privata – la volontà dell'amministrazione, ma l'obbligo di emanare il provvedimento) e attività discrezionale (nella quale si può ritenere che l'amministrazione, che non avrebbe emanato l'atto senza la parte considerata illegittima, possa – a determinate condizioni – decidere di lasciar cadere anche il provvedimento nella sua parte legittima).

¹⁴² Cfr., per tutti, RUFFERT, *Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis*, in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 702, 12.

140 BGB¹⁴³ – la conversione debba ritenersi applicabile tanto ai provvedimenti nulli, quanto a quelli annullabili¹⁴⁴.

I presupposti normativi perché si ammetta la conversione dell'atto – che secondo la dottrina oggi dominante avviene *ex lege*, senza perciò che sia necessario un provvedimento amministrativo apposito emanato dall'autorità che ha originariamente emesso il l'atto¹⁴⁵ – sono espressamente indicati dal § 47: il c. 1 stabilisce che *“il provvedimento invalido può essere convertito, da parte dell'autorità che abbia emanato l'atto, in altro provvedimento amministrativo che abbia lo stesso scopo, ove quest'ultimo possa essere regolarmente emesso nel corso del medesimo procedimento e con la stessa forma, sussistendone i presupposti”*¹⁴⁶. Ai sensi del c. 2, che pone una restrizione del campo applicativo della conversione, il c. 1 non è applicabile nel caso in cui il provvedimento risultante dalla conversione contraddica la volontà dell'amministrazione ovvero nel caso in cui le conseguenze del provvedimento siano più sfavorevoli per l'interessato rispetto a quelle risultanti dall'atto viziato, ovvero, infine, nel caso in cui l'atto viziato non sia revocabile.

A mente del c. 3, deve escludersi la possibilità di conversione di un atto amministrativo vincolato in provvedimento discrezionale.

A conclusione della rilevazione sopra proposta, merita ricordare – seppure per sommi capi – la complessa formulazione normativa dei provvedimenti di annullamento d'ufficio (*“Rücknahme”*) e di revoca (*“Widerruf”*)¹⁴⁷, cui si ricollega idealmente l'intricata e lungamente dibattuta questione relativa al bilanciamento tra legalità dell'azione amministrativa e principio del legittimo affidamento del soggetto interessato¹⁴⁸.

¹⁴³ *“Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde”* (“Ove un negozio giuridico nullo soddisfi i requisiti di altro negozio giuridico, allora vale quest'ultimo, quando si consideri che le parti lo avrebbero comunque voluto se avessero conosciuto la causa di nullità”).

¹⁴⁴ Cfr., tra gli altri, IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. 170; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 286; DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, cit., 258.

¹⁴⁵ Cfr., per questa soluzione, RUFFERT, *Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis*, in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 703, 12, secondo il quale – dunque – la stessa può avvenire (anche) nel corso del procedimento giurisdizionale, durante il quale l'interessato può invocare l'applicabilità *ex lege* della conversione, ricorrendone i presupposti sanciti dalla disposizione; negli stessi termini, anche se problematizzando il tema, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 286; *contra* KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., 961.

¹⁴⁶ Il c. 4 della medesima disposizione stabilisce l'applicabilità per analogia del § 28, relativo all'audizione del soggetto interessato.

¹⁴⁷ Che costituiscono specificazioni della generale categoria dell'annullamento (*“Aufhebung”*). Cfr., sul punto, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 296; in lingua italiana, la pregevole sintesi proposta in SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 453 ss.

¹⁴⁸ Di *“problema fondamentale”* parlano, con riguardo al trattamento degli atti annullabili *ex officio* o revocabili, BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, cit., 334 ss. Per un quadro d'insieme della stratificata vicenda normativa che ha interessato le disposizioni di cui ai §§ 48, 49, 50 e 51 VwVfG, cfr., tra i tanti, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 302 ss.; IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 174 ss.

Già prima dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo, l'ordinamento tedesco riconosce che l'annullamento d'ufficio si riferisce ai provvedimenti illegittimi, mentre la revoca attiene all'eliminazione dal mondo giuridico di provvedimenti legittimi, legittimando – per via essenzialmente giurisprudenziale – una lettura particolarmente rigida dei provvedimenti di ritiro (in particolare, dell'annullamento d'ufficio) in ragione dell'esigenza di ristabilire la legalità violata.

Tale severa interpretazione dei meccanismi di autotutela, nel corso degli anni '50 del secolo scorso, si orienta ad una prospettiva diversa e più rispettosa dell'eventuale affidamento ingenerato in capo al privato, nel caso rilevino provvedimenti amministrativi ampliativi, dando spazio a una valutazione discrezionale relativamente al contemperamento d'interessi che con attengono più soltanto al carattere di tutela della legalità amministrativa ma riguardano la certezza del diritto e, in particolare, la posizione del soggetto interessato dall'annullamento del provvedimento.

La legge generale sul procedimento costituisce, in questo senso, la stabilizzazione per via normativa della svolta giurisprudenziale anzidetta.

Stabilendo un'eccezione al principio del libero ritiro (*“freie Rücknehmbarkeit”*) sancito al c. 1, prima parte, del § 48 VwVfG, la stessa disposizione, nella seconda parte, riconosce l'applicabilità degli istituti in parola ai provvedimenti ampliativi, che fondino o confermino un diritto (cd. *“begünstigende Verwaltungsakte”*) ovvero un vantaggio soltanto entro i limiti previsti ai commi da 2 a 4.

Il c. 2 stabilisce la tendenziale impossibilità di annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo che accordi una prestazione pecuniaria *una tantum* ovvero in via continuativa, o una prestazione di beni, o che ne sia un presupposto, non può essere annullato nella misura in cui l'interessato abbia fatto affidamento sulla validità del provvedimento e, a seguito di un bilanciamento con l'interesse pubblico al ritiro dell'atto, tale affidamento risulti essere meritevole di tutela.

A mente dello stesso c. 2, l'affidamento del privato è degno di tutela ove il soggetto abbia già consumato le prestazioni accordate dal provvedimento ovvero abbia già dato, sulla base del contenuto dispositivo del medesimo, disposizioni patrimoniali non più modificabili.

Il c. 2 prevede opportunamente – con ciò specificando gli altrimenti generici requisiti appena rammentati¹⁴⁹ e delimitando puntualmente i presupposti oggettivi utili all'invocazione dell'affidamento *legittimo* – che in ogni caso l'interessato non possa invocare lo stesso ove I) abbia ottenuto il provvedimento mediante dolo, minaccia o corruzione; II) abbia ottenuto il

¹⁴⁹ Per questa osservazione, IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 176.

provvedimento fornendo informazioni errate o incomplete rispetto a elementi essenziali dello stesso; III) abbia conosciuto l'illegittimità del provvedimento o l'abbia ignorata per grave negligenza (nel qual caso, l'atto viene solitamente annullato con effetto retroattivo).

Nelle ipotesi in cui il provvedimento in parola non ricada entro il campo d'applicazione delimitato nel c. 2, l'autorità amministrativa, procedendo all'annullamento d'ufficio del provvedimento, deve – su richiesta del soggetto interessato il cui affidamento (meritevole di tutela) sia frustrato dall'annullamento dell'atto – compensare, in capo al privato, il pregiudizio patrimoniale conseguente. Presupposto per la compensazione del sacrificio economico è, sul piano temporale, la presentazione della relativa istanza all'autorità procedente entro un anno dalla segnalazione dell'avvio del procedimento; la determinazione, da parte dell'autorità amministrativa, dell'ammontare della compensazione da corrispondere all'interessato è in ogni caso stabilita entro e non oltre i limiti del sacrificio oggettivamente sofferto (c. 3).

A mente del c. 4, l'annullamento d'ufficio deve avvenire entro un anno dal momento in cui l'amministrazione ha avuto contezza dell'illegittimità del provvedimento, salvo che lo stesso sia stato ottenuto mediante dolo, minaccia o corruzione, nel qual caso non sono posti limiti temporali all'azione amministrativa, indipendentemente – come recita il c. 5 – dall'intervenuta inoppugnabilità per via giurisdizionale del provvedimento stesso.

La revoca del provvedimento amministrativo è regolata dal disposto del § 49 VwVfG, il quale stabilisce la revocabilità totale o parziale con efficacia *ex nunc* di un provvedimento legittimo restrittivo della sfera giuridica del destinatario ("*belastender Verwaltungsakt*"), salvo nel caso che debba successivamente essere emanato un atto avente il medesimo contenuto o che non possa procedersi a revoca per altri motivi.

Il c. 2 prevede poi che un atto amministrativo ampliativo (legittimo) possa essere totalmente o parzialmente revocato con efficacia *ex nunc* soltanto ove I) la revoca sia autorizzata da una disposizione di legge ovvero sia prevista dall'atto medesimo; II) la revoca sia collegata a un obbligo al quale l'interessato non abbia adempiuto o non abbia adempiuto nei termini temporali previsti; III) l'amministrazione non sia in grado, per sopravvenuto mutamento delle circostanze di fatto, di emanare il medesimo l'atto, e una mancata revoca dello stesso comporti un pericolo per l'interesse pubblico; IV) l'amministrazione sia autorizzata, per sopravvenuti motivi di diritto, a non emanare il l'atto, nella misura in cui l'interessato non abbia già fatto uso del diritto accordatogli o non abbia ancora ricevuto la prestazione identificata dall'atto stesso, e una mancata revoca del provvedimento comporti un

pericolo per l'interesse pubblico; V) vi sia necessità di prevenire o neutralizzare gravi pregiudizi per la collettività.

Ai casi individuati al comma 2 è applicabile, per analogia, quanto previsto dal citato § 48, c. 4 relativamente ai limiti temporali di reazione del pubblico potere alla necessità di addivenire a una revoca.

Il c. 3 dispone che, ove il provvedimento amministrativo preveda il pagamento di una somma di denaro *una tantum* ovvero in via continuativa, o una prestazione di beni, o ne sia un presupposto, lo stesso possa essere oggetto di revoca, anche con effetto retroattivo, se I) l'interessato non abbia fatto uso della prestazione o non ne abbia fatto uso secondo il fine previsto dal provvedimento; II) l'atto sia collegato a un obbligo al quale l'interessato non abbia adempiuto o non abbia adempiuto nei termini temporali previsti.

Anche per questi casi è prevista l'applicabilità per analogia del più volte rammentato § 48, c. 4.

Nelle ipotesi previste dal c. 2, nn. 3, 4 e 5, inoltre, l'amministrazione procedente, su richiesta dell'interessato, accorda un indennizzo ("*Entschädigung*") per la perdita patrimoniale da questi subita. Per la risoluzione delle controversie concernenti l'indennizzo è prevista, al c. 6, la giurisdizione del giudice ordinario.

La legge generale sul procedimento amministrativo stabilisce infine talune regole relativamente ai rimborsi e agli interessi dovuti al privato in caso di revoca o annullamento d'ufficio (§ 49 a), ai limiti della revoca o dell'annullamento durante una procedura di ricorso – amministrativa o giurisdizionale (§ 50), alla riapertura del procedimento amministrativo (§ 51)¹⁵⁰.

- *L'annullabilità/illegittimità dell'atto amministrativo nell'esperienza francese*

Sebbene il sistema francese conosca, come già ricordato, una classica tripartizione dei vizi che conducono all'invalidità (e cioè: illegittimità, nullità, inesistenza), vale la pena di rimarcare, una volta di più, come l'autonomia del diritto pubblico abbia storicamente condotto a una netta separazione teorica della teoria dell'invalidità in diritto amministrativo rispetto a

¹⁵⁰ Un inquadramento di queste tematiche relativamente al piano della normazione interna e rispetto al recepimento in diritto tedesco della giurisprudenza della CGUE in tema di annullamento d'ufficio e revoca di provvedimenti amministrativi restrittivi contrastanti con il diritto dell'Unione Europea è fornito in ENGLISCH, *Anspruch auf Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig belastender Verwaltungsakte nach Eintritt der Bestandskraft?* Die Verwaltung, Vol 41, n. 1, 2008, 102 ss.

quella, tradizionale, propria del diritto privato¹⁵¹ (ciò che, invece, accade con meno persistenza in seno ai sistemi di matrice germanica).

Sul piano del diritto amministrativo francese, la nozione di “*invalidité*” come formulata ed elaborata nella dottrina privatistica non conosce, infatti, particolare successo, essendole preferita la più specifica “*illégalité*” (illegittimità), cui pare attribuirsi una particolare attitudine generalizzante con riguardo alle patologie del provvedimento amministrativo¹⁵².

Nella tradizione dottrinale del diritto amministrativo francese il tema dell’illegittimità è per mille fili collegato al concetto – particolarmente caro e sviluppato nel sistema in disamina – di “blocco di legalità”.

Tale “*bloc de légalité*” viene inteso come principio direttivo dell’attività e della responsabilità amministrativa e come spazio di manovra dell’amministrazione stessa, entro il quale l’azione pubblica deve collocare gli estremi dell’attività provvedimentale¹⁵³.

Senza pretendere di passare in rassegna tutte le notevoli implicazioni del principio di legalità quale parametro dell’azione amministrativa nel modello transalpino, occorre comunque rammentare che la sottoposizione dell’amministrazione all’anzidetto principio comporta, in sintesi, almeno due distinte conseguenze che definiscono lo “spazio di legalità” concesso dall’ordinamento all’amministrazione stessa: l’obbligo di conformità (“*obligation de conformité*”), che impone il rispetto della legge nell’emanazione di atti amministrativi, e l’obbligo d’iniziativa (“*obligation d’initiative*”), relativo all’attuazione, in via amministrativa, di regolamenti, leggi e sentenze.

Ed è invero al primo degli aspetti dianzi ricordati che si riallaccia il discorso circa la figura dell’illegittimità provvedimentale¹⁵⁴.

Merita anzitutto rilevare che – senza addentrarsi nel complesso sistema giurisdizionale¹⁵⁵ – il diritto amministrativo francese conosce diversi “*recours contentieux*”,

¹⁵¹ Cfr. BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 229 ss.

¹⁵² Tale specificità dell’invalidità amministrativa rispetto a quella civilistica è rinvenibile – con differenziazioni ben maggiori rispetto al sistema tedesco – anche in ordine ai mezzi di reazione al provvedimento illegittimo. Va tuttavia precisato che, sul piano terminologico, il sistema francese ricollega direttamente l’annullamento del provvedimento (*rectius*: gli effetti dell’annullamento) alla categoria della nullità, sicché la manualistica d’oltralpe non tratta mai direttamente del provvedimento amministrativo illegittimo in quanto tale, ma al provvedimento in quanto “reso nullo” a seguito di un ricorso esperito con successo.

¹⁵³ Cfr., per esempio, CHAPUS, *Droit administratif général*, I, Montchrestien, Paris, 2001, 1011 ss. Si tratta di un principio che corrisponde alla necessità di sottoporre tutti i rami dell’amministrazione pubblica, quale che sia la loro posizione gerarchica, a un insieme di regole di diritto denominate, appunto, “*bloc de légalité*” (per esempio, Conseil d’Etat CE, 12.2. 1960, *Société Eky*).

¹⁵⁴ Si avverte sin d’ora, sulla scorta di quanto già precisato rispetto alle specificità terminologiche del sistema francese, che il termine “*illégalité*” verrà direttamente tradotto con l’italiano “illegittimità”.

¹⁵⁵ Si ricorda soltanto che l’ordinamento francese prevede un riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sono fondati sulla natura – in senso lato – pubblica (giudice amministrativo) o privata

che si distinguono – sulla scorta di una ormai classica ripartizione¹⁵⁶ – a seconda dei poteri attribuiti al giudice amministrativo: il “*contentieux de pleine juridiction*”; il “*contentieux de l’annulation*”, il “*contentieux de l’interprétation et de l’appréciation de la légalité*” e il “*contentieux de la répression*”¹⁵⁷.

L’ipotesi più rilevante, anche in questo caso, è senz’altro il contenzioso volto all’annullamento dell’atto¹⁵⁸.

Introducendo il sistema del *recours pour excès de pouvoir* occorre ricordare come la classificazione dei vizi ivi raccolti – che si esaminerà innanzi – abbia una stratificazione storica piuttosto travagliata: inizialmente¹⁵⁹ le sole cause d’illegittimità attribuite al sindacato del giudice sono soltanto quelle ricollegabili all’incompetenza e ai vizi formali; in epoca successiva appare lo strumento del “*détournement de pouvoir*”, che determina la possibilità di vagliare la concreta rispondenza dell’atto amministrativo rispetto al fine astrattamente perseguibile.

Sino al 1864, i vizi relativi al contenuto “interno” del provvedimento sono sindacabili attraverso uno specifico (e distinto) ricorso giurisdizionale per “*violation de la loi et des droits acquis*”, più limitato quanto ai soggetti legittimati a proporlo (concentrato, in questo caso, sulla violazione di diritti soggettivi; necessitando di maggiori poteri del giudice, è inquadrato nel campo del contenzioso di piena giurisdizione¹⁶⁰).

Successivamente, anche i casi di vizio del contenuto dell’atto sono ricondotti al “calderone” dell’eccesso di potere, giungendo a formare il sistema oggi noto, fondato

dell’atto (giudice ordinario). Va anche rammentato che la Costituzione della quinta Repubblica (1958) non prevede espressamente, in ossequio alla tradizionale separazione dei poteri, una giurisdizione amministrativa, essendo i giudici amministrativi essenzialmente qualificati alla stregua di funzionari. La giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* ha, nel tempo, portato a una progressiva costituzionalizzazione dello statuto dei giudici amministrativi, riconoscendone, a partire dagli anni ’80, l’indipendenza rispetto al potere esecutivo. Si veda, sul punto, BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 233.

¹⁵⁶ Secondo concorde dottrina, la differenziazione dei ricorsi contenziosi è attribuibile a Laferrière. Cfr., sul punto, FRIER/PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2010, 773.

¹⁵⁷ Negli anni sono state proposte anche altre classificazioni, tra cui sono da ricordare almeno quelle di DUGUIT, che nel suo *Traité de droit constitutionnel* (1923) distingue un contenzioso oggettivo (che si riannoda a una questione di diritto) e un contenzioso soggettivo (che si caratterizza per la pretesa lesione della situazione giuridica del singolo ricorrente o di suoi diritti individuali), e quella, bipartita e meno complessa, proposta da CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., 1012. Cfr., per uno sguardo sulle due prospettive, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2010, 774.

¹⁵⁸ Tale è, appunto, il *recours pour excès de pouvoir*. E’ stato sottolineato in dottrina come non si debba “*pas trop exagérer l’influence de la classification des contentieux. La seule distinction d’importance est celle du recours pour excès de pouvoir et des autres recours. Le recours pour excès de pouvoir bénéficie, en effet, en raison de son but d’intérêt général, d’un régime de faveur*”. Così, DEBBASCH, *Droit administratif*, Paris, 1968, 462.

¹⁵⁹ Il Consiglio di Stato francese nasce, come istituzione giudiziaria e consultiva, con la legge 13 dicembre 1799, sebbene il *Conseil du Roi* – e prima ancora la *Curia Regis* – avessero già poteri sostanzialmente simili (cfr. <http://www.conseil-etat.fr/fr/naissance-et-evolution>).

¹⁶⁰ Il contenzioso di piena giurisdizione conferisce maggiori poteri del giudice, che può anche modificare o sostituire il provvedimento (i casi più rilevanti di giurisdizione piena sono il contenzioso elettorale, contrattuale e fiscale, nonché il contenzioso relativo alla responsabilità dell’amministrazione).

essenzialmente su due “blocchi di invalidità”, riconducibili, da un canto, alla *légalité externe* e, dall’altro, alla *légalité interne*, secondo i canoni appena delineati.

Una sistemazione dottrinale durevole dei “casi di apertura” dell’eccesso di potere – e cioè dei vizi suscettibili di invalidare un provvedimento – è dovuta, una volta ancora, all’opera di Laferrière¹⁶¹, il quale distingue, nell’ambito dell’eccesso di potere, quattro “*cas d’ouverture*”: l’incompetenza, i vizi formali (cd. “*légalité externe*”)¹⁶², lo sviamento di potere e la violazione di legge e dei diritti acquisiti (cd. “*légalité interne*”)¹⁶³.

Sebbene questa classificazione abbia subito diverse critiche e siano state discusse altre sistematizzazioni dei casi di apertura dell’eccesso di potere¹⁶⁴, viene solitamente notato che – oltre ad avere un indubbio valore storico e pratico – la stessa non si differenzia in maniera particolarmente notevole dalle classificazioni successivamente proposte¹⁶⁵ e che, anzi, la portata della tradizione francese è direttamente immessa nel tessuto normativo sovranazionale europeo, il quale – almeno con riguardo al controllo di legittimità degli atti amministrativi dell’Unione (art. 264, par. 2 TFUE) – riprende testualmente i classici casi d’apertura elaborati nell’ordinamento transalpino.

Secondo la concezione unitaria della legalità che emerge dal dettato costituzionale, il ricorso per eccesso di potere può concernere tutte le violazioni della stessa, intese come “*l’ensemble des règles juridiques applicables à l’acte considéré*”¹⁶⁶, sia che esse siano astrattamente riconducibili a violazioni della Costituzione e dei principi generali dell’ordinamento, sia che riguardino violazioni di legge o regolamento.

Vale la pena, giunti a questo punto, passare in breve rassegna i singoli vizi del provvedimento idonei a fondare – a determinate condizioni concernenti specifici profili processuali¹⁶⁷ – l’impugnazione dello stesso mediante lo strumento del *recours pour excès de pouvoir*.

¹⁶¹ Cfr., LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, II, Paris, 1888, 496 ss. Come nota CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., 1019, gli stessi vizi (o, meglio, mezzi giuridici per contrastare l’invalidità dell’atto) non sono esclusivamente invocabili nell’ambito del *recours pour excès de pouvoir* ma possono (anche) fondare altri tipi di ricorso (per esempio, il contenzioso di piena giurisdizione).

¹⁶² Deve rammentarsi sin d’ora come, almeno nella classificazione tradizionale, i vizi formali del provvedimento siano da intendersi come “formalità imposte dalla legge”. Per questa precisazione, FRIER/PETIT, *Précis de droit administratif*, cit., 482.

¹⁶³ Per violazione di legge si intende anche la falsa applicazione e la falsa interpretazione, anche con riferimento alle circostanze di fatto.

¹⁶⁴ Cfr. quanto specificato, sul punto, in FRIER/PETIT, *Précis de droit administratif*, cit., 482.

¹⁶⁵ Così, letteralmente, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2008, 622.

¹⁶⁶ Cfr., ancora, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 623, che fornisce un’accurata e ampia descrizione del *bloc de légalité* che il giudice amministrativo è chiamato ad assicurare.

¹⁶⁷ Tra cui l’interesse ad agire, l’assenza di ricorsi paralleli e il rispetto del termine d’impugnazione (di regola, due mesi). Per un’analisi compiuta, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 779 ss.

In ordine alla “*légalité externe*”, rileva anzitutto il vizio di incompetenza, che peraltro è direttamente ricollegato – nel sistema francese – a una funzione di garanzia dell’ordine pubblico (ed è perciò qualificato alla stregua di “*moyen d’ordre public*”). Conseguenza rilevante dell’anzidetta classificazione è, sul piano procedurale, la rilevabilità d’ufficio dell’incompetenza da parte del giudice in ogni stato e grado del giudizio, anche in appello, salvo regolarizzazione dei profili viziati da parte dell’amministrazione competente, mediante l’emanazione di un ulteriore provvedimento¹⁶⁸.

Nell’eventualità in cui l’amministrazione competente non ritenga di dover intervenire, l’incompetenza dell’autorità emanante viene ricondotta a I) incompetenza temporale (*ratione temporis*); II) incompetenza territoriale (*ratione loci*); III) incompetenza materiale (*ratione materiae*), che è statisticamente l’ipotesi che ricorre con maggiore frequenza nella giurisprudenza (per esempio in materia di delega di poteri e di firma)¹⁶⁹.

In ordine ai vizi di forma e procedura, merita ricordare che “forma” e “procedura” sono elementi del tutto distinti, rilevando la prima come “presentazione materiale dell’atto” (come efficacemente è stato detto: “*lo strumento, non il negozio*”¹⁷⁰) e la seconda alla stregua di “procedimento di elaborazione” dello stesso.

Relativamente ai vizi formali, che comportano la nullità dell’atto, è interessante – in una prospettiva comparatistica – notare come il sistema francese distingua tra formalità *sostanziali* e formalità *accessorie* (o, più propriamente, non sostanziali), identificando queste ultime come quei vizi esteriori dell’atto che non abbiano inciso sul contenuto dello stesso né sulle garanzie accordate al soggetto interessato destinatario del provvedimento¹⁷¹.

Deve infine segnalarsi come la giurisprudenza – anche assai risalente – individui una serie di ipotesi nelle quali la formalità in parola è disposta nel solo interesse dell’amministrazione, ovvero sia sanata, o, ancora, identifichi casi in cui non sia oggettivamente possibile porre rimedio al vizio¹⁷².

¹⁶⁸ Tra gli altri, cfr. BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 237. Sul piano giurisprudenziale, almeno CAA [Cour Administrative d’Appel], Lyon, 20.5.1999, “*SA Comalait Industries*”.

¹⁶⁹ Occorre comunque ricordare che, nelle ipotesi particolarmente gravi di incompetenza materiale, come l’usurpazione di funzioni, l’atto viziato è riconosciuto come inesistente. Vale la pena di sottolineare come l’ordinamento francese preveda, in ordine alla competenza, una serie di regole eccezionali che permettono l’esercizio ad interim di un potere, ovvero fanno riferimento a un – condizionato – meccanismo di “*délégation*”. Cfr., sul punto, BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 237.

¹⁷⁰ Così, letteralmente, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 786.

¹⁷¹ Deve peraltro ricordarsi che tanto i vizi di forma, quanto quelli di procedura, non costituiscono nell’insieme un numero elevato di casi. Il vizio di procedura forse più rilevante, sul piano pratico, è la mancata o irregolare previa consultazione dei soggetti interessati in seno al procedimento. Cfr., per esemplificazioni, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 626.

¹⁷² Per una breve ma significativa panoramica giurisprudenziale sui singoli casi, BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 238.

In ordine ai vizi facenti capo alla “*légalité interne*”, che intaccano il contenuto dispositivo dell’atto, il *détournement de pouvoir* è, se non il più frequentemente utilizzato¹⁷³, almeno il caso patologico di maggiore interesse sistematico.

Lo sviamento di potere, riconosciuto per la prima volta nel 1875 (*Arrêt Pariset*¹⁷⁴), attiene al perseguimento di un fine diverso da quello attribuito dalla legge all’attività di una determinata amministrazione, la quale – dunque – “voltando le spalle” al fine (pre)stabilito dalla legge, pone in essere un provvedimento “contenutisticamente viziato”.

Questa formulazione, sulla cui fortuna non soltanto entro i confini d’oltralpe non è il caso di soffermarsi, può invero precisarsi considerando che, almeno in dottrina, lo sviamento di potere può ricondursi ad (almeno) due varianti: I) l’esercizio di un potere amministrativo allo scopo di favorire interessi *particolari*; II) l’esercizio di un potere amministrativo allo scopo di raggiungere un interesse *generale* diverso da quello previsto dalla legge per quella specifica amministrazione.

Altre classificazioni interne allo sviamento di potere sono la violazione del giudicato e lo sviamento di procedura, cioè la scelta dell’amministrazione di utilizzare un procedimento amministrativo diverso rispetto a quello previsto per il perseguimento di un determinato fine, allo scopo di rendere più semplice – spesso sacrificando gli interessi dei soggetti privati interessati – la realizzazione dello stesso¹⁷⁵.

Particolare importanza riveste – tanto per il carattere dichiaratamente “oggettivo” del relativo sindacato, quanto per la molteplicità delle patologie ad esso ricondotte¹⁷⁶ – il vizio di violazione di legge.

¹⁷³ C’è chi ha parlato, fondandosi sulla difficoltà di provare lo sviamento in sede giudizio, di un vero e proprio declino del vizio in parola, quando non di un ruolo essenzialmente sussidiario dello stesso nella giurisprudenza (cfr., per esempio, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 626; DEBBASCH, *Droit administratif*, cit., 480; contra, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 788). Correttamente, sul tema, è stato rimarcato che “*La notoriété du détournement de pouvoir comme cas d’ouverture du recours pour excès de pouvoir, liée au caractère souvent pittoresque dans ces cas dans lesquels il a été relévé, dépasse largement son efficacité pratique réelle*”, senza che, in ogni caso, da questa circostanza risulti “*véritablement un déclin*”. (Così, LOMBARD/DUMONT, *Droit administratif*, cit., 432; nello stesso senso, tra gli altri, FERNANDEZ MAUBLANC, *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, in *Mélanges J.M. Auby*, Dalloz, Paris, 1992, 239).

¹⁷⁴ CE, 26.11. 1875 “*Pariset*”, relativo all’ordinanza di chiusura, da parte di un prefetto, di una fabbrica di zolfanelli di proprietà del Sig. Pariset. La citata ordinanza è considerata viziata da sviamento di potere in quanto adottata non già con riferimento ai poteri di polizia stabiliti dalla legge rispetto alle attribuzioni del prefetto, bensì con riguardo a interessi di diverso tenore (nella specie, finanziari).

¹⁷⁵ Per questa classificazione, con relativi esempi giurisprudenziali sui quali purtroppo, per motivi di economia del presente lavoro, non è possibile soffermarsi, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 787 ss.

¹⁷⁶ Una delle ragioni che conducono parte della dottrina a sottolineare, come si è avuto modo di rilevare, lo stato di declino in cui versa lo sviamento di potere risiede nella “soggettività” di tale ultimo vizio e nella conseguente difficoltà di provare innanzi al giudice gli estremi dello stesso. Nel caso della violazione di legge, invece, il giudice rivolge la propria attenzione all’oggetto e ai motivi, di fatto e di diritto, alla base della decisione amministrativa.

Oltre alla violazione cd. “diretta” della legge – da intendersi in senso lato, come più sopra specificato – rileva, come vizio riconducibile alla dizione in parola, la falsa interpretazione e applicazione di legge. In ordine a quest’ultima, deve rimarcarsi che, nel caso in cui la disposizione scelta dall’amministrazione a fondamento del provvedimento impugnato non sia effettivamente il precetto riferibile al caso di specie, la giurisprudenza parla di “*manque de base légale*”¹⁷⁷.

Quanto all’errore di fatto, la giurisprudenza francese ha, in epoca ormai risalente, elaborato due distinte modalità di sindacato del giudice¹⁷⁸ in ordine I) all’errore sui fatti materiali; II) all’errore sulla qualificazione giuridica dei fatti.

Il controllo della qualificazione giuridica dei fatti, introdotto con il noto “*Arrêt Gomel*”¹⁷⁹, stabilisce il principio secondo il quale l’amministrazione ha il dovere, in presenza di un’attività amministrativa vincolata¹⁸⁰, di qualificare correttamente la situazione di fatto rispetto alle disposizioni giuridiche applicabili al caso di specie¹⁸¹.

Il controllo dell’esattezza materiale dei fatti, inaugurato mediante l’ “*Arrêt Camino*”¹⁸², sebbene certamente meno sottile rispetto al sindacato relativo alla qualificazione

¹⁷⁷ Deve nondimeno ricordarsi che, se esiste una base legale applicabile, il giudice non può – per motivi di effettività dell’azione pubblica – semplicemente annullare il provvedimento, bensì deve sostituire la disposizione sul cui fondamento è stato emanato l’atto amministrativo. Cfr. CE, 3.12. 2003 “*Préfet de Seine-Maritime c/El Bahi*”; CE, 6.2. 2004 “*Hallal*” (relativamente alla sostituzione dei motivi, su cui, criticamente, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 790).

¹⁷⁸ Si avverte che i profili problematici del tema sono particolarmente intricati, anche attesa la continua elaborazione giurisprudenziale in materia. Per quanto concerne il presente lavoro, occorre tratteggiare le linee essenziali del sistema per poi valutarne l’influenza rispetto all’oggetto specifico della trattazione (l’atto amministrativo contrastante con il diritto europeo); non si indulgerà, pertanto, a una completa analisi del problema.

¹⁷⁹ Cfr. CE, 4.4. 1914 “*Gomel*”.

¹⁸⁰ Cd. “*compétence liée*”, cui è collegato un “*contrôle normal*” dell’attività amministrativa, e cioè un controllo giurisdizionale che valuti tanto l’esistenza esattezza materiale dei motivi di fatto, quanto la corretta qualificazione giuridica degli stessi rispetto al caso rilevante. E’ chiaro che una tale tecnica di sindacato non può darsi in caso di esercizio del potere discrezionale, cui si ricollega invece un “*contrôle restreint*” (o “*contrôle minimum*”), nel rispetto della maggiore indeterminatezza delle disposizioni attributive di un margine di scelta discrezionale all’autorità amministrativa (entro l’invalidabile limite della “*erreur manifeste d’appréciation*”, che indica i casi di errore grossolano, palese, “imperdonabile”). Per una classificazione più precisa della categoria della competenza legata, cfr. BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 238 ss. Non può qui affrontarsi, come già ricordato, l’evoluzione giurisprudenziale riguardante le “nuove” modalità di controllo giurisdizionale emerse a partire dagli anni settanta del secolo scorso, che vanno ben al di là della qualificazione giuridica dei fatti, sino a sfiorare l’*appréciation de l’opportunité* (in particolare, la tecnica detta del “*bilan coûts/avantages*”, da taluno avvicinata al principio di proporzionalità).

¹⁸¹ Per un ampio quadro giurisprudenziale si veda RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 633.

¹⁸² Cfr. CE, 14.1. 1916. Si tratta, sul piano fattuale, di una storia alquanto singolare e non priva di risvolti “tragicomici”: il Dott. Camino è prima sospeso e poi revocato dalla sue funzioni di sindaco di Hendaye mediante provvedimento del prefetto per aver introdotto una bara al cimitero attraverso una breccia del muro di cinta del camposanto e per avere altresì fatto scavare una fossa del tutto inadatta, per le sue ristrette dimensioni, all’inumazione della cassa. E ciò, manifestando il più sovrano disprezzo nei confronti del defunto. Inoltre, il Dott. Camino avrebbe esercitato “pressioni” su un’impresa privata di ambulanze. Il Consiglio di Stato ritiene del tutto inesatti i fatti riportati con riguardo alla prima vicenda, mentre ritiene soltanto parzialmente provati i fatti relativi alla seconda; comunque, il consesso considera questi ultimi tali da non rendere impossibile l’esercizio, da parte del Dott. Camino, delle funzioni di sindaco.

giuridica dei fatti, è storicamente rilevante in quanto stabilisce – sconfessando il tradizionale dogma della separazione tra *administration contentieuse* e *administration active* – la necessità di verificare puntualmente la scansione fattuale della vicenda all’attenzione del giudice¹⁸³, fondando al tempo stesso un criterio interpretativo imprescindibile del vizio di violazione di legge (almeno nella misura in cui una corretta definizione dei fatti consente di applicare le disposizioni normative *effettivamente* rilevanti per il caso di specie).

L’annullamento dell’atto – e può trattarsi di annullamento totale o soltanto parziale – ha effetto retroattivo e validità *erga omnes*¹⁸⁴.

III. L’INESISTENZA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

E’ noto come, in particolare, prima della riforma della legge sul procedimento, che introduce una puntuale disciplina delle singole patologie del provvedimento, dottrina e giurisprudenza italiane abbiano proposto soluzioni diverse in ordine alla possibilità di configurare l’inesistenza come sottocategoria effettivamente suscettibile di essere predicata con riguardo all’invalidità provvedimentoale¹⁸⁵.

Sebbene si sia sinora evitato di introdurre, nel corpo della presente indagine, un abbozzo di ricognizione del sistema italiano dell’invalidità – ciò che, se pure augurabile da un punto di vista della completezza formale dell’esposizione, avrebbe comportato un eccessivo allargamento dello spettro di analisi del lavoro e un indesiderabile appiattimento dello stesso su posizioni che altri hanno scandagliato con maggiore capacità critica e rigore scientifico – è

¹⁸³ Cfr. BONTEMPS/LUSI, *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento francese*, 239.

¹⁸⁴ Per questi profili, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 796.

¹⁸⁵ Sebbene la dottrina sia concorde nel ritenere che “*l’esistenza è una categoria di teoria generale*” (così, per tutti, CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2009, 478), la perplessità della nozione – che non è mai appartenuta al diritto amministrativo positivo – conduce, anche prima della novella del 2005, a ricostruzioni teoriche assai diversificate, volte a riconoscere cittadinanza all’inesistenza almeno in senso materiale (CARANTA, *L’inesistenza dell’atto amministrativo*, Milano, 1990, 13), circoscrivendo con ampiezza variabile l’area di identificazione della stessa rispetto alla nullità provvedimentoale (cfr. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 129 ss.; D’ORSOGNA, M. *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 67 ss. LUCIANI, F. *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010, 72 ss.). Altre ricostruzioni, invero più risalenti, tendono a dare rilevanza alla distinzione tra inesistenza in senso materiale e inesistenza in senso giuridico, ritenendo che nel primo caso (che si avrebbe ove, per esempio, l’atto non sia portato a termine o il procedimento non sia concluso) potrebbe risiedere la differenza sostanziale tra le ipotesi di inesistenza e quelle di nullità. Cfr., però, le osservazioni di FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 4 ss., secondo cui l’inesistenza intesa sul piano materiale non permette la comparazione con lo schema legale di riferimento e, pertanto, deve essere giuridicamente ignorata. Peraltro, anche la mancanza di una corrispondente definizione normativa sul piano civilistico induce taluno a non considerare la nozione in parola (cfr., ad esempio, FALZEA, *Le condizioni e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, 36). La moderna dottrina tedesca qualifica gli atti inesistenti come “atti amministrativi apparenti” (cd. “*Scheinverwaltungsakte*”) o “non atti” (“*Nichtakte*”), dimostrando ben scarsa attenzione al tema. Nell’ordinamento francese si tende a riconoscere la distinzione tra inesistenza materiale e inesistenza giuridica, anche se, come nel sistema italiano, i casi d’inesistenza sembrano essere assai astratti e, comunque, irrilevanti sul piano pratico.

forse il caso di trattare del concetto di inesistenza a partire dall'ordinamento nazionale. E ciò, al fine di sottolineare i sostanziali parallelismi cui sono giunti, nel tempo, gli ordinamenti degli Stati membri qui considerati (Germania, Francia e Italia).

Anticipando quella che sarà una delle considerazioni finali del lavoro, può dirsi che l'esperienza pretoria e dottrinale attuata negli ordinamenti appena richiamati ha reso possibile, sul piano sovranazionale, l'espunzione del concetto di inesistenza quale modalità di soluzione delle antinomie tra sistemi interni e diritto europeo.

Prendendo le mosse, in questo caso, dall'esempio italiano, le pagine che seguono intendono appunto ricostruire il cammino logico-giuridico che ha preparato il terreno a una semplificazione della teoria dell'invalidità classica, ponendo le basi per una disputa – quella relativa alla nullità o annullabilità del provvedimento nazionale contrastante con il diritto dell'UE – dai presupposti almeno un po' più chiari e moderni rispetto alle classificazioni antiche.

In ordine al sistema italiano, dunque, occorre anzitutto guardare al dettato normativo. L'introduzione dell'art. 21-septies nel corpo della l. n. 241/1990 suggerisce invero che il noto, mancato riferimento all'inesistenza indichi, da parte del legislatore, la precisa volontà di abbandonare la nozione, in favore, appunto, del concetto di nullità¹⁸⁶. Tale opzione appare giustificata, secondo la teorica in esame, dal fatto che l'emersione, nell'ambito del diritto amministrativo, dell'inesistenza avviene in assenza (e, forse, *per l'assenza*) di una specifica disciplina normativa della nullità provvedimentale¹⁸⁷.

Nondimeno, altra parte della dottrina continua a ritenere che anche l'attuale sistemazione normativa della nullità lasci spazio, seppure in via residuale, alla configurazione dell'atto amministrativo inesistente¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Per questa osservazione, in prospettiva essenzialmente incline a prescindere dalla nozione di inesistenza (anche) a seguito del citato intervento normativo, considerata la sostanziale irrilevanza pratica, VIPIANA/CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012, 244; SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2009, 415; VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 341; MATTARELLA, *Il provvedimento*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 1017; VILLATA, *L'atto amministrativo*, in MAZZAROLLI/PERICU/ROMANO/ROVERSI MONACO/SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, IV Ed., 817. Più possibilista appare CORLETTI, *Efficacia e invalidità dell'atto amministrativo*, in SCIULLO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, 2006, 147 ss.

¹⁸⁷ Così, tra gli altri, MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Il provvedimento amministrativo*, Giorn. Dir. Amm., 2005, 479.

¹⁸⁸ Tra gli altri, MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità degli atti amministrativi (art. 21-septies della l. n. 241/1990 introdotto con la l. n. 15/2005)*, Dir. Proc. Amm., 2006, 3, 543 ss., secondo cui, in particolare, “sarà infatti pur vero che ove si abbia un atto inesistente (ove cioè si debba riconoscere che un dato atto non c'è), ponendo mente alla fondamentale caratterizzazione della nullità - che si riassume nella non produzione di effetti giuridici - si presenta una situazione non diversa da quella che si ha davanti a un atto nullo (ma esistente). Però, mentre per l'atto esistente, ma nullo perché la legge prevede per esso la sanzione della nullità, la legge stessa può attuare in misura più o meno larga un'alterazione del regime tipico della nullità, stabilendo che dall'atto pure nullo derivino determinati effetti, ciò non può essere per l'atto la cui nullità sia predicata in ragione della sua inesistenza”.

Come bene è stato precisato, in fondo “*la distinzione ha senso quando [soltanto e nella misura in cui] l’ordinamento consente di differenziare la disciplina applicabile all’atto viziato*”¹⁸⁹, permettendo di identificare uno statuto autonomo del provvedimento inesistente, e precisamente nell’ipotesi in cui il sistema riferisca – al di là di una distinzione nominalistica d’indubbio fascino e relativa utilità – un diverso, delimitato campo d’applicazione alle ipotesi in gioco.

In effetti, occorre tenere presente – nella ricognizione degli eventuali elementi differenziali di nullità e inesistenza – la non sovrapponibilità dei concetti di efficacia e di rilevanza, nel senso di “*efficacia potenziale*”¹⁹⁰: si danno ipotesi in cui un atto, seppur nullo, dispiega determinati effetti giuridici o, ancora, questa volta sul piano materiale, il provvedimento nullo (ma riferibile all’attività dell’amministrazione) può essere portato a esecuzione, producendo taluni effetti che – seppur non idealmente riconducibili alla fattispecie in quanto nulla – insistono sulla realtà fattuale e che, comunque, possono dare luogo a conseguenze rilevanti rispetto all’autotutela amministrativa, alla sanabilità dell’atto, alla spettanza del cd. “diritto di resistenza” del cittadino e, da ultimo, in ordine ai profili di responsabilità dell’amministrazione¹⁹¹. Una dottrina sottolinea che, non essendo l’atto amministrativo inesistente espressione dell’esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, il soggetto privato può tutelarsi mediante le azioni possessorie¹⁹².

Del resto, anche sul piano strettamente processuale le asperità sistematiche del concetto in disamina – forse proprio perché non direttamente riconducibile a una categoria positiva appositamente normata – non paiono in via di soluzione.

Se infatti gli ordinari termini di decadenza per la proposizione del ricorso giurisdizionale non possono per definizione applicarsi a un “fantasma” dalle parvenze provvedimentali, è stato altresì chiarito come non possa ritenersi ammissibile un ricorso proposto avverso un atto amministrativo inesistente, in quanto quest’ultimo non sarebbe idoneo a ledere posizioni giuridiche soggettive¹⁹³.

¹⁸⁹ Così, letteralmente, NOTARI, *Nullità del provvedimento*, in TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell’azione amministrativa*, Padova, 2005, 576.

¹⁹⁰ Per questa definizione, SUSCA, *L’invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 33.

¹⁹¹ Ancora, per esemplificazioni, SUSCA, *L’invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, 44 ss. Ipotesi di inesistenza del provvedimento amministrativo sono state riscontrate, nella giurisprudenza e dottrina propense ad attribuire rilevanza alla stessa, rispetto a casi di difetto di sottoscrizione (più tardi identificati dalla giurisprudenza come irrilevanti, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5853), di mancanza di sottoscrizione, di emanazione dell’atto *ioci causa* o *docendi causa*, di usurpazione di potere.

¹⁹² Così, VIPIANA/CINGANO, *L’atto amministrativo*, cit., 243.

¹⁹³ Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 1987, n. 239; T.A.R. Campania, Napoli, 15 aprile 1999, n. 1014.

Conseguenze simili, sul piano sistematico, vengono riservate al cd. “provvedimento inesistente” negli ordinamenti tedesco – ove si fa riferimento a “non atti” o “atti amministrativi apparenti” – e francese, ove pure si tende a riconoscere, almeno in linea teorica, un più ampio spazio alla categoria della “*inexistence*” dell’atto amministrativo.

Nella indubitabile residualità della categoria dell’inesistenza del provvedimento a livello degli ordinamenti nazionali risiede la ragione prima del trascurabile successo di tale modalità di soluzione delle antinomie tra misura amministrativa e sistema ordinamentale nel circuito del diritto europeo. Una siffatta osservazione risulta poi tanto più condivisibile, quanto più dottrina e giurisprudenza – nazionali ed europee – insistono nel ricondurre i conflitti tra provvedimenti amministrativi e diritto sovranazionale a rapporti attinenti alla presunta nullità o annullabilità della misura amministrativa medesima.

I. IL RICHIAMO AI “PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO” NELLA L. N. 241/1990

Si è più volte avuto occasione di rilevare come la l. n. 15/2005, nell'apportare modifiche e ampliamenti di assoluto rilievo con riguardo alla disciplina che ne occupa, abbia inserito, nel dettato normativo sino ad allora vigente della l. n. 241/1990, un espresso richiamo ai “*principi dell'ordinamento comunitario*”¹⁹⁴ (art. 1, l. n. 241/1990 nella dizione corrente).

Prima ancora di tentare un'individuazione dei parametri di riferimento cui la citata disposizione intende rinviare e un'analisi dell'opportunità della stessa all'interno dell'ordinamento amministrativo italiano, occorre domandarsi se un richiamo cosiffatto comporti conseguenze notevoli rispetto al sistema dell'invalidità provvedimentale e, in caso di risposta affermativa al quesito – che è dunque per molti aspetti preliminare, nella strutturazione di questo terzo capitolo del lavoro – stabilire quale sia il grado di innovatività impresso dal respiro sovranazionale della locuzione in parola circa l'assetto dei principi e criteri direttivi noti al diritto amministrativo nazionale classico.

In un'ottica di integrazione politico-istituzionale, prima che giuridica, l'art. 117 della Costituzione, nella riscrittura risultante dalla riforma del Titolo V (2001), apre decisamente all'ordinamento europeo, stabilendo peraltro che “[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Nel solco tracciato dalla citata disposizione si pone, come noto, anche la modifica in disamina, che inserisce un precetto del medesimo tenore letterale sul piano – questa volta – del sistema proprio dell'azione amministrativa¹⁹⁵.

Con riferimento all'europeizzazione del procedimento amministrativo, tuttavia, anche considerando le specifiche caratteristiche del primato del diritto dell'Unione rispetto ai singoli

¹⁹⁴ Secondo Mario Chiti, *Introduzione*, in CHITI, M.P./PALMA (cura), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 13, “l'espressione «principi dell'ordinamento comunitario» è impropria ed ha solo un valore descrittivo, non esistendo nel diritto europeo alcun tipo di principi del genere. E' chiaro che il legislatore italiano aveva in mente i «principi generali di diritto comunitario», categoria di principi elaborati dalla Corte di Giustizia sulla scorta di alcune previsioni dei Trattati”. Lo spunto, interessante e abbastanza isolato nel panorama della (poca) dottrina che si è occupata a fondo dell'argomento in parola, non può purtroppo essere sviluppato entro i confini del presente lavoro.

¹⁹⁵ Per questa osservazione, DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in SANDULLI, M.A. (cura), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 96.

sistemi nazionali¹⁹⁶, le reazioni della dottrina non sono univoche (o, se lo sono, è in senso prevalentemente contrario all'innovazione apportata), giacché – come bene è stato detto – *“l’opinione pressoché condivisa dalla maggior parte dei commentatori è [...] che il riferimento ai principi comunitari sia, tutt’al più, espressione della volontà del legislatore di dare atto expressis verbis della prevalenza del diritto comunitario”*¹⁹⁷.

Sul piano sistematico, in realtà – tenendo comunque in considerazione le ambiguità delle concrete modalità di rinvio che si illustreranno più avanti – sembra di potersi aderire a quell’indirizzo che, lungi dal declassare il richiamo in disamina¹⁹⁸ a frutto di un’innocente impostazione avanguardistico-esterofila priva d’innovatività espressa dal legislatore italiano, intende riferire i principi (generali) dell’attività amministrativa *“a tutta l’azione della pubblica amministrazione”*¹⁹⁹, estendendo così l’operatività dei principi sovranazionali a parametro di legalità dell’azione pubblica, anche nelle materie e negli istituti non direttamente collegati a una competenza concorrente Stato/Unione²⁰⁰ (per i quali, dunque, l’Unione non ha previsto alcuna competenza *propria* tale da giustificare l’ampliamento dell’ambito applicativo dei principi e per i quali, di conseguenza, deve tuttora ritenersi esclusa – a grave detrimento dell’uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell’Unione – la competenza pregiudiziale della CGUE).

Atteso che il rinvio ai principi dell’ordinamento (ora *tout-court*) europeo presenta un sostanziale carattere innovativo, per certi aspetti di rilevanza prettamente costituzionale, laddove la supremazia del diritto sovranazionale ridisegna i confini delimitati dalle

¹⁹⁶ I cui tratti fondamentali sono indagati nel cap. I. Nel prossimo capitolo si tratterà invece della giurisprudenza della CGUE relativamente all’invalidità amministrativa.

¹⁹⁷ Così, testualmente, GRASSO, *I principi generali dell’attività amministrativa*, in CORRADINO (cura), *Il procedimento amministrativo*, Torino, 2010, 16.

¹⁹⁸ Che può qualificarsi come un rinvio indistinto, recettizio e formale, in un’inusuale prospettiva *“down-top”* tra Stato ed Unione (che inverte la tradizionale struttura *“top-down”* tipica dei rapporti tra ordinamenti fondati sul principio di supremazia). Cfr., sul punto, CHITI, M.P., *Introduzione*, cit., 15.

¹⁹⁹ Così, ancora, CHITI, M.P., *Introduzione*, cit., 16.

²⁰⁰ Così, assai chiaramente, CARTEI, *I principi del diritto comunitario*, in *Incontro di Studio: “L’azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990”*, Pescara, 30 maggio 2003, Astrid-Online [<http://www.astrid-online.it/Dossier--i1/Documenti/Atti-del-C/CARTEI-Relaz-Pescara.pdf>]. Secondo la condivisibile analisi dell’Autore, infatti, “[i]n realtà, pur in mancanza di ogni riferimento legislativo, tali principi [europei] fanno parte dell’acquis communautaire, e come tali, in particolare nelle ipotesi in cui le amministrazioni risultino amministrazioni indirette della Comunità, debbono già adesso essere applicati da tutti i soggetti pubblici dell’ordinamento nazionale. La questione, pertanto, si pone essenzialmente per le ipotesi in cui le amministrazioni agiscano al di fuori del cono d’ombra del diritto comunitario e consiste nella opportunità di prevedere da parte del novellato art. 1 della legge n. 241 del 1990 un rinvio automatico a principi che possano –almeno in teoria– risultare in contrasto con i principi vigenti. Appare chiaro, infatti, che la previsione contenuta nella nuova formulazione dell’art. 1 avrà come effetto principale l’estensione dell’applicazione dei principi del diritto comunitario anche a quei settori dell’attività amministrativa non costituenti esecuzione di disciplina comunitaria”.

tradizionali forme di attività amministrativa costituzionalmente rilevanti²⁰¹, occorre ora esaminare i principali punti dolenti della pur coraggiosa iniziativa legislativa.

Anzitutto, la disposizione non chiarisce quali siano i principi di riferimento, forse ritenendo di dover lasciare aperta la possibilità che il catalogo dei principi possa essere nel tempo rielaborato e aggiornato da parte del diritto primario dell'Unione e dell'opera pretoria del giudice europeo. Sebbene una tale opzione sia senz'altro compatibile con il carattere fondamentalmente *in divenire* proprio del sistema sovranazionale e appaia, sotto certi aspetti, necessitata per le stesse ragioni, è appena il caso di rimarcare come il rinvio "in blocco" a principi non direttamente identificati contribuisca non poco alla tendenziale nebulosità pratico-applicativa del richiamo, rilevata da molti commentatori.

Il primo problema che si pone all'interprete consiste dunque nel compito ingrato di enunciare – pur nella cennata prospettiva di una persistente mutazione dinamica, che va di pari passo con l'attività interpretativa della Corte di Giustizia – ciò che la disposizione, dal canto suo, evita accuratamente di precisare²⁰².

A conferma della notevole difficoltà d'individuazione dei principi generali dell'ordinamento europeo rilevanti per l'azione amministrativa nazionale possono citarsi i molti – spesso notevoli – tentativi dottrinali di mettere ordine nel catalogo dei principi, avvertendo che – a seconda del grado di scomposizione analitica e della provenienza geografico-culturale di riferimento – gli interpreti tendono a individuare, accanto a una serie di principi tutto sommato consolidata (proporzionalità, sussidiarietà, legittimo affidamento, precauzione, buona amministrazione, uguaglianza), una lunga, intricatissima teoria di parcellizzazioni o confusioni di principi (intendendo il termine "confusione" nel senso schiettamente giuridico del medesimo) che, a volte, assumono un proprio *status* di principio generale (è il caso, ad esempio, dei diritti della difesa, del principio del contraddittorio e del principio di "effettività")²⁰³.

²⁰¹ DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, cit, 96.

²⁰² Merita peraltro precisare che, sul piano sovranazionale, "agli estensori dei Trattati la parola principio piace" (VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 42). Grazie a una rilevazione statistica dovuta all'Autore da ultimo citato si può rilevare che il termine "principio" ricorre 98 volte (nelle versioni italiana e inglese) nel testo dei Trattati vigenti post-Lisbona. Più limitati sono i richiami ai principi nella versione in tedesco, per una dicotomia terminologica (*Prinzip* = *Grundsatz*) che, del resto, non comporta alcuna conseguenza giuridica di rilievo.

²⁰³ Non è il caso, in questa sede, di elencare specificamente le diverse opzioni definitorie adottate dalla dottrina per delimitare i singoli principi generali. Basta scorrere l'indice delle più rilevanti trattazioni di diritto amministrativo europeo per trovare (spesso per motivi storico-giuridici dovuti alle differenti elaborazioni tradizionalmente accettate nei singoli Stati) liste di principi generali dell'ordinamento europeo che, accanto ad un nucleo onnipresente, dimostrano differenze notevoli. In prospettiva nostrana, una "problematizzazione" del catalogo dei principi è ben riconoscibile nel contributo di MASSERA, *I principi generali*, in CHITI M.P.- GRECO (cura), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, cit., 285 ss. Secondo l'impostazione teoricamente preferibile, esposta in CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 178, i principi generali rappresentano un

Quale che sia il catalogo dei principi cui l'interprete intenda ricondurre la volutamente imprecisa dizione dell'art. 1 della l. n. 241/1990 rivisitato dalla novella del 2005, la complessa identificazione dello stesso e la parziale identità di taluni canoni di matrice sovranazionale rispetto a principi tradizionalmente patrimonio dell'ordinamento amministrativo italiano rendono ragione dei dubbi di quella parte della dottrina che si interroga sul “*grado di innovatività*”²⁰⁴ del richiamo in disamina con riferimento ai classici principi dell'azione amministrativa enunciati sul piano costituzionale, normativo e pretorio.

Sebbene non pochi (dei non moltissimi) commentatori della novellata disciplina abbiano di massima ridotto il cenno ai “*principi dell'ordinamento comunitario*”, di volta in volta, a mero vezzo stilistico o, nei casi più incoraggianti, a pleonastico intervento normativo volto a esprimere a chiare lettere un'adesione ideale e giuridica al sistema sovranazionale europeo sulla quale nessuno ha mai avuto occasione di dubitare, attese le caratteristiche intrinseche di quest'ultimo, stupisce notare come le critiche alla nuova formulazione dell'art. 1, nella parte che qui interessa, siano sovente affette da una genericità poco analitica, che tradisce la invero malcelata impazienza di passare in rivista altre e più scottanti innovazioni introdotte dal legislatore.

Delle rare voci che più consapevolmente si levano a ridimensionare lo *status* dei principi generali del diritto europeo rilevanti per il sistema amministrativo nazionale merita particolare attenzione il provocatorio e stilisticamente pregevolissimo intervento di Erminio Ferrari, secondo il quale i canoni sovranazionali indicati dalla disposizione in parola “*non sono poi così numerosi e in fondo non hanno portato a novità così sconvolgenti*”²⁰⁵.

L'affermazione, forte se paragonata al florilegio di pubblicazioni che affollano – a far tempo dalla metà degli anni ottanta dello scorso secolo – la letteratura giuridica estera circa la *vis pervasiva* dei principi generali del diritto europeo, non è priva di fondamento e, pertanto, non può passare sotto silenzio.

La derivazione di taluni principi comunemente ricondotti allo sviluppo dell'universo giuridico europeo da omologhi canoni nazionali non è circostanza seriamente discutibile, come del resto non può negarsi che, anche sulla scorta delle cd. “tradizioni costituzionali

“*catalogo aperto*”. Resta da verificare, tuttavia, in che misura tale peculiarità possa inficiare la certezza del diritto. Per un recente quadro generale, cfr. *Workshop on EU-Administrative Law: State of Play and future Prospects*, a cura del Parlamento Europeo, 2011, 21 ss. oggi consultabile nel seguente indirizzo internet: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/divers/juri/2011/453215/IPOLJURI_DV%282011%29453215_EN.pdf.

²⁰⁴ Per questa espressione, GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 16.

²⁰⁵ Così, letteralmente, FERRARI, E., *Per l'armonizzazione dei diritti amministrativi nazionali*, cit. 393.

comuni agli Stati membri”²⁰⁶, l’ordine sovranazionale abbia forgiato un sistema di principi che trova esplicito fondamento nelle elaborazioni – spesso plurisecolari – proprie dei singoli ordinamenti interni²⁰⁷.

Non va tuttavia dimenticato che, come dimostra l’ampia rielaborazione subita dai cennati principi tanto sul piano concettuale, quanto su quello dell’ampiezza dell’ambito d’intervento, l’assunzione di significati nuovi e diversi rispetto a quelli tipici degli ordinamenti di riferimento comporta una trasfigurazione degli stessi, nella misura in cui mutano gli obiettivi giuridici e politici cui detti canoni generali sono posti a presidio²⁰⁸.

D'altronde, l'esistenza di un sistema comune europeo di diritto amministrativo fondato su principi condivisi postula che – come ricorda puntualmente Schwarze – *"une dogmatique ou une systémique du droit administratif européen ne peuvent s'édifier que progressivement, à partir d'une compilation, d'un examen et d'une différenciation des cas d'espèce"*²⁰⁹.

Atteso che, dunque, lo sviluppo sovranazionale del *corpus* dei principi generali non può sfuggire a una continua opera di aggiustamento e rielaborazione dei canoni già noti, perché gli stessi si attagliano con sempre maggior precisione alle accresciute esigenze del nuovo sistema di riferimento, tale revisione provoca non soltanto una rivisitazione profonda dei principi riconosciuti, ma promuove la migrazione di canoni prima confinati a singoli ordinamenti statali (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai principi di proporzionalità,

²⁰⁶ La cui ardua individuazione copre uno spettro più ampio rispetto a quello dei principi generali dell’ordinamento europeo, contribuendo così a complicare ancora di più il già intricato rapporto intercorrente tra canoni nazionali e linee guida sovranazionali.

²⁰⁷ Cfr., su questo punto, la Sent. C-7/56, 12 luglio 1957 *Algera*. Non è questa la sede per esaminare gli apporti dei singoli ordinamenti nazionali. Vale soltanto la pena di ricordare che il diversificato apporto del *piano nazionale* rende ragione delle forzature, delle mancanze e finanche dei difetti che i commentatori solitamente riscontrano nelle formulazioni "di compromesso" del *piano europeo*. Fino alla metà del secolo XX i sistemi amministrativi nazionali, perlopiù costituitisi all’inizio dell’ottocento intorno agli schemi napoleonici, presentano forti connotazioni autarchiche e particolaristiche dovute a politiche d’accentramento del pubblico potere (anche) in funzione di un riconoscimento verso l’esterno, da parte degli altri ordinamenti. Il ravvicinamento dei diritti amministrativi europei avviene nel segno del riconoscimento di una ideologia comune fondata sul liberalismo, la democrazia, il decentramento e il rispetto dei diritti dell’uomo. Al fine di affrontare ordinatamente il percorso di rilevazione dei principi e conseguentemente trattare della maggiore o minore forza precettiva loro propria, possono identificarsi, in linea di approssimazione: a) diritti amministrativi *a modello francese*; b) diritti amministrativi *a modello germanico*; c) diritti amministrativi *a modello inglese*. E’ altresì chiaro che la classificazione appena proposta pecca, come ogni somma distinzione, di semplicismo; essa è tuttavia proponibile in questa sede in quanto fondata unicamente su esigenze di ordine sistematico, cui queste pagine non possono rinunciare. Riportando le parole di FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, 2006, 11 ss., a ulteriore riprova che la *repubblica della cultura giuridica* vive una propria separata esistenza dal fenomeno costituzionale europeo, che *"certains pays ont subi d'abord l'influence française, puis l'influence allemande et forment ce que l'on peut appeler un groupe franco-allemand"*. Nel seguito della trattazione, ove si indagheranno sommariamente le origini storiche dei singoli principi rilevanti, la distinzione tornerà utile.

²⁰⁸ Tanto è vero che, secondo la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, pur non essendo preclusa l’applicazione di un principio generale nazionale in caso di similitudine con l’omologo canone europeo, il primo deve comunque essere adattato e interpretato in conformità ai limiti previsti dal diritto europeo, potendo così essere oggetto di ridefinizione, nel caso concreto, anche in senso restrittivo. Cfr. Sentt. C-5/89, 20 settembre 1990 *BUG Alutechnik*; Cause riunite C-80/99, C-81/89, C-82/89, 9 ottobre 2001.

²⁰⁹ Testualmente, SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit. 14.

sussidiarietà, precauzione)²¹⁰ verso sistemi giuridici di altri Stati membri, al fine – potrebbe dirsi – di parificare il sostrato concettuale e giuridico dei diversi ordinamenti onde permettere la costruzione armoniosa e omogenea del sistema integrato europeo.

L'obiezione di cui si discute non tiene debitamente conto, almeno a parere di chi scrive, di una serie di caratteristiche del tutto innovative che interessano l'elaborazione sistematica dei principi generali già esistente: da un canto, il ruolo di “filtro” dichiaratamente non neutrale della CGUE rispetto ai canoni noti ne permette una progressiva evoluzione, tendenzialmente scevra dai tratti distintivi nazionali e, dall'altro, l'effetto d'irraggiamento (espressione certo più solare dell'asettico “*spill-over*”) implica l'estensione coatta²¹¹ dei principi “europeizzati” – intendendo con ciò anche di quelli di matrice esclusivamente nazionale – a ordinamenti altri e diversi da quelli d'origine²¹².

Da quanto appena rilevato discende che l'utilità concreta del richiamo ai principi del diritto europeo operato dalla l. n. 15/2005 ratifica l'immissione nell'ordinamento italiano dei canoni sovranazionali (nell'interpretazione della CGUE)²¹³ con specifico riguardo all'attività amministrativa, qualificandoli espressamente quale diretto parametro di legalità del provvedimento “*con la conseguenza*” – afferma condivisibilmente una dottrina – “*che la loro violazione rileverà non più sotto il profilo dell'eccesso di potere, ma piuttosto sotto l'aspetto della legittimità dell'atto, in quanto tale immediatamente rilevabile. Il che evidentemente modifica nettamente la disciplina di un'eventuale violazione di essi sia per la rilevabilità da parte del giudice, sia per quanto attiene alle conseguenze*”²¹⁴.

²¹⁰ Delle origini e dello sviluppo di tali principi si tratterà diffusamente in altra parte del presente capitolo.

²¹¹ Il carattere non necessariamente volontario del riconoscimento dei principi europei in seno agli ordinamenti nazionali appare piuttosto evidente nei sistemi di Common Law (si pensi, per esempio, alla difficile ricezione del principio di proporzionalità nell'ordinamento inglese), ma si verifica anche con riferimento ai sistemi continentali (cfr., ancora a titolo esemplificativo, le vicende del principio di sussidiarietà in Francia).

²¹² Risultato di tale procedimento è, come scrive MASSERA, *I principi generali*, cit., 288, che i principi, “*pur trovando origine nei sistemi amministrativi nazionali, vengono ora a presentare profili almeno in parte modificati, ma anche, per così dire, rinforzati, a seguito della rielaborazione subita nell'ambito comunitario e appaiono pertanto ragionevolmente destinati a trovare [...] rinnovata applicazione nei medesimi ordinamenti nazionali anche al di là della più ristretta sfera di attuazione del diritto comunitario*”.

²¹³ Uno dei tratti di modernità del richiamo in parola è costituito dal riferimento ai principi dell'ordinamento europeo *come tali*, senza che un'eventuale elaborazione nazionale degli stessi possa considerarsi vincolante. Il senso di una siffatta precisazione è presto esplicitato quando si pensi che alcuni dei canoni qui d'interesse hanno – come già ricordato – un'origine riconducibile a singoli ordinamenti nazionali. Orbene, il diritto europeo – grazie all'azione giurisprudenzial-demiurgica della CGUE – ha accolto tali principi svincolandoli tuttavia dalle strutture e interpretazioni autoctone e riplasmandone i contenuti fondamentali e l'ambito di operatività. Si può pertanto ragionevolmente parlare di una specifica “via sovranazionale” di evoluzione e interpretazione dei canoni originariamente nazionali che oggi fondano il sistema europeo. Una siffatta conclusione si fa peraltro evidente nell'analisi dei singoli tratti fondamentali dei principi, che verrà proposta innanzi. Cfr., tra gli altri, per un inquadramento del ruolo del giudice europeo rispetto all'elaborazione di principi generali, SANNA TICCA, *Cittadino e Pubblica Amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, in part. 21 ss.

²¹⁴ Così, GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 18. Per l'identificazione dell'elemento innovativo del rinvio nel riferimento all'attività amministrativa non trasferita alle istituzioni europee, anche DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, cit., 104. Altra dottrina, riallacciandosi al

La circostanza che, nella prassi, si tenda comunque a far valere la violazione di un principio generale dell'ordinamento europeo alla stregua di vizio dell'attività discrezionale amministrativa piuttosto che come violazione di legge, pur dimostrando l'obiettivo difficoltà applicativa dei canoni in parola – alcuni dei quali si riferiscono alla sola attività discrezionale – non vale in ogni caso a giustificare una “dequotazione” del disposto di cui all'art. 1 l. n. 241/1990, anche perché un non necessitato ampliamento dei canoni europei all'*azione amministrativa* costituirebbe novità tale da rendere ragione dell'utilità dell'intervento normativo²¹⁵.

novellato art. 1 della l. n. 241/1990, puntualmente rileva che *“il campo di applicazione dei principi generali del diritto comunitario non si limita [...] alle ipotesi in cui le amministrazioni nazionali agiscono in funzione comunitaria [cd. “amministrazione indiretta”]. Al contrario, ampio spazio è riservato alla formale positivizzazione dei suddetti principi anche nell'ambito delle nuove discipline nazionali sull'azione amministrativa”* (cfr., testualmente, MASSERA-SIMONCINI-SPAGNUOLO, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, Astrid-Online, 2009, 2, http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/10-04-2009/Massera_Simoncini_Spagnuolo_note_minime_integrazione-europea.pdf).

²¹⁵ Sul tema, si veda il recente intervento di CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, Giur. It., 2012, 7 ss., secondo il quale [v]i sono, peraltro, buone ragioni per sostenere il contrario, vale a dire che quell'enunciato [art. 1, l. n. 241/1990] sia riferito esclusivamente all'amministrazione indiretta comunitaria e sia ricettizio. Derivando, infatti, i “principi del diritto comunitario” in buona parte da un'opera di “comparazione valutativa” dei principi praticati negli Stati membri, il rinvio mobile produrrebbe una sorta di circolo vizioso, «cioè la connessione di due circuiti che debbono restare separati se si vuole che il sistema continui a funzionare», evidenziando – questa volta del tutto condivisibilmente – che [i]l giudice amministrativo, dal canto suo, sembra utilizzare quel richiamo in modo semplicemente retorico-persuasivo”. Il pregevole scritto in disamina non pare tuttavia scalfire il potenziale eversivo del richiamo di cui all'art. 1, l. n. 241/1990, giacché, laddove l'Autore afferma che *“quando i principi comunitari incorporati progressivamente nell'ordinamento italiano vengono chiamati in causa per le questioni puramente interne, essi non possono che essere trattati come principi dell'ordinamento interno ed essere quindi impiegati solo ove si parta dal presupposto che lo stesso ordinamento interno presenti lacune da colmare ricorrendo ai principi stessi”*, egli fa comunque riferimento all'interpretazione che dei medesimi principi viene data dalla CGUE. La conseguenza di tale ultima osservazione è, a parere di chi scrive, che una “europeizzazione” dell'attività amministrativa nazionale dovrebbe attuarsi anche a prescindere dall'esplicita attribuzione di competenze di amministrazione cd. “indiretta” dell'UE in materia di pubblico agire nazionale, in forza della conformazione delle fattispecie nazionali ai canoni europei. E' ben vero che la sentenza commentata dall'Autore – C-482/2010, 21 dicembre 2011, *Cicala* – afferma la sostanziale irrilevanza per il sistema europeo di una fattispecie completamente interna al diritto nazionale (in particolare, relativa all'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo) ma, evidentemente, il problema va considerato – appunto – a partire da una prospettiva interna. Se è incontestabile che “un'interpretazione [mediante rinvio pregiudiziale], da parte della Corte, di disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni puramente interne si giustifica per il fatto che esse sono state rese applicabili dal diritto nazionale in modo diretto ed incondizionato” (si da attribuire al caso una sostanza giuridica sovranazionale), è anche rimarcato che “quando una normativa nazionale intende conformarsi per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne a quelle adottate nel diritto dell'Unione, al fine, ad esempio, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni di concorrenza, oppure di assicurare una procedura unica in situazioni paragonabili, esiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate”. La Corte, dunque, ha gioco facile nel rilevare come le disposizioni nazionali in questione (l. r. Sicilia, n. 10/1991 e l. n. 241/1990) contengano precetti puntuali in ordine all'obbligo di motivazione, sconfessando peraltro la rilevanza “europea” del caso sottoposto al proprio esame, non essendo le norme sovranazionali richiamate con sufficiente chiarezza (“direttamente e incondizionatamente”), e comunque ricollegate a un obbligo di motivazione “europeo” concernente soltanto le istituzioni sovranazionali. Il tema centrale, tuttavia, attiene all'esigenza di interpretazione conforme: se, infatti, ad applicazioni “puramente interne” dei principi sovranazionali sommariamente richiamati nell'art. 1, l. n. 241/1990 non può sistematicamente corrispondere una diretta interpretazione della Corte di Giustizia, ogni citazione di principi europei da parte dell'amministrazione italiana (e del giudice amministrativo) si risolve, nella sostanza, a una volenterosa interpretazione della

Nei paragrafi che seguono, dopo una breve introduzione generale, si passeranno in rassegna i principali canoni europei rilevanti per l'attività amministrativa.

Infine, l'attenzione si volgerà all'applicazione dei suddetti principi nella giurisprudenza amministrativa italiana, al fine di verificare lo *stato dell'arte* sul versante pratico-applicativo, concernente l'invalidità provvedimento per violazione dei principi generali dell'ordinamento europeo.

II. IL CATALOGO È QUESTO? INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI EUROPEI RILEVANTI PER IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Una ricognizione dei canoni sovranazionali rilevanti per il diritto amministrativo interno presenta almeno tre distinti profili di problematicità: i) l'individuazione dei singoli principi; ii) il rapporto intercorrente tra i principi e i loro omologhi di matrice esclusivamente nazionale; iii) la collocazione dei medesimi all'interno del complesso sistema di riferimento in cui operano; iv) più in generale, il ruolo che gli stessi svolgono sul piano eminentemente teorico nell'ambito del predetto sistema di riferimento.

La presente trattazione intende svilupparsi entro confini più angusti rispetto a quelli ora delineati. E ciò in considerazione del fatto che, nella prospettiva meramente effettuale che colora il lavoro, l'individuazione dei principi rilevanti e la rilevazione delle implicazioni pratiche che ne derivano, se del caso accompagnata da una breve contestualizzazione storica, basta a dare ragione del ruolo dei principi generali rispetto al tema (ed entro i limiti) della problematica qui d'interesse.

E' ben presente, alla mente di chi scrive, che la scelta di trattare un argomento senza definirne puntualmente i presupposti (e cioè, senza esplicitamente riflettere sulla domanda: "*cosa sono i principi generali di un ordinamento?*") si espone a critiche logico-sistematiche gravi e, in massima parte, largamente condivisibili.

Purtuttavia, la scelta di *parlare di un oggetto senza definirlo* risponde a esigenze pratiche facilmente immaginabili, potendo almeno in parte giustificarsi con il rinvio a una ormai stratificata serie di riflessioni teoriche volte ad indagare l'essenza del principio generale

giurisprudenza della CGUE, senza che la giustezza di tale linea interpretativa possa essere verificata dal giudice del diritto europeo. Ciò si risolverebbe, nei casi più gravi, in mero esercizio di autocompiaciuta esterofilia giuridica, quando non in un doppio binario (interno/sovranazionale) nell'interpretazione dei principi del diritto europeo. Le ragioni del *pasticciaccio* sono da ricondursi, una volta di più, alla malaccorta formulazione dell'art. 1, l. n. 241/1990.

come categoria giuridica²¹⁶, anche con esplicito riferimento all'esperienza sovranazionale europea.

Del resto, le diverse classificazioni teoriche formulate, spesso diametralmente opposte e utili quasi soltanto da un punto di vista descrittivo, hanno un valore pratico piuttosto limitato e finiscono col generare più domande che col fornire soluzioni²¹⁷. In ogni caso, la precisa delimitazione dei confini del presente lavoro – il diritto amministrativo – suggerisce di tralasciare scivolose questioni filosofico-definitorie, nella consapevolezza “*wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen*”²¹⁸.

Il principio di legalità

Tra i principi sovranazionali rilevanti per il diritto amministrativo, il canone della legalità è senz'altro quello che mostra un carattere più ampio, per sedimentazione culturale e vocazione pervasiva. Anche sul piano europeo, come su quello interno, infatti, può guardarsi alla legalità in una duplice prospettiva: il cennato principio può corrispondere tanto a un

²¹⁶ Con riferimento ai principi generali del diritto dell'Unione europea, cfr. almeno TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, 1 ss.; PAPADOPOULOU, *Principes généraux du Droit et Droit Communautaire*, Bruxelles, 1996, 8 ss.; VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea*, cit., 42 ss.; ID *Founding principles of EU Law. A Theoretical and Doctrinal Sketch*, European Law Journal, vol. 16, n. 2, March 2010, 95 ss., nonché il ricco apparato di citazioni alla nota 2; ITALIA, *Il ragionamento giuridico*, Milano, 2009, 6 ss.; SCHEMERS/VAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, 2011, 28 ss.

²¹⁷ Così, TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, cit., 2, ove si specifica, correttamente, che “[t]o be of any use, the study of general principles has to be a study of outcomes”. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea*, cit., 46, dal canto suo, elude il problema ricorrendo al medesimo ragionamento, secondo cui “[l’indeterminatezza del concetto di principio] non è un male, poiché per definizione un concetto scientifico non si misura in termini di verità, bensì di adeguatezza rispetto all’obiettivo dell’indagine”. E così, salva la scientificità dell’approccio, il vuoto rimane. Particolarmente interessante è poi la recente partizione proposta in RENNA/SAITTA, F. (a cura), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, che suddivide la trattazione in “principi più generali”, “principi dell’organizzazione amministrativa”, “principi dell’attività amministrativa” e “principi del procedimento”. L’opera – lodevole per lo sforzo definitorio che la caratterizza – si presta però a obiezioni sistematiche per via di una forse eccessiva scomposizione dei principi, che conduce alla trattazione di taluni canoni in seno a “macro-aree” specifiche, con ciò tralasciando l’importanza di taluni principi nell’ambito di altre aree (la distinzione tra principi dell’attività e principi del procedimento non è sempre cristallina e dunque la trattazione di determinati principi in una piuttosto che nell’altra area appare tutto sommato limitativa). Il testo da ultimo citato fornisce un chiaro esempio della cennata “proliferazione” dei principi generali: appaiono, tra gli altri, il principio del merito, di autonomia, di unità della funzione amministrativa, dello sviluppo sostenibile. In una prospettiva analitica, non si può che accogliere con favore una tale puntualizzazione dei canoni generali del diritto amministrativo (non solo sovranazionale). In ordine all’utilità pratico-applicativa dei principi così individuati, tuttavia, si materializza ectoplasmatico il fantasma del dubbio. Abbastanza simile appare la scansione proposta da MASSERA, *I principi generali*, cit., 285 ss. (principi dell’organizzazione, dell’attività, della giustizia amministrativa), al quale si deve peraltro la corretta osservazione secondo cui “*i principi generali dell’ordinamento comunitario possono distinguersi in principi generali fondamentali [a carattere, potrebbe dirsi, costituzionale nel senso sopra specificato] e principi generali del diritto amministrativo [...] i secondi riguardano le relazioni dirette tra Comunità-cittadini o Stato-cittadini ovvero anche le relazioni a carattere triangolare che coinvolgono essenzialmente gli apparati amministrativi, sia comunitari che nazionali, ed i giudici [...]*” (cfr. MASSERA-SIMONCINI-SPAGNUOLO, *Note minime sul diritto amministrativo dell’integrazione europea*, cit., 3).

²¹⁸ “*Su ciò di cui non si può parlare si deve tacere*”. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung*, (1922), Barnes & Noble, 2003, 156.

fondamento strutturale della comunità giuridica di riferimento (ed è precisamente per questa ragione che detto principio viene spesso elencato, in dottrina, come linea guida di matrice essenzialmente costituzionale), quanto alla concretizzazione pratica del *governo del diritto* nell'ambito dell'attività dello Stato e nei rapporti tra l'azione pubblica e i privati.

La particolare densità concettuale e, se si vuole, ideologica del concetto in disamina impone una delimitazione dell'oggetto del discorso: nelle pagine che seguono si tenterà di inquadrare il principio di legalità nel suo aspetto di parametro fondamentale dell'attività amministrativa, rilevandone i molteplici punti di contatto con il principio dello *Stato di diritto* e identificando, ove possibile, le inedite specificità dello stesso con riguardo alle peculiarità mostrate dalla declinazione sovranazionale del canone in parola.

In effetti, ove solo si consideri la struttura dell'ordinamento europeo e il carattere “derivato” dello stesso, viene spontaneo notare che un discorso intorno alla cd. “legalità sovranazionale” non può essere condotto secondo le partizioni classiche del diritto (costituzionale e) amministrativo di matrice statale; se è vero che le intersezioni tecniche e ideali della posizione di un tale principio nel contesto europeo sono molte, è nondimeno innegabile che un comodo parallelismo non serve ad apprezzare talune novità, che si spiegano soltanto avendo riguardo ai tratti distintivi del sistema europeo – e, dunque, privilegiando le discontinuità piuttosto che la mera trasposizione su un piano ultrastatale delle riflessioni condotte intorno al tema della legalità dell'azione pubblica²¹⁹.

Vale la pena di rimarcare come il diritto primario dell'Unione Europea, nel delineare i principi fondamentali della stessa, faccia da subito esplicito riferimento al valore dello *Stato di diritto* (art. 2 TUE), conferendogli un carattere fondativo e dichiaratamente “costituzionale”²²⁰. Occorre allora esaminare quali possano essere le ragioni e le conseguenze giuridiche di un tale richiamo, atteso che – come meglio si vedrà innanzi – è precisamente ad esso che si ritiene di dover ricondurre il discorso intorno al canone di legalità sovranazionale.

Il riferimento al concetto di *Stato di diritto* con riguardo all'Unione Europea è con ogni evidenza – almeno in prima approssimazione – intrinsecamente equivoco. Come è stato correttamente rilevato, infatti, “*l'elemento della statalità [...] appare alquanto problematico se riferito all'Unione Europea*”²²¹ e, del resto, anche le diverse soluzioni architettate per

²¹⁹ Per questo motivo si vuole evitare di fornire, in questa sede, indicazione bibliografica relativa agli innumerevoli contributi concernenti il principio di legalità e il suo sviluppo sul piano statale, il che costituirebbe – nell'economia del presente lavoro ed entro i limiti appena tracciati con riguardo alla rilevazione dei principi generali – un assoluto *fuor d'opera*.

²²⁰ L'art. 2 TUE costituisce, in pratica, la prima disposizione specificamente dedicata al diritto dell'Unione, aprendosi il Trattato con un precetto relativo al valore giuridico dei Trattati europei che ha essenzialmente “esterno alla normazione”.

²²¹ Così VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea*, cit., 64.

sfuggire alla trappola nominalistica che ricollega indissolubilmente il concetto in parola alla propria matrice statuale, come la nota espressione “*comunità di diritto*”, hanno trovato, complessivamente, scarsa applicazione nella giurisprudenza della CGUE.

Ciò nondimeno, il richiamo alla nozione ha una sua forza cogente, considerando che – a differenza degli ordinamenti nazionali – il sistema europeo non conosce, con riguardo all’attività pubblica (non soltanto amministrativa) una netta distinzione tra atti di natura legislativa e provvedimenti a carattere propriamente amministrativo²²² e che, pertanto, la sottoposizione dell’organismo sovranazionale nel suo complesso al diritto è assicurata, su un piano generale, proprio dall’adesione ideologica al principio dello *Stato di diritto*²²³.

La riconduzione del sistema europeo ai canoni dello *Stato di diritto* permette di adattare alle peculiarità dell’ordinamento sovranazionale quello strumentario di garanzie di certezza del diritto e prevedibilità delle conseguenze giuridiche che, a loro volta, costituiscono principi rilevanti per l’attività amministrativa interna a conformazione europea.

Inoltre, al carattere frammentario dell’origine dei parametri “normativi” esistenti (rispettivamente: Stati membri, istituzioni europee e ordinamenti nazionali) corrisponde, in sede formale, la mancanza nel sistema europeo di un preciso concetto di rapporto normativo gerarchico tra gli atti derivati²²⁴.

L’art. 288 TFUE, nel delineare le forme di normazione europea (regolamenti, direttive, decisioni), omette di classificare gerarchicamente i tipi di atti²²⁵ e contribuisce in maniera

²²² E’ noto che una siffatta distinzione, modificativa della nomenclatura previgente, era introdotta dal Trattato-Costituzione, e che la stessa ha seguito, naufragando, la sorte del testo in cui era prevista. La mancata differenziazione tra fonti legislative e amministrative, lungi dall’essere considerata un’improprietà, nell’ottica della diversità tra sistemi nazionali e organismo sovranazionale, è stata da subito riconosciuta in dottrina. “*Il a déjà très souvent été souligné dans la doctrine qu’il n’existe pas dans la CEE [CE] de loi au sens du droit public.*” (così, SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit. p. 246, con riferimento alla nota teoria di Ipsen sulla mancanza, nel contesto europeo, di un parlamento legislatore, su cui IPSEN, H.P. *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 320). Dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il diritto europeo conosce una sistematizzazione più precisa (cfr. artt. 288 ss. TFUE), che distingue tra atti legislativi e atti non legislativi. Anche a seguito di tale intervento normativo, tuttavia, la nomenclatura resta confusa (in questo senso, tra gli altri, CHITTI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 479).

²²³ Forse, più propriamente, il principio dello Stato di diritto può essere descritto, sulla scorta di una definizione tedesca dei caratteri fondamentali di determinati canoni, come “*Grundpfeiler*” (e cioè: “colonna portante”) del sistema, in quanto – più che indirizzare la condotta (nel nostro caso) dell’amministrazione – fornisce i parametri etico-giuridici di fondo cui i singoli principi posti a fondamento dell’attività devono tendere. Cfr. anche l’espressa dizione contenuta nel Preambolo del TUE: “*Confermando il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto (...)*”. Sul tema del “rispetto del diritto” come principio fondamentale del diritto amministrativo europeo, DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, cit., 27.

²²⁴ Si veda ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell’Unione*, Dir. Un. Eur., 2005, 2, 253 ss. In ogni caso, la preminenza del diritto primario rispetto alle norme di diritto derivato non è in discussione (in questo senso si esprime l’art. 263 TFUE quando si riferisce espressamente alla “*violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione*”).

²²⁵ Può dirsi, in linea generale, che alle disposizioni pattizie si affiancano, gerarchicamente, gli atti giuridici loro assimilati (convenzioni e protocolli allegati). Per quanto concerne i regolamenti, l’emanazione di questi ultimi spetta di regola al Consiglio dei Ministri; la Commissione può porre regolamenti in applicazione diretta delle

determinante al frastagliato panorama teorico-normativo di cui si tratta²²⁶, in seno al quale, peraltro, non si esclude per se stessa la validità di atti innominati o misti, comunque *hors nomenclature*²²⁷.

Una trattazione precisa della legalità sovranazionale deve dunque, in assenza di precisi dati espressi, prendere le mosse dal fatto che il tradizionale principio di riferimento si applica in una prospettiva sovranazionale.

Le competenze d'attribuzione di cui all'art. 3 TUE²²⁸ devono pertanto leggersi come inconsueto – e irrinunciabile – parametro di legalità dell'azione europea, costituendo così l'inseparabile *pendant* formalizzato della formulazione teorica del principio di legalità²²⁹.

A testimonianza di una accezione ampia e parzialmente innovativa del concetto in esame si aggiunge la previsione – relativa all'assetto dei fini dell'Unione, di cui già si è discusso – dell'art. 352 TFUE, che disciplina l'uso dei cd. "poteri impliciti"²³⁰.

Dal quadro sinora delineato risulta una nozione ampia del canone di legalità, che non si identifica, come nella dottrina statuale, con *il* concetto di legalità, ma soltanto con *un* concetto di legalità applicabile in un contesto sovranazionale, nel quale *legalità* non equivale a *legge* né tantomeno alla categoria dell'atto generale e astratto.

disposizioni del Trattato e, in quest'ipotesi, il valore giuridico è il medesimo rispetto a quello degli atti omologhi del Consiglio. Quando invece si tratti di regolamenti delegati dal Consiglio, il rapporto gerarchico vede prevalere il regolamento-base dell'organo intergovernativo.

²²⁶ Scrive condivisibilmente ALBINO, *Il sistema delle fonti tra diritto comunitario e diritto interno*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2001, 6, 924, che: "Tali peculiarità vanno ricondotte, soprattutto a quel già ricordato carattere di costruzione progressiva e settoriale, che è una delle caratteristiche dell'ordinamento comunitario (...) se è sicuramente vero che la costruzione progressiva e il metodo funzionalista sono state forse le opzioni più idonee a superare difficoltà e resistenze politiche e culturali per la creazione di un'entità sovranazionale, è anche vero che proprio questo approccio operativo e metodologico ha comportato poi difficoltà di notevole rilievo nella sistematizzazione sia della dimensione istituzionale che dell'ordinamento comunitario, in altre parole nella definizione precisa di un modello, rendendo difficile la sua riconducibilità alle tradizionali categorie giuridiche".

²²⁷ L'importante precisazione è di DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, cit., 27.

²²⁸ Ma si veda anche il disposto dell'art. 3 TFUE.

²²⁹ In questo senso, tra gli altri, PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 21, secondo cui il principio di legalità comunitaria ha un carattere più ampio rispetto a quello di mera legittimità europea di cui all'art. 263 TFUE (che ne costituirebbe una specificazione) in quanto rispondente a una sistematica complessiva volta a considerare anche altri principi di rango "costituzionale". Del resto, la proposta riconduzione del canone di legalità al cennato sostrato ideologico dello *Stato di diritto* – nelle sue molteplici esplicazioni rispetto alla struttura costituzionale e all'attività concreta dell'Unione – rende ragione dell'interpretazione estensiva del concetto di legalità in prospettiva sovranazionale.

²³⁰ Tale possibilità è già ventilata da una giurisprudenza risalente. Si legge in *Fédéchar/Alta Autorità* (C – 8/55, 29 novembre 1956) che: "il est permis d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile (...). La Haute Autorité a le pouvoir, sinon l'obligation de prendre – dans les limites tracées par cette disposition [del Trattato CECA] les mesures susceptibles d'assurer l'abaissement des prix du charbon belge". Il principio appena ricordato viene ribadito nella sentenza *Italia/Alta Autorità* (C – 20/59, 15 luglio 1960). Per una esaustiva analisi del tema, si rinvia senz'altro a BASSI, N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

L'universo giuridico sovranazionale conosce allora quella che è stata efficacemente definita “*une sorte de légalité*”²³¹. Tale definizione, certo riduttiva se paragonata alle vaste costruzioni logiche nazionali, rende tuttavia ragione del mutamento prospettico che si sviluppa con l'avvento del sistema europeo, tale da ampliare il tradizionale principio della preminenza della *legge* sino a ricomprendervi, in via più generale, la preminenza del *diritto* (dunque, in accezione inequivocabilmente più ampia di quella riscontrabile nella tradizione stato-centrica)²³².

I tratti fondamentali del concetto esteso di legalità sovranazionale si rinvencono, anzitutto, nel diritto primario. Le disposizioni pattizie assicurano all'Unione una dotazione istituzionale e un assetto di fini propri da perseguire; i trattati si pongono allora, come vero e proprio *corpus* normativo volto alla creazione di una "base legale comune"²³³ da esercitarsi nell'ambito delle attribuzioni previste (ivi comprese quelle implicite, secondo che ne sia data possibilità dal diritto primario medesimo).

In questo senso deve leggersi la sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-101/78 (Granaria), secondo la cui massima: “*dal sistema legislativo e giurisdizionale istituito dal Trattato risulta che, se il rispetto del principio della legittimità comunitaria comporta, per gli amministratori, il diritto di contestare in sede giurisdizionale la validità dei regolamenti, lo stesso principio implica pure, per tutti i soggetti del diritto comunitario, l'obbligo di riconoscere la piena efficacia dei regolamenti finché il giudice competente non ne abbia dichiarato l'invalidità*”²³⁴.

La nozione di legalità qui sostenuta è una conquista risalente, anche se non originaria nell'esperienza sovranazionale²³⁵: il Trattato di Roma, nella previsione degli odierni artt. 263 e

²³¹ Così, AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, in AUBY/LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, cit., 394.

²³² Si rileva soltanto che sin dalle primissime sentenze della Corte di Giustizia, a fondamento dell'applicabilità del diritto europeo, viene sancito il principio secondo cui “*il trasferimento effettuato, dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore (...) sarebbe del tutto privo di efficacia*” (C – 6/64, 15 luglio 1964 *Costa/Enel*). La previsione di un ordinamento “integrato” ai sistemi nazionali – è sempre l'arresto *Costa/Enel* a suggerirlo – misconosce il criterio gerarchico in sé e fonda sulle competenze d'attribuzione le proprie “possibilità di prevalenza”. Parallelamente all'identificazione dei distintivi spazi normativi dell'Unione come collegati alle competenze d'attribuzione, emerge in prospettiva sostanzialistica il canone del rispetto del diritto complessivamente inteso anche con riguardo all'attività pubblica nei confronti dei soggetti privati, nel senso delle garanzie tipiche del canone dello *Stato di diritto*.

²³³ In questo senso, AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, cit., 394 ss.

²³⁴ Sono chiari gli echi della pronuncia *Van Gend & Loos* (C – 26/62, 5 febbraio 1963). Il rispetto del diritto europeo (in specie, il rispetto dei diritti fondamentali garantiti) viene sancito anche nella sentenza *Höchst*, cause riunite C – 46/87 e C – 227/88, 21 settembre 1989.

²³⁵ Si vedano, per una “storia evolutiva” del principio in esame, le sentenze C – 44/79, 13 dicembre 1979 *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, C – 85/87, 17 ottobre 1989 *Dow Benelux NV/Commissione*, Cause Riunite 97 – 99/87, 17 ottobre 1989, *Dow Chemical Iberica Sa et. al/Commissione*, C – 374/87, 18 ottobre 1989 *Orkem/Commissione*.

268 TFUE, segna "*une différence nette [rispetto alla normativa CECA] entre la Communauté conçue comme un organisme de droit public soumis aux principes de légalité et de responsabilité qui s'appliquent à l'Etat, et une organisation internationale*"²³⁶.

Sulla scorta del carattere fortemente giuridicizzato del sistema europeo, si comprende come all'allargamento dell'assetto degli obiettivi europei, di cui si è ampiamente detto nella prima parte del presente lavoro, corrisponda la sistemazione di attribuzioni ulteriori ex art. 3 TUE; di qui la necessità di predisporre un apparato organizzato di mezzi giuridici in vista del raggiungimento dei nuovi fini "resi perseguibili" per Trattato²³⁷. Nel quadro delle cd. "delegazioni espresse" disegnato dalla disposizione relativa alle competenze d'attribuzione si suole ravvisare una concordanza strutturale del sistema legale europeo con gli ordinamenti nazionali retti dal principio di legalità, nella misura in cui l'idea dello Stato di diritto è messa in opera, nel contesto sovranazionale, nell'accezione secondo cui ogni esercizio di sovranità deve obbligatoriamente essere canalizzato e limitato dal diritto²³⁸.

Sinora si è tentato un quadro unitario del concetto di legalità nell'ordinamento giuridico europeo complessivamente inteso, inquadrando il medesimo nell'ambito della tradizionale prospettiva dello *Stato di diritto*. Occorre a questo punto considerare lo stesso nei più ridotti termini dell'attività amministrativa dell'Unione Europea, dando conto del rapporto tra la nozione ampia di legalità qui sposata e le specificità della declinazione pubblicistica sovranazionale.

Una più puntuale considerazione della *legalità amministrativa* si lega alla ormai acquisita consapevolezza che "*dans la mesure où l'action de la Communauté et de l'Union repose à titre principal sur des politiques publiques, on peut affirmer que c'est de mécanismes de droit administratif que dépend encore pour longtemps, au premier chef, la réalisation effective de leurs objectives*"²³⁹.

La nozione del principio di legalità sovranazionale, nel prevenire, controllare e delimitare l'arbitrio del pubblico potere, non contrasta con la dizione classica dei diritti amministrativi statuali di matrice continentale né, per vero, apporta significativi cambiamenti agli schemi predetti. Sono tuttavia riscontrabili, nella specificità dell'esperienza europea, almeno tre fattori di alterità rispetto alla tradizione: 1) si assiste a un fenomeno cd. di "panlegalismo", per cui parametro di legalità è qualunque atto *normativo* idoneo a spiegare

²³⁶ PESCATORE, *Les travaux du groupe juridique dans la négociation des traités de Rome*, Studia Diplomatica, vol. XXXIV, 1981, 175 e ss. (citato in AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, 395).

²³⁷ Cfr. le precise indicazioni contenute nell'art. 19 TUE relativamente al sistema giurisdizionale europeo e alle modalità di ricorso.

²³⁸ Così, SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit. 221.

²³⁹ Cfr. AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Introduction*, in *Droit administratif européen*, cit., 20.

degli effetti pregiudizievoli senza che perciò stesso debba necessariamente rispettarsi la distinzione tradizionale tra “leggi” e fonti legali ex 288 TFUE; tale indirizzo, consistente nell'estensione del concetto di legalità amministrativa a parametri sovra-legislativi o infra-legislativi si riscontra, peraltro, anche in seno agli ordinamenti nazionali²⁴⁰; 2) a causa della parcellizzazione del potere pubblico europeo e della sua propria azione, che investe tanto le istituzioni sovranazionali quanto gli organi statuali d'applicazione della funzione amministrativa europea, si registra una potenziale concorrenza tra il diritto nazionale demandato all'applicazione della predetta funzione amministrativa e il diritto europeo che governa il processo decisionale che porta all'emanazione dell'atto da parte dell'istituzione europea²⁴¹; 3) la nozione di amministrazione europea si distacca dall'omologa nozione nazionale per l'alterità dell'interesse pubblico perseguito: negli ordinamenti nazionali, infatti, l'interesse pubblico è raggiunto mediante la sintesi e il superamento degli interessi particolari, mentre nell'ambito sovranazionale si tratta piuttosto di quell'interesse comune (cfr. art. 3 TUE) degli Stati che porta all'attribuzione di competenze all'organizzazione sovranazionale.

L'attività amministrativa sovranazionale, lungi dunque dal rappresentare semplice perseguimento della felicità pubblica mediante la "meccanica" applicazione delle disposizioni normative o delle pronunce giudiziali (è questo il concetto classico di *esecuzione*), presenta decisi connotati di *engagement* alieni alla tradizione amministrativistica statuale: il pubblico interesse europeo emerge dagli obiettivi del Trattato; l'organizzazione amministrativa sovranazionale, direttamente attingendo al diritto primario, si autonomizza dal corpo legislativo e poggia la propria legittimazione – secondo canoni di ampiezza inusitata rispetto al potere amministrativo classico – sulla lettera dei Trattati.

In questo senso, il principio di legalità si fonda su vere e proprie basi costituzionali che ne permettono le peculiarità caratterizzanti: nel quadro europeo manca il rapporto di subordinazione dell'amministrazione nei confronti del parlamento-legislatore e si rinviene, invece, un fondamentale rapporto di partecipazione dell'amministrazione stessa (o, almeno, degli organismi di vertice dell'amministrazione, come la Commissione) all'elaborazione e

²⁴⁰ In questo senso si esprime AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, cit. 396.

²⁴¹ Ancora, AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, cit. 396; si veda altresì MASSERA-SIMONCINI-SPAGNUOLO, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, cit., p. 4. CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 521, rileva che, laddove entrino in conflitto interesse pubblico nazionale e interesse pubblico europeo, è quest'ultimo a prevalere secondo il principio della *primauté*; l'Autore, tuttavia, richiama a titolo di esempio problematico, il caso in cui la pubblica amministrazione nazionale si debba *calare nel diritto europeo* per interpretare, nella propria opera discrezionale, i limiti dati dalla nozione sovranazionale di interesse pubblico.

all'interpretazione delle regole che la medesima è chiamata, per Trattato, ad applicare nella propria missione a servizio degli obiettivi generali dell'Unione²⁴².

L'arresto *Höchst contro Commissione*, precisando il contenuto essenziale del concetto di legalità sul piano europeo – sulla scorta di una definizione ampia dello stesso, ricalcata sull'idea dello *Stato di diritto* – rammenta che “*in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge; questi ordinamenti prevedono pertanto, pur se con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati . L' esigenza di siffatta protezione deve essere ammessa come un principio generale del diritto comunitario*”²⁴³.

Altro e distinto problema è la determinazione degli “effetti paralizzanti” del principio di legalità con riguardo agli atti amministrativi nazionali. I predetti atti amministrativi, in quanto formati secondo il diritto europeo per fini rispondenti agli obiettivi previsti dal Trattato, sono suscettibili di essere invalidati sulla scorta dell'applicazione del principio di legalità sovranazionale, il cui controllo ricomprende (e perciò stesso giustifica o cassa) l'attività amministrativa comunque riconducibile al quadro statuale, quand'anche formalmente messa in opera dagli organi nazionali deputati²⁴⁴.

La vigenza del principio di legalità nell'ordinamento europeo importa logicamente che “*ogni atto dell'amministrazione che produca effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell'interessato in modo tale che questi possenga la certezza del momento a decorrere dal quale l'atto stesso esiste ed è produttivo di effetti giuridici*”²⁴⁵.

²⁴² In questo senso è stato rimarcato da autorevole dottrina come i diversi aspetti in cui può essere scomposto il principio di legalità sovranazionale abbiano caratteri propri, del tutto nuovi, da ricondursi alla innovativa strutturazione del sistema europeo: il canone di legalità può invero essere percepito come primato del diritto europeo su quello nazionale, come espressione della “riserva di legge” dei Trattati, come “riserva di interpretazione” del diritto europeo da parte delle istituzioni sovranazionali (cfr. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 220 ss.). Questi stessi tratti caratterizzanti del canone europeo rispetto al principio di legalità nazionale come riferibile alle pubbliche amministrazioni non permettono, se non nei termini suggeriti in chiusura del presente paragrafo, di identificare una nozione più ristretta e “non costituzionalistica” del principio in disamina. Consola rilevare che pure la dottrina appena richiamata ammette l'impossibilità di una succinta analisi del tema, confessando che, in ordine agli aspetti sopra delineati, ben potrebbero scriversi distinte monografie.

²⁴³ Così, *Höchst*, cause riunite C – 46/87 e C – 227/88, cit. In questo senso, la cifra fondamentale del principio di legalità per il diritto amministrativo a conformazione europea deve ricercarsi non soltanto nella sottoposizione dell'amministrazione al diritto, ma anche nella giustiziabilità dei provvedimenti dalla stessa adottati nei confronti dei privati. Tale osservazione conduce a ritenere fisiologicamente collegati, in prospettiva garantistica, il principio di legalità, l'obbligo di motivazione e il canone dell'affidamento legittimo. La densità dei temi trattati, del resto testimoniata da un uso a volte intercambiabile dei singoli principi da parte della CGUE, verrà scomposta più avanti, ove possibile.

²⁴⁴ Si vedano le Sentt. C – 106/77, 9 marzo 1978 *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal S.p.A.*; le Cause riunite C-143/88, 21 febbraio 1991 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG/Hauptzollamt Itzehoe e Zuckerfabrik Soest GmbH/Hauptzollamt Paderborn*.

²⁴⁵ Così la sent. del Tribunale in Cause riunite T-18- T-24/89, 7 febbraio 1991 *Tageras*.

Il controllo di legalità è assicurato tanto nei confronti degli atti (amministrativi) europei, quanto rispetto agli atti nazionali²⁴⁶: l'art. 263 TFUE, che disciplina il ricorso per annullamento, è in proposito categorico; per quanto concerne particolarmente l'accesso al controllo della legittimità di un provvedimento sovranazionale, la Corte di Giustizia ha statuito, in una celebre pronuncia²⁴⁷, che: *“si deve anzitutto sottolineare che la Comunità Economica Europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato. In particolare, con gli articoli 173 e 184 (ora 263 e 277 TFUE), da un lato, e con l'art. 177 (ora 267 TFUE) dall'altro, il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici (...)”*.

Quanto appena rimarcato si applica, a maggior ragione, ove *“spetti alle istituzioni comunitarie rendere tali atti operativi sul piano amministrativo”* (leggi: provvedimenti di attuazione). Alla funzione di controllo della legittimità degli atti sovranazionali si ricollega idealmente²⁴⁸ la previsione di cui all'art. 267 TFUE relativa alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione, secondo la quale *“la Corte di giustizia dell'Unione Europea è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'articolo 340, secondo e terzo comma”*²⁴⁹. L'articolo citato nel corpo del 267 TFUE afferma in linea generale la risarcibilità [da parte dell'Unione] *“dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni”*.

Dunque, la legalità sovranazionale è assicurata, con riguardo all'attività amministrativa direttamente riconducibile alle istituzioni europee, dal combinato disposto degli artt. 263, 277²⁵⁰, 267 e 268 TFUE, i quali rappresentano, come più precisamente si dirà innanzi, le vie d'accesso alla giustiziabilità complessiva degli atti sovranazionali.

²⁴⁶Tale circostanza richiama la distinzione – ormai classica – tra amministrazione diretta dell'Unione e amministrazione indiretta. Si veda a questo proposito l'efficace riassunto di SCHWARZE, *Judicial review of european administrative procedure*, Law and Contemporary Problems, 68, 86: *“There is no single European administrative procedure. But direct administrative implementation of Community law (that is, administration carried out by Community institutions) is distinct from indirect administrative implementation (that is, administration carried out by the Member States)”*.

²⁴⁷ Sent. C – 294/83, 23 aprile 1986, *Parti écologiste Les Verts/Parlamento Europeo*, in part. cfr. pto. 23.

²⁴⁸ In questo senso, tra gli altri, TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, cit. 250.

²⁴⁹ Cfr., sul punto, GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 29 ss.

²⁵⁰ *“Nell'eventualità di una controversia che metta in causa un regolamento adottato da un'istituzione, organismo od organo dell'Unione, ciascuna parte può, anche dopo lo spirare del termine previsto dall'articolo 263, sesto comma, valersi dei motivi previsti dall'articolo 263, secondo comma, per invocare dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea l'inapplicabilità dell'atto stesso”*. Tale disposizione è costruita al fine di permettere al ricorrente di eccepire l'illegalità dell'atto europeo che forma la base giuridica della decisione nazionale impugnata. Cfr. sul punto, C – 239/99, 15 febbraio 2001 *Nachi Europe*.

Per quanto concerne l'azione amministrativa nazionale esplicita su base europea, se pur si riscontra in già nota giurisprudenza²⁵¹ un vincolo di legalità quale parametro generale, non è dato trovare nella lettera dei Trattati una disposizione che sancisca indefettibilmente tale rapporto.

Le stesse disposizioni che paiono a tutta prima richiamare il principio di legalità rispetto ai provvedimenti nazionali di rilevanza europea adottati degli Stati membri importano, in ultima analisi, una (semplice) responsabilità internazionale o amministrativa di questi ultimi, seppure declinata secondo categorie sovranazionali (cfr. gli artt. 265 e 258 TFUE)²⁵². Una (risalente) giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel rimarcare la necessità di rispettare le competenze di attribuzione sulla base delle quali poggia la collaborazione tra Stati nazionali e organizzazione europea, afferma che: *“la Corte [...] non è competente ad annullare atti legislativi o amministrativi di uno degli Stati membri; il Trattato CECA s'informa infatti al principio di una rigorosa separazione tra i poteri delle istituzioni comunitarie e quelli degli organi degli Stati membri ; né il diritto comunitario prevede che le istituzioni della Comunità possano annullare atti legislativi o amministrativi degli Stati membri”*²⁵³.

Il medesimo arresto rammenta poi che *“nell'ambito dell'art. 177 del Trattato [ora 267 TFUE], questa corte non è competente ad interpretare norme di diritto interno, né a pronunciarsi sulla loro eventuale incompatibilità col diritto comunitario. Tuttavia, nell'ambito dell'interpretazione del diritto comunitario, essa può fornire al giudice nazionale gli elementi che gli consentiranno di definire la controversia ad esso sottoposta, in particolare quanto alla eventuale incompatibilità tra norme interne e norme comunitarie”*²⁵⁴.

Il controllo di legalità²⁵⁵ degli atti nazionali è stato nel tempo surrettiziamente ampliato – rispetto alla dizione contenuta appena ricordata – dal ricorso ad una interpretazione ampia dell'art. 267 TFUE, che realizza di fatto un sindacato in via indiretta sulla compatibilità delle norme nazionali col diritto europeo.

La stessa interpretazione del diritto sovranazionale, con la specificazione dell'area di intervento e delle garanzie attribuite ai privati, è venuta ad assumere contorni sufficientemente

²⁵¹ Sent. C – 294/83, *Parti écologiste Les Verts/Parlamento Europeo*, cit..

²⁵² Per la qualificazione del ricorso in carenza come fonte di responsabilità internazionale, AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, cit. 408; in ordine alla configurazione della procedura d'infrazione come fonte di responsabilità amministrativa, ANTONIAZZI, *Responsabilità amministrativa per violazione del diritto comunitario: alcune riflessioni sull'evoluzione del danno "all'erario comunitario"*, Foro Amm. TAR 2006, 06, 2251

²⁵³ Sentenza C – 6/60, 16 dicembre 1960 *Humblot*

²⁵⁴ Sentenza C – 38/77, 23 novembre 1977 *Enka*

²⁵⁵ Si ricorda che il termine *“légalité”*, introdotto nel sistema europeo sulla scia dell'ordinamento francese, può essere assimilato alla nostra *“legittimità”*. Il tema verrà trattato compiutamente nella parte IV del lavoro.

precisi grazie all'apporto interpretativo fornito dalla CGUE sin da tempi ormai risalenti²⁵⁶, mediante il meccanismo pregiudiziale²⁵⁷.

In ogni caso, il controllo della rispondenza al principio di legalità è condotto avendo riguardo ai seguenti elementi identificativi: i) rispetto delle regole formali e procedurali; ii) l'esattezza dei fatti materiali a fondamento della decisione contestata; iii) l'assenza di errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti di cui al punto precedente; iv) l'assenza di sviamento di potere da parte dell'amministrazione procedente²⁵⁸.

Un controllo più penetrante è assicurato nella misura in cui comporti un giudizio sugli aspetti procedurali, al fine di assicurare il complesso bilanciamento tra le garanzie sovranazionali (in particolare, diritto di difesa e obbligo di motivazione) e l'imperativo dell'efficacia dell'azione amministrativa europea²⁵⁹. Con specifico riferimento all'attività amministrativa di matrice sovranazionale messa in opera dagli Stati membri, la Corte di Giustizia riconosce il medesimo limite in capo all'organo della pubblica amministrazione nazionale deputato al procedimento: rispetto a un potere discrezionale (ottratto, in questo caso, dal diritto europeo, in quanto non originario del pubblico potere statale) non deve

²⁵⁶ Relativamente al principio di legalità amministrativa europea, oltre al caso "apripista" *Algera* (C – 7/56, 12 luglio 1957), nel quale la Corte, per evitare un diniego di giustizia, si richiama all'obbligatorietà di risolvere un caso in tema di abrogazione di atti amministrativi nazionali, devono altresì essere ricordati almeno gli arresti *SNUPAT/Alta Autorità* (C – 49/59, 16 dicembre 1963) e *NTN Tokyo Bearing Company/Consiglio* (C – 113/77, 20 marzo 1979). Sugli ultimi casi citati si tornerà più precisamente nella parte del lavoro dedicata alle singole modalità di contrasto dell'atto amministrativo nazionale rispetto al diritto dell'Unione Europea.

²⁵⁷ Se una prima, essenziale funzione del rinvio pregiudiziale risponde all'esigenza della conforme interpretazione del diritto europeo, una seconda – ulteriore e formalmente più delicata sotto taluni profili di competenza – consiste nella verifica, per via d'interpretazione, della legittimità di una legge nazionale (o di un provvedimento amministrativo o di una prassi comunque ricollegabile a un'attività nazionale) rispetto al diritto europeo, giacché nel dialogo che s'instaura ex art. 267 TFUE tra giudice europeo *periferico* (nazionale) e giudice europeo *centralizzato* (CGUE) viene senz'altro in rilievo – a seconda dell'interpretazione del diritto sovranazionale fornita a risoluzione dei quesiti pregiudiziali – il parametro europeo di legittimità dell'atto nazionale coinvolto dalla suddetta interpretazione. Una terza ed ultima funzione si riconosce nel cd. "rinvio pregiudiziale di validità", mediante il quale può essere messa in discussione, davanti al giudice nazionale, la legittimità del diritto europeo direttamente applicabile ovvero la base giuridica sovranazionale (che si vuole illegittima) sul quale si fonda l'atto (amministrativo) nazionale. Delle tre funzioni appena indicate, la seconda appare, in questa sede, necessitare di qualche puntualizzazione. L'indirizzo di cui si è dato conto è infatti suffragato da alcune pronunce della CGUE (devono citarsi, tra gli altri, il capitale arresto *Van Gend & Loos* (C – 26/62, cit.) nonché le sentenze *Piageme et. Al./BVBA Peeters* (C – 369/89, 15 ottobre 1995) e *Steenhorst-Neerings* (C – 338/91, 27 ottobre 1993) – in netta controtendenza rispetto a quelle più sopra indicate – che, anche negando in principio la competenza a interpretare il diritto nazionale nel senso della compatibilità o legittimità alla luce del diritto europeo (il che è non di rado l'oggetto del quesito pregiudiziale), assicurano in punto di fatto la consonanza di quest'ultimo con una certa interpretazione del diritto nazionale interessato.

²⁵⁸ Si veda la sentenza nelle Cause riunite C-328/99 e C-399/00, 8 maggio 2003 *Italia e SIM 2 Multimedia/Commissione* nonché la sentenza C-309/95, 22 novembre 2001 *Antillean Rice Mills/Commissione*. Per una formulazione più ampia, anche se cauta nel delineare i contorni del principio di legalità in prospettiva europea, HOFMANN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, London, 2012, 151 ss. Circa le tecniche di sindacato e i vizi dell'atto in prospettiva prettamente europea, cfr., almeno, CURTI-GIARDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Milano, 2008, 15 ss.; CLARIZIA, P. *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, cit., 177 ss. (e relativa nota bibliografica).

²⁵⁹ E' questo l'indirizzo della sentenza C - 269/90, 21 novembre 1991 *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*.

risultare, ad un controllo di legalità, manifestamente sproporzionato. Nell'ambito della responsabilità dello Stato membro per ricorso in carenza, la ricognizione sovranazionale attiene piuttosto alla verifica della giustezza del margine d'apprezzamento utilizzato dall'autorità nazionale competente (dunque, al rispetto dei limiti di apprezzamento *assegnati* dall'amministrazione europea).

L'attività di perseguimento del pubblico interesse da parte degli Stati – è bene precisare – soggiace, quand'anche non sia prevista una competenza europea in materia, alle limitazioni generali previste dai Trattati in ordine agli obblighi procedurali inerenti alle situazioni transnazionali per le quali risulti necessario fare appello ai cd. "sistemi d'equità": trattasi sostanzialmente di principi *a garanzia minima* delle situazioni giuridiche comunque tutelabili in un'ottica europea (p. es. accessibilità, trasparenza e imparzialità del ricorso giurisdizionale)²⁶⁰.

Il principio di legalità nella propria declinazione sovranazionale, ampliata rispetto alla definizione classica propria degli ordinamenti nazionali, conosce nel contesto europeo una (non sovrana né incontrastata) vigenza, concorrendo – e talora lasciando il passo – con altri e più caratteristici principi del diritto dell'Unione.

Si devono conclusivamente riscontrare, in una prospettiva storica, un ampliamento formale degli ambiti della legalità europea e, nella prassi, un indirizzo giurisprudenziale sempre più teso ad affermare – mediante il ricorso a un sistema completo (e spesso, anzi, *completato*) di rimedi - la propria competenza in ordine a "spazi amministrativi" nazionali che possano attualmente e direttamente inficiare l'uniforme applicazione del diritto europeo.

Questa circostanza – unita alla necessità di valutare i benefici del pieno rispetto della legalità sovranazionale con riguardo alla certezza del diritto – rende particolarmente difficile delimitare i confini tra alcuni importanti principi dell'azione amministrativa, ampiamente riconosciuti dalla CGUE, e il canone di legalità che, per la sua attitudine generalizzante, potrebbe comunque considerarsi come “valvola di chiusura” di un effettivo sistema di tutela giurisdizionale²⁶¹.

Il principio di proporzionalità

²⁶⁰ Cfr. C – 372/04, 16 maggio 2006 *Watts/Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*.

²⁶¹ Scrivono condivisibilmente HOFMANN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit., 149: “*Although there’s no generally agreed-upon definition of the content of the concept of the rule of law, and there is in fact a lively academic debate about its contours, a large definition of the notion would define the rule of law as a broad umbrella principle, which has a core content but which also underpins and agglomerates a substantial number of other (sub-)principles. Many of these sub-principles can in themselves be regarded as having a certain independent existence*”.

Nell'analisi dei principi che specificano l'esteso concetto di legalità europea, e che ne caratterizzano l'effettività sul piano materiale, il canone di proporzionalità è, tra tutti, oggetto di molti e approfonditi studi.

Tale circostanza è giustificata dal fatto che, in molti ordinamenti degli Stati membri, il principio di proporzionalità del pubblico agire (che potrebbe a ragione essere ricondotto anche all'attività legislativa²⁶²) è da secoli presente, seppur non direttamente provvisto di apposita definizione, all'interno dei singoli sistemi legali.

Occorre pertanto esaminare l'evoluzione storica del principio in parola, avendo peraltro riguardo a talune peculiarità che derivano dalla stratificazione storica stessa all'applicazione odierna del canone di proporzionalità.

Sul piano etimologico, il termine “proporzione” – derivante dal latino “*proportio-nis*”, coniato probabilmente da Cicerone sulla scorta della locuzione “*pro portione*” – traduce il greco ἀνάλογια²⁶³, indicando una corrispondenza di misura tra due o più termini di comparazione, ovvero – in prospettiva più utile ai fini del presente lavoro – tra le singole parti di un tutto.

L'utilizzo del concetto di proporzione come “rapporto”, sviluppatosi – come noto – in misura notevole nel campo delle scienze matematiche, trova puntuale e costante applicazione – nel corso dei secoli – con riferimento alle arti applicate²⁶⁴ e alla speculazione filosofica. In particolare, è proprio sullo sfondo di tale ultima disciplina che la categoria concettuale della proporzionalità prende forma, per poi, soltanto al tramonto del XVIII secolo, trasferirsi sul piano dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e privati, trovando una prima, seppur parziale formulazione giuridica.

Anche in prospettiva filosofica, l'idea di proporzione ricorre – con saldo riferimento alle discipline matematiche – come ricerca di simmetria tra le molteplici parti di un tutto e, quindi, come criterio ordinatore di un dato contesto riconducibile ad unità. E' appunto in siffatto ambito, come è stato recentemente rilevato da una dottrina attenta ai risvolti

²⁶² Il che purtroppo non è possibile, nell'economia del presente lavoro.

²⁶³ In ordine agli aspetti relativi alla genesi linguistica del concetto, cfr., per tutte, *Enciclopedia Treccani* (<http://www.treccani.it/vocabolario/proporzione/>). Si veda anche, in prospettiva storica, il *Vocabolario degli Accademici della Crusca*, Terza Ed. (1691) Vol. III, 1270, ora integralmente digitalizzato con possibilità di comparazione in http://www.accademiadellacrusca.it/la_crusca_in_rete.shtml, secondo il quale il termine proporzione, che corrisponde al greco “analogia”, è “*convenienza delle cose tra di loro*”; la prima edizione del Vocabolario (1612, 658), riportava la seguente definizione: “*convenienza delle parti l'una con l'altra al tutto, o delle parti tra di loro*”.

²⁶⁴ Particolarmente notevole, sul punto, è la produzione tecnico-letteraria succedutasi a partire dalla metà del XV sec. in materia di ingegneria e architettura, che non si cita per coerenza con l'impianto del presente scritto.

sistematici della questione²⁶⁵, che si comincia ad apprezzare il valore prettamente giuridico del concetto, inteso come correlazione del mezzo utilizzato rispetto al fine perseguito, prendendo le mosse dall'idea di eguaglianza e dalle primissime elaborazioni delle teorie della pena²⁶⁶.

La prima formulazione propriamente giuridica del concetto di proporzione ricollegabile al diritto pubblico emerge soltanto – e ancora sulla base dei fondamenti filosofici del diritto naturale – nel tardo Settecento, grazie all'opera dell'eminente giurista prussiano Carl Gottlieb Svarez (1746 – 1798), il quale, riconducendo la legittimazione dell'autorità statale al classico schema del contratto sociale siglato per il perseguimento del bene comune, riconosce in tale ultimo patto (anche) i limiti dell'attività dello Stato con riferimento alle posizioni giuridiche dei singoli, individuando la ragione della legittimità della lesione inferta al soggetto privato nel conseguimento dell'interesse pubblico, che solo giustifica il sacrificio del “bene della vita” gerarchicamente inferiore²⁶⁷.

L'identificazione della proporzionalità come categoria giuridica conosce, come noto, un altro illustre precursore nella figura di Giandomenico Romagnosi (1761 – 1835). Sebbene ancora profondamente legato all'impostazione filosofica giusnaturalistica, il versatile pensatore parmense, in una delle prime opere in lingua italiana espressamente dedicate allo studio del diritto amministrativo (1814), afferma che “la regola direttrice

²⁶⁵ Si veda, sul tema, l'originale lavoro di COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 46 ss., al quale si rinvia senz'altro per un approfondimento delle tematiche qui trattate e per la puntuale ricostruzione dei profili non giuridici della proporzionalità.

²⁶⁶ Nella dottrina italiana, il tema dell'emersione del canone di proporzionalità in prospettiva pregiuridica è poco battuto. Nell'Etica Nicomachea (libro V, § 5) e nella Grande Etica (libro XXXI, § 11 ss.) Aristotele pone le premesse dell'applicazione, nella sfera della cd. “giustizia distributiva”, del principio di proporzionalità – ancorché non le riferisca espressamente al pubblico agire. Una sistematizzazione più vicina al concetto moderno di proporzionalità si riscontra nella Summa Teologica di Tommaso d'Aquino (Parte II, Argomento 95, Art. 1) ove si rimarca che “[t]utto ciò che esiste quale mezzo ordinato a un fine deve essere proporzionato a tale fine. Ma la legge ha come fine il bene comune: poiché, come dice S. Isidoro [Etym. 2, 10; 5, 21], «la legge non è scritta per un'utilità privata, ma per il bene comune dei cittadini». Per cui le leggi devono essere proporzionate al bene comune. Ma il bene comune implica una molteplicità. Quindi la legge deve riferirsi a una pluralità di persone, di attività e di tempi” (cfr. anche Parte II, Argomento 95, Art. 3). Nell'opera di Grozio si profila più chiaramente il concetto di bilanciamento di contrapposti interessi: “In all cases of deliberation, not only the ultimate but the intermediate objects leading to the principal ends are to be considered. The final object is always some good, or at least the evasion of some evil, which amounts to the same. The means are never to be considered by themselves, but only as they have a tendency to the proposed end. Wherefore in all cases of deliberation, the proportion, which the means and the end bear to each other, is to be duly weighed, by comparing them.” (*The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations*, tr. Campbell, New York-London, 1981, 281 ss.). Sull'origine del principio di proporzionalità, ancora, COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, op. cit., 46 ss.; SANDULLI, A. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 2; SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit., 721; con riguardo alla genesi filosofica del principio in esame e alla sua traduzione nel diritto penale, GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 2.

²⁶⁷ Il riferimento è a SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, 1791-92, Rist. Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1960, 40. Si veda, per un'ampia e articolata ricostruzione storica della posizione della dottrina germanica, STONE SWEET - MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (2008), Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 14, in http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14.

*dell'amministrazione in questo conflitto [fra interessi privati e pubblici] si è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità. Lo che è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*²⁶⁸.

Le articolate riflessioni di Romagnosi – che in principio avrebbero potuto condurre a risultati paragonabili a quelli raggiunti dalla coeva dottrina germanica rispetto all'elaborazione della proporzionalità siccome concetto propriamente giuridico – riscuotono, nei decenni successivi, ben scarso seguito, forse in ragione del fatto che l'esplicitazione della “regola direttrice” sconta l'ancoraggio ad un contesto nel quale lo studio dell'ordinamento amministrativo è ancora scientificamente prematuro e largamente frammisto a considerazioni storico-filosofiche che ne minano in radice l'attitudine sistematica²⁶⁹.

Salvo alcuni fuggevoli accenni nell'opera di pochi Autori²⁷⁰, infatti, la costruzione giuridica del canone di proporzionalità sembra conoscere, lungo un arco temporale che spazia per centocinquanta anni, fino agli anni settanta dello scorso secolo, un periodo di relativa stasi. E' stato opportunamente rilevato, sul punto, come nell'ordinamento italiano post-unitario il principio di proporzionalità, “*impiegato sporadicamente dalla giurisprudenza amministrativa sin dai primi anni d'attività della IV Sezione del Consiglio di Stato*”²⁷¹, emerga – talvolta implicitamente – nell'ambito della sintomatologia dell'eccesso di potere, senza peraltro conoscere applicazioni che ne sanciscano una riconoscibile autonomia sistematica rispetto ad altri, più tradizionali criteri di azione pubblica propri dello Stato di diritto.

In Germania, viceversa, la maturazione del concetto di proporzionalità come principio generale del diritto amministrativo prosegue, raggiungendo pieno compimento già nel corso del XIX secolo, grazie al fondamentale apporto teorico di Günther Heinrich von Berg (1765 – 1843)²⁷², Robert von Mohl (1799 – 1875) e, in epoca più recente, della giurisprudenza del giudice amministrativo.

²⁶⁸ Così, ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III Ed., Prato, 1835, 15. Sul punto, recentemente, MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, Dir. proc. amm. 2011, 04, 1222.

²⁶⁹ Benché l'opera di Romagnosi sia a volte citata con riferimento al (solo) principio di proporzionalità, deve nondimeno riconoscersi alla stessa pari importanza rispetto all'elaborazione del più ampio principio di equità come esplicitazione della “regola del minimo mezzo”. In ordine a tale ultimo tema, si rinvia a BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, 79 ss.

²⁷⁰ Ci si riferisce, in ordine temporale, a ORLANDO, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Lodi, 1897, 159 ss; VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1937, 78; ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, 181. Deve comunque rilevarsi che nessuno di tali autori cita il principio attribuendo allo stesso la denominazione oggi nota.

²⁷¹ In questi termini, VILLATA/RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 188 (in nota).

²⁷² Al quale per primo si deve la dizione “*Verhältnismäßigkeit*”. Cfr. VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, Band I, Hannover, II Ed., 1802 (I Ed. 1799), 88 ss.

Con riguardo alla dottrina, particolare attenzione merita l'opera *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1844), nella quale von Mohl ancora l'analisi del principio di proporzionalità al dato positivo risultante dal diritto vigente, così affrancando – una volta per tutte – la nozione stessa di proporzionalità dal dominio del giusnaturalismo, aprendo conseguentemente la via all'applicazione pratica del relativo canone nella realtà giuridica effettuale²⁷³.

Sul versante pretorio, si suole comunemente identificare una prima applicazione giurisprudenziale del principio in discussione nella sentenza *Kreuzberg*²⁷⁴ (1882), di pochi anni successiva alla definitiva acquisizione del concetto da parte della dottrina, anche se la puntuale cristallizzazione degli elementi cardine della proporzionalità come concetto giuridico si deve alla ben più tarda formulazione contenuta nella nota pronuncia *Apothekenurteil*²⁷⁵ (1958) che, unitamente ad altri meno celebri arresti del *Bundesverfassungsgericht*, ha contribuito in misura notevole all'emersione del canone di proporzionalità come tecnica di bilanciamento di valori costituzionalmente rilevanti²⁷⁶.

²⁷³ Del resto, vale la pena ricordare come tutta l'opera di von Mohl si svolga nel segno di un rinnovamento della giuspubblicistica tedesca. Quale precursore della moderna concezione del sistema amministrativo, von Mohl getta le fondamenta teoriche, poi sviluppate dalla monumentale opera di Mayer, del relativo ordinamento inteso quale branca peculiare e specifica del diritto pubblico (ciò che è indice di una consapevolezza scientifica la quale, nei coevi scrittori italiani di "cose amministrative", è certo di là da venire). Sull'attitudine sistematica di von Mohl e della dottrina del suo tempo, si veda l'accurata analisi storica proposta in FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969 (Trad. di Fromont), 94 ss.; sul tema, anche MANNORI/SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 312 ss.; PADOA SCHIOPPA, A. *Storia del diritto in Europa*, cit., 513 ss.

²⁷⁴ Preußisches Oberverwaltungsgericht, Sent. 14/6/1882, concernente il provvedimento di chiusura di uno spaccio per avere il titolare del medesimo venduto alcool senza licenza. La ricostruzione è pressoché universalmente confermata. Cfr., sul punto, GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in *Traité de droit administratif européen*, a cura di AUBY – DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, cit., 358; GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., 11 ss.; SANDULLI, A. *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, Vol. V, 4643 ss.; *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 45 e 60; tale ultimo Autore tende piuttosto a ricondurre i profili d'illegittimità del provvedimento impugnato al vizio di sviamento di potere.

²⁷⁵ BverfG, Sent. 11/06/1958. Il caso giurisprudenziale riguardava la possibilità di ottenere una licenza per l'apertura di una farmacia, che una legge bavarese subordinava alla prova della mancata incidenza economica sull'interesse pubblico, nonché sull'attività degli operatori già inseriti nel mercato di riferimento. La Corte Costituzionale decise di far prevalere la "libertà di determinazione" del professionista, sulla scorta dell'art. 12, par. 1, GG, a mente del quale "*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden*".

²⁷⁶ Cfr., per esempio, BverfG, Sent. 15/01/1958, Lüth-Urteil, concernente i limiti di censurabilità, per motivi di ordine pubblico, della libertà di manifestazione del pensiero. Deve rilevarsi che l'implicita matrice costituzionale del principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco è tradizionalmente rinvenuta nell'art. 2, c. 1 e art. 14. Sul piano delle leggi ordinarie, richiami alla proporzionalità si trovano nella legge sul processo amministrativo (1960) e nella legge sul procedimento (1976). Circa la valenza costituzionale del principio a seguito dell'entrata in vigore del *Grundgesetz* (23 maggio 1949), FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, cit., 130, ove l'Autore specifica che "[s]ous le régime de la Loi fondamentale, le principe de la proportionnalité des moyens au but est également devenu un principe ayant valeur constitutionnelle et qui s'impose au respect du législateur et de l'administration (...)", rimarcando che "[i]l était facile de généraliser cette règle. En effet, même si l'on ne veut ni ne doit empêcher l'Etat de parvenir à ses fins, la Constitution protège avec tellement d'insistance la liberté et le libre épanouissement de la personne que l'on ne peut pas admettre que le législateur et l'administration imposent à la liberté des restrictions qui excéderaient ce qui est nécessaire pour atteindre le but

Grazie all'opera di propagazione sostenuta dal giudice costituzionale e amministrativo con riferimento al sistema pubblicistico in tutte le sue ramificazioni, la rimarchevole vis pervasiva del concetto non tarda a disvelarsi, così permeando stabilmente, in diretta correlazione con la carta fondamentale e con la perdurante elaborazione della dottrina²⁷⁷, l'intero campo del diritto pubblico tedesco, quale rapporto di relazione tra fine perseguito dall'autorità amministrativa e mezzo all'uopo concretamente adottato.

Nell'accezione classica, la prova della proporzionalità di un provvedimento si declina secondo un "esame in tre tappe" (cd. "*dreistufige Prüfung*") consistente in una scansione trifasica che conduce alla scomposizione del contenuto dello stesso secondo tre stadi distinti, nel seguente ordine: idoneità (*Geeignetheit*), necessità (*Erforderlichkeit*), proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*)²⁷⁸.

Come noto, la scansione logica delle predette tappe del test di proporzionalità prevede anzitutto la prova dell'idoneità della misura adottata, intesa come capacità del mezzo impiegato di concreta realizzazione del fine prefissato; una volta accertato il primo elemento, si passa a vagliare la necessità del provvedimento idoneo, con ciò intendendo l'obiettivo insostituibilità del mezzo concretamente impiegato con altro meno gravoso (cd. "regola del mezzo più mite"); segue, da ultimo, l'analisi della proporzionalità in senso stretto, che si esplica nel bilanciamento ideale tra l'interesse pubblico perseguito mediante l'adozione del provvedimento (idoneo e necessario) e la situazione giuridica del privato lesa.

Il cennato schema tripartito risponde, da un canto, alle esigenze proprie della congruità e dell'efficacia del mezzo utilizzato rispetto all'interesse pubblico (cd. "lato pubblicistico"), là dove identifica i primi due elementi (idoneità e necessità); dall'altro, con il terzo elemento (proporzionalità in senso stretto), nello sforzo di stabilire la regola-base del contemperamento tra interesse pubblico perseguito e sacrificio imposto al privato, si pone in una prospettiva senz'altro più attenta alle esigenze del privato (cd. "lato garantistico").

poursuivi. C'est en ce sens que le principe de la proportionnalité des moyens au but a valeur constitutionnelle". In ordine al legame tra principio di proporzionalità e diritti fondamentali nel contesto dell'ordinamento tedesco, cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 260; DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, München, 2011, 64 ss.; GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, cit., 359 nonché, anche in prospettiva storica, STONE SWEET - MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit. 22 ss.

²⁷⁷ A partire dall'opera di MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, nelle varie edizioni, la trattazione del principio di proporzionalità segue di pari passo l'evoluzione giurisprudenziale, conoscendo formulazioni sempre più precisamente articolate. Non mancano esemplificazioni metaforiche, come la celebre, epigrammatica definizione di FLEINER, F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 6. und 7. Aufl. 1922, 354, il quale specifica, con formula ormai classica, che "*die Beschränkung der individuellen Freiheit darf nie das absolut erforderliche Maß überschreiten. Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*". Cfr. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo*, Nuove Autonomie, 2006, 717 ss.

²⁷⁸ Per un'ampia ricognizione delle pronunce giurisprudenziali e degli orientamenti dottrinali concernenti la tripartizione del test di proporzionalità, SANDULLI, A. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 64 ss.

Se, dunque, obiettivo del principio di proporzionalità è la ricerca dell'*optimum provvedimentale*, inteso come rapporto (proporzione) tra le singole parti di un tutto (costituito dalla obiettiva situazione fattuale e giuridica che il provvedimento intende regolare), vale la pena di rimarcare come i requisiti dell'idoneità e necessità abbiano riguardo a mere alternative di fatto esistenti nella realtà delle cose e come, viceversa, l'elemento della proporzionalità in senso stretto si correli alle alternative giuridiche astrattamente adottabili dalla Pubblica Amministrazione²⁷⁹.

La differenziazione degli elementi del canone di proporzionalità secondo le tipologie appena ricordate – lungi dall'essere mero scintillio nominalistico – gioca un ruolo essenziale quando, con la costruzione dell'universo giuridico europeo, le istituzioni sovranazionali importano massicciamente il principio in disamina, innalzandolo tra i principi fondanti dell'intero tessuto sistematico europeo.

La giurisprudenza del giudice di Lussemburgo, ancor prima dell'immissione del principio di proporzionalità nell'espresso dettato del Trattato (art. 5, par. 3 TCE²⁸⁰), ne propone una declinazione puntualmente modulata secondo le esigenze – del tutto peculiari rispetto a quelle tipiche dell'ordinamento di origine – del sistema sovranazionale europeo, elaborando uno spettro di applicazione del principio che varia, a seconda degli interessi coinvolti, da un approccio deferenziale verso l'Autorità Amministrativa a un rigoroso scrutinio giurisdizionale della misura amministrativa concretamente adottata²⁸¹.

E' stato correttamente notato come l'elaborazione europea del canone di proporzionalità, proprio perché svolta entro una prospettiva di cura di interessi pubblici frammentati e compositi, sovente prescinda dall'enunciazione dell'elemento della proporzionalità in senso stretto²⁸²; la cennata espunzione del cd. "lato garantistico" del principio riduce il tradizionale schema tripartito ad un sistema bifasico, ove la proporzionalità viene vagliata con riguardo ai soli requisiti dell'idoneità e necessità²⁸³.

²⁷⁹ In tal senso, le affermazioni di COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 225.

²⁸⁰ Oggi, a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, art. 5 TUE, nonché – per ipotesi puntuali – artt. 69, 276, 296 (ex art. 253 TCE) TFUE. Deve segnalarsi che, già con l'introduzione dell'art. 3 B (ultimo paragrafo), il Trattato di Maastricht, prevedeva che "[l']azione della Comunità [andasse] al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato".

²⁸¹ Così, JOWELL, *Is Proportionality an Alien Concept?*, European Public Law, Vol. II, Issue 3, 1996, 404, nonché la dottrina ivi citata. Un caso spesso citato come paradigmatico della matura introduzione, nella giurisprudenza sovranazionale, del canone di proporzionalità è la sentenza 17 dicembre 1970, in causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

²⁸² Sul punto, cfr. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 235; Si veda GALETTA, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2007, 2, 603, che porta ad esempio la sentenza 20 ottobre 1977, in causa C-29/77, *Roquette*, punti 19 e 20 della motivazione e C.d.G. sentenza 29 febbraio 1996, in cause riun. C-296/93 e C-307/93, *Repubblica francese e Irlanda c. Commissione*.

²⁸³ Come giustamente rileva CRAIG, *European Administrative Law*, Oxford, 2006, 657, "this is a point of some importance, since the existence or not of the third limb changes the nature of the test. If proportionality

Purtuttavia, non può mancare di rilevare come, pur con le specificità dianzi indicate, al principio di proporzionalità sia attribuita, tanto dall'attività pretoria sovranazionale, quanto dal Trattato, una ormai indubitabile valenza costituzionale rispetto al sistema europeo nel suo complesso; una tale circostanza – che avvicina l'elaborazione sovranazionale a quella tedesca – è suffragata da una lunga teoria d'arresti che, a partire dagli anni settanta dello scorso secolo, hanno contribuito in maniera determinante alla diffusione del canone di proporzionalità nel tessuto ordinamentale dei singoli Stati membri²⁸⁴.

Nel corso dell'ultimo trentennio del '900, dunque, il principio di proporzionalità si propaga, sotto la cennata spinta unificante del sistema europeo, nell'ordinamento italiano. Come già ricordato, prima di tale data il canone in discussione emerge, più o meno scopertamente, quale esplicazione dell'eccesso di potere, così spingendo autorevole dottrina a rinvenire, nei decenni precedenti l'elaborazione europea, “applicazioni nascoste” del principio di proporzionalità²⁸⁵.

A seguito del processo di comunitarizzazione, la proporzionalità, similmente ai fluidi del principio dei vasi comunicanti nell'idrostatica pascaliana, si immette progressivamente in tutti i rami dell'ordinamento amministrativo, venendo infine pienamente riconosciuta quale

comprises merely suitability and necessity then once these hurdles are surmounted the measure would be regarded as legal, even if the burden thereby imposed on the individual might be felt to be disproportionate to the desired objective”. Del resto, specialmente nella dottrina inglese, è possibile rinvenire oscillazioni rispetto alla struttura del test di proporzionalità siccome applicato nel diritto europeo, anche al fine di rimarcare l'applicazione “in tono minore” del principio quando siano in questione atti dell'Unione. DE BURCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, 13 YEL 15, 113 ritiene possibile la tradizionale classificazione tripartita; contra, TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, cit., 137 ss., per il quale il test è essenzialmente bifasico (idoneità e necessità). Sul punto, riassuntivamente, CHALMERS-DAVIES-MONTI, *European Law*, II Edition, 2010, 368.

²⁸⁴ Ancorché la formulazione trifasica del principio in disamina adottata dal giudice europeo del principio sia, di massima, ancora riconducibile al modello germanico, non si vuole intendere che a taluni ordinamenti nazionali fosse del tutto sconosciuto il concetto di proporzionalità del pubblico agire. Per una rapida ma efficace sintesi evolutiva della proporzionalità in Paesi diversi dalla Germania, si veda, tra gli altri, il contributo di MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità - Relazione al convegno “Autorità e consenso nell'attività amministrativa”, Varenna 20-22 settembre 2001*, Milano 2002, 57 ss; CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 46 ss. Il tema del riconoscimento della proporzionalità quale canone autonomo dell'azione amministrativa è assai dibattuto in molti ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea. Sebbene il presente scritto si concentri essenzialmente sulle prospettive assunte dai sistemi tedesco, inglese e francese, occorre nondimeno ricordare che interessanti profili problematici sono stati sviluppati, nel tempo, in Svizzera, Austria e Belgio, anche sulla scorta di una ricezione “distorta” – o quantomeno peculiare – della “proporzionalità tedesca” (cfr., a titolo esemplificativo, il caso svizzero, ove il canone di proporzionalità, effettivamente scomponibile nel classico esame trifasico, si è imposto – prima della costituzionalizzazione del principio, nel 1999 – come un limite alle restrizioni da parte del potere legislativo a libertà di matrice essenzialmente economica). Per un'analisi complessiva delle accezioni di proporzionalità proprie di ciascun ordinamento, è d'obbligo il rinvio a FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, AJDA, 1995, 156 ss.; ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, AJDA, 1996, 185 ss., nonché, più recentemente, FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, cit., 2006, 256 ss.; VON ARNAULD, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in HATJE/NETTESHEIM (a cura), *Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht*, Europarecht, Beiheft 1/2008, 59 ss.

²⁸⁵ In questi termini, SANDULLI, A. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 135.

principio cardine attinente all'attività discrezionale dell'amministrazione, pur essendo sempre saldamente ricondotta alla sintomatologia dell'eccesso di potere.

Sebbene, infatti, correttamente si affermi che l'applicazione sistematica del canone di proporzionalità avviene soltanto sulla scorta dell'accezione europea del principio²⁸⁶, non può sottacersi che un pieno riconoscimento della proporzionalità quale categoria morfologicamente altra e distinta rispetto a figure (apparentemente) consimili collegate al vizio di eccesso di potere (in special modo, il canone di ragionevolezza), è ancora lungi dal potersi ravvisare²⁸⁷.

Nella prassi è evidente come non sempre il giudice amministrativo italiano proceda a scomporre il principio nella tradizionale accezione trifasica²⁸⁸, spesso attribuendogli, con scorretta semplificazione, il significato di "ragionevolezza"; da tale qualificazione discende conseguentemente l'adozione di un sindacato più blando rispetto allo standard garantistico proprio del principio di proporzionalità²⁸⁹. Un tale indirizzo mina in radice l'operatività del canone di proporzionalità senza nemmeno poter porre a proprio fondamento quei caratteri di ampiezza e complessità che giustificano l'applicazione della "proporzionalità bicefala" nell'ordinamento europeo²⁹⁰.

Vale la pena di rimarcare, sul punto, che la distinzione tra proporzionalità e ragionevolezza, nella quale – secondo alcuni Autori – il canone di proporzionalità si identifica e dissolve in rapporto di specie a genere, è tematica a tutt'oggi ampiamente dibattuta²⁹¹.

Deve comunque rilevarsi come il discrimine tra ragionevolezza e proporzionalità sia materia assai discussa anche fuori dai confini italiani, specialmente con riguardo all'opportunità di riconoscere alla proporzionalità autonome caratteristiche di "principio

²⁸⁶ Cfr. SANDULLI, A. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 196 ss., che pone l'accento sull'ascesa del principio in disamina grazie al più penetrante controllo giurisdizionale sulle scelte discrezionali della pubblica amministrazione. Contra, forse troppo decisamente, COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 54, secondo il quale è l'uso metodico e coerente della proporzionalità quale autonoma e strutturata categoria giuridica (sotto il profilo, dunque, qualitativo) che ne permette sistematica applicazione.

²⁸⁷ Così, tra gli altri, COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 55, il quale imputa almeno in parte tale circostanza al mancato riconoscimento esplicito del principio di proporzionalità come canone costituzionale.

²⁸⁸ Nella sua recente indagine (2011), COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 224, rileva come "nella nostra giurisprudenza (amministrativa) più recente vi sono rarissimi riferimenti all'indagine cosiddetta "trifasica", citando Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2007, n. 1736; Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5321; T.A.R. Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356.

²⁸⁹ Si ritiene di aderire, di massima, a quell'indirizzo (espresso da SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 322) che definisce autonomo lo schema logico che presiede al principio di proporzionalità rispetto a quello proprio del principio di ragionevolezza, giacché attiene alla "intensità dell'uso del potere discrezionale".

²⁹⁰ In questo senso, ancora, GALETTA, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, cit., che riscontra tali mancanze alla sentenza ivi commentata (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563). Per numerosi esempi della "confusione giurisprudenziale" rispetto a ragionevolezza e proporzionalità, si veda GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., 207 ss.

²⁹¹ Secondo DELLA CANANEA/FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 99, quello relativo alla proporzionalità in senso stretto "è un giudizio che talora sconfina nel merito".

generale”. Paradigmatica, in tal senso, è la posizione assunta dall’ordinamento inglese che, almeno secondo buona parte della dottrina, considera improprio l’utilizzo del canone in parola, fuori dai casi cui il diritto europeo risulti espressamente applicabile, in quanto verosimilmente destinato a “*sfociare nel controllo di merito*”²⁹² della misura amministrativa concretamente adottata²⁹³.

Proprio al fine di cogliere taluni spunti che militano per una distinzione, tanto sul piano teorico, quanto sul versante pratico, tra i concetti di ragionevolezza e proporzionalità, merita soffermare l’attenzione sul peculiare contesto dell’ordinamento inglese. Poiché – come si è avuto modo di rilevare – il discrimine tra le due categorie è di estremo, attualissimo interesse per la definizione dei rispettivi campi applicativi nel diritto italiano ed europeo, occorrerà allargare lo spettro delle riflessioni svolte con riferimento al sistema di Common Law a un più vasto orizzonte.

Come si è opportunamente affermato, con riguardo a casi in cui non venga in rilievo l’applicazione del diritto europeo, “*proportionality remains on the waiting list of English judicial review*”²⁹⁴. La sostanziale diffidenza con cui l’ordinamento inglese guarda al principio di proporzionalità di matrice sovranazionale è per mille fili collegata alla consolidata e secolare elaborazione, in seno a quell’ordinamento, del principio di ragionevolezza (“*reasonableness*”)²⁹⁵, il cui ormai ampio sostrato teorico ha sottratto spazio all’implementazione del giudizio di proporzionalità della misura amministrativa²⁹⁶.

E’ prova di un saldo indirizzo dottrinale (e giurisprudenziale) la ricorrente affermazione secondo la quale il controllo di proporzionalità, come impostato nel sistema sovranazionale, finisce per impingere nel merito della decisione spettante all’autorità amministrativa, ciò che – nella prospettiva di Common Law - “*shift(s) judicial review away*

²⁹² In questi termini, MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, cit. 59.

²⁹³ Si veda, per un’ampia e accurata ricostruzione del tema con riguardo al Regno Unito, STONE SWEET - MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit. 53 ss., per i quali “*This conflict—between German-style PA and UK-style reasonableness—is a deeply structural one, implicating the most basic constitutional precepts of a legal system wherever it arises. Simplifying a complex reality, the UK’s accession to the EC led judges to create exceptions to certain core precepts of parliamentary sovereignty. The ECJ’s supremacy doctrines meant relaxing the UK’s doctrine of implied repeal and enforcing EC law, even against subsequent law; and the move to proportionality meant evolving new remedies, and the relaxation of the Wednesbury standard. But traditionalists could nonetheless assert that these exceptions were limited to those legal domains governed directly by EC law*”.

²⁹⁴ L’efficace espressione è di JOWELL, *Is Proportionality an Alien Concept?*, cit., 402.

²⁹⁵ Per un excursus storico sull’emersione del principio di ragionevolezza nel diritto inglese si veda, tra la sterminata bibliografia consultabile, l’ormai classico WADE-FORSYTH, *Administrative Law*, 9th Edition, Oxford, 2004, 351 ss.

²⁹⁶ In dottrina italiana, il più recente approfondimento circa l’applicazione del principio di proporzionalità nell’ordinamento inglese, anche in rapporto all’evoluzione del concetto di *reasonableness*, si deve a LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2011, 2, 447 ss. Si veda altresì, in generale, VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.

from a system of review to a system of appeal”²⁹⁷, così pregiudicando le prerogative di azione discrezionale riservate all’organo amministrativo. E’ infatti opinione tuttora diffusa, nell’orizzonte di Common law, quella per cui “[t]he most common ‘negative’ response from members of the judiciary to an applicant’s attempt to rely on proportionality as a ground of review is to assert the limited role of a court in judicial review proceedings”²⁹⁸

Una siffatta ricostruzione, seppur mitigata – come meglio si vedrà innanzi – dalla necessità di adeguamento al sistema europeo che, almeno per quanto concerne il tema in discussione, si fonda essenzialmente su un sostrato di diritto continentale²⁹⁹, caratterizza tuttora il sistema del controllo giurisdizionale sugli atti della Pubblica Amministrazione nel diritto inglese. Il concetto di “unreasonableness” (o “irrationality”³⁰⁰), nella sua accezione tradizionale, identifica un “provvedimento talmente irragionevole che nessuna Autorità ragionevole avrebbe posto in essere”³⁰¹

Come è stato ampiamente segnalato dalla più accorta dottrina, il “Wednesbury Test”, nella usuale formulazione sua propria, subordinando lo scrutinio giurisdizionale della misura amministrativa al verificarsi di effetti dovuti ad abnorme, manifesta illogicità del processo

²⁹⁷ Così, JOWELL, *Is Proportionality an Alien Concept?*, cit., 403.

²⁹⁸ Così, testualmente, DE BURCA, “*Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law*”, *European Public Law*, Vol III, Issue, 4, 1997, 587. La questione concerne, evidentemente, il ruolo del giudice rispetto all’attività della Pubblica Amministrazione; in particolare, la cd. “deference” del giudice nei riguardi dell’Amministrazione (o del legislatore) è storicamente ricollegata alla dottrina della separazione dei poteri. Il concetto, assai complesso e non privo di sfumature tuttora discusse, non può essere utilmente approfondito nel presente lavoro. Sul punto, JOWELL, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, in CRAIG-RAWLINGS, *Law and Administration in Europe*, Oxford, 2003, 67 ss.; ID. *Judicial deference: servility, civility or institutional capacity?*, *Public Law*, Winter, 2003, 592 ss.; VON ARNAULD, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa*, cit., 49 ss; LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti.*, cit., 467. Cfr., per un’applicazione della “prudente” attitudine del giudice di Common Law verso l’attività amministrativa, *Brind v. Secretary of State for the Home Department* [1991] AC 696.

²⁹⁹ Per una minimizzazione delle differenze si esprime SCHWARZE, *The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, Vol. IV, Issue 2, 1998, 195, secondo il quale “*Today, English courts have gained more control over the proportionality of administrative decisions*”. Lo stesso Autore specifica, tuttavia, che ciò avviene “*without, however, explicitly referring to the notion of proportionality*”.

³⁰⁰ Per quest’ultima dizione, preferita da Lord Diplock, *Council of Civil Service Unions v. Minister of the Civil Service* [1985] AC 374, 410. Sulle opzioni terminologiche, WADE-FORSYTH, *Administrative Law*, cit., 354.

³⁰¹ Cfr. *Associated Provincial Picture House Ltd v. Wednesbury* [1948] 1 KB 223, 228-230. Questo il ragionamento di Lord Greene: “*It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word “unreasonable” in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting “unreasonably.” Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington L.J. in Short v. Poole Corporation [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense. In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another*”.

decisionale della Pubblica Autorità³⁰², chiude sostanzialmente il campo di sindacabilità delle decisioni amministrative.

Al fine di riconsiderare, nel senso di una maggiore apertura al controllo giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi, la tradizionale funzione della “Wednesbury review”, in alcune, più recenti pronunce giurisprudenziali è stato autorevolmente sostenuto che l’idea secondo la quale si debba comporre una “scala ideale”, in cui soltanto un livello estremo di irragionevolezza possa condurre a un giudizio d’invalidità della misura amministrativa concretamente adottata è “*an unfortunately retrogressive decision in English Administrative Law*”³⁰³.

Un simile *revirement* rispetto alla tradizione rappresentata dai principi “Wednesbury” si spiega, tuttavia, soltanto se posto in relazione con l’evoluzione che ha interessato, nel volgere degli ultimi anni, il sistema di judicial review del giudice inglese, mutandone – per taluni aspetti – l’attitudine verso le modalità di controllo dell’esercizio del potere discrezionale da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

Nel corso degli anni, infatti, i giudici di Common Law hanno individuato, rispetto al restrittivo Wednesbury Test classicamente inteso, (almeno) un’ulteriore modalità di controllo dell’attività amministrativa: si tratta del cd. “*anxious scrutiny*” (o “*heightened scrutiny*”), che comporta una maggior tutela con riguardo alle questioni inerenti ai diritti fondamentali sanciti dall’ordinamento inglese³⁰⁴.

Occorre peraltro rilevare che, in materia di diritti fondamentali (e unicamente in tale contesto), un ulteriore, decisivo passo verso il pieno riconoscimento del principio di proporzionalità è stato compiuto con l’immissione nel tessuto normativo nazionale dei cd. “Convention rights” stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo³⁰⁵, attuata con l’emanazione del *Human Rights Act* (1998)³⁰⁶. L’innesto delle libertà convenzionali nell’ordinamento inglese ha infatti permesso, unitamente alla ricezione dello strumentario di

³⁰² Cfr., sul punto, il contributo di CRAIG, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in ELLIS (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 94, nonché, dello stesso Autore, il più recente *Proportionality, Rationality and Review*, New Zealand Law Review, 2010, 266 ss; Oxford Legal Studies Research Paper No. 5/2011.

³⁰³ Cfr. Lord Cooke in R. (Daly) v. Home Secretary [2001] 2 AC 532, 548.

³⁰⁴ Cfr. R v Ministry of Defence, Ex p Smith [1996] QB 517, 554

³⁰⁵ Per un inquadramento generale circa l’applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte Europea (ma non solo), si veda VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’Homme. Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001.

³⁰⁶ La versione vigente del *Human Rights Act* prevede siano da considerare quali “Convention rights” le libertà fondamentali enunciate agli articoli da 2 a 12 della CEDU, nonché l’art. 14; gli articoli da 1 a 3 del protocollo n. 1; l’articolo 1 del tredicesimo protocollo (che, a far tempo dal 22 giugno 2004, sostituisce il previgente riferimento agli articoli 1 e 2 del sesto protocollo), in combinato disposto con gli articoli da 16 a 18.

garanzie sancite dalla Convenzione, l'applicazione a controversie di diritto interno dei principi utilizzati dal giudice sovranazionale, tra cui figura *un* principio di proporzionalità³⁰⁷.

Le accentuate peculiarità dell'ordinamento inglese in ordine al riconoscimento del principio di proporzionalità si stemperano, infine, nel caso in cui venga in rilievo la necessaria applicazione del diritto dell'Unione Europea: in tali controversie, infatti, trova piena e incontestata cittadinanza la struttura (tripartita o, al limite, bicefala) del canone di proporzionalità come elaborata dalla Corte di Giustizia³⁰⁸.

Sulla scorta di tale progressivo e non incontrastato mutamento di prospettiva³⁰⁹, anche nell'ordinamento inglese si è, dunque, giunti a rilevare un tendenziale avvicinamento del concetto di “reasonableness” a quello di “proporzionalità”, anche atteso che una inutile duplicazione delle modalità di tutela (nazionale ed europea, a seconda dell'origine normativa dell'atto soggetto a sindacato giurisdizionale) offre profili di problematica pericolosità per il sistema amministrativo nel suo complesso³¹⁰ e che, in ultimo, lo stesso ordinamento sovranazionale europeo ha favorito – nel volgere degli ultimi decenni – una trasmigrazione del principio di proporzionalità su un piano ormai generale (seppure, come si è sopra sottolineato, con caratteristiche peculiari dovute al sistema di riferimento).

Del resto, è stato notato come l'applicazione generalizzata del canone di proporzionalità non comporti necessariamente uno “slittamento nel merito”, giacché la linea di confine che separa il merito dalla legittimità di una misura amministrativa ben può dipendere dalla situazione fattuale e dal contesto giuridico della questione trattata, sicché non

³⁰⁷ E' stato condivisibilmente rilevato, in dottrina, come – a seguito dell'emanazione del *Human Rights Act* – l'implementazione del principio di proporzionalità nell'ordinamento inglese si fondi, essenzialmente (anche se non in via esclusiva), sull'accezione proposta dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, piuttosto che su quella tradizionale-germanica o “comunitaria”. L'intensità variabile e l'elasticità dello scrutinio giurisdizionale adottabili da parte del giudice investito di una controversia che coinvolga diritti fondamentali previsti dalla Convenzione (e richiamati dal *Human Rights Act*) costituiscono un tratto del tutto peculiare, evidentemente riconducibile alla prassi giudiziaria della Corte Europea. Cfr., sul punto, LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti*, cit., 471 ss., cui si rinvia senz'altro per l'analisi specifica della questione. Sulla ricezione delle garanzie della Convenzione nel diritto inglese, VON ARNAULD, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa*, cit., 50 ss.

³⁰⁸ Cfr. *R (Countryside Alliance) v. 1) Attorney General and 2) Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* [2006] EWCA Civ 817.

³⁰⁹ Tra le diverse sentenze “contrarie” all'applicazione del principio di proporzionalità in luogo della “domestica” ragionevolezza, *R. (Association of British Civilian Internees: Far East Region) v. Secretary of State for Defence* [2003] QB 1397. In dottrina, cfr. HARLOW – RAWLINGS, *Law and Administration*, III° Ed., Cambridge, 2009, secondo i quali, nell'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, il risultato, nella maggioranza dei casi, è il medesimo.

³¹⁰ Sul punto, Lord Slynn in *R. (Alconbury Development Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] 2 WLR 1389, 1406; cfr. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 2008, 574. Per un'ampia ricognizione delle pronunce esplicitamente o implicitamente favorevoli all'utilizzo della nozione di proporzionalità in caso di *domestic matters*, si veda DE BURCA, *“Proportionality and Wednesbury Unreasonableness*, cit., 573 ss.

appare metodologicamente corretto ritenere che il temuto straripamento di potere sia conseguenza necessitata dello scrutinio giurisdizionale³¹¹.

Per più di un aspetto curiosamente simile all'esperienza inglese, almeno con riguardo alla tendenziale diffidenza in ordine al sindacato giurisdizionale per mancato rispetto del principio di proporzionalità qui in discussione, è l'attitudine dell'ordinamento francese. Il sistema transalpino, infatti, condivide con la prospettiva di Common Law – almeno sul piano storico – una sostanziale autarchia nella posizione dei principi relativi al rapporto tra intensità dello scrutinio giurisdizionale e intangibilità del merito amministrativo. Proprio tale peculiarità sistematica consente, invero, di trattare della ricezione del principio di proporzionalità nell'ordinamento francese considerando le specifiche tecniche del controllo giurisdizionale sugli atti della Pubblica Amministrazione (le quali, sebbene pongano, in prima approssimazione, i medesimi profili problematici già riscontrati nell'analisi del caso italiano con riferimento al canone di ragionevolezza, presentano tuttavia una resistenza senz'altro maggiore, dovuta a una più radicata e consapevole applicazione della dottrina della separazione dei poteri³¹²).

Come è stato condivisibilmente rimarcato, il sistema francese “*a développé très tôt le principe de proportionnalité dans certaines matières sans d'ailleurs employer le terme*”³¹³. In particolare, l'origine del canone in parola, sebbene ancora “sotterranea” quanto a qualificazione giuridica, si rinviene – una volta di più – nel diritto di polizia (salvo conoscere, nel tempo, l'estensione a sempre più ampi campi applicativi)³¹⁴.

Ancorché il breve quadro appena proposto possa condurre a ritenere possibile l'istituzione di un parallelismo con la situazione italiana, nella quale, come già rammentato, sono state storicamente riscontrate “applicazioni nascoste della proporzionalità” da parte del giudice amministrativo, il caso transalpino è affatto particolare, in quanto – ancora oggi – le

³¹¹ Afferma Lord Steyn, R. (Daly) v. Home Secretary [2001] 2 AC 532, 547: “*To this extent the general tenor of the observations in Mahmood [2001] 1 WLR 840 are correct. And Laws LJ rightly emphasised in Mahmood, at p 847, para 18, “that the intensity of review in a public law case will depend on the subject matter in hand”. That is so even in cases involving Convention rights. In law context is everything*”.

³¹² Sotto tale punto di vista, le assonanze con il sistema inglese, pur se stemperate in un quadro sistematico profondamente eterogeneo, sono innegabili. Sul punto, si veda VON ARNAULD, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa*, cit., 58 ss.

³¹³ Così, testualmente, FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, cit., 259.

³¹⁴ Le prime applicazioni giurisprudenziali del principio, seppure in forma embrionale o comunque non nominativamente qualificata, risalgono alla prima metà del secolo XX. In particolare, l'*Arrêt Abbé Olivier* (19 février 1909) e l'*Arret Benjamin* (19 mai 1933) sono considerati indicativi dell'originario campo d'applicazione del principio (relativamente a misure di polizia in materia di manifestazioni religiose e libertà di riunione).

applicazioni giurisprudenziali del principio (che pure non mancano) raramente qualificano lo stesso alla stregua di un principio generale dell'ordinamento³¹⁵.

L'incertezza definitoria appena rilevata può trovare spiegazione se solo si considera che il giudice amministrativo francese ha tendenzialmente ricondotto l'esame della proporzionalità del provvedimento impugnato alle tecniche di sindacato giurisdizionale più classiche, quali quelle risultanti dalle teoriche della “*erreur manifeste d'appréciation*” e del “*bilan coût-avantages*”³¹⁶, così incardinando l'evoluzione stessa del canone di proporzionalità all'interno di strutture di scrutinio tradizionali e consolidate³¹⁷.

Nella prospettiva francese, l'evoluzione storica del principio di proporzionalità come concetto giuridico autonomo sconta, come rammentato in dottrina³¹⁸, l'ancoraggio a una giurisprudenza – quella del Conseil d'Etat – nella quale l'alto grado di deferenza riservato dal giudice all'attività amministrativa, in ossequio alla concezione classica della separazione dei poteri, si riflette in misura notevole sulle concrete modalità di sindacato attuabili.

Sebbene l'orizzonte giurisprudenziale d'oltralpe sia, negli anni, progressivamente mutato – in concordanza con le linee tendenziali della giustizia amministrativa nei Paesi di tutta Europa – conducendo a un controllo sempre più penetrante della misura amministrativa adottata, occorre nondimeno rilevare che, ancora oggi, i termini della “questione proporzionalità” restano da chiarire proprio con riferimento al rapporto tra quest'ultima e le due categorie di scrutinio giurisdizionale sopra ricordate³¹⁹.

³¹⁵ Sulla formulazione dubitativa del principio nell'ordinamento francese, cfr., ancora, FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, cit., 163. Cfr., altresì, DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Influence du droit français en droit communautaire/droit de l'Union européenne*, RFDA, 2001, 909 ss., secondo cui “[e]n France, comme en Belgique ou en Grèce, la proportionnalité n'est pas explicitement invoquée en droit écrit ou dans la jurisprudence, mais la doctrine en a depuis longtemps découvert les manifestations dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment à propos de l'exercice du pouvoir de police”. Da più parti si è rilevato che il principio conosce applicazione soltanto rispetto a determinate materie, non assurgendo – per via della accentuata diversificazione della profondità di controllo giurisdizionale nelle stesse – al rango di principio generale dell'attività amministrativa complessivamente intesa. Cfr., in tal senso, VON ARNAULD, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa*, cit., 58 ss.; SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit., 724; DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comparato* (a cura di Napolitano), Milano, 2007, 308 ss. In senso affermativo rispetto alla possibile qualificazione della proporzionalità come “strumento di controllo” a portata generale, BRAIBANT, *Le droit administratif français*, 3^e Ed., Dalloz, Paris, 1992, 234.

³¹⁶ Tali teorie, frutto della creatività pretoria, “figurent parmi les créations les plus remarquables du Conseil d'Etat entre 1945 et 1970, période particulièrement féconde” (Così, MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 286).

³¹⁷ Per un inquadramento dell'indirizzo proprio della giurisprudenza amministrativa francese, si veda DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 307 ss.

³¹⁸ Sul punto, VON ARNAULD, *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa*, cit., 58.

³¹⁹ Un bilancio assai compiuto delle principali posizioni della dottrina francese circa lo stadio evolutivo del principio di proporzionalità in Francia è offerto da ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell'evoluzione dottrinale francese*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, IV, 1887 ss.

Se infatti parte della dottrina ravvisa nella “*erreur manifeste d’appréciation*” un vizio di ragionevolezza³²⁰, con ciò istituendo un collegamento che, come già ampiamente rilevato, si rivela infestato di asperità problematiche quanto alle caratteristiche distintive del canone di proporzionalità, non mancano opzioni interpretative che mirano a ricondurre senz’altro il principio in parola nell’alveo del “*bilan coût-avantages*”. Del resto, vale comunque la pena di sottolineare sin d’ora che, come si vedrà meglio innanzi, l’evoluzione giurisprudenziale (amministrativa e costituzionale)³²¹ in materia si volge, negli ultimi anni, verso l’adozione di un concetto di proporzionalità tendenzialmente tributario dell’accezione europea, quali che siano i filoni strutturali attraverso i quali il canone di proporzionalità ha trovato ingresso nell’ordinamento transalpino.

Un primo modello di sindacato giurisdizionale concernente la proporzionalità nel sistema francese è, dunque, ravvisabile nella teoria detta della “*erreur manifeste d’appréciation*”³²². Nella tradizionale classificazione delle “*illegalités relatives aux motifs*”, è possibile distinguere casi in cui lo scrutinio giurisdizionale è limitato alla verifica dell’esattezza materiale dei fatti (cd. “*contrôle minimum*”), casi in cui l’estensione del sindacato del giudice coinvolge (anche) la qualificazione giuridica degli stessi (cd. “*contrôle normal*”), infine, casi in cui il controllo si spinge sino alla verifica dell’opportunità del provvedimento rispetto al suo oggetto (cd. “*adéquation*”)³²³.

Orbene, è stato condivisibilmente rilevato che l’applicazione della “*erreur manifeste d’appréciation*” siccome “*moyen de légalité*” – costruito dal Conseil d’Etat per rimediare alle lacune delle tradizionali modalità di controllo in talune materie – ha conosciuto una progressiva estensione, a partire dal mero giudizio sull’esattezza materiale dei fatti – che consiste nella deduzione in negativo del rapporto tra situazione fattuale e decisione amministrativa – sino a qualificarsi come controllo della qualificazione giuridica dei fatti stessi, così aprendo la via all’annullamento del provvedimento (solo e soltanto) ove l’errore

³²⁰ Così, DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 307.

³²¹ In ordine alla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel in tema di proporzionalità, sulla quale l’economia del presente scritto suggerisce di non soffermarsi, cfr. ALBERT, *Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel français*, in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, ASBL Editions du Jeune Barreau de Liège, 1995, 103 ss.; PATRONI GRIFFI, *Il Conseil Constitutionnel e il controllo della “ragionevolezza”: peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1998, 1, 39, nonché, più recentemente, BOUSTA, *La “spécificité” du contrôle constitutionnel français de proportionnalité*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2007, 859 ss.

³²² Si veda, per un inquadramento generale della complessa tematica, MESCHERIAKOFF, *Le principe de proportionnalité en droit français*, in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, cit., 18.

³²³ In questi termini, MESCHERIAKOFF, *Le principe de proportionnalité en droit français*, cit., 18; LABAUDERE-VENEZIA-GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome I, 14^e Ed., L.G.D.J., 1996, 544.

sia da considerarsi “manifesto” (e cioè, grossolano, palese, evidente)³²⁴. In termini statistici, il modello di sindacato giurisdizionale fondato sull’errore manifesto costituisce la modalità più diffusa di controllo della proporzionalità, intesa – come bene è stato detto – quale “rapporto proporzionale tra i fatti rilevanti inter se e la decisione presa ed i fatti rilevanti presi in considerazione”³²⁵

Una seconda, più tarda tecnica di controllo del corretto esercizio del potere discrezionale amministrativo viene solitamente identificata nel “*bilan coût-avantages*” che, a partire dagli anni settanta del secolo passato³²⁶, ha permesso al giudice amministrativo di vagliare direttamente gli elementi valutativi del provvedimento adottato. L’adozione di tale modello ha, conseguentemente, attribuito al giudice una profondità di sindacato ben maggiore rispetto allo schema fondato sull’errore manifesto, estendendo alla qualificazione giuridica dei fatti l’ambito del sindacato giurisdizionale (ciò che – come si è visto – è precluso, salvo i casi di immediata, palese erroneità della qualificazione medesima, nella modalità di scrutinio basata sull’errore manifesto)³²⁷.

Secondo l’indirizzo in parola, l’ampiezza del controllo giurisdizionale è tale da ammettere un esame comparativo di vantaggi e svantaggi conseguenti alla scelta discrezionale compiuta dall’Amministrazione; all’esito di siffatta verifica, la scelta adottata dall’Amministrazione deve considerarsi legittima soltanto se il *bilan* presenti un risultato nel complesso positivo, quanto al rapporto fra fatto, scelta e finalità concretamente perseguite.

Sebbene parte della dottrina abbia salutato tale orientamento giurisprudenziale come l’inaugurazione del riconoscimento esplicito del principio di proporzionalità nell’ordinamento francese, arrivando finanche a proporre un parallelismo tra “*bilan coût-avantages*” e canone di proporzionalità quanto agli elementi costitutivi delle rispettive componenti fondamentali³²⁸, occorre specificare che talune voci dottrinali hanno, al contrario, rimarcato la sostanziale estraneità del sindacato riferibile al *bilan* rispetto al concetto di proporzionalità, evidenziando come il cardine dell’analisi condotta sia, nel primo caso, essenzialmente relativo alla sola

³²⁴ Per un’accurata ricostruzione del tema, ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell’evoluzione dottrinale francese*, cit., 1889. Per un inquadramento dei limiti del sindacato giurisdizionale si veda, in generale, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 2010, 630 ss. Si suole identificare la prima applicazione giurisprudenziale della teoria in discussione nell’*Arrêt Lagrange* (15 février 1961).

³²⁵ Così, espressamente, ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell’evoluzione dottrinale francese*, cit., 1890.

³²⁶ L’indirizzo giurisprudenziale fondato sul *bilan*, affermatosi anzitutto in materia espropriativa, si fa risalire all’*Arret Ville nouvelle Lille Est* (28 mai 1971).

³²⁷ Sul tema, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 630; DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 308, ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell’evoluzione dottrinale francese*, cit., 1890.

³²⁸ In questo senso, tra gli altri, RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, cit., 632; MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, cit., 293, nonché la dottrina citata in FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, cit., 163 (nota 52) e in LABAUDÈRE-VENEZIA-GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., 550.

esistenza o meno di un reale interesse pubblico³²⁹ e, comunque, come lo stesso si riferisca unicamente “al resto” della comparazione (il “risultato *nel complesso positivo*”), non consentendo, quindi, un’identificazione puntuale con i caratteri della proporzionalità.

Come già si è avuto modo di accennare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha condotto a un progressivo adeguamento del sistema francese alla classica formulazione tripartita (o, al limite, bicefala) del principio di proporzionalità elaborato dal giudice sovranazionale; sotto una tale spinta evolutiva, l’ordinamento transalpino ha infatti individuato, sulla scorta dello schema del “*bilan coût-avantages*”³³⁰, un ulteriore, più moderno modello di sindacato giurisdizionale, denominato “*contrôle maximum*” (o “*contrôle de nécessité de l’acte*”) e imperniato essenzialmente su un esame spinto alle soglie del controllo di merito del rapporto tra misura in concreto adottata e fine perseguito³³¹.

Volendo, a seguito della ricognizione comparatistica appena proposta, ricondurre le fila del discorso a una prospettiva unitaria, si profila con chiarezza come il tema delicato della distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità sia attentamente vagliato dai diversi ordinamenti degli Stati membri dell’Unione sulla scorta delle rispettive tradizioni giuridiche, le quali sovente propongono originali modelli di risoluzione delle potenziali antinomie applicative che possono sorgere tra i due concetti.

Senza pretendere di voler giungere a considerazioni conclusive sul punto, appare possibile sostenere – sulla scorta della giurisprudenza sovranazionale e della dottrina ormai maggioritaria – che, pur potendo evidentemente ricondurre a dettami di giustizia sostanziale tanto il sindacato di ragionevolezza, quanto quello di proporzionalità, il canone da ultimo richiamato incida sul *quantum* dell’esercizio del potere amministrativo, avendo riguardo al concreto, sostanziale bilanciamento degli interessi in gioco, là dove, invece, il principio di ragionevolezza vaglia, di massima, l’appropriatezza del provvedimento emanato in ordine a

³²⁹ Così, decisamente, FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, cit., 164, secondo il quale “[e]n réalité, cette jurisprudence met en oeuvre un simple contrôle de l’intérêt public. S’inspirant des techniques de rationalisation des choix budgétaires, alors fort en vogue, le Conseil d’Etat a décidé au début des années 1970 d’effectuer « un bilan coût-avantages » ou encore de pratiquer « la mise en balance des avantages et des inconvénients, au regard de l’intérêt général, de la décision administrative critiquée ». Plus précisément, par la technique du bilan, le juge ne s’assure pas de l’existence d’une certaine proportionnalité entre les atteintes portées aux droits des individus et le but poursuivi, mais il s’assure de l’existence d’un réel intérêt public, lequel doit résulter du solde positif produit par la comparaison entre tous les inconvénients présentés par la mesure (...) et l’avantage obtenu par la promotion de l’intérêt public visé par la mesure”. Le conseguenze del ragionamento proposto dall’Autore appena citato sono tratte da ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, cit., 187, ove si afferma che “[l]e bilan peut fort bien être négatif sans qu’il y ait inadéquation, ou positif sans qu’il y ait adéquation”.

³³⁰ In questi termini, ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell’evoluzione dottrinale francese*, cit., 1892 ss. Il problema della derivazione della modalità di controllo fondata sul *contrôle maximum* sarebbe forse suscettibile di approfondimento, almeno con riguardo alle cennate opinioni dottrinali scettiche nel ravvisare un collegamento tra il *bilan “coût-avantages”* e il principio di proporzionalità propriamente detto.

³³¹ Ampiamente, sul punto, ancora ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell’evoluzione dottrinale francese*, cit., 1892 ss. Tale ultima modalità di controllo, sebbene vicina all’accezione europea del principio di proporzionalità, non ha comunque sopito il dibattito dottrinale in ordine alla natura e alla qualificazione giuridica del principio.

elementi estrinseci rispetto all'assetto di interessi coinvolto. Peraltro, anche sul piano dell'esplicazione della ragionevolezza come linea guida endoprocedimentale, deve riconoscersi che la "strumentazione" del relativo sindacato è - come si specificherà innanzi - profondamente diversa da quella propria della proporzionalità.

Vale nondimeno la pena di accennare, a testimonianza della tuttora non sopita diatriba dottrinale che concerne i profili di differenziazione tra proporzionalità e ragionevolezza, alle articolate conclusioni raggiunte da quella dottrina che propone una sottile distinzione basata sulla definizione di proporzione come "misura neutrale" o, ancora, "metodo di misurazione oggettiva", laddove "ragionevolezza" identificherebbe unicamente uno schema logico variabile ed eminentemente soggettivo, influenzato dal contesto socio-culturale di riferimento³³².

Sebbene le conseguenze pratiche di tale sforzo ricostruttivo conducano a interessanti risultati sul piano del concreto discrimine tra il concetto di ragionevolezza e quello di proporzionalità, non pare che un siffatto indirizzo possa obiettivamente rendere ragione di uno dei tratti fondamentali della proporzionalità – e precisamente, della centralità della discrezionalità nel relativo sindacato.

Se solo si considera che il nucleo valutativo del canone di proporzionalità (costituito dalle distinte tappe dell'esame trifasico) si costruisce al fine di misurare criticamente l'esercizio del potere amministrativo, appare evidente che il profilo essenziale del problema della distinzione risiede non tanto nell'asserito carattere della "oggettività" o "soggettività" dell'uno o dell'altro principio (che pure è tema discutibile), ma nella diversa sfera di controllo che agli stessi è attribuita.

Il sindacato di proporzionalità di un provvedimento amministrativo implica una valutazione della misura del potere discrezionale posto a base del provvedimento stesso (idoneità, necessità) e la successiva "giustificazione" rispetto al contesto esterno (proporzionalità in senso stretto) sul quale il medesimo impatta; viceversa, il principio di ragionevolezza presidia variabili del tutto estranee e indipendenti dai caratteri discrezionali del provvedimento, avendo riguardo a una "percezione" esterna del provvedimento collegata a criteri valutativi estrinseci, utilizzati per vagliare la congruità della misura amministrativa concretamente adottata rispetto a un contesto totalmente esterno alla medesima³³³.

³³² Ci si riferisce alla pregevole, innovativa ricostruzione proposta da COGNETTI, *Il principio di proporzionalità*, cit., 207 ss.

³³³ In questo senso, è utile la sopra riportata ricostruzione concernente il sistema inglese. Citando Lord Steyn, R. (Daly) v. Home Secretary [2001] 2 AC 532, 547, si potrebbe dire che "(...) *the intensity of review is somewhat greater under the proportionality approach. Making due allowance for important structural differences between various convention rights, which I do not propose to discuss, a few generalisations are perhaps permissible. I*

L'acquisita differenziazione tra proporzionalità e ragionevolezza, intesa quale riconoscimento dell'autonoma specificità dello schema logico proprio del principio di proporzionalità come misura dell'intensità dell'uso del potere discrezionale rispetto ai contrapposti interessi, è un dato relativamente recente nell'applicazione storica del principio di proporzionalità nell'ordinamento italiano.

In un primo tempo, infatti, proprio al fine di limitare le cennate possibilità di “straripamento nel merito” insite nel principio in disamina inteso nell'accezione “forte” dell'ordinamento d'origine, il sistema italiano incanala l'applicazione del medesimo entro i confini del difetto di motivazione, dell'irragionevolezza e, in genere, di “classiche” figure sintomatiche dell'eccesso di potere, la cui strutturazione salva il dogma dell'insindacabilità del merito amministrativo.

Un siffatto orientamento, tuttavia, non rende ragione, da un canto, delle specificità del canone di proporzionalità e, dall'altro, non impedisce al giudice amministrativo di applicare sostanzialmente il principio senza attribuire allo stesso una struttura formalmente autonoma rispetto alle figure sintomatiche cui è, di massima, ricondotto.

Una più decisa e diffusa applicazione del principio in discussione, quale distinta figura sintomatica dell'eccesso di potere, si riconosce, a testimonianza della ormai raggiunta autonomia sistematica, a partire dagli anni '90 dello scorso secolo, ancorché – come si vedrà innanzi con specifico riferimento alle sanzioni (disciplinari) – perduri in giurisprudenza un orientamento “riduttivo”, volto a ricondurre il canone di proporzionalità al principio di ragionevolezza.

Un ulteriore, più recente stadio evolutivo del principio di proporzionalità nell'ordinamento italiano è costituito – e qui si giunge al presente – dall'espresso richiamo, contenuto nell'art. 1, c. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, ai principi generali dell'ordinamento europeo quali parametri diretti di legittimità dell'azione amministrativa nazionale³³⁴.

would mention three concrete differences without suggesting that my statement is exhaustive. First, the doctrine of proportionality may require the reviewing court to assess the balance which the decision maker has struck, not merely whether it is within the range of rational or reasonable decisions [intesa come “decisione abnorme o del tutto illogica”]. Secondly, the proportionality test may go further than the traditional grounds of review inasmuch as it may require attention to be directed to the relative weight accorded to interests and considerations. (...)”.

³³⁴ Come si è già rilevato, le discussioni scaturite all'indomani della modifica apportata dalla l. n. 15/2005 alla legge generale sull'azione amministrativa con riguardo al richiamo ai principi sovranazionali sono state invero – se non diffuse – piuttosto aspre. Il tema coinvolge antichi problemi (monismo/dualismo), questioni di competenza (l'Unione non ha, infatti, competenza sull'azione amministrativa esclusivamente nazionale) e dubbi classificatori rispetto alla riconduzione di vizi facenti capo ai principi europei nella violazione di legge piuttosto che, come solitamente accade, nell'eccesso di potere. Il tema verrà trattato nel paragrafo conclusivo del presente capitolo, dopo la rassegna dei principi di diritto amministrativo europeo.

Le considerazioni sin qui proposte conducono a ritenere che, sebbene al canone di proporzionalità non si riconosca, come pure avviene in seno ad altri ordinamenti, una precisa matrice costituzionale³³⁵, con l'inserimento dell'anzidetto richiamo ai principi generali dell'ordinamento europeo nella legge sull'azione amministrativa, in diretta attuazione diretta del dettato costituzionale – si sia giunti alla configurazione della proporzionalità quale vero e proprio principio generale dell'ordinamento amministrativo italiano.

Si è già notato come lo scrutinio di proporzionalità coinvolga un'analisi approfondita delle circostanze fattuali e delle alternative giuridiche rispetto all'opzione provvedimento concretamente posta in essere. Un controllo siffatto si esplica tanto con riguardo alle modalità di scelta del mezzo individuato dalla Pubblica Amministrazione (idoneità e necessità), quanto con riferimento al rapporto tra detto mezzo autoritativamente imposto e il privato che lo subisce (proporzionalità in senso stretto).

Se è innegabile che, in molti casi, il canone di proporzionalità abbracci il principio di ragionevolezza, deve allora rimarcarsi come tale ultimo principio conosca un ambito applicativo ben più circoscritto rispetto al primo. Come già si è avuto modo di rilevare, negli ordinamenti che utilizzano massicciamente il canone di ragionevolezza in luogo di quello di proporzionalità, si assiste, in genere, a un sostanziale arretramento della tutela giurisdizionale rispetto ai sistemi giuridici che riconoscono quest'ultimo – nella sua enucleazione trifasica – come principio generale e che, proprio in forza della sua applicazione, si spingono a vagliare l'intensità della scelta discrezionale operata dall'Amministrazione tanto con riguardo ai profili attinenti al provvedimento in se stesso, quanto con riferimento all'impatto del provvedimento adottato verso l'esterno.

E' dunque, a parere di chi scrive, pienamente giustificata (e, come tale, meriterebbe sistematica applicazione) la cennata differenziazione tra proporzionalità e ragionevolezza, in quanto – per tacere di falsate duplicazioni in seno all'ormai nutrito catalogo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere – la cifra fondamentale caratterizzante il canone di proporzionalità risiede nella possibilità di vagliare la legittimità del provvedimento mediante una misurazione del potere discrezionale attribuito alla Pubblica Amministrazione nell'attività di scelta dello strumento da utilizzare per la cura dell'interesse pubblico protetto. Ciò che, si è visto, si considera essenzialmente precluso nel sindacato di ragionevolezza, il quale – “salvando” il merito amministrativo – si riferisce unicamente a variabili esterne al

³³⁵ Se non in via del tutto mediata, generica e perciò stesso non particolarmente persuasiva, facendo riferimento al principio di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione enunciato all'art. 97 Cost. Ben altro approfondimento meriterebbe la spesso trascurata applicazione “costituzionalmente orientata” del canone in parola con riferimento all'attività legislativa.

provvedimento stesso (e cioè, alla “percezione” di esso come ragionevole) oppure, sul piano endoprocedimentale, prevede un controllo superficiale ed estrinseco dell’attività amministrativa.

Le difficoltà di definizione del principio di proporzionalità rispetto al canone di ragionevolezza riecheggiano una volta di più l’emersione del principio di matrice europea entro un tessuto sistematico ad essa sostanzialmente estraneo, sebbene sul piano giurisprudenziale esso costituisca uno dei canoni maggiormente richiamati e, dunque, particolarmente rilevanti, non soltanto in prospettiva teorica, ma anche in via pratico-applicativa.

Il principio di sussidiarietà

Come è noto, il canone di sussidiarietà attiene, anzitutto, all’assetto costituzionale dell’Unione Europea, ove agisce quale collegamento pratico con le competenze d’attribuzione, stabilendo che *“nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale o locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”* (art. 5, par. 3 TUE).

Negli ultimi vent’anni, il principio in parola è stato assunto quale parametro fondamentale dell’azione amministrativa, favorendo un collegamento sostanziale tra il pubblico agire, cercando di garantire l’effettività dello stesso e la prossimità alla collettività di riferimento.

Per una definizione giuridica il più possibile univoca e concisa del canone in discussione, pure nel composito quadro normativo di cui s’è detto, è possibile inquadrare le funzioni caratterizzanti del principio di sussidiarietà secondo due linee fondamentali di sviluppo: i) presiedere in senso dinamico al sistema di riparto delle competenze; ii) regolare l’esercizio dei poteri pubblici della l’Unione Europea³³⁶.

Le competenze di quest’ultima possono poi essere declinate, quando esclusive, secondo una “esclusività per natura” (in quanto previste dal Trattato, anche ai sensi dell’art. 352 TFUE) e una “esclusività per esercizio” (perché, anche se devolute all’azione

³³⁶ Per un quadro delle ultime modifiche al sistema delle competenze d’attribuzione, cfr., tra gli altri, PORCHIA, *Le competenze dell’Unione, il Protocollo sul principio di sussidiarietà e il potenziamento del ruolo delle assemblee legislative*, Universitat de Barcelona, Working Paper n. 2/2011, 17.3.2011, 1 ss.

sovranazionale, ammettono l'intervento degli Stati membri per delegazione)³³⁷.

Senza pretesa di inoltrarsi eccessivamente in questioni non direttamente riconducibili al tema del presente lavoro, si vuole proporre nelle pagine che seguono un breve quadro delle complesse origini storiche e dell'evoluzione del principio in una prospettiva di diritto comparato, onde successivamente poterne meglio apprezzare la pervasività quale canone generale³³⁸.

Il concetto di sussidiarietà, che nasce come parametro politico nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica³³⁹, si sviluppa storicamente, pur senza mai trovare esplicita formulazione, nell'ambito del diritto tedesco, da cui è poi stato mutuato ad opera dell'ordinamento europeo, il quale, mediante un'operazione di *rayonnement*, ne ha altresì assicurato l'espansione ideologica nei sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione³⁴⁰.

Il Trattato di Maastricht (1992) introduce una disposizione normativa *ad hoc* (art. 5 TCE) in seguito alle osservazioni presentate nel 1987 dai rappresentanti dei *Länder* tedeschi al Presidente della Commissione Europea Delors³⁴¹; nel corso dei predetti colloqui, gli Stati tedeschi, al fine di proteggere le attribuzioni (legislative ed esecutive) loro proprie

³³⁷ Questa distinzione, sistematicamente suggestiva, si deve a MORRONE, *Il principio di sussidiarietà e l'integrazione europea pluralistica*, in A.A.VV. (a cura di CASTORINA), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007, 155. Sul piano giurisprudenziale, un'esposizione in questo senso (riguardo alla competenza concorrente o esclusiva) si riscontra in C – 22/70 (Caso AETR, 31 marzo 1971).

³³⁸ Cfr., sul punto, BERTOLINI, C. *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di principio*, Dir. Amm. 2007, 895 ss.; GRASSO, *I principi generali*, cit. 25.

³³⁹ La questione della natura politica del principio di sussidiarietà è posta, tra gli altri, da BERMANN, *Taking subsidiarity seriously: Federalism in the European Community and the States*, Columbia Law Review, 1994, vol. 94, n°2, 331 ss; BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, Revue du Droit de l'Union Européenne, 2005, 25 ss; CONSTANTINESCO, *Les compétences et le principe de subsidiarité*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2005, 305 ss; KOOPMANS, *Subsidiarity, Politics and the Judiciary*, European Constitutional Law Review, 2005, 112 ss. L'origine storica del canone di sussidiarietà è oggi univocamente ricondotta – dai pochi Autori che si occupano di tale profilo – all'ordinamento canonico. Cfr., sul punto, CASTILLO LARA R.J., *La subsidiarité dans l'église*, in A.A.V.V., *La subsidiarité dans la pratique*, Paris, 1995, 153; DELLA CANANEA/FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit. 63 ss.; GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 25. Cfr., ancora, sul piano storico e non solo, PARISIO, *Europa delle autonomie locali e principio di sussidiarietà: la "Carta Europea delle Autonomie Locali"*, Foro Amm., 9, 1995, 2124 ss., specialmente con riguardo al profilo della ripartizione delle competenze all'interno dell'ordinamento statale.

³⁴⁰ Anche se, per completezza, si deve ricordare che un primo preciso accenno al principio in disamina è contenuto nella cd. "Carta Europea delle Autonomie Locali" (1985). Cfr., sul punto, MASSERA, *I principi generali*, cit., 305.

³⁴¹ E' peraltro in questo senso che la sussidiarietà è stata prevista, prima della previsione generale del Trattato di Maastricht, nell'ambito delle politiche ambientali (AUE, 1986, art. art.130R: "...in materia di politica ambientale la comunità agisce nella misura in cui gli obiettivi possano essere realizzati meglio a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli stati membri"). Scrive concordemente CARBONE, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti e infrastrutture del trasporto*, Dir. Un. Eur. 2002, 03, 425: "La ratio della sussidiarietà, quindi, appare chiara: a fronte del concreto rischio di una potenziale espansione delle norme comunitarie rispetto a quelle interne nelle materie a competenza concorrente (e cioè la stragrande maggioranza), dovuta soprattutto alla penetrante azione di armonizzazione e di liberalizzazione dei diversi settori dell'economia (ma non solo) operata a livello comunitario, si è voluto fissare un limite, e nel contempo un criterio di valutazione, della stessa legittimità dell'esercizio di poteri da parte della Comunità". Si veda anche TESAURO, G. *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 99.

dall'eventuale sconfinamento della legislazione sovranazionale, domandano l'esplicito richiamo al principio di sussidiarietà – che, per vero, già da decenni costituiva un naturale criterio ispiratore dell'azione europea. Purtuttavia, l'influenza tedesca nella formulazione del canone di sussidiarietà³⁴² non spiega, sola, la dizione contenuta nel preambolo del TUE, che contiene un riferimento alla declinazione del principio in esame in termini di "prossimità"³⁴³, storicamente riconducibile all'influenza del governo inglese nel corso delle negoziazioni.

Nel passare in rassegna le origini e i significati del concetto di sussidiarietà, un ruolo di rilievo nel panorama composito degli Stati membri deve essere senz'altro riconosciuto all'elaborazione che il diritto amministrativo (e costituzionale) italiano svolge intorno alla definizione giuridica e all'utilizzo del principio stesso: nel fallito tentativo di riforma costituzionale attuato dalla cd. "Commissione bicamerale" (1997-1998) si delinea l'introduzione, nel corpo normativo statuale, del principio di sussidiarietà.

Nondimeno, è soltanto con la l. n. 59/1997 (cd. "Bassanini") che si esplicita l'acquisizione definitiva del canone di sussidiarietà al sistema ordinamentale italiano.

La declinazione del principio di sussidiarietà nell'ordinamento italiano si arricchisce, nel più ampio contesto della riforma costituzionale del 2001, di una fondamentale distinzione tra un'accezione *verticale* (attinente all'esercizio delle funzioni amministrative) e un'accezione *orizzontale* (ispirata al *favor* per l'iniziativa privata nelle attività d'interesse generale)³⁴⁴. Complessivamente, dunque, risulta che l'ordinamento italiano, pur non conoscendo il concetto di cui si tratta *ab origine*³⁴⁵, ne ha elaborato una complessa e quanto mai feconda dottrina,

³⁴² Si noti, peraltro, che la formulazione esplicita del principio di sussidiarietà nell'ordinamento tedesco avviene soltanto con la riforma costituzionale concomitante al processo di ratifica del Trattato di Maastricht. A mente dell'art. 23 GG, secondo il quale "*Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist (...)*". Ciò per quanto attiene ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Il principio di sussidiarietà nei rapporti interni tra le diverse articolazioni statali – pure evidentemente sancito dal *Grundgesetz* – non interessa in questa sede.

³⁴³ "[I capi di Stato riuniti a Maastricht,] *decisi a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà (...)*".

³⁴⁴ Nell'art. 118 comma 1° Cost. si suole individuare l'accezione "verticale" del principio di sussidiarietà: "*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*". Nel dettato del comma 4 si rinviene invece l'accezione "orizzontale", per cui "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*". Cfr., per un'analisi del tema, MASSERA, *I principi generali*, cit., 306.

³⁴⁵ Scrive, in questo senso, POTO, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale"*. Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano, Giur. It., 2008, 10: "*Il principio ha seguito i rami della parabola: ad una fase ascendente, che dall'ordinamento tedesco è sfociata in quello comunitario, ha fatto seguito la fase discendente, attraverso l'applicazione del modello negli Stati membri. Quello italiano, in cui il principio è stato costituzionalizzato e quello tedesco, in cui il principio ha subito una metamorfosi dopo la sua elaborazione a livello comunitario*".

esplicitata in tempi recenti dallo stesso “giudice delle leggi”³⁴⁶.

Peculiare è la posizione dell'ordinamento francese, il quale – a fronte di una dottrina pubblicistica sostanzialmente refrattaria all'introduzione del principio di sussidiarietà – con la legge di orientamento 6 febbraio 1992³⁴⁷ in materia di amministrazione territoriale e il decreto 1 luglio 1992 in tema di deconcentrazione, permette surrettiziamente (senza nominarlo a chiare lettere) l'ingresso del principio in esame nel proprio sistema quando stabilisce che “*la déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les différents échelons des administrations civiles de l'Etat*”. (Così recita l'art. 1 del decreto, in applicazione della legge d'orientamento succitata).

Il legislatore d'oltralpe opta allora per una elegante perifrasi che, tuttavia, non pretende perciò stesso di nascondere la propria discendenza dal pervasivo principio di sussidiarietà europea.

Può senz'altro concludersi la presente indagine comparatistica nel senso dell'affermazione del principio di sussidiarietà nell'ambito di ordinamenti storicamente estranei alla originaria elaborazione filosofico-giuridica in cui il canone in parola si è originariamente evoluto.

Occorre a questo punto verificare la prassi giurisprudenziale della CGUE in ordine all'applicazione del principio di sussidiarietà al fine di considerare se vi sia, in concreto, un'applicazione stabile e numericamente apprezzabile dello stesso.

Da quanto emerge in base al dettato dei Trattati e alle indicazioni dei molteplici protocolli applicativi succedutisi ad esplicazione delle disposizioni di diritto primario³⁴⁸, il

³⁴⁶ Cfr. C. Cost., sentt. n° 303/2003, 1 ottobre 2003 (cfr. l'ampia rassegna dottrinale oggi consultabile in <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0303s-03.html>) e 6/2004, 13 gennaio 2004.

³⁴⁷ Curiosamente, il Trattato di Maastricht viene firmato il giorno successivo (7 febbraio 1992).

³⁴⁸ Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità allegato al TCE dal Trattato di Amsterdam (1997) e rivisto in preparazione del Trattato-Costituzione per l'Europa (2004). Il protocollo chiarisce che “*l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità avviene nel rispetto delle disposizioni generali e dell'acquis comunitario e dell'equilibrio istituzionale; non deve ledere i principi elaborati dalla Corte di Giustizia relativamente al rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario*” (art. 2) e rammenta altresì che “*il principio di proporzionalità non rimette in questione le competenze conferite alla Comunità dal trattato come interpretato dalla Corte di Giustizia*” in quanto i criteri di cui al vecchio art. 3 TCE “*riguardano settori che non sono di esclusiva competenza della Comunità*”, ribadendo la dinamicità del concetto di sussidiarietà e la necessità che il principio che lo prevede sia applicato “*alla luce degli obiettivi stabiliti nel trattato*”. La “seconda versione” del protocollo sui principi di sussidiarietà e proporzionalità è stata elaborata, come già ricordato, in seno ai lavori preparatori del Trattato-Costituzione (il quale, a propria volta, afferma – art. 11 parte prima, titolo III - che “*l'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi della sussidiarietà e proporzionalità*”; cfr. anche art. 18) e non differisce né innova rispetto alla dizione proposta dal primo protocollo di Amsterdam. Ogni chiarificazione intorno al principio di sussidiarietà coinvolge un altro importante concetto-guida del diritto europeo, già ampiamente analizzato: il principio di proporzionalità, originariamente enunciato – non a caso – nello stesso art. 5 TCE che contiene la definizione del criterio della sussidiarietà dell'azione sovranazionale. Rilevo qui soltanto che, mentre si rinviene nella proporzionalità un principio applicabile anche alle competenze esclusive dell'Unione, la sussidiarietà si pone invece come criterio ordinatore delle competenze europee (e dunque, alla stregua di una linea-guida sull'opportunità o meno di un'azione dell'Unione rispetto a determinati

principio di sussidiarietà si presta ad essere invocato davanti ai giudici; tuttavia, se raffrontato al principio di proporzionalità – che ha dato luogo a una serie ormai imponente di pronunce giurisprudenziali – non può dirsi che il canone di sussidiarietà sia, nonostante una larga diffusione sul piano dell'organizzazione amministrativa, particolarmente idoneo a fondare un procedimento giurisdizionale.

Si deve osservare, inoltre, che tanto il principio di proporzionalità quanto quello di sussidiarietà possono essere teoricamente invocati con egual successo sia rispetto agli atti legislativi, sia rispetto agli atti di esecuzione di questi ultimi³⁴⁹; nondimeno, se il giudice europeo fa applicazione del criterio della proporzionalità sin dagli anni cinquanta, l'atteggiamento rispetto al principio di sussidiarietà è ancora ambiguo e ancorato a una prospettiva di vincolo politico, prima che giuridico.

Tale precisazione spiega il fatto che la CGUE, finora, mai abbia annullato un atto normativo (o esecutivo) per violazione del principio di sussidiarietà; per contro, il giudice sovranazionale ha più volte utilizzato, come già si è avuto modo di rilevare, il parametro della proporzionalità per eliminare dal mondo giuridico un atto/provvedimento non rispondente a quel criterio.

Ciò premesso, tuttavia, non deve dedursi necessariamente la mancanza, nel concetto di sussidiarietà invocabile in giudizio, di efficacia (giuridica) preclusiva rispetto agli atti sovranazionali illegittimi ex art. 5 TUE. Nella complessa opera di sindacato da parte della CGUE, i principi di sussidiarietà e proporzionalità (che, tanto nel contesto di un ricorso ex art. 263 TFUE, quanto in quello ex art. 267 TFUE possono essere cumulativamente invocati dalle parti) rilevano in ordine al procedimento che ha condotto alla decisione (incentrando primariamente il controllo sull'esistenza di un errore manifesto) mentre un sindacato più generale rispetto alle conseguenze economiche, sociali e politiche degli atti legislativi (normativi) spetta senz'altro al legislatore.

interessi pubblici concorrenti, già stabiliti secondo il riparto ex art. 3 TCE). Peraltro, il Protocollo di Amsterdam limita l'ambito d'applicazione del principio di sussidiarietà all'attività legislativa dell'Unione (è ad essa, infatti, che il test di proporzionalità definito dal protocollo si riferisce); tuttavia, un'accezione amministrativistica si riscontra, nel dettato dello Protocollo medesimo, al punto 7, per il quale *"riguardo alla natura e alla portata dell'azione comunitaria, le misure comunitarie dovrebbero lasciare il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali, purché sia garantito lo scopo della misura e siano soddisfatte le prescrizioni del trattato"* nonché al punto 8, laddove si specifica che, *"quando in virtù dell'applicazione del principio di sussidiarietà la Comunità non intraprende alcuna azione, (...)"* il principio di leale cooperazione prevede che l'Unione non ostacoli in alcun modo il conseguimento degli obiettivi del Trattato demandati, nel caso di specie, agli ordinamenti nazionali e alle articolazioni territoriali loro proprie. Deve rammentarsi che, a seguito delle modifiche apportate al sistema europeo dal Trattato di Lisbona, le disposizioni del Protocollo sono state opportunamente rivedute, stabilendo, nella prospettiva di un più penetrante controllo dei Parlamenti nazionali e del Comitato delle Regioni sull'attività legislativa dell'Unione, l'obbligo per la Commissione di allegare ai progetti di atti legislativi una scheda che dimostri il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

³⁴⁹ Anche se vale quanto esposto nel paragrafo precedente, il dettato dei trattati ora vigenti non preclude necessariamente un'interpretazione (anche) in senso amministrativistico del principio di sussidiarietà.

Pietre di paragone dell'azionabilità del principio di sussidiarietà nel contesto giurisprudenziale europeo sono le pronunce *British American Tobacco* e *Nutri-link*³⁵⁰.

Nell'arresto *British American Tobacco*, le imprese ricorrenti contestano il progetto di recepimento, da parte del governo britannico, della direttiva europea in materia di armonizzazione delle legislazioni (nonché delle disposizioni regolamentari) circa la lavorazione, presentazione e vendita del tabacco, invocando l'illegittimità della detta direttiva sotto il profilo dell'obbligo di motivazione e del principio di sussidiarietà³⁵¹.

Nell'arresto *Nutri-link*, ove è invocata dai ricorrenti la violazione dei principi di parità di trattamento, sussidiarietà e proporzionalità, si contesta la legittimità della direttiva 2002/46, relativa alla disciplina commerciale degli integratori alimentari, che, a dire degli stessi, potrebbe essere efficacemente messa in opera mediante l'intervento dei soli Stati nazionali³⁵².

Per concludere sul tema, occorre menzionare due ulteriori casi giurisprudenziali occorsi tra Stati membri e istituzioni europee³⁵³.

Motivo del contendere nell'ambito della causa che contrappone lo Stato tedesco al Parlamento e al Consiglio è – una volta ancora - una direttiva (nella specie, si tratta della direttiva 94/19, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, emanata congiuntamente dalle due sopracitate istituzioni). A fondamento del ricorso in annullamento ex art. 173 TCE (poi 230 TCE e ora 263 TFUE), la Germania rileva, da un canto, l'erroneo fondamento giuridico della direttiva e, dall'altro, la violazione dell'obbligo di motivazione con riferimento al principio di sussidiarietà.

³⁵⁰ Cfr., sul punto, almeno CRAIG, *European Administrative Law*, cit., 426. Sent. 10 dicembre 2002, C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Limited e Imperial Tobacco Limited/Secretary of State for Health*; Sent. 12 luglio 2005, C – 154/04 e C – 155/04, *Alliance for Natural Health and Nutri-link Ltd. V. Secretary of State for Health*

³⁵¹ Con riguardo a quest'ultima censura, si legge ai punti 180 e ss. della sentenza che: “[p]er quanto riguarda la questione se la direttiva sia stata adottata in conformità al principio di sussidiarietà, occorre esaminare in primo luogo se l'obiettivo dell'azione progettata potesse essere meglio realizzato a livello comunitario. A tale riguardo si deve ricordare che la Corte ha dichiarato [...nella] presente sentenza, che la direttiva ha l'obiettivo di eliminare gli ostacoli risultanti dalle differenze che ancora sussistono tra le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco, assicurando nel contempo un livello di protezione elevato in materia di tutela della salute. Un simile obiettivo non può essere realizzato in modo soddisfacente mediante un'azione intrapresa a livello dei singoli Stati membri e presuppone un'azione a livello comunitario, come è dimostrato dall'evoluzione eterogenea delle legislazioni nazionali nel caso di specie (...). Ne consegue che, nel caso della direttiva, l'obiettivo dell'azione progettata poteva essere realizzato meglio a livello comunitario”.

³⁵² In ordine, particolarmente, al principio di sussidiarietà, afferma la Corte (p. to. 106): “Lasciare agli Stati membri il compito di disciplinare il commercio degli integratori alimentari non conformi alla direttiva 2002/46 provocherebbe il perpetuarsi dello sviluppo divergente delle normative nazionali e, pertanto, degli ostacoli agli scambi tra Stati membri e delle distorsioni della concorrenza relative a questi prodotti”.

³⁵³ C – 233/94, 13 maggio 1997 (Germania contro Parlamento e Consiglio) e C – 377/98, 9 ottobre 2001 (Paesi Bassi contro Parlamento e Consiglio).

La CGUE, dopo aver respinto il primo argomento proposto dallo Stato ricorrente, osserva: “[l]e gouvernement fédéral soutient que la directive doit être annulée pour violation de l'obligation de motivation prévue à l'article 190 du traité. (...) S'agissant du contenu concret de l'obligation de motivation au regard du principe du subsidiarité, le gouvernement allemand expose que les institutions communautaires doivent préciser de manière détaillée les raisons pour lesquelles la Communauté est seule habilitée à agir dans le domaine en cause, à l'exclusion des États membres. Or, en l'espèce, la directive n'indiquerait ni en quoi ses objectifs n'auraient pu suffisamment être atteints par une action entreprise au niveau des États membres ni les motifs qui plaideraient pour une action de la Communauté. (...) Il importe de souligner que, dans le cadre de ce moyen, le gouvernement requérant ne soutient pas que la directive a enfreint le principe de subsidiarité, mais reproche seulement au législateur communautaire de n'avoir pas fait état des motifs justifiant que son action était conforme à ce principe”.

Dopo aver esposto, nei termini appena indicati, la posizione del governo tedesco, la Corte dà ragione dell'infondatezza del ricorso sulla scorta della rilevazione dei motivi che costituiscono il fondamento dell'intervento sovranazionale, esplicitamente rinvenibili nel secondo e quinto *considerando* della direttiva stessa³⁵⁴.

Queste le premesse politiche dell'intervento sovranazionale, si rileva altresì l'insufficienza delle misure precedentemente adottate dagli Stati membri (e da essi soli) in seguito alla raccomandazione della Commissione Europea circa l'attuazione dei risultati di cui al secondo *considerando*. L'azione normativa dell'Unione, che si risolve nell'adozione della direttiva in parola, trova appunto la propria giustificazione giuridica nell'inadeguatezza delle misure statuali predette³⁵⁵.

Dello stesso tenore è il ricorso in annullamento proposto dai Paesi Bassi rispetto alla direttiva 1998/44 del Parlamento e del Consiglio in tema di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche; non a caso, il parallelismo con il caso precedente si estende sino a ricomprendere le sorti stesse del giudizio: il ricorso viene respinto (ancora) sulla base della motivazione "implicita" e "sufficiente" ricavata dai *considerando* quinto, sesto e settimo della direttiva medesima.

³⁵⁴ Al punto 26 della sentenza in disamina si legge, a proposito delle motivazioni addotte dal secondo *considerando* della direttiva, che: “il convenait «de se préoccuper de la situation susceptible de se produire en cas d'indisponibilité des dépôts d'un établissement de crédit qui a des succursales dans d'autres États membres» et qu'il était «indispensable qu'un niveau minimal harmonisé de garanties des dépôts soit assuré quelle que soit la localisation des dépôts à l'intérieur de la Communauté»”.

³⁵⁵ Si legge nella sentenza, infatti, la seguente affermazione in ordine al quinto *considerando*: “le Parlement et le Conseil ont relevé que la suite donnée par les États membres à la recommandation de la Commission n'avait pas permis d'atteindre complètement le résultat souhaité. Ainsi, le législateur communautaire a constaté que l'objectif de son action ne pouvait pas être réalisé de manière suffisante par les États membres”.

Come già rimarcato, il giudice sovranazionale non ha, sinora, applicato il principio di sussidiarietà né a decisioni individuali della Commissione né tantomeno ad atti normativi la cui base giuridica sia costituita da un atto generale di diritto derivato. Se pure non risulta ad oggi pendente alcun ricorso contro un atto amministrativo europeo in violazione del principio in esame (perché la scarsa giustiziabilità di tale canone, che attiene piuttosto alla struttura costituzionale dell'assetto dei pubblici poteri statuali e sovranazionali suggerisce, sul piano pratico, di affidare gli eventuali ricorsi ad altri mezzi e principi, lasciando al richiamo alla sussidiarietà un carattere subordinato³⁵⁶), non può automaticamente negarsi – anche soltanto in linea teorica – l'accezione amministrativistica del principio³⁵⁷.

Il principio della sicurezza giuridica e del legittimo affidamento

Il canone della certezza del diritto, e il suo corollario, l'affidamento legittimo, costituiscono acquisizione recente al patrimonio del diritto amministrativo nazionale, trovando piena positivizzazione soltanto con la l. n. 15/2005. E' solo mediante il richiamo ai "principi dell'ordinamento comunitario", infatti, che tale composito parametro viene solitamente riconosciuto siccome vincolante³⁵⁸.

In ordine al collegamento strutturale tra certezza del diritto e operatività dell'affidamento legittimo, deve preliminarmente sottolinearsi che, come rilevato da attenta dottrina, *"the connected concepts of legal certainty and legitimate expectations are to be found in many legal systems, although their precise legal content may vary from one system to another"*³⁵⁹.

Sotto tale aspetto, come meglio si vedrà innanzi, l'ordinamento sovranazionale tende a valutare, in sede di scrutinio giurisdizionale, tanto l'impatto del provvedimento sul piano della sicurezza giuridica, quanto l'incidenza dello stesso rispetto a un eventuale affidamento

³⁵⁶ Deve rammentarsi che tutte le indicazioni espressamente fornite dal citato Protocollo sui principi di sussidiarietà e proporzionalità si riferisce unicamente all'accezione "legislativa" del canone in parola.

³⁵⁷ Nonostante il principio di sussidiarietà sia anche normativamente riconosciuto come canone rilevante per l'organizzazione amministrativa (alla stregua di "ordine di azionabilità delle competenze), è significativo che taluni autori non lo ammettano esplicitamente quale carattere dell'attività amministrativa. Cfr. per esempio, RENNA/SAITTA, F. *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., V ss.

³⁵⁸ Cfr., di recente, GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in SANDULLI, M.A. (cura) *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 132. Quanto appena affermato non implica che, prima della positivizzazione del principio in parola, non si facesse ricorso – in particolare – al principio del legittimo affidamento, il quale, tuttavia, aveva carattere essenzialmente vago e, nella pratica, difficilmente formulabile (cfr. MASSERA, *I principi generali*, in CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 49), anche perché solitamente ricollegato alla figura dell'interesse legittimo, che non consentiva la corretta "messa a fuoco" la posizione del singolo rispetto all'esercizio del potere e alla situazione giuridica. (così, ancora, GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, 134.

³⁵⁹ CRAIG, *Legal Certainty and Legitimate Expectations*, in *European Administrative Law*, cit, 607.

legittimamente ingeneratosi in capo al soggetto leso. Da quanto appena esplicitato, si rende necessaria dunque un'analisi congiunta dei canoni appena rammentati.

Da un punto di vista sistematico affermarsi, di massima, un collegamento strutturale tra un principio-base (certezza del diritto) e un principio derivato (legittimo affidamento)³⁶⁰; in altri termini, nell'orbita del principio *generale* di sicurezza giuridica gravita – secondo la bella immagine di taluni commentatori³⁶¹ – il canone *particolare* di tutela dell'affidamento legittimo.

Occorre tuttavia da subito avvertire che la giurisprudenza della CGUE non fornisce, ad oggi, un quadro del tutto univoco dei rapporti tra certezza del diritto e affidamento legittimo, proprio per via della rilevata “divisibilità” del concetto.

La Corte identifica talvolta il secondo alla stregua di “emanazione” o corollario del primo, o, ancora, parificando i due canoni³⁶² o, infine, sottolineando, in senso meramente rafforzativo (e sistematicamente improprio), una endiadi nella “doppia qualificazione” di certezza del diritto e legittimo affidamento³⁶³.

Ciò che tuttavia pare emergere da talune pronunce giurisprudenziali è, invero, la sostanziale diversità di contenuti e di ambiti applicativi che deve riconoscersi ai due principi in disamina: l'uno volto a tutelare oggettivamente la perdurante efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa o della legislazione³⁶⁴; l'altro posto a presidio della stabilità delle

³⁶⁰ Cfr. AUBY/DERO BUGNY, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime* in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, cit., 474.

³⁶¹ *Ibidem*. Secondo altri, invece, il rapporto con il contiguo principio della certezza del diritto è fonte di problemi di delimitazione e interpretazione del concetto di affidamento legittimo. Così, per esempio, GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 133 e (maggioritaria) dottrina ivi citata. Il collegamento tra i due principi è ravvisato da HOFMANN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit., 178; USHER, *General Principles of EC Law*, London-New York, 1998, 65. Per una visione tendenzialmente concorde con la strutturazione del principio di sicurezza giuridica qui proposta, SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992, 946. E' stato peraltro correttamente rimarcato che lo stretto collegamento tra i principi di certezza del diritto (o stabilità dei rapporti giuridici) “*non elide l'autonomia*” dei medesimi (così, GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 33).

³⁶² Esempio del primo orientamento sono le Sentt. C-63/93, 15 febbraio 1996 *Fintan Duff/Minister of Agriculture and Food*; C-177/1999, 19 settembre 2000 *Ampafrance*; paradigmatiche del secondo indirizzo sono le Sentt. C 334-99 28 gennaio 2003 *Germania/Commissione*; Cause riunite T-44/01, 119/01, 126/01, 3 aprile 2003 *Vieira/Commissione*.

³⁶³ Quando non si limiti, come sovente accade, a una formulazione apodittica, “*per mero richiamo asserverativo*” (così MASSERA, *I principi generali*, cit., 320).

³⁶⁴ E' pacificamente ammessa, anche in dottrina, l'applicabilità dei principi in esame tanto all'attività legislativa, quanto all'attività amministrativa. Sul piano applicativo, vale la pena di sottolineare che un tratto distintivo della differenza tra principio della certezza del diritto e canone della tutela dell'affidamento legittimo consta nell'ambito d'applicazione oggettivo: mentre questo (l'affidamento) esplica il proprio ruolo di garanzia soltanto nei confronti dei soggetti privati, quello (la certezza giuridica) svolge la propria opera di protezione nei confronti di tutti i soggetti interessati dall'ordinamento sovranazionale. Dunque, se la tutela dell'affidamento si identifica in tutela del “soggetto particolare”, il concetto di sicurezza giuridica può essere con ragione invocato dagli Stati membri e – finanche – dalle istituzioni europee, come spesso avviene in materia di mancata o non corretta trasposizione delle direttive europee (cfr., tra i numerosi esempi, C – 102/79, 6 maggio 1980 *Commissione/Belgio*; C – 239/85, 2 dicembre 1986 *Commissione/Belgio*; C – 291/84, 17 settembre 1987 *Commissione/Olanda*).

prospettive soggettive degli interessati, secondo una visione essenzialmente privatistico-garantistica³⁶⁵.

Effettivamente, la cifra fondamentale dell'accezione sovranazionale del principio si esplica proprio nel rapporto dialettico intercorrente tra la sicurezza giuridica e il rispetto dell'aspettativa legittimamente ingeneratasi nel privato³⁶⁶, di talché non sembra potersi ragionevolmente ritenere fondato quell'indirizzo giurisprudenziale sopra espresso a mente del quale i principi in discussione sono da considerarsi fungibili tra loro o, addirittura – ciò che appare del tutto illogico – essenzialmente identici nel loro aspetto funzionale³⁶⁷.

In tal senso, è stato ben esplicitato in dottrina che, come già si è rilevato di passaggio, “[a]lors que l'on fait régulièrement valoir le principe de confiance légitime au seul profit d'un citoyen communautaire concerné, d'une entreprise ou d'un fonctionnaire communautaire, le principe de sécurité juridique peut agir tant en leur faveur (...) qu'à leur désavantage, par exemple sous la forme de l'efficacité juridique formelle d'un acte administratif engendrant des obligations”³⁶⁸. Appunto in tale ampiezza di significato risiede la ragione primaria della elevata percentuale di richiami al principio di certezza del diritto da parte dei ricorrenti (siano essi Stati membri o Istituzioni europee)³⁶⁹ in sede di giudizio.

Da un punto di vista storico-evolutivo, le prime formulazioni dei concetti di certezza del diritto e legittimo affidamento si rinvencono, nel contesto dell'ordinamento europeo, in pronunce risalenti agli anni '60. La qualificazione degli stessi alla stregua di principi generali del diritto si riconosce nell'*affaire Geigy*³⁷⁰, ove viene per la prima volta sottolineato il carattere fondamentale del principio di sicurezza giuridica nel sistema sovranazionale. Con riferimento all'affidamento legittimo, la stessa CGUE, pur non mancando di rilevare che esso

³⁶⁵ Cfr. Sent. T-308/2000, 1 luglio 2004 *Salzgitter/Commissione*.

³⁶⁶ Si veda, in questo senso, l'equilibrata definizione fornita da GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 135, secondo cui “il principio offre protezione alle aspettative di stabilità di un certo trattamento giuridico che il singolo vanta di fronte a decisioni del potere pubblico idonee a modificarlo, in modo tale da pregiudicarne in vario modo la situazione soggettiva”. Un'ampia ricognizione delle sentenze del giudice europeo relativamente all'applicazione del principio del legittimo affidamento in collegamento con la certezza del diritto si può leggere in SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padova, 2009, 123 ss.

³⁶⁷ Se non nel senso che il principio dell'affidamento legittimo è espressione, formalizzata in termini di diritto soggettivo, della certezza del diritto. Tale ultima declinazione, invero abbastanza sofisticata, è formulata da una dottrina (SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., 946; TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, Cелtenham-Northampton, 2009, 130) che non conosce il concetto di “interesse legittimo”, che nei sistemi francese e italiano crea problemi relativamente alla legittimità di uno spazio definitorio così ampio del legittimo affidamento.

³⁶⁸ Così, SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit., 914.

³⁶⁹ Si tratta, secondo un rapporto del Consiglio di Stato francese, di un caso su dieci. Cfr. *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, “Sécurité juridique et complexité du droit” cit. in AUBY/DERO-BUGNY, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, cit., 477.

³⁷⁰ Cfr. C – 52/69, 14 luglio 1972, *J.R. Geigy AG/Commissione*.

"s'iscrive tra i principi fondamentali della Comunità"³⁷¹, elabora nel corso degli anni una serie di regole ed eccezioni rispetto all'operatività del medesimo, particolarmente in materia di provvedimenti a carattere amministrativo emanati dalla Commissione.

La rilevanza del principio della sicurezza giuridica, lungi dunque dall'esplicarsi entro meri termini teorici, è spiegabile essenzialmente avendo riguardo all'ordinamento cui esso si riferisce e nei confronti del quale il canone stesso spiega i propri effetti di garanzia di una legalità chiara e stabile.

Il tema della prevedibilità delle conseguenze giuridiche di un'azione o di un atto (legislativo o amministrativo) è forse la specificazione pratica che meglio s'addice all'analisi del concetto e che, nel contempo, ne permette il collegamento ideale con la "derivazione" dell'affidamento legittimo³⁷².

Oltre alla già rammentata funzione di delimitazione del diritto dell'Unione mediante l'obbligo di trasposizione delle direttive, il canone di certezza del diritto trova un campo applicativo d'elezione rispetto al tema dell'irretroattività degli atti sovranazionali³⁷³. In ordine a tale ultima garanzia, non deve dimenticarsi che, come sottolineato dalla giurisprudenza della CGUE, possono esistere motivate eccezioni in ordine al fine perseguito e – ciò che qui più interessa – alla sussistenza o meno dell'affidamento legittimo spesso invocato dai privati a sostegno della normazione previgente³⁷⁴.

Un ulteriore, notevole punto di contatto con il principio del legittimo affidamento si ravvisa nella considerazione del trascorrere del tempo quale variabile rilevante rispetto alla declinazione del concetto di certezza giuridica³⁷⁵ e nella completa considerazione delle circostanze di fatto e di diritto che fondano l'azione sovranazionale³⁷⁶.

³⁷¹ Così in C-74/74, 14 maggio 1975 *CNTA/Commissione*; C-112/77, 3 maggio 1978 *Gesellschaft GmbH in Firma August Töpfer & Co./Commissione*; C – 112/80, 5 maggio 1981 *Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*;

³⁷² Si legga in questo senso la sentenza T-115/94, 22 gennaio 1997 *Opel Austria GmbH/Consiglio*: "Il principio della certezza del diritto esige che la normativa comunitaria sia certa e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti e che ogni atto comunitario che produca effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell'interessato, in modo tale che questi posseda la certezza del momento a decorrere dal quale l'atto stesso esiste ed è produttivo di effetti giuridici. Questa necessità s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare conseguenze finanziarie, al fine di consentire agli interessati di riconoscere con esattezza l'estensione degli obblighi ch'essa impone". Cfr. anche Sent. Cause riunite T-18/89 e T-24/89, 7 febbraio 1991 *Tageras*; Sent. C-470/00, 29 aprile 2004 *Ripa di Meana*; C-205/01, 16 gennaio 2003.

³⁷³ Su cui è d'obbligo rimandare, per una rassegna dottrinale e giurisprudenziale, al pregevole lavoro di SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, cit., 124 ss.

³⁷⁴ Cfr. la Sent. C-98/78, 25 gennaio 1979 *Ditta A. Racke/Hauptzollamt Mainz*: "Benché, in linea di massima, il principio della certezza delle situazioni giuridiche osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato".

³⁷⁵ Cfr. Sent. C-414/2004, 28 novembre 2006 *Parlamento/Consiglio* "(...) La Corte ritiene che, con riferimento a motivi relativi alla certezza del diritto e, in particolare, alla necessità di evitare che le imprese, di cui il regolamento impugnato è diretto a consentire la ristrutturazione o che rispettino l'acquis comunitario in materia

Ancora in tema di retroattività, la CGUE ricorda in diverse pronunce che la certezza del diritto non osta necessariamente alla revoca degli atti sovranazionali illegittimi, subordinando la stessa a un termine ragionevole³⁷⁷.

Come è stato correttamente messo in luce in dottrina³⁷⁸, la protezione dell'affidamento legittimo incontra maggiore resistenza laddove il mutamento della situazione giuridica o di fatto sia il risultato del margine di discrezionalità attribuito alle istituzioni (europee o nazionali) in ordine alle politiche pubbliche; nondimeno, occorre ricordare come, oltre ai casi di autolimitazione istituzionale³⁷⁹, nei casi in cui siano le stesse istituzioni, mediante rassicurazioni rivolte al soggetto privato, a indurre nel medesimo un sentimento di legittima percezione della durezza o meno della situazione che lo concerne, l'affidamento debba – di regola – essere riconosciuto³⁸⁰.

Come statuito, con formulazione ormai classica, dal TPG nella pronuncia appena citata, infatti, *“secondo una giurisprudenza costante, il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento, che rappresenta uno dei principi fondamentali della Comunità, si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria, avendogli fornito assicurazioni precise, ha suscitato in lui aspettative fondate. Rappresentano assicurazioni di tal genere, a prescindere dalla forma in cui siano state comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti, che derivino da fonti autorizzate ed affidabili. Per contro, nessuno può invocare una violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall'amministrazione”*.

di produzione di elettricità, debbano sopportare gravi conseguenze negative che risulterebbero da una rimessa in discussione e da una discontinuità del regime derogatorio transitorio previsto a tal fine dal detto regolamento, occorre conservare gli effetti di questo sino al momento in cui un nuovo atto sarà stato adottato, entro un termine ragionevole, su un fondamento normativo adeguato, conseguentemente alla presente sentenza, senza tuttavia che tali effetti possano protrarsi oltre il 1° luglio 2007, data in cui sarebbe scaduto detto regime derogatorio”.

³⁷⁶ Per i numerosi esempi in materia di restituzioni all'esportazione, impiego pubblico, contributi finanziari, sui quali non è il caso di soffermarsi in questa sede, cfr. MASSERA, *I principi generali*, cit., 322.

³⁷⁷ Cfr., tra le altre, le Sentt. C-15/85, 26 febbraio 1987 *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*; C-36/62, 16 dicembre 1963 *SNUPAT*. Deve nondimeno segnalarsi l'orientamento restrittivo della CGUE in ordine alla materia degli aiuti di Stato: non essendo sancito alcun termine con riguardo all'intervento della Commissione Europea per il recupero degli aiuti illegittimi, la CGUE (in particolare, il Tribunale) è arrivata alla conclusione per cui l'affidamento può essere legittimo unicamente laddove l'aiuto sia stato concesso in conformità alle regole del Trattato (cfr. Cause riunite T-126 e 127/96, 15 settembre 1998).

³⁷⁸ In particolare, TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, cit. 133.

³⁷⁹ Soprattutto in tema di applicazione di sanzioni da parte della Commissione. Relativamente allo spazio di potere discrezionale attribuito all'Istituzione, cfr. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, cit., 132 ss.

³⁸⁰ Cfr. Sent. T-283/02 16 marzo 2005, *EnBW Kernkraft GmbH/Commissione*. Nella citata Sent. C-74/74, 14 maggio 1975 *CNTA/Commissione* si individua il sorgere della responsabilità dell'Unione con riferimento all'omissione di misure transitorie intese a garantire l'affidamento legittimo del privato. Cfr., per una puntuale analisi giurisprudenziale, MASSERA, *I principi generali*, cit. 323 ss.

Con particolare riferimento al principio del legittimo affidamento, deve subito rilevarsi come, se pure il canone in parola condivide con la propria matrice giuridica un largo successo statistico in sede giudiziale – e una ormai lunga storia di riconoscimento nel contesto sovranazionale europeo – non sfugge ad alcun commentatore la scarsa effettività pratica dello stesso, in quanto il giudice sovranazionale è sovente restio ad assicurare una tutela fondata sull'affidamento legittimo³⁸¹.

A differenza del principio di certezza del diritto, per mille fili collegato all'idea dello *Stato di diritto*, il legittimo affidamento, in quanto proiezione oggettivamente valutabile di una percezione attinente al foro interno del soggetto privato, non trova un corrispondente nazionale in tutti gli Stati membri dell'Unione, giacché soltanto in seno agli ordinamenti tedesco e olandese è dato riscontrare un omologo canone storicamente vigente³⁸².

In taluni sistemi giuridici, quali quello italiano e belga, il concetto ha assunto un certo apprezzabile grado di sviluppo sulla scorta dell'elaborazione tedesca, pur non essendo riconosciuto dal diritto amministrativo "classico" tra i principi dell'azione amministrativa o, com'è il caso della declinazione nostrana, essendo applicato assai timidamente dai tribunali amministrativi nazionali³⁸³.

Sul piano statuale, deve rimarcarsi il netto ritardo con il quale il principio, già applicato in prospettiva sovranazionale, è entrato a far parte dell'*acquis* giurisprudenziale interno, dopo l'espresso riconoscimento della risarcibilità del danno ad interessi legittimi, sulla base dell'esempio fornito dall'applicazione della disposizione responsabilità extracontrattuale dell'Unione nei casi di frustrazione dell'interesse legittimo del privato (oggi, art. 340 TFUE)³⁸⁴.

Un pieno riconoscimento legislativo in via generale del canone dell'affidamento legittimo si ha, recentemente, con l'introduzione delle disposizioni in tema di revoca e

³⁸¹ In questo senso, tra i tanti, JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Dalloz, Paris, 2004, 519; AUBY/DERO-BUGNY, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, cit. 485. Come si vedrà innanzi, lo stesso discorso vale, e a più forte ragione, rispetto all'applicazione del canone in disamina nell'ordinamento italiano.

³⁸² Così SCHWARZE, *Droit administratif européen*, cit. p. 915. In senso concorde, AUBY/DERO-BUGNY, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, cit. 485 e ss. Per una ricostruzione delle vicende del principio in esame in seno al sistema inglese, si veda BIRKINSHAW, *European Public Law*, London, 2004, 353 ss.

³⁸³ Di "*rara e timida applicazione*" parla GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 34.

³⁸⁴ Ancora dopo la svolta del 1999, il giudice amministrativo rimarca che i principi della buona fede e della correttezza devono applicarsi quale parametro per la sola autonomia privata, senza che possano rilevare per l'eventuale illiceità della condotta della Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389; contra, Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457). In dottrina è stato rilevato come il principio del legittimo affidamento, in collegamento con il canone di certezza del diritto, è riconosciuto, oltre che in casi di percezione a titolo stipendiale, da parte di pubblici dipendenti, di somme eccedenti il dovuto (sempre facendo riferimento al lasso temporale intercorso tra l'erogazione e il provvedimento di recupero: Cons. Stato, Ad. Plen. 12 dicembre 1992, n. 20), con riguardo alla responsabilità precontrattuale, specialmente in materia di appalti (Cons. Stato, Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6) e, sul piano legislativo, in tema di condono edilizio e in materia tributaria (l. 27 luglio 2000, n. 212).

annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo, la quale peraltro deve essere letta avendo riguardo alla ormai nutrita serie di pronunce della CGUE relativamente all'evoluzione del principio³⁸⁵.

Il principio del contraddittorio

Il principio del contraddittorio, che nell'ordinamento italiano trova attuazione legislativa entro i canoni del giusto procedimento amministrativo, concentra nei propri ambiti di operatività tutto lo strumentario di garanzie procedurali che, nell'ambito dei sistemi di *Common Law*, comprende il cd. "*due process of law*" e il diritto di essere sentiti (cd. "*right to be heard*")³⁸⁶.

L'ampio spettro di identificazione del principio qui considerato si fonda propriamente sulla stessa giurisprudenza della CGUE, la quale – prospettando un'interpretazione sostanzialistica del canone in disamina – ha inglobato in esso, a partire da casi di portata sistematicamente modesta³⁸⁷, ogni istanza di garanzia del soggetto interessato che possa di volta in volta occorrere nel corso del procedimento.

Nel solco teorico appena rammentato, le successive pronunce della CGUE non tardano ad ampliare il ventaglio applicativo del principio del contraddittorio a tutti i cd. "diritti di difesa"³⁸⁸, generalizzando la rilevanza del medesimo all'interno di un sempre più imponente

³⁸⁵ Tale giurisprudenza verrà richiamata espressamente nel prosieguo del presente lavoro, nella parte in cui si prenderanno in esame le particolarità del regime del provvedimento amministrativo invalido per violazione del diritto europeo.

³⁸⁶ Cfr., per un inquadramento del problema, BATTINI/MATTARELLA/SANDULLI, A. *Il procedimento*, in NAPOLITANO (a cura), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 107 ss.; DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, cit. 46. Con opzione interpretativa non univoca ma, si crede, sostenibile, si include nella dizione "principio del contraddittorio" quella invero ampia serie di corollari che ad esso necessariamente fa capo (l'obbligo di motivazione, la trasparenza nei rapporti procedurali, la facoltà d'intervento nel procedimento). Nel procedere all'anzidetta assimilazione, chi scrive è confortato da non minoritaria dottrina, tra cui, p. es., PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 35, ove l'Autore identifica a esplicazione del principio del contraddittorio a) il diritto di prendere visione degli atti; b) il diritto di esporre il proprio punto di vista; c) l'obbligo di essere ascoltato dall'amministrazione procedente. Cfr., nello stesso senso, HOFMANN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit., 204 ss. Altri tratta del principio del contraddittorio nei paragrafi dedicati ai "principi sul procedimento amministrativo" in generale, accanto all'obbligo di motivazione e pubblicità degli atti (DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, cit. 46 e così pure SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht* e CRAIG, *European Administrative Law*, cit. 314 ss.). Altra dottrina, a testimonianza della già citata difficoltà di inquadramento dei principi generali, preferisce trattare il tema della motivazione accanto al principio di legalità sovranazionale (AZOULAI, *Le principe de légalité*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, cit., 411. Per un'introduzione al tema in una prospettiva di Common Law, BIRKINSHAW, *European Public Law*, cit. 363.

³⁸⁷ L'osservazione, condivisibile, è di MASSERA, *I principi generali*, cit., 345. In effetti, la prima manifestazione espressa del principio in parola è la Sent. C-32/62, 4 luglio 1963 *Alvis*, in materia di personale della (allora) Comunità Economica Europea, nella quale peraltro si statuisce la piena applicabilità del canone stesso da parte degli organi sovranazionali.

³⁸⁸ Sent. C- 17/74, 23 ottobre 1974 *Trasocean Marine Paint Association*; Sent. Cause riunite C-46/87 e C-227/88, 21 settembre 1989 *Höchst*; Sent. C-84/95, 30 luglio 1996, *Bosphorus*; Sent. T-112/98, 20 febbraio 2001

numero di procedimenti amministrativi, anche al di fuori dell'attività sanzionatoria, che costituisce, sul piano storico, l'originario campo d'elezione per l'identificazione del canone in esame³⁸⁹.

Poste queste premesse, occorre ora passare in breve rassegna le principali declinazioni del principio del contraddittorio come risultanti dalla sistematizzazione operata dalla dottrina e dall'ineliminabile analisi dell'apporto giurisprudenziale sul tema, avvertendo che la densità della stratificazione normativa, giurisprudenziale e dottrinale rende le specificazioni che seguono particolarmente complesse, in ragione della già rammentata origine ibrida delle garanzie procedurali acquisite al canone del contraddittorio.

Vale tuttavia di rilevare sin d'ora come, con riferimento alle differenti esplicazioni del principio del contraddittorio in senso ampio, il giudice europeo – stante la sostanziale scarsità di disposizioni vincolanti, tanto nel diritto primario quanto nel diritto derivato – ha elaborato alcuni limiti generali al contraddittorio.

Seguendo l'elencazione di autorevole dottrina³⁹⁰, il catalogo delle limitazioni al pieno regime del canone del contraddittorio nell'ambito del procedimento può essere, verosimilmente, identificato come segue: a) messa in pericolo dello scopo della decisione; b) misure relative all'ottenimento e all'amministrazione delle prove in momenti intermedi rispetto alla decisione definitiva; c) pregiudizio insignificante per la posizione giuridica del sedicente soggetto leso; d) pericolo nel ritardo e conseguente danno per il pubblico interesse; e) oggettiva impossibilità di procedere all'audizione; f) procedimento amministrativo iniziato su istanza dell'interessato.

Il contraddittorio dunque, sia pure previsto con una certa larghezza nell'ambito dell'*iter* procedimentale, non può essere dunque “massimizzato” nei suoi tratti garantistici, e ciò in considerazione della pluralità ed eterogeneità degli interessi pubblici e privati coinvolti, intrecciandosi – quanto ai profili definitori – con la nozione di buona amministrazione, di cui

Mannesmannröhren Werke; Sent. C-273/99, 6 marzo 2001 *Connolly*; Sent. T – 306/01, 21 settembre 2005. Quanto esplicitato vale, a testimonianza della generalizzazione del parametro, anche per i procedimenti sovranazionali di controllo in materia di aiuti di Stato e procedure d'infrazione (cfr., per esempio, C-234/84, 10 luglio 1986, *Commissione/Belgio*; C-294/90, 4 febbraio 1992 *British Aerospace*; C-145/01, 5 giugno 2003, *Commissione/Italia*. La valenza generale del principio del contraddittorio investe altresì i più diversi tipi di procedure - anche laddove la sua applicazione non sia espressamente prevista da un'apposita disposizione (così Così CASSESE, S. *Il procedimento amministrativo europeo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2004, 44 e ss.) – tra cui, a titolo esemplificativo: la registrazione del marchio europeo, l'erogazione di risorse, sgravio e rimborso dei dazi all'importazione, provvedimenti non disciplinari nel rapporto di pubblico impiego.

³⁸⁹ Sono spesso riscontrabili, nella giurisprudenza della CGUE (si vedano, per esempio, gli arresti sopra citati) espressi richiami alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, alle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e, più tardi, alla Carta dei Diritti fondamentali di Nizza.

³⁹⁰ In questi termini, SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 1398 ss.

anzi finisce per costituire, sotto taluni aspetti, la specificazione “dal punto di vista del soggetto debole del rapporto”.

Come è stato correttamente rimarcato avendo riguardo alla molteplicità strutturale che caratterizza il parametro in disamina, *“i dislivelli esistenti tra disciplina normativa e interpretazione giurisprudenziale possono meglio essere colti esaminando più da vicino (...) istituti ascrivibili al principio in questione: diritto d'accesso, obblighi d'informazione delle istituzioni, obbligo di motivazione”*³⁹¹.

Si propone di seguito una breve, e necessariamente non esaustiva, analisi dei cennati elementi costitutivi del principio del contraddittorio inteso in senso lato.

In ordine al diritto d'accesso ai documenti, deve senz'altro sottolinearsi – rispetto alle restanti esplicazioni del principio in disamina – un più deciso carattere garantistico che promana dalla tradizione di Common Law e che si riverbera puntualmente nell'accezione sovranazionale del parametro: a differenza di altri canoni costitutivi dei diritti della difesa in seno al procedimento, infatti, il diritto di accesso risponde essenzialmente alla necessità che l'interessato possa richiedere e ottenere i documenti relativi all'iter procedimentale, al fine di assicurarsi una più completa conoscenza dei fatti e delle ragioni giuridiche addotte dall'Amministrazione a fondamento dell'attività posta in essere.

Appare chiaramente, pertanto, la funzione servente del diritto d'accesso rispetto a una garanzia di carattere prettamente “soggettivo”, volta a tutelare anzitutto e primariamente la soggettività della persona (fisica o giuridica) coinvolta, piuttosto che l'oggettività normativa del procedimento, scandita da regole di diritto specifiche (alcune delle quali preposte, mediamente, alla tutela del singolo)³⁹².

³⁹¹ Così MASSERA, *I principi generali*, cit., 359. Sulla stessa lunghezza d'onda, quanto alla geografia giuridica del principio, HARLOW, *European Administrative Procedure: the European Union as Exemplar*, in *Lisbon Meeting on Administrative Procedure. “Functions and Purposes of European Administrative Procedure: New Problems and New Solutions”*, Lisbona, 2011, 38 [http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_international_isbn.pdf].

³⁹² Vi è infatti una differenza funzionale di non poco momento tra – per esempio – l'obbligo di motivazione e il diritto d'accesso ai documenti. Nel primo caso, si può dire che il fine ultimo del parametro sia da ricercarsi nel rispetto del principio di legalità, anche se – certamente – tramite il rispetto dell'obbligo si perviene alla protezione del singolo contro potenziali e arbitrarie iniquità, fornendo un utile appiglio per una efficace difesa. Ciò nondimeno, l'obbligo di motivazione risponde primariamente alle esigenze del principio di legalità e della sicurezza delle situazioni giuridiche – ciò che ne permette, come si è visto, il collegamento funzionale con il principio di legalità. Se è incontestabile che l'accesso ai documenti, insieme al principio di trasparenza amministrativa, ha una valenza anche in ordine al perseguimento del pubblico interesse complessivo dell'Unione (giacché una “buona amministrazione” non può prescindere dalla corretta esplicazione procedurale della definizione della pubblica felicità sovranazionale nel caso concreto), deve tuttavia riconoscersi la vocazione più spiccatamente “personalistica” del principio in oggetto rispetto agli altri – più sfumati e perciò meno invocati – diritti della difesa. (Non a caso, nelle materie più frequentemente oggetto di procedimenti e contenziosi sovranazionali (*antitrust* e procedure d'infrazione) la garanzia statisticamente più richiamata è proprio il diritto d'accesso ai documenti. La ragione è forse da ricercarsi nel maggiore tasso di reperibilità e praticità giuridica del “documento” come modalità di esplicazione e prova, rispetto alle complicate e talvolta sfuggenti questioni giuridiche sollevate da altri caratteri del principio del contraddittorio.

Sul piano sovranazionale, il diritto d'accesso ai documenti è previsto originariamente in talune normative settoriali³⁹³. Disposizioni precise sono comunque presenti negli atti di auto-organizzazione delle istituzioni europee.

Tuttavia, è soltanto con il Trattato di Amsterdam (1997) e poi con il richiamo espresso della Carta di Nizza, art. 42, che viene sancita definitivamente e in linea generale la garanzia all'accesso: il singolo soggetto interessato acquista dunque il *diritto* (e tale dizione suggerisce in maniera inequivocabile l'azionabilità in sede giudiziale della pretesa eventualmente insoddisfatta) di sapere dell'esistenza di determinati atti e di prenderne visione, compatibilmente con il regime di segretezza cui sono ragionevolmente sottoposti taluni documenti.

Che il richiamo appena ricordato sia indirizzato primariamente all'attività istituzionale europea è circostanza testimoniata da un primo intervento di rilievo – una volta ancora di matrice derivata – ravvisabile nel regolamento CE 1049/2001, relativo agli atti di Parlamento, Commissione, Consiglio e Agenzie europee. Diverse basi normative, nel tempo, si sono venute aggiungendo alla disciplina generale del regolamento succitato, fornendo una normazione più puntualmente funzionale alla disciplina di singoli settori o materie interessate dall'azione amministrativa europea³⁹⁴.

Cardine del diritto d'accesso, come già dianzi accennato, è la possibilità di considerare tutti gli atti in possesso della pubblica amministrazione durante il corso del procedimento: da tale precisazione consegue che una rilevante declinazione del principio medesimo è costituita dall'obbligo, in capo alle istituzioni europee³⁹⁵, di informare i soggetti coinvolti al fine di permetterne l'eventuale intervento in seno al procedimento amministrativo.

I meccanismi sanzionatori collegati al mancato rispetto dell'obbligo d'informazione presentano molteplici soluzioni, anche a causa della profonda disomogeneità delle materie interessate: anche in tal caso, è il diritto derivato (o, in qualche frangente, protocolli annessi al Trattato) a connotare i profili della sanzione e a delimitarne l'ambito di applicazione.

I diritti di “partecipazione al procedimento” trovano dunque la base loro propria nelle informazioni che le istituzioni sono obbligate a trasmettere per rendere possibile ai soggetti interessati di esprimersi e – pertanto – di essere “coinvolti” nell'iter che conduce alla

³⁹³ Un quadro breve ma informato della “storia normativa” del diritto d'accesso ai documenti si trova in MASSERA, *I principi generali*, cit. 361.

³⁹⁴ Si ricordano, a titolo esemplificativo, soltanto la direttiva CE 4/2003 in tema di ambiente e la direttiva CE 18/2004 in materia di appalti pubblici.

³⁹⁵ Nonché alle autorità nazionali eventualmente deputate all'attuazione del diritto europeo.

formazione della decisione (quando non alla formazione della decisione medesima in via diretta³⁹⁶).

Ai fini della corretta interpretazione della garanzia dell'accesso ai documenti amministrativi, deve sottolinearsi – una volta ancora – l'attività di bilanciamento messa in opera dall'amministrazione pubblica stessa – tra gli opposti interessi (pubblici e privati) in gioco; tale bilanciamento deve avere riguardo all'apposita selezione dei documenti – e tra essi, dei documenti considerati ostensibili – da parte dell'amministrazione procedente, la quale, nel compiere la “scelta” degli atti da presentare come fondativi e giustificativi della propria azione, applica il principio di proporzionalità alla selezione medesima rispetto agli interessi coinvolti (l'uno – del richiedente – di disporre d'ogni elemento utile alla propria difesa; l'altro – delle istituzioni – di perseguire l'interesse pubblico nel modo più diretto ed efficace, senza che vi si frappongano ostacoli idonei a vanificare l'attività amministrativa)³⁹⁷.

Proprio il tema della eccessiva onerosità della pubblicazione dei documenti è affrontato in una serie di arresti imperniati sul carattere della “irragionevolezza” del carico di lavoro per l'amministrazione: qualora, per volume o qualità, la mole di documenti che debba essere presentata in ossequio al principio di trasparenza procedimentale sia effettivamente sproporzionata allo scopo garantistico della domanda d'accesso del richiedente, assicurabile mediante una più semplice scelta ragionevole degli atti utili alla difesa, l'amministrazione può – con adeguata motivazione – ricercare la soluzione più equa rispetto alla posizione giuridica dell'interessato senza peraltro pregiudicare l'effettività della propria azione. In taluni casi-limite è espressamente prevista da certa giurisprudenza³⁹⁸ la possibilità per la pubblica amministrazione di opporre la totale impossibilità all'accesso ai documenti quando – previa motivazione – nessuna delle alternative volte a trovare un equo bilanciamento degli interessi sia ragionevolmente praticabile in relazione al carico di lavoro richiesto.

Passando all'analisi dell'*obbligo di motivazione* nell'accezione di garanzia del contraddittorio, deve preliminarmente rilevarsi – come già s'è accennato nella parte del presente lavoro dedicata al principio di legalità – che lo stesso è alternativamente riferibile tanto al concetto di “trasparenza amministrativa”, quanto all'idea di un più generale rispetto della legalità sovranazionale.

³⁹⁶ La varietà in cui trovano realizzazione i diritti “di essere informati” sono molteplici e di varia natura, s'è detto. Tra essi vale la pena di rammentare pubblicazioni preliminari del progetto di decisione (cui è possibile dunque opporsi) e i modelli di partecipazione improntati allo schema statunitense dell'*Interest Representation Model*. La differenza della soluzione adottata dai singoli atti normativi è dovuta alle peculiarità delle materie trattate.

³⁹⁷ Cfr., tra le altre, Sent. T-14/98, 19 luglio 1999 *Hautala*; Sent. T – 211/00, 7 febbraio 2002 *Kuijer*, in materia di accesso a documenti di natura politica e conseguente parziale diniego; Sent. T – 84/03, 23 novembre 2004 *Turco*.

³⁹⁸ Cfr. Per esempio, oltre alle sentenze già citate, Sent. T – 2/03, 13 aprile 2005 *Verein für Konsumenteninformation*.

Si deve considerare che la vocazione pubblicistica del principio di legalità (come parametro di controllo delle competenze d'attribuzione) si esplica in una funzione ontologicamente differente rispetto alla prospettiva, qui considerata, di tutela del singolo³⁹⁹.

Per tale ragione pare qui opportuno ricollegare l'obbligo di motivazione a una necessità di controllo interno nella valutazione dell'attività (istituzionale) europea, identificabile – appunto – nei diritti della difesa.

In certo qual modo, dunque, sembra ragionevole richiamare – piuttosto che la legalità sovranazionale – il principio di buona amministrazione, nel contesto del rapporto tra autorità e libertà. A testimonianza dell'indirizzo adottato milita la stessa CGUE quando, nella sentenza *Comune di Amsterdam*, afferma che “*la motivazione prescritta dall'articolo 190 del trattato deve mettere in luce [compatibilmente con la diversa natura degli atti da motivare⁴⁰⁰], in modo chiaro e non equivoco, l'iter logico seguito dall'autorità comunitaria autrice dell'atto impugnato, così da consentire agli interessati di conoscere i motivi del provvedimento, onde poter tutelare i loro diritti, e alla Corte di esercitare il suo sindacato, non è tuttavia prescritto ch'essa specifichi tutti i vari elementi di fatto e di diritto rilevanti . Infatti l' esame volto ad accertare se la motivazione di una decisione soddisfi queste condizioni va effettuato alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto, nonché del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia*”⁴⁰¹.

Oltre alla non necessarietà dell'esplicitazione di tutti gli elementi dell'iter logico seguito, colpisce il severo carattere di violazione attribuito, dalla CGUE, alla mancanza di motivazione: l'orientamento appena rammentato è rimarcato in talune pronunce⁴⁰², secondo le quali la stessa violazione dell'obbligo di motivazione (oggi contenuto nell'art. 296 TFUE) viene formalmente equiparata a un'omissione di adeguamento al diritto europeo da parte dello Stato membro che se ne sia reso responsabile – nei casi in cui sia interessata da disciplina di matrice europea – anche quando detta violazione intervenga con riguardo alla normativa nazionale in materia di procedimento amministrativo,

Ciò nondimeno, il diverso grado di cogenza dell'obbligo di motivazione viene declinato – a partire da una giurisprudenza piuttosto risalente – in maniera diversa a seconda che investa un regolamento, una direttiva o una decisione. In quest'ultimo caso, ci si imbatte

³⁹⁹ In questo senso, recentemente, HARLOW, *European Administrative Procedure: the European Union as Exemplar*, cit., 38 ss.

⁴⁰⁰ Cfr., tra le altre, Sent. C-13/72, 11 gennaio 1973 *Belgio/Commissione*.

⁴⁰¹ Cfr. Sent. C – 213/87, 7 febbraio 1990.

⁴⁰² Per esempio, Sent. C – 229/00, 23 giugno 2003 *Commissione/ Finlandia*. Si vedano anche le Sentt. C – 41/69, 15 luglio 1970; C – 285/94, 25 giugno 1997; C – 76/01, 16 gennaio 2003.

in una serie cospicua di pronunce giurisprudenziali univoche⁴⁰³ nel differenziare la rilevanza dell'obbligo di motivazione in ordine alla avvenuta partecipazione del soggetto direttamente e individualmente riguardato, al *revirement* posto in essere rispetto alla prassi invalsa (anche in riferimento al medesimo soggetto coinvolto) e, ancora, al grado di discrezionalità consentito all'amministrazione procedente *ratione materiae*.

Se pure, dunque, l'ordinamento europeo concepisce un obbligo di motivazione “multi-livello”, la totale inosservanza dell'obbligo importa la violazione delle forme sostanziali (cfr. art. 263 TFUE), così come la contraddittorietà della motivazione, quando risulti che essa sia idonea ad inficiare in tutto o in parte la base giuridica del dispositivo dell'atto⁴⁰⁴.

Circa il principio che si suole denominare di *trasparenza*, occorre precisare la sua possibile derivazione – messa in luce da parte della dottrina – dal più generale concetto di “pubblicità della documentazione amministrativa”⁴⁰⁵, tendente ad assicurare, insieme al principio di legalità, un controllo democratico sull'attività dell'amministrazione⁴⁰⁶.

Proprio in considerazione della sua origine, tale parametro viene inquadrato da molti commentatori come principio-cardine da cui scaturiscono le differenti “sotto-declinazioni” che già si sono analizzate: diritto d'accesso ai documenti; dovere d'informazione; obbligo di motivazione. Anche questa, tuttavia, si rivela essere una mera scelta terminologica, quando si pensi che la trasparenza può essere attribuito tanto del principio di legalità, quanto di quello di buona amministrazione.

Di più, il trattare dei diritti della difesa “contro” l'amministrazione pubblica è motivo sufficiente per apprezzare appieno il valore specificamente amministrativistico del tema, ricollegandolo quindi idealmente non già alla necessità di una base giuridica (fondata sulle competenze d'attribuzione) ma integrandolo direttamente nella realtà giuridica delle controversie concrete perché esso possa spiegare un significato proprio di (non univoca) garanzia procedurale a tutela di un diritto alla trasparenza che non sia soltanto teoria dell'interesse pubblico, bensì sintomo preciso di una volontà pratica di correttezza nei confronti della persona interessata.

⁴⁰³ Cfr., tra le altre, Sentt. C – 78/74, 18 marzo 1975; Cause riunite C-296/82 e C-318/82, 13 marzo 1985; C – 181/90, 4 giugno 1992; Cause riunite C – 238/99, 15 ottobre 2002; C – 310/99, 7 marzo 2002; C – 367/95, 2 aprile 1998; C – 66/02, 15 dicembre 2005. In ordine all'obbligo di motivazione in relazione a una direttiva, C – 377/98, 9 ottobre 2001.

⁴⁰⁴ Cfr., per un recente sguardo d'insieme in tema di obbligo di motivazione, GRASSO, *I principi generali*, cit., 42 ss.

⁴⁰⁵ Una breve storia evolutiva del principio in esame è tracciata da COUDRAY, *La transparence et l'accès aux documents* in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, cit., 520.

⁴⁰⁶ Si esprimono in tal senso GRASSO, *I principi generali*, cit., 14 ss.; MASSERA, *I principi generali*, cit., 359; NEHL, *Principles of administrative procedure in EC Law*, Oxford, 1999, 168.

In questo senso si comprende la distinzione, caratteristica della disciplina europea dell'accesso ai documenti amministrativi e proposta da certa dottrina⁴⁰⁷, tra conoscenza, comprensione e partecipazione: perché possa dirsi soddisfatto il principio di buona amministrazione nell'accezione della correttezza procedimentale, occorre che il soggetto interessato conosca, capisca e – ove possibile – partecipi alla formazione dell'atto.

La pubblicità del documento assume allora un carattere condizionale rispetto al concetto di trasparenza amministrativa, permettendo di valutare i parametri del pubblico agire. Con riferimento al piano propriamente sovranazionale, è dato di rilevare che il principio di trasparenza si sviluppa storicamente seguendo due direttrici parallele: l'una, legata alle tradizioni degli Stati membri (in particolar modo Danimarca e Paesi Bassi⁴⁰⁸); l'altra, connessa all'evoluzione istituzionale del Parlamento Europeo e ai suoi compiti "democraticamente orientati".

Il punto di partenza della disciplina normativa si trova nella dichiarazione n° 17 annessa all'atto finale del Trattato di Maastricht, seguita un anno più tardi (1993) da un accordo inter-istituzionale stretto tra Commissione, Consiglio e Parlamento, presto concretizzatosi in un *Codice di condotta* concernente l'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione⁴⁰⁹.

Infine, soltanto il 31 marzo 2001 viene adottato il regolamento n. 1049/2001 in recante le modalità concrete d'accesso ai documenti amministrativi. Sul fronte europeo, l'evoluzione ora ricordata non procede sola: il Consiglio d'Europa, dal canto suo, non manca di raccomandare agli Stati membri⁴¹⁰ la predisposizione di un sistema d'accesso ai documenti, anche se – per vero – mai la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata a riguardo.

Ancora sul regolamento 1049/2001, deve precisarsi il carattere innovativo della normazione da esso introdotta: l'ambito di applicazione del diritto d'accesso risulta considerevolmente ampliato con riferimento tanto ai soggetti (tutti i cittadini dell'Unione), quanto all'oggetto dello stesso (atti non solo di Parlamento, Consiglio e Commissione, ma anche di altri organi e organismi dell'Unione).

La procedura d'accesso prevista dal regolamento è presto riassunta⁴¹¹: mediante atto scritto, indirizzato all'istituzione che ha emanato il documento, il richiedente domanda

⁴⁰⁷ COUDRAY, *La transparence et l'accès aux documents*, cit. 519.

⁴⁰⁸ Cfr. C – 58/94, 30 aprile 1996 *Paesi Bassi/ Commissione*.

⁴⁰⁹ In vigore dal dicembre 1993.

⁴¹⁰ Mi riferisco alla Raccomandazione del comitato dei ministri del 21 febbraio 2002.

⁴¹¹ La disciplina illustrata è quella di matrice europea. Gli Stati membri hanno una nozione loro propria di "diritto d'accesso" che, in molti casi, non coincide, per soggetti e ambiti applicativi, con quella sovranazionale, ingenerando difficoltà e dubbi interpretativi tuttora in attesa di soluzione (mediante – forse – ravvicinamento delle legislazioni). Tali difficoltà si riscontrano anche con riguardo alla domanda d'accesso che deve essere

accesso al medesimo senza che sia necessaria una preventiva giustificazione. Entro quindici giorni, l'istituzione deve riconoscere o negare il diritto (in quest'ultimo caso è possibile opporre una ulteriore domanda "confermativa" presso la stessa istituzione; lo stesso dicasi per il silenzio della pubblica amministrazione richiamata). In caso di insuccesso, al richiedente si aprono due vie: il ricorso al Mediatore europeo e (alternativamente) il ricorso per annullamento ex art. 263 TFUE.

La seconda eventualità permette, evidentemente, un maggiore controllo rispetto alla congruità della motivazione – verosimilmente fondata sulle eccezioni previste dal regolamento 1049/2001. Le eccezioni appena citate possono, infatti, avere natura *assoluta* (il che comporta il rifiuto) o *relativa* (cui segue, viceversa, un bilanciamento degli interessi). Ad ogni modo, l'obbligo di motivazione assume – quale elemento primario della trasparenza – una importanza fondamentale per la comprensione del diniego e dei motivi d'interesse pubblico che suggeriscono il rifiuto dell'ostensione richiesta.

L'idea del contraddittorio evoca – lo si è considerato all'inizio del paragrafo dedicato alla trattazione del principio – la dimensione procedimentale del rapporto Stato/cittadino (ma anche Stato/Unione), che trova il proprio sbocco nel diritto sostanziale.

Dunque, la funzione naturale dei diritti della difesa complessivamente considerati risponde a una prospettiva garantistica dell'iter formativo della decisione (o comunque, del provvedimento) affinché un corretto svolgimento del contraddittorio possa verosimilmente preludere a una soluzione sostanzialmente in linea con l'interesse pubblico – che è anche, in ultima analisi, rispondenza alle esigenze dell'intera comunità coinvolta, ivi comprese quelle proprie del soggetto interessato dalla procedura.

La diretta incidenza dei meccanismi procedurali nella formazione dell'atto amministrativo dà ragione del carattere di assoluta necessità di cui si colora il concetto stesso di "diritti della difesa", giacché la tutela sostanziale è in taluni casi vanificata dalla viabilità della procedura e da una sua interpretazione più o meno estensiva e più o meno garantistica.

Il principio di precauzione

Similmente ad altri principi europei rilevanti per il diritto amministrativo e suscettibili di essere considerati parametri di legalità dell'azione amministrativa, il canone di precauzione

inoltrata dallo Stato all'istituzione europea (quando si tratti di atto statale di applicazione del diritto europeo o comunque, in possesso di uno Stato membro) o, viceversa, a quella domanda d'accesso inoltrata dall'istituzione europea allo Stato (perché il diniego dello Stato porta a dover domandare l'accesso secondo la disciplina statale medesima e non più secondo la disciplina sovranazionale).

fonda le proprie radici in alcuni ordinamenti statali, trovando successivamente applicazione piena, prima quale principio di matrice essenzialmente politica, poi quale canone propriamente giuridico, nel diritto dell'Unione Europea.

In ordine allo sviluppo storico del concetto, può essere utile ricordare che – come già rammentato rispetto all'origine di altri principi – la prima sistematizzazione del canone in parola avviene nell'ordinamento tedesco, presso il quale esso si sviluppa anzitutto alla stregua di principio di politica ambientale⁴¹²; successivamente, il principio trova un saldo, pur se ramificato riconoscimento in ambito giuridico⁴¹³.

Sotto tale ultimo aspetto, la dottrina usa distinguere, secondo una classica impostazione dovuta alle tradizioni germaniche del *diritto di polizia*, il concetto di *Gefahrenabwehr* da quello di *Vorsorgeprinzip*, ponendo i due canoni in rapporto di reciproca esclusione ed evidenziando come il primo sia pensabile quale antecedente logico del secondo, il quale può dunque trovare applicazione soltanto laddove il “pericolo concreto”, quale oggettivo e attuale danno al patrimonio ambientale o sociale, sia (già) stato efficacemente neutralizzato⁴¹⁴.

Tuttavia, tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta dello scorso secolo, il legislatore tedesco opta, mettendo così fine alla rilevanza esclusivamente politico-programmatica del principio⁴¹⁵, per la espressa previsione normativa della vincolatività

⁴¹² Cfr. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, Tübingen, 2009, 13. Il principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip* o *Risikovorsorgeprinzip*) è riconosciuto come parametro di matrice politica a partire dal governo di coalizione del 1969, che punta allo sviluppo di una moderna politica ambientale volta non soltanto a contrastare danni ambientali già prodottisi, ma a promuovere una serie di azioni il cui scopo è quello di evitare il prodursi di danni ambientali. Tale prima, embrionale formulazione del canone di precauzione, che non viene espressamente definito, viene perpetuata nel rapporto ambientale del 1976 e successivamente portata a un maggior grado di concretizzazione definitiva, con le *Linee guida per la precauzione ambientale* (“*Leitlinien zur Umweltvorsorge*”) del 1986. Dalle predette linee guida emerge una declinazione tripartita del principio, che distingue: un canone – di difficile traduzione – di sicurezza pubblica (o protezione dai pericoli concreti), detto *Gefahrenabwehr*; un canone denominato *Risikovorsorge*, quale massima volta a evitare o minimizzare i rischi ambientali nella fase precedente al pericolo concreto; da ultimo, un canone detto “*Zukunftsvorsorge*”, ispirato alla necessità di pianificare un'armoniosa disposizione delle risorse ambientali per il futuro. La cennata tripartizione del principio di precauzione quale espressione dell'interesse politico alla materia ambientale viene ribadita nel corso degli anni novanta (cfr. Rapporto ambientale (*Umweltbericht*), 1990), e progressivamente ampliata ad ambiti non necessariamente collegati al piano ambientale (per esempio, in tema di tutela del consumatore, nel caso di oggetti o prodotti che possano arrecare danni all'utilizzatore; cfr. “*Aktionsplan Verbraucherschutz*”, 2003). Secondo un'altra formulazione, il diritto tedesco conosce altri principi teoricamente contigui, quali il principio della gestione duratura delle risorse rinnovabili (*Nachhaltigkeitsprinzip*) e il principio di oculata gestione delle risorse non rinnovabili (*Sparsamkeitsprinzip*).

⁴¹³ Una elaborazione coeva del principio è nondimeno ravvisabile nella normativa concernente gli obblighi di diligenza e nella modifica della normativa relativa all'onere della prova in materia ambientale prevista dal Codice dell'Ambiente svedese a partire dal 1969.

⁴¹⁴ Cfr., sul punto, SPARWASSER/ENGEL/VOßKUHLE, *Umweltrecht*, Heidelberg, 2003, 70 ss; HANSMANN/SELLNER (a cura), *Grundzüge des Umweltrechts*, Berlin, 2007,

⁴¹⁵ Che già conosce una prima formulazione giuridica nella Legge relativa alla costruzione di impianti di energia nucleare del 1959 (*Atomgesetz*), anche se – per vero – la dottrina dubita che la normativa appena richiamata stabilisse esplicitamente l'obbligo di rispettare il principio di precauzione, che, allora, non era ancora considerato

giuridica del parametro in parola, ampliando col tempo l'ambito di operatività dello stesso a materie non direttamente collegate alle questioni propriamente ambientali.

Un ulteriore stadio evolutivo del principio è ravvisabile, questa volta sul piano sovranazionale, a partire dagli anni novanta, quando tanto in prospettiva europea, quanto nell'ambito di organizzazioni internazionali, si positivizza il concetto di precauzione, con speciale riguardo – in piena conformità con le prime elaborazioni di matrice germanica – alle tematiche ambientali.

Sul piano del diritto internazionale pattizio, il concetto di precauzione assume la rilevanza di principio generale nel 1992⁴¹⁶; nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, infatti, si tiene a Rio de Janeiro la “Conferenza mondiale su ambiente e sviluppo” (*United Nations Conference on Environment and Development* - UNCED) in seno alla quale si sviluppa il principio di precauzione⁴¹⁷.

Ancora in ambito internazionale, deve ricordarsi l'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*) sottoscritto nel 1994 in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio, nel quale il principio di precauzione è sancito in difesa della salute umana, animale e vegetale⁴¹⁸.

Inoltre, vale la pena di rammentare come, nel corso degli ultimi anni, il ricorso al principio di precauzione – tacito o esplicitamente riconosciuto – sia diventato una costante della normativa internazionale pattizia.

quale parametro politico particolarmente rilevante. Lo stato giuridico del principio cambia soltanto con la Legge sulle immissioni, di cui si parlerà innanzi.

⁴¹⁶ Anche se, prima di questa data, numerose convenzioni internazionali, pur senza direttamente rifarsi al concetto in esame, costituiscono gli antecedenti giuridici dell'odierna formulazione del principio di precauzione. Tra queste, la *Carta Mondiale della Natura delle Nazioni Unite* (1982), la *Convenzione-quadro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici* (1992). Tra gli anni ottanta e novanta, come si vedrà brevemente innanzi, molte convenzioni internazionali recanti le più diverse disposizioni intorno a temi di matrice essenzialmente ambientale fanno riferimento a parametri riconducibili al principio di precauzione, anche se – secondo la dottrina dominante – l'influenza più duratura rispetto all'importanza del canone precauzionale, anche per la sua trasposizione sul piano europeo, è dovuta essenzialmente alla *Conferenza di Rio*, di cui si è in procinto di trattare.

⁴¹⁷ Questo il dettato del principio n. 15: “*Al fine di tutelare l'ambiente, gli Stati adotteranno ampiamente un approccio cautelativo in conformità alle proprie capacità. Qualora sussistano minacce di danni gravi o irreversibili, la mancanza di una completa certezza scientifica non potrà essere addotta come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale*”. Si noti, in particolare, il richiamo all'eventualità del rischio (l'elemento della “minaccia”), che richiama la distinzione germanica, oggi vigente soltanto in Austria e Germania, tra il concetto di *Gefahrenabwehr* – il danno già fattualmente concretizzatosi – e il principio di precauzione come tale.

⁴¹⁸ Cfr. Punto 5.7: *In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time.*

Le convenzioni appena citate rappresentano soltanto la formulazione più universalmente nota di un concetto che può riscontrarsi, anzitutto in ragione del forte richiamo politico-ideale, nell'ambito di (molti) altri documenti a carattere latamente giuridico, la cui analisi, nei limiti assegnati al presente lavoro, sarebbe un pericoloso fuor d'opera⁴¹⁹.

Sul versante nazionale, il principio di precauzione non trova, come tale, un riscontro unanime negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea⁴²⁰ ma si esplica spesso nella normazione di dettaglio volta alla puntuale regolamentazione di particolari aspetti del pubblico agire, specialmente con riguardo al diritto ambientale.

Si è già rammentata, in una prospettiva storico-evolutiva, la presenza del concetto in esame nell'ordinamento tedesco, ove è d'uso riscontrarne le radici più lontane, e in taluni sistemi europei quali gli ordinamenti francese, belga e svedese.

Quanto all'ordinamento tedesco, rileva primariamente una disposizione costituzionale – l'art. 20a GG – secondo il cui dettato *"Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung"*⁴²¹.

Deve considerarsi che tale formulazione, da cui viene dedotto il principio generale di precauzione, non risale al dettato originario della Legge fondamentale tedesca ma si inserisce nell'ampio contesto dello sviluppo, a livello internazionale, del concetto medesimo⁴²².

L'ordinamento francese conosce numerose applicazioni puntuali del principio in esame ma difetta di una qualificazione giuridica di ordine generale sul tema. Dapprima è doveroso ricordare la legge 2 febbraio 1995 "relative au renforcement de la protection de

⁴¹⁹ Si segnalano a titolo esemplificativo, tra le convenzioni internazionali sul tema, le seguenti: *Convention to Ban the Importation into Forum Island Countries of Hazardous Wastes and Radioactive Wastes and to Control the Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes Within the South Pacific* (1995); *Convention for the protection of the marine environment and the Coastal region of the Mediterranean* (1995); *Convention on the ban of import into Africa and the control of Transboundary movement and management of hazardous wastes within Africa* (1991); *Declaration of the Sixth Trilateral Governmental Conference on the Protection of the Wadden Sea* (1991); *Protocol for Sustainable Development of Lake Victoria Basin* (2003); *Declaration of the First International Conference on the Protection of the North Sea* (1984); *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity* (2000).

⁴²⁰ Così DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le principe de précaution*, in *Droit administratif européen*, cit., 461; CRAIG, *European Administrative Law*, cit., 717.

⁴²¹ "Lo Stato protegge, in quanto responsabile anche per le generazioni future, le condizioni naturali di vita e gli animali nel quadro dell'ordine costituzionale attraverso la procedura legislativa e l'azione del potere esecutivo conformemente alla legge e al diritto e mediante il potere giudiziario".

⁴²² Come rileva TRIMARCHI, F., *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, 1674, il principio di precauzione come tale viene esplicitamente introdotto nel diritto vigente tedesco solo con il *Bundes-Immissionsschutzgesetz* (Legge federale sul controllo delle immissioni, 1994), che conduce alla previsione dell'art. 20a nel corpo del testo costituzionale. Se ciò è vero, vale la pena di ricordare – secondo quanto già rilevato precedentemente – che formulazioni embrionali del canone in parola si riscontrano nell'ordinamento tedesco ben prima della revisione costituzionale.

l'environnement" (cd. *Loi Barnier*), più volte modificata, "riversata" prima nel corpo del *Code rural* e ora contenuta nel *Code de l'environnement* (2003)⁴²³.

Il Ministero dell'Ecologia e dello Sviluppo, nel presentare ai cittadini la *Loi constitutionnelle* n° 205/2005 (marzo 2005) – contenente la Carta dell'ambiente – modificativa dell'art. 34 della Costituzione della Repubblica Francese⁴²⁴ (nonché del *préambule*, versione 1958), propone una propria definizione "semplificata" del principio di precauzione, che può essere utilmente riportata al fine di chiarire il più recente orientamento del sistema francese.

Scriva il Ministero, a commento delle nuove disposizioni che: *“le principe de précaution impose, même en l’absence de risques avérés, de définir des mesures immédiates de protection de l’environnement. Cependant, loin d’être un principe d’inaction systématique, le principe de précaution encadre les mesures prises en imposant, d’une part, qu’elles soient provisoires et proportionnées au regard des dommages envisagés, et d’autre part, qu’elles s’accompagnent d’expertises destinées à mieux connaître les risques et ainsi à adapter les mesures prises. C’est un principe qui intervient dans des situations bien particulières et exceptionnelles, l’essentiel des situations d’atteintes à l’environnement étant régies par le principe de prévention, qui reste l’outil principal dans la gestion des risques (pollutions diffuses ou chroniques, risques naturels, risques industriels ou technologiques, etc.)”*.

Un'analisi testuale delle disposizioni nazionali francesi sinora prese in considerazione denota un'attenzione pressoché esclusiva alla caratterizzazione ambientale del principio di precauzione, tipica anche delle (analoghe) soluzioni belga e svedese. Purtuttavia, come

⁴²³ Vi si legge, in ordine al tema qui d'interesse: *“Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d’intérêt général et concourent à l’objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s’inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants : - le principe de précaution, selon lequel l’absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l’adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l’environnement à un coût économiquement acceptable (...)”*. Il testo continua con l'elencazione di altri principi-guida, che si riportano in nota per non intralciare il corpo del testo: *“le principe d’action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable; le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur; le principe de participation, selon lequel chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l’environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses”*. Cfr. anche l'art., 5 della *Charte de l'Environnement* (2005) : *“Lorsque la réalisation d’un dommage, bien qu’incertaine en l’état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l’environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d’attributions, à la mise en œuvre de procédures d’évaluation des risques et à l’adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage”*.

⁴²⁴ L'art. 34 afferma, in una delle sue molteplici specificazioni, che *“La loi détermine les principes fondamentaux de la préservation de l’environnement”*.

opportunamente rammenta - con riguardo, evidentemente, all'ordinamento transalpino – il rapporto sul principio di precauzione presentato al Primo Ministro francese (1999), *"le contenu de cet énoncé n'est pas exclusivement applicable aux questions d'environnement. Le principe de précaution d'ailleurs est de plus en plus souvent invoqué à l'occasion de problèmes relatifs à l'alimentation et à la santé"*⁴²⁵.

Si può affermare dunque, concludendo la breve rilevazione dello stato normativo del canone precauzionale in seno agli ordinamenti interni, che, in linea generale, indipendentemente delle formulazioni rinvenibili nei singoli testi normativi dei diversi Stati membri dell'Unione Europea⁴²⁶, il principio di precauzione acquisisce lo statuto giuridico della generalità per rispondere alle illimitate (perché potenziali) minacce portatrici eventuali di danno a beni insostituibili e deperibili. In questo senso si pronuncia la *vulgata* della declinazione sovranazionale del concetto – che si vedrà innanzi nella sua formulazione giuridica – quando afferma che *"il principio di precauzione può essere invocato quando è necessario un intervento urgente di fronte a un possibile pericolo per la salute umana, animale o vegetale, ovvero per la protezione dell'ambiente"*⁴²⁷.

Il principio di precauzione svolge allora una fondamentale – e sempre più generalizzata – funzione di giustificazione dell'attività decisionale del potere pubblico in un contesto di incertezza ineliminabile. E' precisamente su tale base che deve fondarsi un discorso intorno al concetto di “misura precauzionale” come concepito dall'ordinamento europeo.

Il diritto dell'Unione Europea concepisce il principio di precauzione – come del resto la normativa internazionale e nazionale dianzi richiamata – quale risposta politicamente e giuridicamente organizzata al *“dilemma di equilibrare le libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre o eliminare il rischio di effetti negativi per l'ambiente o per la salute”*⁴²⁸. Il dato normativo di riferimento, isolato ma universalmente accettato si rinviene nell'art. 174 TCE (ora art. 191 TFUE), il cui dettato, dopo aver assicurato – nel primo paragrafo – salvaguardia dell'ambiente, protezione umana e

⁴²⁵ Così l'informato e interessante *Le principe de précaution. Rapport au Premier Ministre* (Kourilsky – Viney), 1999.

⁴²⁶ Per un'analisi del caso italiano, si veda BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della corte costituzionale*, Riv. Giur. Ambiente 2006, 06, 809.

⁴²⁷ In questi termini, divulgativi ma efficaci (o forse efficaci *perché* divulgativi) il sito ufficiale dell'Unione Europea, che dedica puntuali riflessioni al tema della precauzione. Si veda l'indirizzo: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32042_it.htm.

⁴²⁸ Cfr. *Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee sul principio di precauzione* (2000)

accorta utilizzazione delle risorse, recita⁴²⁹: “*La politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell’Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”*”.

Nel comma terzo, a ulteriore riprova della efficacia del principio di precauzione, la disposizione sancisce la liceità di “misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo”, delimitate dal solo limite finalistico consistente nei “motivi ambientali di natura non economica”⁴³⁰. La disposizione in esame, pure consacrata specificamente alle politiche ambientali, funge da sostrato ideale per l’identificazione degli elementi e dei limiti sottesi al principio generale di precauzione come applicato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e dal Tribunale⁴³¹, la cui elaborazione concettuale raggiunge, nel contesto del principio precauzionale, un grado di astrazione notevole⁴³², permettendo la considerazione del principio di precauzione quale *proprium* dell’ordinamento sovranazionale.

Appare ora necessario considerare brevemente l’enunciazione del principio da parte delle suddette corti, al fine di apprezzarne la portata evolutiva e le rilevanti implicazioni per gli ordinamenti nazionali.

La giurisprudenza europea posteriore al 1992 (successiva, dunque, alla formulazione nel corpo del previgente TCE del principio di precauzione con specifico riferimento alle politiche ambientali⁴³³) fornisce diversi esempi di come, grazie all’apporto dell’attività pretoria, il principio in esame abbia potuto essere utilmente invocato rispetto a materie non espressamente contemplate nel dettato del Trattato. Lo *status* di generalità del principio di

⁴²⁹ La formulazione odierna dell’art. 191 TFUE è dovuta al Trattato di Amsterdam, che ha ripreso e innovato la dizione di Maastricht del 1992. Le modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona non hanno intaccato il testo così formato.

⁴³⁰ La Commissione Europea, nelle conclusioni della comunicazione sul principio di precauzione, tiene a ribadire quanto segue: “*La Commissione vuole riaffermare la grande importanza che essa attribuisce alla distinzione tra la decisione, di natura eminentemente politica, di agire o di non agire e le misure risultanti dal ricorso al principio di precauzione, che devono rispettare i principi generali applicabili per qualunque misura di gestione dei rischi. La Commissione ritiene inoltre che qualunque decisione debba essere preceduta da un esame di tutti i dati scientifici disponibili e, se possibile, da una valutazione quanto più possibile obiettiva e completa del rischio. Decidere di ricorrere al principio di precauzione non significa che le misure siano fondate su base arbitraria o discriminatoria*”.

⁴³¹ L’elaborazione giurisprudenziale è, in questo come in altri casi relativi alla formazione dei principi generali dell’ordinamento, fondamentale in quanto, sul piano strettamente normativo, “*a single mention in relation to a specific area of Community action is scarcely sufficient to ground a new general principle*” (così, CRAIG, *Precautionary Principle*, in *European Administrative Law*, cit., 720).

⁴³² Si vedrà analiticamente più innanzi la giurisprudenza del Tribunale dell’Unione Europea, che, prima della definitiva acquisizione del concetto di precauzione da parte della CGUE, ha contribuito in modo determinante all’ampliamento dell’ambito applicativo del parametro in disamina.

⁴³³ Si noti la curiosa coincidenza: il 1992 è anche l’anno della Convenzione di Rio de Janeiro, nella quale viene sancito con maggior chiarezza, rispetto alle frammentarie formulazioni passate, il principio di precauzione come linea-guida in diritto internazionale.

precauzione riferito a politiche sovranazionali “sensibili” a innominati (e, in certo grado, indistinti) fattori di rischio è suggerito da una serie di pronunce giurisprudenziali – succedutesi nello stretto giro di un decennio – in materia di salute pubblica, protezione del consumatore e la pubblica sicurezza.

La prima pronuncia di rilievo intorno alla definizione e applicazione (estensiva) del principio di precauzione è costituita dalla sentenza *Mondiet*⁴³⁴; nel caso di specie, la Corte di Giustizia conferma la legittimità di una misura interdittiva assunta dal Consiglio la quale, pur effettivamente pregiudicando interessi economici degni di tutela, mira a prevenire un rischio – sospettato ma non provato – per l'ambiente.

Di qualche anno successiva è la prima applicazione del principio di precauzione a una materia non specificamente contemplata – salvo quanto si dirà più innanzi – dal Trattato nei termini della “politica preventiva” prescritta dall'art. 174 TCE: è il caso – a suo tempo consegnato all'onore della cronaca – della cd. *encefalite spongiforme bovina*, più efficacemente detto della “mucca pazza”⁴³⁵.

La Commissione Europea, sulla base delle direttive PAC (Politica Agricola Comune) adotta misure urgenti per bloccare l'esportazione di carne bovina (e derivati) dal Regno Unito, culla d'elezione della suddetta schizofrenia; tali orientamenti vincolanti sono contestati dal Regno Unito avanti le corti nazionali per poi approdare, a mezzo di rinvio pregiudiziale, all'attenzione della Corte di Giustizia. Lo stesso destino è riservato ai ricorsi promossi da parti private (*National Farmers' Union*) che, infatti, saranno esaminati dalle conclusioni dell'avvocato generale Tesouro unitamente alla causa intentata dal Regno Unito. La soluzione fornita dalla Corte di Giustizia è la seguente: “*il ricorso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord è respinto nella parte in cui chiede l'annullamento della decisione della Commissione 27 marzo 1996, 96/239/CE, relativa a misure di emergenza in materia di protezione contro l'encefalopatia spongiforme bovina*”.

Il riferimento al principio di precauzione, anche in questo caso come nel precedente, si fonda sulla circostanza che “*secondo l'art. 129, n. 1, terzo comma, del Trattato CE, le esigenze della tutela della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità e che, secondo la giurisprudenza della Corte, il perseguimento degli obiettivi della politica agricola comune non può prescindere da esigenze di interesse generale quali la tutela dei consumatori o della salute e della vita delle persone e degli animali, esigenze che le istituzioni comunitarie devono tenere in considerazione nell'esercizio dei loro poteri*”.

⁴³⁴ Sent. C – 405/92, 24 novembre 1993 *Mondiet/Armement Islais*.

⁴³⁵ Sent. C – 180/96, 12 luglio 1996 *Regno Unito/Commissione*; Sent. C – 157/96, 5 maggio 1996 *The Queen/Ministry of Agriculture Fisheries and Food ex parte National Farmers' Union e a.*

Si nota, da un canto, la particolare attenzione al principio di precauzione quale sostrato giuridicamente invocabile per la soluzione della questione controversa⁴³⁶ e, dall'altro, l'attitudine del suddetto principio a coprire aree d'influenza non direttamente desumibili – se non mediante un ragionamento per induzione – dalle (scarse) disposizioni pattizie⁴³⁷.

Il medesimo indirizzo “inglobante” è seguito dal Tribunale nelle successive cause relative alla legittimità di atti sovranazionali intervenuti nel quadro delle politiche sanitarie, nelle quali peraltro si è avuta la possibilità di ulteriormente specificare i requisiti (e quindi, gli elementi) che rendono giuridicamente efficace un ricorso (verosimilmente per annullamento, ex art. 263 TFUE) fondato sulla violazione del principio di precauzione⁴³⁸.

Nel caso *Pfizer*, il Tribunale, dopo aver rilevato che “né il Trattato né il diritto derivato applicabile al caso di specie contengono una definizione del principio di precauzione”, afferma che “spetta alle istituzioni comunitarie stabilire il livello di protezione che esse reputano appropriato per la società. In relazione a quest'ultimo, esse devono dunque, nel contesto di tale primo profilo della valutazione dei rischi, determinare il livello di rischio - ossia la soglia critica di probabilità di effetti nocivi per la salute umana e della gravità di tali potenziali effetti - che reputano non essere più accettabile per tale società e che, una volta superato, rende necessario, nell'interesse della tutela della salute umana, il ricorso a misure preventive malgrado l'assenza di certezza scientifica. La determinazione del livello di rischio reputato inaccettabile comporta dunque per le istituzioni comunitarie la definizione degli obiettivi politici perseguiti nel quadro delle competenze loro attribuite dal Trattato”.

Rispetto all'utilizzazione del principio di precauzione in senso proprio, conclude il Tribunale: “tale principio implica che l'autorità pubblica competente possa, su un fondamento scientifico ancora lacunoso e in attesa di dati scientifici integrativi, adottare a titolo provvisorio misure di protezione preventive. (...) L'autorità pubblica competente deve infatti procedere ad una ponderazione degli obblighi su di essa incombenti e decidere se attendere che sopravvengano i risultati di una ricerca scientifica più approfondita o agire sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili”.

L'occasione di qualificare una volta per tutte in termini di generalità e autonomia il principio in esame è colta dal Tribunale nell'arresto *Artegoda*⁴³⁹. In ordine all'attività di

⁴³⁶ Viceversa, le conclusioni dell'avvocato generale sono impostate ancora sul terreno della proporzionalità delle misure adottate.

⁴³⁷ Taluno potrebbe obiettare che si tratti, in realtà, di un procedimento per deduzione dalle disposizioni generali relative alle competenze d'attribuzione. Tale sembra essere l'orientamento seguito dal Tribunale nel caso *Artegoda*, più avanti esaminato.

⁴³⁸ Si vedano, p. es. le sentenze T – 13/99, 11 settembre 2002 *Pfizer*; Sent. T– 70/99, 11 settembre 2002 *Alpharma*.

⁴³⁹ T – 74, 76, 85, 132, 137, 141/2000, 16 novembre 2002 *Artegoda/Commissione*.

commercio di sostanze anoressizzanti volte al trattamento dell'obesità, il Tribunale, investito di una domanda di annullamento di talune decisioni della Commissione Europea concernenti la revoca delle autorizzazioni di immissione in commercio dei medicinali per uso umano, riconosce l'applicabilità delle misure precauzionali a protezione – appunto – della salute del consumatore, affermando peraltro che *“il principio di precauzione, implicitamente richiamato dalla Commissione (...) rappresenta il corollario in particolare del principio della preminenza delle esigenze connesse alla tutela della salute sugli interessi economici”*.

La pronuncia si sofferma poi sul significato del principio di precauzione, discutendone la base giuridica e stabilendone l'efficacia contenziosa generale: *“il principio di precauzione è espressamente sancito, in materia ambientale, dall'art. 174, n. 2, CE, il quale attribuisce a tale principio una forza vincolante. Peraltro, l'art. 174 iscrive, al n. 1, la protezione della salute umana fra gli obiettivi della politica della Comunità in questa materia”*.

Il giudice europeo esordisce con una precisazione sistematica, per poi ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 174 TCE (oggi, come già rammentato, art. 191 TFUE) in forza di un ragionamento logico che prende le mosse da talune disposizioni generali del Trattato relativi alle competenze d'attribuzione, di cui le politiche europee sanitarie e ambientali (nonché le azioni a protezione del consumatore ai sensi dell'art. 12 TFUE) costituirebbero mera specificazione in chiave garantistica⁴⁴⁰.

All'analisi teleologico-sistematica del diritto vigente segue una puntualizzazione pratico-dottrinale tesa a individuare la *ratio* dell'applicazione di misure precauzionali in una prospettiva più ampia rispetto a quella rilevabile dalla lettera del Trattato, secondo cui *“il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie sono responsabili, in tutti i loro ambiti d'azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, il principio di*

⁴⁴⁰ Secondo le parole del giudice sovranazionale nella sentenza in parola, *“Nonostante sia menzionato nel Trattato solamente in relazione alla politica ambientale, il principio di precauzione ha quindi un ambito di applicazione più ampio. Esso è destinato ad applicarsi, al fine di assicurare un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza dei consumatori e dell'ambiente, in tutti gli ambiti di azione della Comunità. In particolare, l'art. 3, lett. p), CE, prevede fra le politiche e le azioni della Comunità, «un contributo al conseguimento di un elevato livello di protezione della salute». Del pari, l'art. 153 CE mira a un elevato livello di protezione dei consumatori e l'art. 174, n. 2, CE attribuisce lo scopo di garantire un elevato livello di protezione alla politica della Comunità in materia ambientale. Inoltre, le esigenze di tale elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute umana sono esplicitamente integrate nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni della Comunità, in forza, rispettivamente, degli artt. 6 CE e 152, n. 1, CE”*.

precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato”.

Il Tribunale giunge infine a formulare il principio di precauzione con riferimento a politiche generali, assicurando al medesimo, in tal modo, una valenza sistematica prima sconosciuta: *“secondo una giurisprudenza consolidata, in materia sanitaria, il principio di precauzione implica che, nel caso sussistano incertezze quanto all'esistenza o alla portata dei rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono prendere provvedimenti di tutela senza dover attendere che la realtà e la gravità di tali rischi siano pienamente dimostrate”.*

Si può notare, nella più recente giurisprudenza dianzi riassunta, una sensibile evoluzione nell'applicazione del principio di precauzione: la novità non risiede unicamente nell'ampliamento oggettivo della sfera d'azione del concetto ma può ugualmente ravvisarsi nel sempre maggiore carattere di cogenza giuridica del principio. In *Pfizer*, infatti, il ricorso alla misura precauzionale si fonda sulla discrezionalità mentre in *Artegodan*, così come nella sentenza *Les laboratoires Servier*⁴⁴¹, avente ad oggetto un ricorso in annullamento di una decisione la cui base giuridica è risultata priva di fondamento, in quanto non spettante all'Unione in forza del principio di attribuzione delle competenze, esso si colora d'obbligatorietà (nell'azione istituzionale europea) in accezione scopertamente garantistica, in quanto principio generale del diritto europeo⁴⁴².

Nella specie, afferma il Tribunale: *“il principio di precauzione costituisce un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità interessate di adottare, nell'ambito preciso dell'esercizio delle competenze che sono loro attribuite dalla regolamentazione pertinente, provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici. Essendo le istituzioni comunitarie responsabili, in tutti i loro ambiti d'azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, il principio di precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle disposizioni del Trattato, in particolare dai suoi artt. 3, lett. p), 6, 152, n. 1, 153, nn. 1 e 2, e 174, nn. 1 e 2”*⁴⁴³.

Si rileva chiaramente – anche dagli opportuni richiami giurisprudenziali, qui non riportati per evitare un aggravio non necessario alla comprensione del tema – che il giudice

⁴⁴¹ T – 147/00, 28 gennaio 2003 *Les Laboratoires Servier/Commissione*.

⁴⁴² Con l'ordinanza 1 aprile 2004 la Corte di Giustizia ha respinto il ricorso proposto il 4 aprile 2003 dalla Commissione Europea avverso la sentenza del Tribunale e fondato, sostanzialmente, sul presunto mancato rispetto (o mala interpretazione) delle competenze di attribuzione.

⁴⁴³ Si noti come la sentenza in parola si soffermi sulla percezione del principio di precauzione come obbligo, mentre nel caso *Pfizer* si tratta di mera *discrezionalità* di adottare misure di protezione. Cfr. CRAIG, *Precautionary Principle*, in *European Administrative Law*, 721.

europeo si attesta (ormai) saldamente tanto sulla declinazione in senso generale del principio di precauzione, quanto sulla necessità dell'azione istituzionale europea in caso di rischio⁴⁴⁴.

A conclusione del presente *iter* ricognitivo del concetto di precauzione nel diritto amministrativo europeo (giacché, come si è avuto ampiamente occasione di rilevare, è proprio nell'attività amministrativa della Commissione e, in genere, delle istituzioni sovranazionali che si esplica la valenza del principio in esame), anche a seguito di talune importanti convenzioni internazionali che ne hanno sancito la positivizzazione, ha assunto uno status giuridico proprio e indubitabile.

In seno all'ordinamento europeo, la cui formulazione del principio di precauzione non differisce, di massima, dal modello internazionalistico, si assume – specialmente grazie al ruolo trainante del Tribunale e, più tardi, della Corte di Giustizia – una prospettiva precauzionale che sempre più tende a emanciparsi dall'originaria accezione politica e a colorarsi di un'obbligatorietà giuridica (e dunque, di un'efficacia) inusitata rispetto all'azione pubblica sovranazionale europea, anche con riguardo alle aree d'intervento interessate⁴⁴⁵.

Il principio di buona amministrazione

In ordine al concetto di "buona amministrazione", occorre rammentare sin d'ora che esistono, in ambito sovranazionale, almeno due distinte declinazioni del medesimo: vi è infatti un *principio* di buona amministrazione, risultante – ad una prima approssimazione – dalla giurisprudenza del giudice sovranazionale, e vi è un *diritto* ad una buona amministrazione, direttamente ricavabile dal dettato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 41)⁴⁴⁶.

Non si tratta – e vale la pena di specificarlo a chiare lettere – di una mera duplicazione del medesimo concetto bensì di due diverse accezioni del ruolo della pubblica amministrazione rispetto al contesto dell'attività amministrativa: il *principio* di buona

⁴⁴⁴ Sempre nella sentenza *Artegodan* si legge: “Per quanto riguarda la portata del potere discrezionale dell'istituzione competente, si deve notare che, nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la scelta di ricorrere o di non ricorrere al principio di precauzione dipende dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale, tenuto conto delle priorità da essa definite in relazione agli obiettivi perseguiti in conformità delle norme pertinenti del Trattato e del diritto derivato. Tale scelta deve tuttavia essere conforme al principio della preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente sugli interessi economici, nonché ai principi di proporzionalità e di non discriminazione”. L'azione secondo il principio di precauzione, è bene specificarlo, non ammette che si possa marcare “*le retour en force de l'unilateralisme*” (Avvocato generale Mischo nelle conclusioni a C – 1/00, 13 dicembre 2001 *Commissione/Francia*).

⁴⁴⁵ E' appena il caso di rilevare come richiami al principio di precauzione – vincolanti quanto alla trasposizione in diritto nazionale – siano ravvisabili, con frequenza sempre maggiore, nelle direttive europee in materia di energia, rifiuti e ambiente.

⁴⁴⁶ Cfr., tra gli altri, HOFFMAN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit., 190 ss.

amministrazione attiene all'azione del pubblico potere intesa in senso "oggettivo", mentre la qualificazione di un *diritto* ad una buona amministrazione importa la considerazione delle pretese del soggetto privato e appare, quindi, destinata a sfociare nel riconoscimento di una posizione giuridica in capo allo stesso nei confronti della pubblica amministrazione (in senso, si può dire, "soggettivo")⁴⁴⁷. Il *principio* ha una valenza sistematico-ordinamentale, laddove il *diritto* ha invece una valenza garantistica rispetto al soggetto privato "male amministrato".

Da quanto appena ricordato consegue che la qualificazione della buona amministrazione come principio diverge – quanto ad ampiezza e finalità – da quella che considera la buona amministrazione come diritto. Ciò premesso, la dizione più recente – l'art. 41 della Carta di Nizza – può pensarsi come utile ausilio interpretativo del percorso di evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato il principio di buona amministrazione nell'ordinamento europeo.

Sul piano squisitamente sistematico si rileva che il principio di buona amministrazione è formulato in termini onnicomprensivi – e pertanto equivoci – ma pretende, al tempo stesso, di assumere il significato proprio di un principio generale dell'ordinamento⁴⁴⁸. La questione risulta di non scarsa importanza quando si pensi che soltanto i principi generali svolgono la funzione di linee-guida prescrittive di un sistema; viceversa, i termini generali impiegati a qualificazione specifica di un comportamento si riferiscono ad altrettanti modelli di condotta ideale che spesso rivestono un carattere meramente descrittivo.

Del resto, la dizione stessa del principio in esame, che si colora d'una distinta venatura valoriale, non semplifica il lavoro dell'interprete chiamato alla difficile distinzione tra il paradigma ideale dell'*amministrazione etica* (cui pure le istituzioni dell'Unione Europea aspirano al fine di sopperire al deficitario tasso di democraticità) e la nozione giuridica dalla portata senz'altro più circoscritta. A tale situazione di "confusione ideologica" non giova peraltro la mancanza di precise disposizioni puntuali circa la buona amministrazione nel

⁴⁴⁷ Sul tema, si veda l'ampio lavoro di TRIMARCHI-BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI, M.P./GRECO (a cura), *Trattato di diritto amministrativo europeo*. Si veda altresì il contributo di AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura), *Traité de droit administratif européen*, p. 494. Una trattazione introduttiva interessante – dedicata al "principio" di buona amministrazione – è fornita da DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, op. cit. p. 41 e ss.; CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 445 ss. Cfr. anche, in generale, i contributi di SERIO, A. *Il principio di buona amministrazione procedurale*, ESI, 2009; TRIMARCHI, M. *The impact of Article 41 of the EU Charter of fundamental Rights on Italian Administrative Law: Some observations*, Ius Publicum, 3-2012, in www.ius-publicum.it.

⁴⁴⁸ La distinzione, qui ricordata, tra *terme général* e *principe général* è formulata da AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, cit., 494.

quadro ordinamentale europeo⁴⁴⁹.

Il Trattato sull'Unione Europea interviene a chiarificare e circoscrivere il principio in esame alla esecuzione del bilancio da parte della Commissione, improntata a un generale principio di "buona gestione finanziaria" (art. 274 TCE e ora art. 317 TFUE⁴⁵⁰).

Parrebbe quindi doversi risolvere la questione intorno all'ampiezza dell'ambito di applicazione del principio di buona amministrazione in un senso rigorosamente restrittivo. La giurisprudenza europea, precedente e successiva alla nuova formulazione del previgente art. 279 TCE appena citato, sembra peraltro sconfessare la rigida puntualità della prescrizione pattizia: al giudice europeo si deve infatti la vera e propria fondazione sovranazionale del principio (generale) di buona amministrazione con riferimento all'intero campo d'azione del pubblico potere.

E' stato efficacemente affermato, rispetto a questo tema, che *“sembra a questo punto improprio confinare la rilevanza giuridica del principio al solo campo della gestione del bilancio, che appare invece la costituzionalizzazione particolare di un principio generale dell'azione amministrativa”*⁴⁵¹. E' ora opportuno riassumere per sommi capi l'evoluzione pretoria del principio in esame per poi passare alla – già accennata – nozione soggettiva di buona amministrazione, che necessita nel presente contesto di qualche precisazione ulteriore.

L'emersione del principio di buona amministrazione si fa risalire, in dottrina, ai primordi dell'esperienza giurisprudenziale europea e, precisamente, a talune applicazioni delle "regole non scritte" facenti capo al Trattato CECA in ordine all'obbligazione in capo all'amministrazione procedente di esaminare il complesso di circostanze particolari del caso individuale. Ritene la Corte, nel caso C – 1/57 e C – 14/57⁴⁵², sia conforme al principio di *“sana amministrazione”* quel parere emesso dall'istituzione europea *«entro un termine ragionevole»*.

Riferimento temporale a parte, si rinviene nella precitata sentenza la prima utilizzazione giurisprudenziale del principio in esame. Nella successiva pronuncia *Geitling*⁴⁵³ si afferma

⁴⁴⁹ In questo senso, SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 01, 240. Evidentemente, si fa riferimento in questa sede al principio di buona amministrazione, non già al diritto sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁴⁵⁰ L'art. 317, c. 1 TFUE stabilisce che *“La Commissione dà esecuzione al bilancio, in cooperazione con gli Stati membri, in base alle disposizioni del regolamento stabilito in esecuzione dell'articolo 322, sotto la propria responsabilità e nei limiti dei crediti stanziati, in conformità del principio della buona gestione finanziaria. Gli Stati membri cooperano con la Commissione per garantire che gli stanziamenti siano utilizzati secondo i principi della buona gestione finanziaria”*.

⁴⁵¹ Per tutti, CHITI, M.P. *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2000, 320.

⁴⁵² Si tratta del noto arresto Cause riunite C – 1/57 e C – 14/57, 10 dicembre 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre/Alta Autorità*.

⁴⁵³ Cause riunite C – 16/59, 17/59, 18/59, 12 febbraio 1960.

testualmente che l'Alta Autorità, quando richiesta, è tenuta a compiere un "“approfondito esame delle domande degli interessati”"

Alle stesse conclusioni perviene la giurisprudenza *Erzbergbau*⁴⁵⁴ e *Hoogovens NV*⁴⁵⁵, pur senza ampliare l'ambito di intervento del concetto di "sana amministrazione" fino a imporre una declinazione sistematica che contribuisca a farne un principio generale dell'ordinamento. L'omissione della approfondita considerazione dei casi individuali importa l'annullamento della decisione contestata in quanto "violazione delle forme sostanziali"⁴⁵⁶.

Ancora, rispetto a situazioni di connessione tra il principio di buona amministrazione con altri principi generali del diritto europeo dalla più sicura giustiziabilità, la giurisprudenza tende, nel periodo tra il 1952 e il 1980, a limitare la valenza sistematica del canone in esame, conferendo piuttosto protezione ai singoli secondo altri più formalizzati profili. Nondimeno, può rilevarsi che la mancanza di disposizioni appositamente dedicate alla buona amministrazione, pure impedendo, nel lasso di tempo considerato, l'elaborazione di una teoria generale del concetto, non implica la rinuncia da parte del giudice europeo ad esigere dalle istituzioni comportamenti trasparenti e opportuni (che passano sotto il nome di "buone pratiche amministrative")⁴⁵⁷.

L'orientamento della Corte di Giustizia non si modifica nel corso degli anni successivi all'ultima pronuncia richiamata: la buona amministrazione può essere invocata al fine di informare l'azione delle istituzioni europee a una "buona abitudine amministrativa"; viceversa, al fine di vedere censurati gli atti sovranazionali, deve ricorrersi ad altri, formalmente riconosciuti principi.

Ancora fino agli anni novanta dello scorso secolo la giustiziabilità del principio di buona amministrazione non appare dunque un dato acquisito⁴⁵⁸. Vi è tuttavia una tendenza distintamente ravvisabile, già a partire dagli anni ottanta, alla considerazione del principio in una nuova luce: si profila, nel materiale giurisprudenziale prodotto dalle corti sovranazionali, una "funzione strutturante" del concetto di buona amministrazione, destinata a coinvolgere

⁴⁵⁴ Cause riunite C - 3/58 a 18/58, 25/58 e 26/58., 10 maggio 1960.

⁴⁵⁵ C - 14/61, 12 luglio 1962.

⁴⁵⁶ C - 2/65, 30 giugno 1966 *Ferriera Ernesto Preo e figli/Alta Autorità*

⁴⁵⁷ Paradigmatica, in questo senso, C - 64/82, 15 marzo 1984 *Tradax*. Le conclusioni dell'Avvocato generale Slynn, pure pervenendo al medesimo risultato, divergono dall'impostazione della Corte di Giustizia in quanto prospettano la buona amministrazione quale concetto complementare delle disposizioni normative per cui la buona amministrazione si riconosce come principio proprio al fine di colmare le lacune dell'ordinamento. Come si è visto, il giudice europeo fa propria un'altra concezione. Si vedano anche, in senso analogo, le sentt. C - 78/77, 1 febbraio 1978 *Luhrs*; C - 32/62, 4 luglio 1963 *Alvis*, C - 17/74, 23 ottobre 1974 *Transocean Marine Paint Association*).

⁴⁵⁸ Altre applicazioni del principio di buona amministrazione nel periodo ora considerato si trovano in sentt. C-27/63, 19 marzo 1964, *Goffredo Raponi/Commissione Europea*; C - 56/65, 30 giugno 1966 *Société Technique Minière Maschinenbau Ulm*; C - 10/69, 9 luglio 1969; C - 179/82, *Lucchini Siderurgica/Commissione*.

non soltanto gli aspetti che lo identificano, storicamente, come un mezzo contenzioso (di scarsa efficacia) ma anche – finalmente – quale tecnica di controllo degli atti dotata di autonoma rilevanza sistematica.

Un passo decisivo nella direzione appena delineata viene compiuto dal Tribunale con la sentenza *Hercules*⁴⁵⁹ nella quale, indirettamente, trattando di trasparenza amministrativa e diritto riconosciuto al privato interessato dal procedimento di essere messo a conoscenza dei documenti (di carattere non confidenziale) raccolti dalla Commissione Europea nel corso delle indagini, si perviene all'affermazione di una maggiore apertura dell'amministrazione europea verso l'esterno⁴⁶⁰, riconoscendo la possibilità di rendere effettivamente giustiziabili le cd. "regole interne" dell'istituzione procedente. Nell'arresto BASF⁴⁶¹ il giudice europeo si sofferma propriamente sul principio di buona amministrazione. Si legge al punto 76 della detta sentenza: *“tutto questo rigoroso formalismo connesso alla formazione, all'adozione e alla autenticazione degli atti è necessario per garantire la stabilità dell'ordinamento giuridico e la certezza del diritto ai destinatari degli atti delle istituzioni comunitarie. Un tale formalismo è strettamente necessario alla conservazione di un sistema giuridico che si fonda sulla gerarchia delle norme. Esso garantisce contemporaneamente il rispetto dei principi di legalità, di certezza del diritto e di buona amministrazione. Ogni inosservanza di queste regole avrebbe l'effetto di creare un sistema sostanzialmente precario, in cui la designazione dei soggetti cui si impongono gli atti delle istituzioni, la portata dei loro diritti ed obblighi e l'autore dell'atto potrebbero essere conosciuti solo con una relativa approssimazione tale da rimettere in discussione l'esercizio dello stesso sindacato giurisdizionale. Per questo motivo, come già dichiarato dalla Corte (...) essa ha ricordato la forza vincolante che inerisce ai regolamenti interni delle istituzioni comunitarie, le regole relative alla formazione della volontà delle istituzioni comunitarie trovano la loro fonte nel Trattato e (...) non sono derogabili né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni.”*

Ambedue le pronunce dianzi citate segnano un passo decisivo verso la qualificazione del principio di buona amministrazione come linea guida generale nell'intero ambito d'influenza del diritto europeo, giacché conferiscono ai singoli – sulla base, appunto, della "buona amministrazione" invocata dagli stessi, senza che debbano rilevare altri e distinti principi – garanzie e diritti procedurali nel contesto dell'azione amministrativa sovranazionale che li interessa.

⁴⁵⁹ T-7/89, 17 dicembre 1991 SA *Hercules Chemicals NV*/Commissione delle Comunità europee.

⁴⁶⁰ In questi termini si esprime SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 243.

⁴⁶¹ Cause riunite T-79, 84, 85, 86, 91, 92, 94, 96, 98, 102, 104/89, 26 marzo 1992 BASF AG/Commissione.

Così assunto lo *status* di principio generale dell'ordinamento europeo, il concetto pretorio di "buona amministrazione" è interessato, dagli anni novanta, da una serie continua di precisazioni teoriche e aggiustamenti definitivi volti essenzialmente a testimoniare – e dunque a definitivamente sancirne – l'autonomia rispetto a principi contigui e storicamente risultanti da una elaborazione più antica e giuridicamente notevole.

Nella complessa opera di delimitazione del principio in esame rimane – ad oggi – impregiudicata la questione relativa alla derivazione della buona amministrazione da taluni dei principi generali più *classici* delle sistematizzazioni giuridiche tradizionali, quali il principio di legalità o, ancora, il principio dell'obbligo di motivazione⁴⁶².

Pare di poter affermare, a tal riguardo, che il giudice europeo tende a rifuggire dalla formalizzazione di una definizione univoca del principio di buona amministrazione in quanto, se vi giungesse, tale precisazione indurrebbe a un irrigidimento teoretico che, come tale, potrebbe costituire un sostanziale disvalore dal punto di vista della giustiziabilità di pratiche amministrative (anche) innominate, ma non per questo degne di essere mantenute, senz'altra possibilità di censura giurisdizionale nell'universo giuridico sovranazionale; deve tuttavia considerarsi che, a scapito della chiarezza terminologica e dell'efficacia contenziosa del principio in oggetto gioca quella stessa vaghezza definitoria che la giurisprudenza europea si propone di tutelare.

La soluzione prospettata in via pretoria si rivela dunque pericolosamente foriera di confusione nel difficile discrimine tra l'idealismo dell'amministrazione etica e il sostanzialismo del principio giuridico vincolante.

La relativa novità della elaborazione – asistemica perché messa in opera nell'urgenza dell'intervento giurisprudenziale e non già introdotta sul piano legislativo – pesa verosimilmente sulla qualificazione in termini di certezza del principio: ancora negli anni novanta, quando il processo di evoluzione del canone di buona amministrazione è già avviato verso l'assunzione di una propria valenza specifica e distinta, è dato di riscontrare un atteggiamento altalenante rispetto alla riconduzione del principio in esame al concetto di legalità sovranazionale⁴⁶³, segno che la definitiva emancipazione teoretica del parametro di buona amministrazione è caratterizzata da battute d'arresto dovute essenzialmente alla mancanza del conforto di un dato normativo che esplicitamente si pronunci nel senso dell'autonomo valore giuridico del principio.

⁴⁶² Si veda ancora, sul punto, la ricognizione di SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, op. cit. 249.

⁴⁶³ Cfr., per esempio, T – 3/93, 24 marzo 1994, *Société Anonyme à Participation Ouvrière Compagnie Nationale Air France/Commissione*.

Continuando il percorso giurisprudenziale intrapreso, la pronuncia *Nölle*⁴⁶⁴ verte sull'obbligo (o meno) in capo alla Commissione Europea di considerare l'indicazione – dovuta alla parte ricorrente – dello Stato di riferimento per la determinazione del prezzo di un bene nell'ambito di un procedimento cd. antidumping. Rileva preliminarmente la Corte di Giustizia che *“occorre ricordare (...) che la scelta del paese di riferimento rientra nell'ambito del potere discrezionale di cui le istituzioni dispongono ai fini dell'analisi di situazioni economiche complesse. (...) L'esercizio di tale potere non è tuttavia sottratto al sindacato giurisdizionale. Infatti, come emerge da costante giurisprudenza, la Corte, nell'ambito di tale sindacato, accerta l'osservanza delle norme di procedura, l'esattezza materiale dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, l'insussistenza di errore manifesto nella valutazione di tali fatti o l'insussistenza di sviamento di potere.*

A fronte di un comportamento trasparente e collaborativo tenuto dalla impresa ricorrente, rileva la Corte che, *“se è pur vero che le istituzioni non sono tenute a prendere in considerazione tutti i paesi di riferimento proposti dalle parti nell'ambito di un procedimento antidumping, i dubbi delineatisi nella specie in ordine alla scelta dello Sri Lanka avrebbero dovuto indurre la Commissione ad esaminare in modo più approfondito la proposta formulata dalla ricorrente”.*

Si nota, nella pronuncia appena considerata, un puntuale richiamo al principio di sana amministrazione nella (ormai sorpassata) accezione della "sollecitudine"⁴⁶⁵. Le conclusioni dell'avvocato generale relative all'arresto in parola, del resto, confermano l'impostazione poi seguita dal giudice nell'esaminare il caso sotto la lente della sollecitudine (amministrativa)⁴⁶⁶.

L'ambito delle cd. "pratiche anticoncorrenziali" e, più in generale, la materia del diritto europeo della concorrenza costituiscono il campo di svolgimento naturale delle possibilità

⁴⁶⁴ C – 16/90, 22 ottobre 1991 *Eugen Nölle/Hauptzollamt Bremen-Freihafen*.

⁴⁶⁵ In ordine al "devoir de sollicitude" e al "principe de sollicitude", a proposito di questa pronuncia, cfr. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, cit. 498.

⁴⁶⁶ "Dans une matière telle que celle de l'espèce, dans laquelle les institutions communautaires disposent d'une large marge d'appréciation, le contrôle attentif de la décision adoptée exercé par la Cour du point de vue du respect des formalités essentielles et des principes de bonne administration, au nombre desquels figure le principe de sollicitude, est d'autant plus important. C'est dans ce même ordre d'idées que la Cour contrôle si, au titre du devoir de sollicitude, l'autorité à laquelle un large pouvoir d'appréciation est conféré a constaté, avec la sollicitude nécessaire, les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Telle est l'origine de l'accent mis, dans la jurisprudence de la Cour, sur le respect des droits de la défense, l'interdiction du détournement de pouvoir, l'obligation de motivation et l'obligation de prendre en considération tous les éléments essentiels. Dans les circonstances de l'espèce, le devoir de sollicitude obligeait, à notre sens, les institutions communautaires à examiner sérieusement le caractère approprié de l'alternative proposée par Nölle". Si è optato per il testo francese, considerate le diverse imprecisioni di traduzione che inficiano la versione italiana.

applicative del principio di buona amministrazione⁴⁶⁷.

Nel corso degli anni novanta si assiste altresì a un progressivo ampliamento delle capacità pervasive del canone in discussione, che giunge così ad abbracciare ambiti non originariamente contemplati dalla giurisprudenza sul tema, quali il contenzioso della funzione pubblica⁴⁶⁸ e la disciplina degli aiuti di Stato⁴⁶⁹.

Proprio intorno alla posizione del principio di buona amministrazione nel contesto degli aiuti di Stato, la sentenza *Matra Sa* è particolarmente interessante ai fini del presente lavoro in quanto dà conto di una duplice configurazione del principio in oggetto.

La pronuncia interessa il delicato problema della discrezionalità dell'azione amministrativa da parte della Commissione Europea, con particolare riguardo ai limiti del potere discrezionale rispetto all'effettività di una buona amministrazione sovranazionale nel campo del procedimento decisionale: nel caso di specie, la Corte non ritiene di dover censurare il comportamento della Commissione in quanto, ove sia ravvisabile una motivazione idonea a supportare l'*iter* argomentativo posto in essere dall'istituzione, le illegittimità procedurali (irrilevanti, da un punto di vista sostanziale) passano in secondo piano rispetto alla certezza del diritto.

In tema di procedimento amministrativo, deve essere altresì ricordata la sentenza *BEUC*⁴⁷⁰: Un'associazione, attrice nella causa in esame, intende chiedere l'annullamento di una lettera della Commissione Europea, mediante la quale quest'ultima rifiuta il permesso di prendere conoscenza di talune informazioni riservate alle (sole) parti, nonché di documenti pubblici nell'ambito di un procedimento amministrativo; l'associazione, dunque, privata della facoltà d'intervento in sede amministrativa, si rivolge alla CGUE, la quale tuttavia rigetta la domanda giacché le prerogative riconosciute in sede giurisdizionale non possono essere "ampliate" a contesti altri e diversi quali quelli risultanti da procedimenti amministrativi, per cui, conclude il giudice europeo, soltanto il legislatore (sovranazionale) è in grado di conferire la legittimazione all'intervento nell'ambito di questi ultimi.

Maggiore protezione degli interessi dei terzi "collegati" ai procedimenti amministrativi (e, dunque, un più deciso riferimento al concetto di buona amministrazione) può notarsi nell'arresto *Nölle*⁴⁷¹, nel quale è considerata la posizione procedurale di un lavoratore

⁴⁶⁷ Cfr. a titolo d'esempio, sentt. T – 24/90, 18 settembre 1992 *Automec*; T – 7/92, 29 giugno 1993 *Asia Motor France*; T – 74/92, 13 maggio 1993 *Ladbroke Racing*.

⁴⁶⁸ T – 23/91, 21 ottobre 1992; C – 35/92, 18 marzo 1993; T – 25/90, 30 gennaio 1992.

⁴⁶⁹ C – 225/91, 15 giugno 1993 *Matra*; T – 49/93, 18 settembre 1995.

⁴⁷⁰ T-37/92, 18 maggio 1994 *Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC)/Commissione*.

⁴⁷¹ T-167/94, 18 settembre 1995 *Detlev Noelle/Consiglio*.

indipendente rispetto alla risarcibilità del danno⁴⁷² causato dall'adozione di un regolamento europeo in materia *antidumping*⁴⁷³, precedentemente dichiarato invalido. Afferma il Tribunale: *“Il rispetto nei procedimenti amministrativi delle garanzie offerte dall'ordinamento giuridico comunitario è tanto più di fondamentale importanza quanto più le istituzioni comunitarie dispongano di un ampio potere discrezionale. Tra le dette garanzie si annoverano in particolare l'obbligo dell'istituzione competente di esaminare in modo accurato e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, il diritto dell'interessato a far conoscere il proprio punto di vista e il diritto ad una decisione sufficientemente motivata”*.

Dopo la predetta apertura di carattere generale, il Tribunale si pronuncia circa l'opportunità di considerazione del soggetto interessato alla luce di una specificazione pratica del principio di buona amministrazione⁴⁷⁴.

Conclude quindi il Tribunale nel senso di una netta distinzione tra errore di valutazione entro il margine di discrezionalità consentito e corretta applicazione del principio di buona amministrazione, precisando che *“nel contesto dell'ampio potere discrezionale di cui dispongono le istituzioni comunitarie per l'attuazione della politica commerciale comune, il fatto che esse non abbiano, nel corso di un procedimento antidumping, completamente trasgredito il loro dovere di sollecitudine e di buona amministrazione nei confronti di un importatore indipendente, parte interessata a tale procedimento, ma abbiano soltanto mal valutato, nella scelta del paese di riferimento, la portata degli obblighi derivanti loro dal detto principio, non può essere considerato come una violazione sufficientemente grave e manifesta dello stesso principio e non può quindi far sorgere la responsabilità della Comunità”*.

Si assiste dunque a un lento ma progressivo affermarsi della *buona amministrazione* quale parametro generale cogente e autonomo rispetto ai più risalenti (e meglio giuridicamente qualificati) principi del diritto amministrativo europeo. In questo senso,

⁴⁷² Su cui si veda almeno, come *leading case*, C - 5/71, 2 dicembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt*. Sul punto, ampiamente, e non soltanto nella prospettiva del principio di buona amministrazione, BERTEZZOLO, *La stabilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza comunitaria*, in FALCON/DE PRETIS (a cura), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 189 ss.

⁴⁷³ Si veda quanto sopra esposto riguardo a C - 16/90, 22 ottobre 1991 *Eugen Nölle/Hauptzollamt Bremen-Freihafen*.

⁴⁷⁴ Si legge, infatti, nella massima: *“a tale riguardo e benché i diritti conferiti alle parti coinvolte in un procedimento antidumping dipendano dalla fase del procedimento, dalla posizione in cui esse vi partecipano, nonché dalle diverse disposizioni del regolamento di base, si deve nondimeno considerare che, quando un importatore indipendente fa valere con successo un interesse sufficiente, in quanto “parte interessata”, ai fini della propria partecipazione ad un procedimento antidumping, e la Commissione, malgrado i dubbi che l'argomentazione di quest'ultimo solleva in merito alla scelta del paese di riferimento adeguato, omette, violando l'obbligo che le incombe, di esaminare in modo serio e approfondito la fondatezza degli argomenti o delle proposte da lui formulate, essa commette una violazione del principio di sollecitudine, che è una norma posta a tutela dei singoli”*.

l'acquisizione da parte del principio di buona amministrazione dello statuto della generalità in senso proprio è costantemente riaffermata nella giurisprudenza più recente (almeno a far tempo dalla fine degli anni '90), anche se permane una zona d'incertezza concettuale in ordine alla collocazione teorica e sistematica del principio medesimo, specie per quanto concerne la strutturazione degli elementi costitutivi⁴⁷⁵.

Un orientamento simile, tuttavia, presenta degli inconvenienti in ordine all'inclusione, nel contesto definitorio del canone in esame, di talune categorie di violazioni note al diritto pubblico europeo, quali – a titolo di mero esempio – l'inosservanza dell'obbligo di motivazione, del diritto d'accesso, del principio d'imparzialità.

La linea seguita dal giudice sovranazionale pare dunque puntare sulla qualificazione di una serie sempre più ampia di ipotesi come teoricamente facenti capo al principio di buona amministrazione, il quale, perciò, tende a inglobare – con il rischio concreto di una intricata sovrapposizione o comunque di un sovraffollamento concettuale – formalizzazioni giuridiche spesso già chiarificate per proprio conto⁴⁷⁶.

Ipotesi dell'utilizzo in senso ampio del principio si possono riscontrare, in giurisprudenza, particolarmente in ordine al tema della latitudine del potere discrezionale proprio delle istituzioni europee. Una esemplificazione del suddetto indirizzo si rinviene nella sentenza *Max-Mobil*⁴⁷⁷, in cui il Tribunale dichiara ricevibile il ricorso di una parte privata contro il rigetto, reso dalla Commissione Europea, di una denuncia di violazione dell'art. 86.3 TCE⁴⁷⁸; in mancanza di dati testuali a supporto di tale orientamento, il Tribunale invoca a base giuridica della propria statuizione quell'obbligo generale di vigilanza (consistente nel dovere di imparzialmente e diligentemente esaminare le denunce presentate, quale che ne sia l'origine – statale o privata) che importa la considerazione del principio di buona amministrazione come generalmente applicato in materia di diritto della concorrenza e secondo la disciplina degli aiuti di Stato.

In nome di una (fino a questo momento) tacita massima improntata alla *correttezza amministrativa*, stabilisce il Tribunale che: “(...) *da una denuncia che invita la Commissione ad agire in base all'art. 90, n. 3, del Trattato CE non sempre scaturisce una decisione rivolta allo Stato membro interessato, poiché soltanto ove "occorra" la Commissione adotta tale decisione. Quindi, ai fini di una buona amministrazione della giustizia, (...), si deve*

⁴⁷⁵ In questi termini, SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 250.

⁴⁷⁶ Vi è, tuttavia, qualche isolata voce contraria nella giurisprudenza della Corte di Giustizia stessa. Si veda, per esempio, C-286/98 e altri, *Stora Kopparbergers Bergslags AB e altre* contro Commissione delle Comunità europee.

⁴⁷⁷ T-54/99, *Max-Mobil Telekommunikation Service* contro Commissione delle Comunità europee.

⁴⁷⁸ Ora art. 106. 3 TFUE, il quale recita testualmente: “*La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni*”.

ammettere, come nel caso di specie, l'esistenza di decisioni di rigetto di denunce dirette a far rilevare la violazione dell'art. 90, n. 3, del Trattato CE.

Si tratta, in ultima analisi, di un caso in cui l'attribuzione della discrezionalità in capo all'istituzione europea è parziale ("*ove occorra*") e, quindi, censurabile in sede giurisdizionale sulla base del principio di buona amministrazione quale baluardo della corretta e trasparente gestione della *res publica* sovranazionale. Sebbene il ricorso della parte privata sia poi rigettato nel merito, ciò non consente perciò stesso di inferire l'irrilevanza, sul piano sistematico, del richiamo alla buona amministrazione.

Ancora in ordine al tema della discrezionalità amministrativa e ai limiti giuridici che possono derivarne, occorre ricordare la pronuncia *Agraz*⁴⁷⁹, nella quale il Tribunale, sul filo concettuale della opportunità sostanziale del controllo di decisioni rese (o meno) dalle istituzioni europee sulla base di un potere discrezionale, assicura ai privati il rispetto delle garanzie procedurali; ciò avviene quand'anche l'inerzia dell'istituzione criticata – di nuovo la Commissione, nel caso di specie – sia frutto di un potere di azione che riposi nella (assoluta) discrezionalità dell'istituzione medesima. Si deve notare, nella struttura della pronuncia ora in esame, la sempre maggiore confidenza con la quale il giudice sovranazionale garantisce una tutela efficace a situazioni di natura procedurale.

Precisamente in ciò risiede la peculiarità senz'altro più notevole del principio di buona amministrazione come plasmato dall'intervento pretorio sovranazionale⁴⁸⁰.

E' possibile, giunti all'inquadramento generale sopra delineato, tracciare uno schema sommario (anche perché tale è la cifra caratteristica dell'accezione europea del multiforme concetto di buona amministrazione) delle principali declinazioni del principio stesso ravvisabili nella giurisprudenza ad esso dedicata, avvertendo però che si tratta, ancora una volta, di una prospettiva interpretativa e, perciò stesso, opinabile⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ T-285/03, 17 marzo 2005, *Agraz/Commissione delle Comunità*.

⁴⁸⁰ Scrive in tal senso SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 251: "*In definitiva, superando le iniziali incertezze sulla affermazione del principio di buona amministrazione nel diritto comunitario, la giurisprudenza ha costruito un tessuto a maglie larghe, entro cui ha fatto rientrare una serie di garanzie procedurali riconducibili al principio di buona amministrazione o di buona pratica amministrativa. Non sorretti da puntuali dati normativi, i giudici si sono riservati il ruolo di interpreti di tale principio, garantendone le potenzialità evolutive, seppur con varie incertezze, e richiamando a suo fondamento da una parte, principi generali come quello di legalità e di certezza del diritto e, dall'altra, invocando il riconoscimento di vincoli in capo alle istituzioni comunitarie e di diritti in capo ai singoli, che questi possono invocare. La necessità di garantire la protezione procedurale degli interessati si è scontrata spesso con l'esigenza di salvaguardare il margine di discrezionalità della Commissione nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e di assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'azione comunitaria*".

⁴⁸¹ Anche la suddivisione proposta di seguito è dovuta a SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, cit. 270 ss. Per l'accezione della *diligenza*: sentt. Cause riunite 16-18/59, 15 luglio 1960 *Geitling, Mausegatt, Nold/Alta Autorità*; Cause riunite 3-18, 25 e 26/58, 10 maggio 1960, *Barbara Erzbergbau AG/Alta Autorità*; C - 14/61, 12 luglio 1962 *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken NV/Alta Autorità*; Cause riunite 56 e 58/64, 13 luglio 1966 *Consten & Grundig*; C - 120/73, 11

Primariamente, si incontra un *dovere di diligenza*; risulta poi distintamente percepibile il ruolo dell'*apposizione di un termine ragionevole* come sinonimo di "buona pratica amministrativa"; ancora, il principio di buona amministrazione può essere identificato nell'*obbligo di motivazione*; indice di corretta gestione della *cosa pubblica* sovranazionale appare anche il *diritto di essere sentiti*; infine, è utile ricordare il *diritto d'accesso ai documenti* quale specificazione pratica d'indubbio rilievo rispetto alla qualificazione della gestione amministrativa secondo diritto⁴⁸².

Salvo quanto puntualizzato nelle precedenti riflessioni, può invero riscontrarsi nel processo evolutivo del principio sovranazionale di buona amministrazione un progressivo scostamento dai diritti procedimentali sanciti dalle normative nazionali in tema di efficacia e trasparenza dell'amministrazione pubblica.

Tale allontanamento tende, da un canto, ad affermare l'autonomia della "buona

dicembre 1973 *Lorenz GmbH*; Cause riunite 96-102, 104, 105, 108, 110/82, 8 novembre 1983 *IAZ/Commissione*; C- 179/82, 19 ottobre 1983, *Lucchini Siderurgica/Commissione*; C-16/90, 22 ottobre 1991 *Eugen Nölle/Hauptzollamt Bremen-Freihafen*; C - 269/90, 21 novembre 1991 *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*; T-167/94, 18 settembre 1995 *Detlef Nölle/Consiglio*; T-42/96, 19 febbraio 1998 *Eycheler & Malt AG/Commissione*; T-62/98, 6 luglio 2000 *Volkswagen AG/Commissione*; C-338/00, 18 settembre 2003 *Volkswagen AG/Commissione*; C-198/91, 19 maggio 1993 *William Cook PLC/Commissione*; C-225/91, 15 giugno 1993 *Matra SA/Commissione*; T-49/83, 18 settembre 1995 *Société Internationale de Diffusion et d'Édition (SIDE)/Commissione*; T-95/94, 2 aprile 1998 *Sytraval and Brink's France/Commissione*; T-198/01, 8 luglio 2004 *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH/Commissione*; T-283/02, 16 marzo 2005 *EnBW Kernkraft/Commissione*; C-349/97, 8 maggio 2003 *Regno di Spagna/Commissione*. Sul termine ragionevole: sentt. T-127/98, 9 settembre 1999 *UPS Europe SA/Commissione* (in cui si ripercorrono le principali pronunce in tema); Cause riunite T-133/95 e 204/95, 16 settembre 1998 *IECC/Commissione*; T-190/00, 27 novembre 2003 *Regione Siciliana/Commissione*; T-307/01, 10 giugno 2004 *Jean Paul François/Commissione*; C-417/02, *Commissione/Repubblica Ellenica*, 9 settembre 2004 (vedi conclusioni Avv. generale Kokott); C-99/98, *Repubblica d'Austria/Commissione*, 15 febbraio 2001 (vedi conclusioni Avv. generale Jacobs); T-67/01, 13 gennaio 2004 *JCB Service/Commissione*. Sull'*obbligo di motivazione* (oltre a talune delle pronunce già citate in questa nota): sentt. T-46/92, 9 novembre 1994 *Scottish Football Association/Commissione*; T-44/90, 24 gennaio 1992 *La Cinq SA/Commissione*; C-350/88, 14 febbraio 1990 *Delacre e altri/Commissione*; Cause riunite 209-215 e 218/78, 30 ottobre 1978 *Van Landewyck e altri/Commissione*; Cause riunite 240, 241, 242, 261,262, 268 e 269/82, 10 dicembre 1985 *Stichting Sigarettenindustrie/Commissione*; C-122/94, 29 febbraio 1996 *Commissione/Consiglio*; Cause riunite C-63 e 67/90, 13 ottobre 1992 *Portogallo e Regno di Spagna/Consiglio*; C-283/98, 16 novembre 2000 *Mo Osch Danijo AB/Commissione* (vedi conclusioni Avv. Generale Mischo). Sul *diritto di essere sentiti*: sentt. C - 85/76, 13 febbraio 1979 *Hoffmann - La Roche et Co./Commissione*; C-49/88, 27 giugno 1991 *Al -Jubail Fertilizer Company (SAMAD) e Saudi Arabian Fertilizer Company (SAFCO)/Consiglio*; T-346/94, 9 novembre 1995 *France Aviation/Commissione*; T-7/98 e T-208/98, 23 febbraio 2001 *De Nicola/Banca Europea Investimenti*; C-274/99, 6 marzo 2001 *Connolly/Commissione*; T-237/00, 23 gennaio 2002 *Patrick Reynolds/Parlamento*; 46/85, 10 luglio 1986 *Manchester Steel LTD/Commissione*; T-178/98, 24 ottobre 2000 *Fresh Marine Company SA/Commissione*; C-194/99, 2 ottobre 2003 *Thyssen Stahl AG/Commissione*; T-231/97, 9 luglio 1999 *New Europe Consulting e Michael P. Brown/Commissione*; T-211/02, 27 settembre 2002 *Tideland Signal/Commissione*; T-158/96, 16 dicembre 1999 *Falck e Acciaierie Bolzano/Commissione*. Sul *diritto d'accesso ai documenti*: sentt. T-25/95, 15 marzo 2000 *Cimenteries CBR/Commissione*; T-191, 212 e 214/98, 30 settembre 2003 *Atlantic Container Line/Commissione* (oltre ad altre, già citate nel corpo del testo per l'esposizione generale del problema).

⁴⁸² L'ampio spettro dell'ambito di applicazione del canone di buona amministrazione come individuato dalla giurisprudenza sovranazionale non è univoco. Si è già sottolineato come – secondo una certa prospettiva dottrinale – taluni dei principi delineati da parte della giurisprudenza come riconducibili al concetto di buona amministrazione possano (anche) ricollegarsi – a seconda di una scelta sistematica volta a privilegiare il sostrato garantistico degli stessi – ad altri parametri sovranazionali, quali ad esempio il principio del contraddittorio.

amministrazione europea" rispetto agli omologhi (e quanto mai frastagliati) principi statuali e, dall'altro, prelude ad un'estensione del concetto ad una prospettiva più generale, considerandone le possibilità applicative non soltanto con riguardo alle garanzie procedurali "ordinarie" ma anche rispetto alle procedure d'adozione degli atti normativi europei (secondo uno schema consultivo-partecipativo⁴⁸³).

Non manca d'altronde chi auspica una sempre maggiore cogenza del principio di buona amministrazione nei confronti degli apparati amministrativi europei⁴⁸⁴: appare chiaramente, infatti, l'esigenza di una tutela procedimentale rispetto all'attività esecutiva (particolarmente, della Commissione Europea e del Consiglio) che, esplicandosi in un processo decisionale puntuale e specificamente diretto, è suscettibile di incidere in modo sostanziale sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati.

Se pure usualmente il principio di buona amministrazione rivela la propria vocazione pubblicistica nel perseguimento dell'interesse pubblico sovranazionale, l'obbligazione obiettiva di buona amministrazione non è il solo tratto caratteristico del concetto in parola; il riconoscimento in capo ai privati della possibilità di invocare la violazione del principio di buona amministrazione – sotto forma di ricorso contro vizi procedurali – rappresenta il compimento naturale della generalizzazione del principio stesso in quanto attraverso la logica soggettiva di parte si completa la concezione istituzional-oggettiva, arrivando a garantire così una corretta amministrazione, tanto con riguardo all'attività pubblica europea, quanto rispetto alla necessità di controllo e tutela corrispondente all'interesse privato delle parti.

La bipartizione appena richiamata, infatti, non esclude che *"en pratique les deux logiques se combinent dans la recherche des solutions procédurales en droit communautaire"*⁴⁸⁵ secondo l'ineludibile imperativo di assicurare l'efficacia dell'azione amministrativa europea senza perciò sacrificare – salvo il consueto contemperamento degli opposti interessi – i diritti (e gli interessi) dei soggetti privati coinvolti quale parte in posizione di soggezione nel rapporto tra pubblico potere e persona.

Con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione del cd. *"Codice europeo di buona condotta amministrativa"*⁴⁸⁶, si ha occasione di precisare, in ordine all'ambito materiale

⁴⁸³ Seguendo l'esempio di quanto già avviene in ordine alle procedure di valutazione scientifica preliminari all'adozione di atti normativi o amministrativi europei. Si veda AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, cit. 500 e ss. (per una voce giurisprudenziale, la già citata sentenza C - 269/90, 21 novembre 1991 *Hauptzollamt München-Mitte/Technische Universität München*).

⁴⁸⁴ In questo senso, AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, cit. 502, con particolare riferimento al fenomeno della cd. "comitologia".

⁴⁸⁵ Così AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, cit. 509.

⁴⁸⁶ Pubblicazione avvenuta nella GUUE numero 267, 20 ottobre 2000. Il documento è oggi reperibile anche in versione italiana, al seguente indirizzo internet http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/it/code_it.pdf (pagina istituzionale del Mediatore europeo).

d'applicazione del principio in discussione, che: “*Il (...) Codice contiene i principi generali di buona condotta amministrativa che si applicano a tutti i rapporti delle istituzioni e delle loro amministrazioni con il pubblico, a meno che non siano disciplinati da disposizioni specifiche*” (art. 3).

Il testo passa poi ad enumerare i principi in cui si esplica la *buona amministrazione* individuandoli nel a) principio di legalità (art. 4); b) principio di non discriminazione (art. 5); principio di proporzionalità (art. 6); d) assenza di abuso di potere (art. 7); principio d'imparzialità e indipendenza (art. 8); principio di obiettività (art. 9); principio di coerenza e legittimo affidamento (art. 10)⁴⁸⁷.

A parte il richiamo all'equità e alla cortesia cui devono essere informati i rapporti tra funzionari⁴⁸⁸ (*id est*: pubblica amministrazione europea) e privati cittadini si deve rimarcare, anche nella formulazione di questa sorta di *testo unico del corretto comportamento istituzionale*, che la cooperazione e la partecipazione del cittadino (si ricordi la visione *soggettivistica* di cui sopra) risultano essere non già un aggravio alla corretta impostazione e auspicabile speditezza del procedimento amministrativo volto alla soddisfazione del pubblico interesse, bensì acquisiscono una rilevanza fondamentale nella qualificazione della decisione stessa che va formandosi, mediante il procedimento.

Il coinvolgimento del privato comporta il reperimento di informazioni utili allo svolgimento dell'attività amministrativa e costituisce perciò un prezioso apporto dell'amministrato alla giusta impostazione dell'interesse pubblico.

Il principio di buona amministrazione, come sviluppato e interpretato dal giudice europeo, presenta una propria autonoma valenza ordinamentale – la cui generalità è riconosciuta anche a livello degli Stati membri⁴⁸⁹ – che si svolge in almeno tre dimensioni: a) come un generale dovere di diligenza; b) come richiamo ai diritti della difesa; c) come sostrato giuridico invocabile (anche) in controversie sorte tra (soli) soggetti pubblici⁴⁹⁰.

La triplice fisionomia del principio in esame – che si evince dalla sola giurisprudenza sovranazionale – viene a coprire, da un canto, le necessità di un riequilibrio procedurale tra

⁴⁸⁷ AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, cit., 511, nota che obiettività e imparzialità non assurgono, nel documento, a rango di principi ma di mere “*linee guida per una buona condotta amministrativa*”.

⁴⁸⁸ Artt. 11 e 12 del Codice.

⁴⁸⁹ Si veda la sentenza T – 312/02, 23 marzo 2004. Al punto 73 si legge: “*Un comportamento del genere sarebbe contrario al principio di buona amministrazione sancito dall'art.41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e più volte richiamato dalla giurisprudenza quale principio generale di diritto comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri*”

⁴⁹⁰ Per quest'ultima accezione, si vedano, in tema di concentrazioni tra imprese e aiuti di Stato, le sentt. T-346/02 e T-347/02, 30 settembre 2003 *Cable Europe SA/Commissione*; C-170/02, 25 settembre 2003 *Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH/Commissione*; T-73/98, 15 marzo 2001 *Société Chimique Prayon-Rupel/Commissione*; con riguardo ai finanziamenti europei: T-199/99, 26 settembre 2002 *Sgaravatti Mediterranea contro Commissione*; T-126/97, 29 settembre 1999 *Sonasa/Commissione*.

pubblico e privato e, dall'altro, sancisce definitivamente (e in ciò consiste la più decisa novità in prospettiva europea) la sindacabilità sulla base del principio di buona amministrazione dei rapporti tra Unione Europea e Stati nazionali.

Una trattazione della *buona amministrazione* nell'ordinamento europeo difetterebbe di completezza se non includesse, almeno per brevi cenni, l'analisi di una disposizione pattizia, l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza⁴⁹¹.

La dizione contenuta nell'art. 41 non rappresenta un appiglio testuale per il definitivo ancoraggio del principio di buona amministrazione al dettato normativo, in quanto – già dalla rubrica – si nota eloquente il cambio di prospettiva che vede nella *buona amministrazione* un *diritto* attribuito al singolo; la Carta di Nizza sancisce la valenza privatistica del concetto di buona amministrazione rispetto all'azione del pubblico potere⁴⁹² in una prospettiva dichiaratamente soggettivistica che è, invece, almeno dubbia e contrastata, quando non apertamente avversata, nell'elaborazione pretoria del *principio* di buona amministrazione⁴⁹³.

Purtuttavia, non manca in dottrina chi propone di riconsiderare la vigente normativa nazionale riguardo ai vizi del provvedimento (in particolare, nel caso italiano, l'art. 21-octies, c. 2) proprio alla luce del concetto di buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta, al fine di riassicurare lo strumentario delle garanzie procedimentali che l'introduzione dell'art. 21-octies, c. 2 rischia di sacrificare sull'altare del risultato amministrativo⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Per un sintetico inquadramento del ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nell'individuazione del principio di buona amministrazione, cfr. HOFFMAN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit., 203 ss.; SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, cit., 167; TRIMARCHI, M., *L'Art. 41 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, *Dir. amm.*, 2011, 3, 537, ove si traccia una breve storia del canone di buona amministrazione, anche con riferimento – lo si vedrà meglio a conclusione del presente capitolo – all'attività amministrativa esclusivamente nazionale.

⁴⁹² Che comporta ex art. 41, c. 3 la responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

⁴⁹³ L'operazione di trascrizione compiuta nella redazione della Carta non importa, peraltro, una identità di oggetto né di contenuto: il catalogo dei diritti enumerato dal documento di Nizza è effettivamente meno esaustivo rispetto a quello – a elencazione, s'è detto, non tassativa – caratteristico dello sviluppo giurisprudenziale del principio di buona amministrazione. Cfr., in questi termini, TRIMARCHI-BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, cit. 49; CASSESE, S. *Il diritto alla buona amministrazione*, *Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione*, 3/2011, 4 [<http://www.irpa.eu/articoli/118/il-diritto-alla-buona-amministrazione/>]; PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 3-4, 793. La dizione di Nizza comprende in particolare, secondo il dettato del citato art. 41, c. 2, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni".

⁴⁹⁴ Così, letteralmente, GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, *Dir. Amm.*, 2010, 03, 601. Il punto di vista dell'Autrice è dalla stessa così riassunto: "La tesi di chi scrive - e che si tenterà qui di seguito di dimostrare - è, infatti, che le garanzie in favore del cittadino previste dalla l. n. 241/1990, se fino a ieri, con la collaborazione dei nostri giudici amministrativi, potevano soltanto uscire dalla finestra (inopportuna aperta dal nostro legislatore con l'introduzione del 21-octies nell'impianto della l. n. 241/1990) ora possono e debbono, invece, con la loro collaborazione, rientrare dalla porta dell'art. 41 della Carta europea dei diritti di Nizza, che sancisce il diritto ad una buona amministrazione. Porta la cui chiave è - come vedremo - la previsione dell'art. 1

Il principio di uguaglianza e non discriminazione

La vigenza del principio di uguaglianza e non discriminazione nel sistema sovranazionale europeo riveste un ruolo fondamentale, sul piano propriamente costituzionale, tanto nell'individuazione del parametro regolativo dei rapporti intercorrenti tra Unione e Stati membri, quanto rispetto alla correlazione dei singoli Stati membri tra loro, entro il quadro giuridico unificante costituito dall'ordinamento europeo⁴⁹⁵.

A mente dell'art. 2 TUE, “[l]’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

Ai sensi dell'art. 18 TFUE è altresì specificata l'accezione dell'eguaglianza rispetto al carattere di appartenenza nazionale, laddove si rimarca che *“nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”*, mentre all'art. 19 si proibisce – così prevedendo una esplicita base giuridica per l'intervento mediante il diritto derivato in materia – le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Non può mancarsi di rilevare come, anche soltanto sul piano del diritto primario dell'Unione, il principio di uguaglianza (e il corollario della non discriminazione)⁴⁹⁶ appaia disperso in vari frammenti normativi; tale ultima osservazione assume ancora maggiore consistenza se raffrontata all'arcipelago di disposizioni di diritto derivato che concernono il parametro in parola⁴⁹⁷, anche considerando che – nei singoli ordinamenti nazionali – l'uguaglianza fa capo a precise, espresse formulazioni normative di carattere eminentemente generale, spesso costituzionalmente sancite.

l. n. 241/1990, come novellata da quella stessa l. n. 15/2005 che ha introdotto il famigerato art. 21-octies nella l. n. 241/1990”.

⁴⁹⁵ In questo senso, il canone di uguaglianza può essere considerato, più di altri principi sinora trattati, alla stregua di un parametro di rilievo costituzionale. Cfr., per un'introduzione generale, PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2010, 113 ss. Cfr., in prospettiva generale, l'interessante volume di MARTIN, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, 2006, 17 ss.

⁴⁹⁶ Si esaminerà innanzi la differenza che intercorre, anche in prospettiva giuridica, tra uguaglianza e non discriminazione.

⁴⁹⁷ Cfr., per esempio, le direttive 2000/43; 2000/78; 2004/113 in materia di discriminazione razziale e parità di trattamento.

Un'ulteriore discontinuità rispetto all'accezione nazionale del principio in parola – che peraltro è essa stessa soggetta a mutazioni concettuali notevoli a seconda del sistema ordinamentale di riferimento – si riscontra relativamente all'attitudine del canone europeo a essere utilizzato quale parametro di legalità non soltanto con riguardo ai provvedimenti amministrativi, ma anche rispetto agli atti legislativi⁴⁹⁸.

In ordine ai tratti ispiratori della concezione europea del principio di uguaglianza e non discriminazione, deve preliminarmente sottolinearsi la mancanza di una previsione puntuale di natura generale e astratta che disciplini il principio in esame nella lettera dei trattati (salvo la predetta disposizione di cui all'art. 2 TUE), e la giustificazione essenzialmente politica della perdurante vigenza – dopo numerose modifiche testuali dei Trattati – di diverse disposizioni di dettaglio volte a regolare settorialmente applicazioni del principio a casi concreti.

Tale orientamento, che evoca un indirizzo sostanzialistico del sistema sovranazionale, corrisponde peraltro a un approccio preciso dovuto all'evoluzione storica della Comunità (e dell'Unione) Europea. L'organizzazione sovranazionale nasce e si sviluppa, almeno ad un primo stadio, seguendo una matrice economica⁴⁹⁹: in una prospettiva sovranazionale, l'assicurazione dell'uguaglianza da un punto di vista economico-politico si realizza attraverso previsioni atte a delimitare istituti e competenze nell'ambito del mercato comune.

Con il venir meno dell'accezione economica della Comunità (1992), e la progressiva universalizzazione del sistema valoriale europeo, predetta dal crollo del muro di Berlino, le politiche dell'organizzazione sovranazionale subiscono un sensibile ampliamento, investendo questioni sociali maggiormente improntate a un'ideologia garantistica, indipendentemente dal carattere economico dell'interesse protetto⁵⁰⁰.

Con la dissoluzione del blocco geopolitico sottoposto all'influenza sovietica, infatti, l'Unione formula una vera e propria dottrina dei diritti sociali, rinunciando alla mera disciplina dell'economia di mercato e accogliendo temi propriamente riconducibili al diritto costituzionale classico.

Nella prospettiva appena delineata, si comprende agevolmente come il ruolo stesso del principio di uguaglianza e non discriminazione sia rimasto per anni – almeno sino all'entrata

⁴⁹⁸ Cfr., per questa osservazione, JANS, J. H./PRECHAL, S./DE LANGE, R./WIDDERSHOVEN, R. *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2007, 126.

⁴⁹⁹ Si richiama, sul punto, la prima parte del presente lavoro.

⁵⁰⁰ Lo stesso mutamento d'indirizzo del Consiglio d'Europa, che nel 1990 comincia a occuparsi dei cd. "diritti sociali", testimonia del nuovo impegno verso una concezione "umanistica" del diritto sovranazionale europeo, prima avversata dalle potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale, che proponevano una concezione incentrata sul diritto dell'individuo, ravvisabile – per ragioni di influenza politico-militare – anche in seno al Consiglio d'Europa.

in vigore del Trattato di Maastricht, che non a caso stabilisce un primo “salto in avanti” del sistema sovranazionale siccome ordinamento a fini tendenzialmente generali – un settoriale parametro applicato a materie specifiche.

La concezione più recente del principio in parola risponde, dunque, al cambiamento di prospettiva dianzi evocato: non più principio ristretto alla logica mercantilistica e funzionale ma vero e proprio pilastro ideologico-sistematico dalla valenza generalmente accolta nell'ambito dei più diversi campi toccati dalla normazione europea.

Il contenuto del principio di eguaglianza e non discriminazione in seno all'ordinamento sovranazionale è tributario, similmente a quanto accade per altri principi generali del diritto amministrativo europeo, dell'elaborazione dottrinale e pretoria svoltasi nell'ambito dei singoli Stati membri: in particolare, il sostrato più propriamente teorico si fonda sulle concezioni, elaborate primariamente nei sistemi a diritto civile⁵⁰¹, per cui la discriminazione consiste in un trattamento differente di uguali situazioni ovvero, simmetricamente, in un trattamento identico riferito a situazioni diverse.

Il principio di eguaglianza e non discriminazione è suscettibile di essere posto in correlazione ad almeno due teorie facenti capo a prospettive opposte di politica del diritto: da un canto, secondo una classica concezione francese⁵⁰², la generalità della regola comporta per se stessa il rispetto del principio in quanto garantisce, nell'astrattezza, la possibilità di riferire qualunque caso particolare alla disposizione; dall'altro, seguendo la linea britannica, può identificarsi come strutturazione integrante del principio di uguaglianza anche la tendenza a valorizzare le diversità, senza che necessariamente si debba ricercarne un appiattimento nel dato giuridico quando la fenomenologia lo impedisca⁵⁰³.

Il giudice europeo, in mancanza di una espressa e univoca disposizione circa l'applicazione “in generale” del principio di uguaglianza e non discriminazione, sembra propendere per un accorpamento delle due teorie sopra individuate, considerando vincolante l'approccio teorico francese e, al tempo stesso, non disdegnando una valutazione improntata ad un più deciso pragmatismo quando ragioni di parità *concreta* lo suggeriscano.

In una battuta, l'ordinamento europeo, più che gli ordinamenti continentali, riconosce la possibilità di garantire l'uguaglianza attraverso la legittimazione della differenza qualora essa si risolva nel fornire – nell'equilibrio complessivo della comparazione tra termini – una

⁵⁰¹ L'elaborazione teorica richiamata è in larga parte opera del Conseil d'Etat francese.

⁵⁰² La concezione storicamente fatta propria, lo si è visto, dal Conseil d'Etat, secondo cui a situazioni consimili deve essere riservato ugual trattamento (cui consegue il divieto di differenziare il trattamento di due situazioni teoricamente comparabili).

⁵⁰³ L'ordinamento inglese considera una violazione del principio di uguaglianza il trattamento standardizzato di situazioni ontologicamente differenti.

parità sostanziale, per se irraggiungibile mediante il ricorso al concetto di uguaglianza come formulato dalla elaborazione francese⁵⁰⁴.

Inoltre, sulla base del sistema normativo sovranazionale di riferimento, è dato di riscontrare, nell'accezione del canone proposta dalla CGUE, un'accezione ancora più ampia del principio in oggetto, volta a ricondurre nel campo di applicazione (e, dunque, di garanzia) dello stesso, tanto le cd. "discriminazioni dirette" (fondate sulla violazione di una disposizione sovranazionale specifica), quanto le cd. "discriminazioni indirette" (neutre in apparenza quanto di fatto suscettibili di produrre il medesimo effetto di violazione di un precetto europeo, non specificamente richiamato).

Gli orientamenti sopra indicati – da un canto la generalità ripresa dall'ordinamento francese; dall'altro l'ampiezza di copertura del principio, di matrice anglosassone – costituiscono l'ossatura strutturale del concetto di eguaglianza e non discriminazione propugnato dal giudice sovranazionale sin dalle pronunce relative al dettato del trattato CECA⁵⁰⁵.

Va precisato che la nozione europea del principio in disamina tende a essere unitariamente considerata, senza che necessariamente si operi una distinzione tra *uguaglianza* e *non discriminazione*⁵⁰⁶. In dottrina, tuttavia, si usa ricondurre il principio – nella sua formulazione più generale di "non discriminazione" – a una serie di specificazioni teoriche particolari rilevanti rispetto alle differenti utilizzazioni pratiche: una prima declinazione si ravvisa nella *parità di trattamento* (soprattutto in campo economico, come "parità delle chances"); una seconda si può identificare nella *uguaglianza* (intesa come esigenza ordinamentale nel duplice senso "francese" sopra ricordato)⁵⁰⁷.

Vale peraltro la pena di rammentare una volta ancora che simili distinzioni non trovano puntuale riscontro nel diritto pretorio. Inoltre, il criterio dell'eguaglianza si esplica – come puntualizzato da ormai copiosa giurisprudenza - tanto con riferimento alla parità tra Stati membri, quanto con riguardo alla parità tra singoli cittadini europei⁵⁰⁸; è questa un'ulteriore riprova della generalità del principio rispetto al contesto strutturale cui partecipa.

Espressa menzione dell'uguaglianza come principio generale dell'ordinamento sovranazionale si rinviene, nei più diversi ambiti di operatività, in molte pronunce del giudice europeo, come pure – ed è questo il dato di fondamentale importanza in ordine al recente

⁵⁰⁴ Tale indirizzo è peraltro condiviso anche dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Cfr. sent. 6 aprile 2000 *Thlimmenos/Grecia*.

⁵⁰⁵ Cfr. SCHWARZE, *Le principe d'égalité et le principe de non discrimination s'imposant à toute action souveraine*, in *Droit administratif européen*, cit. 598

⁵⁰⁶ Cfr. TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, cit., 45.

⁵⁰⁷ Per questa distinzione, si veda MASSERA, *I principi generali*, cit 341.

⁵⁰⁸ Ad esempio: C – 39/72 (Commissione/Italia).

sviluppo concettuale del parametro in parola sul piano dell'espresso riconoscimento normativo – nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza⁵⁰⁹, oggi parificata, quanto a vincolatività giuridica, ai Trattati vigenti.

Il riconoscimento del canone di uguaglianza nella giurisprudenza della CGUE si sviluppa, come già rammentato, a partire dalle disposizioni specifiche disseminate per i Trattati, in particolar modo con riferimento alle garanzie sovranazionali generalmente note come le cd. “libertà comunitarie”, pur nel segno di una tendenziale accezione generalizzante delle stesse⁵¹⁰.

Il corollario del divieto di discriminazione – che rappresenta il parametro normativo più frequentemente previsto dalla lettera dei Trattati come esplicazione pratica del principio di uguaglianza⁵¹¹ – è solitamente ancorato a una serie di precetti che escludono la legalità di un provvedimento o di un atto⁵¹², mentre l'applicazione del principio di uguaglianza in senso ampio necessita di un test comparativo, giacché la rilevata discriminazione può risultare soltanto apparente laddove, mediante un'analisi delle concrete circostanze di fatto, la disparità di trattamento sia giustificata.

Il complesso tema relativo alla giustificazione di misure non necessariamente rispondenti al canone dell'uguaglianza e del divieto di discriminazione conduce al nodo centrale dei profili problematici concernenti l'applicabilità dei principi.

In ordine al bilanciamento degli interessi – e alle necessità che talvolta premono affinché si applichi solo parzialmente il principio in oggetto – è infatti opportuno soffermarsi. Una riduzione delle garanzie fornite dal principio di uguaglianza e non discriminazione può legittimamente (e ragionevolmente) darsi quando ragioni d'interesse generale rendano necessaria una scelta, giustificata e proporzionalmente adeguata, in tal senso.

Nel rispetto dell'orientamento appena ricordato, è possibile distinguere due indirizzi a seconda che 1) si tratti di valutare la conformità al principio di atti europei; 2) si debba considerare la conformità al principio di misure nazionali. L'approccio del giudice sovranazionale varia, infatti, in maniera sensibile⁵¹³.

⁵⁰⁹ Cfr. il capo terzo della Carta, in particolare artt. 20 e 21.

⁵¹⁰ Cfr. Cause riunite C-117/76 E 16/77, 19 ottobre 1977 *Ruckdeschel*. Si veda, per una contestualizzazione, TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, cit., 132.

⁵¹¹ Per questa osservazione, HOFMANN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, cit. 128.

⁵¹² Quali, ad esempio, prendendo in considerazione tanto i Trattati, quanto la citata Carta di Nizza, la nazionalità, il sesso, la razza, la religione. La sola rilevazione di una violazione di ciascuna di tali disposizioni è sintomo ineliminabile di una disparità che l'ordinamento europeo, di regola, non ammette, senza che sia necessario procedere alla ricerca di una possibile giustificazione che renda giuridicamente accettabile l'orientamento espresso.

⁵¹³ Cfr., tra gli altri, TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, cit., 86; TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, cit. 134.

Nel primo caso, la CGUE limita il proprio sindacato ai casi di errore manifesto o sviamento di potere, giacché – specie nelle materie in cui il margine discrezionale delle istituzioni europee è più ampio – la scelta compiuta per disciplinare un dato istituto o formulazione giuridica deve necessariamente confrontarsi con difficoltà tecniche e giudizi di opportunità politica che sono, in quanto tali, difficilmente suscettibili di sindacato giurisdizionale⁵¹⁴. Basti in questa sede rammentare come la mitezza dell'intervento giudiziale nel contesto di tutte le politiche generali europee governate da un margine di discrezionalità si riconosca in tutte le materie intrinsecamente sensibili a “scelte di campo”⁵¹⁵.

Nel secondo caso, la pervasività del controllo giurisdizionale assume invece caratteri decisamente più puntuali e sistematici (come, storicamente, nel settore delle cennate “quattro libertà comunitarie”): il sindacato della Corte copre, in questo campo, anche il risvolto più propriamente politico della valutazione delle istituzioni; conseguentemente, la decisione viene sottoposta a un più stretto vaglio di proporzionalità rispetto al fine complessivo perseguito, con particolare riguardo alla giustezza e congruità della giustificazione addotta a legittimare una misura che possa, in qualche maniera, violare (almeno in parte) i connotati distintivi del principio di uguaglianza e non discriminazione⁵¹⁶.

Deve notarsi, nell'adozione del succitato indirizzo da parte del giudice europeo, l'accoglimento di una “linea dura” nell'utilizzo dei parametri di giustificazione e proporzionalità in ordine al vaglio giurisdizionale di leggi o atti nazionali in applicazione del diritto europeo quando essi risultino suscettibili di ledere il principio generale di eguaglianza e non discriminazione.

E' innegabile, infatti, la maggiore attenzione riservata dalla CGUE al rispetto del canone medesimo nell'ambito della normazione (e dell'amministrazione) nazionale; l'approccio alla giustiziabilità degli atti delle istituzioni europee è, viceversa, improntato a una *faiblesse* essenzialmente dovuta alla necessità di contemperare protezione giuridica ed effettività di un'azione amministrativa sovranazionale complessa e governata da molteplici variabili politico-economiche.

Sul piano concettuale, la distinzione, oggi comunemente accettata in dottrina, tra discriminazione in senso formale e discriminazione in senso sostanziale, che tanta parte ha avuto nella costruzione di un parametro unitario di uguaglianza, a partire dal frammentato

⁵¹⁴ Si vedano per esempio, in tema di politica agricola comune, le sentt: C – 296/93 e C – 307/93, 16 luglio 1993; C – 354/95, 5 maggio 1998 *National Farmers' Union*.

⁵¹⁵ Si fa riferimento al tema dei poteri procedurali di formazione della normativa propri delle istituzioni europee e, più in generale, alle prerogative non sindacabili delle istituzioni europee dovute al carattere politico dell'indirizzo prefigurato nell'atto.

⁵¹⁶ Cfr., chiaramente, C – 285/01, 9 settembre 2003 *Burbaud*.

panorama normativo sovranazionale, è sovente utilizzata nelle pronunce della CGUE⁵¹⁷.

Tale partizione conduce a un'ulteriore, nota strutturazione del principio di uguaglianza, la quale distingue – con una certa approssimazione – due fondamentali tipologie di disparità di trattamento: si tratta delle discriminazioni *dirette* e *indirette*. Queste ultime consistono nell'applicazione di parametri e criteri per se stessi non espressamente vietati che, di fatto, costituiscono misure discriminatorie⁵¹⁸, mentre le prime sono violazioni dirette delle disposizioni pattizie o di diritto derivato poste a presidio del principio di uguaglianza⁵¹⁹.

Come già segnalato, l'esistenza di cospicue fonti di diritto derivato costituisce una modalità di intervento della nozione europea di eguaglianza e non discriminazione nel contesto degli ordinamenti nazionali su cui pesa il correlativo l'obbligo di trasposizione⁵²⁰ e, sotto un aspetto più generale, l'introduzione del canone di uguaglianza e non discriminazione nel contesto della Carta di Nizza – come pure l'espressa adesione dell'Unione Europea al sistema del Consiglio d'Europa e ai diritti sanciti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – fanno ritenere oggi pienamente operante il parametro in parola anche negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Tali sistemi sono peraltro chiamati ad applicare il principio in conformità all'interpretazione del giudice europeo, indipendentemente dalla vigenza del principio nell'ambito dei diritti nazionali, i quali si trovano a dover “recepire” un canone storicamente noto ma sottoposto a un'interpretazione sostanzialmente nuova.

Si cerca di realizzare in tal modo un sistema integrato fondato su un sostrato comune unitario e parificato in fatto dal quale i singoli attori (privati o pubblici, con i consueti limiti già visti e altri desumibili dalle necessità d'interesse generale e dall'ordine pubblico) possano accettarsi in quanto diversi e concorrere al miglior funzionamento del sistema complessivo dell'Unione, ove l'economicità rappresenta ormai – diversamente dalla prospettiva iniziale dell'universo giuridico europeo – null'altro che una pur importante variabile, non già il fine

⁵¹⁷ Tale distinzione è peraltro riconosciuta, a livello giurisprudenziale, da pronunce anche assai risalenti. Cfr., per esempio, C-13/63 Italia/Commissione. La predetta circostanza può verosimilmente spiegarsi con il carattere essenzialmente pragmatico dell'approccio sovranazionale al principio di uguaglianza e non discriminazione, il quale – considerato lo spazio applicativo sovranazionale di riferimento – ha una *maggior ragione di esistere* proprio perché l'ambito politico-giuridico in cui la CGUE opera è costituzionalmente fondato sull'uguaglianza degli Stati membri.

⁵¹⁸ Cfr., tra le altre, C-327/94, 23 maggio 1996 *O'Flynn*; C-209/03, 15 marzo 2003 *Bidar*; C-170/84, 13 maggio 1986 *Bilka*; C-152/73, 12 febbraio 1976 *Sotgiu*; C - 254/97, 8 luglio 1999 *Société Baxter*; C - 225/98, 26 settembre 2000 *Commissione/Francia*. Cfr. Per tutti, ILIOPOULOU, *Le principe d'égalité et de non-discrimination*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, cit. 449.

⁵¹⁹ Nella legislazione europea esistono peraltro casi di parziale positivizzazione delle discriminazioni indirette, soprattutto su base sessuale e in materia di lavoro. Cfr. direttive 97/80, 2000/43 e 2000/78; più recentemente, direttive 2002/73 e 2006/54.

⁵²⁰ Sulla base delle direttive può addirittura essere “costruita” una inedita accezione del principio: la direttiva 2000/78 è infatti idonea, secondo la Corte di Giustizia, a stabilire un “divieto di discriminazione in funzione dell'età”. Cfr. sentenza C - 144/04, 22 novembre 2005 *Mangold*.

ultimo dell'azione.

III. CONSIDERAZIONI SULLO STATO DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Nei paragrafi precedenti si è studiato, dapprima, l'impatto teorico e le conseguenze sistematiche dell'introduzione dell'inciso concernente i principi dell'ordinamento europeo nel dettato normativo volto alla disciplina dell'azione amministrativa nazionale nel suo complesso; poi si è tentata una parziale rassegna dei singoli principi rilevanti per l'attività amministrativa interna, cercando di sottolinearne – ove possibile – la matrice storica e la discendenza dai diversi sistemi statali.

Come già rammentato, l'obiettivo complessità dei canoni sovranazionali e la mutevolezza dei labili confini tra i principi stessi – dovuta anche al flusso continuo ma non sempre univoco della giurisprudenza della CGUE – ha comportato una esplicita scelta di campo con riferimento ai parametri europei oggetto d'analisi, conducendo – al fine di evitare una eccessiva parcellizzazione dei canoni rilevanti – all'espunzione di taluni principi dalla rassegna.

Si è visto come, a prescindere dalla tutto sommato scarsa applicazione dell'inciso relativo ai principi del diritto europeo contenuto nell'art. 1, l. n. 241/1990⁵²¹, tali canoni debbano considerarsi pienamente operanti nel tessuto normativo riferibile alla legittimità provvedimentale, ancorché sia auspicabile una più consapevole presa di posizione giurisprudenziale in ordine all'effettiva portata innovativa del richiamo, in quanto compatibile – in astratto – con la qualificazione di violazione di legge⁵²².

⁵²¹ Non ci si riferisce ai singoli principi del diritto europeo, sempre più spesso vagliati in giudizio, ma ai principi in quanto categoria. Sembra infatti che il giudice amministrativo tenda a riconoscere la vincolatività dei principi europei – specie in materie tradizionalmente toccate dall'influsso europeo, come per esempio la tutela della concorrenza e dell'ambiente – ricollegando gli stessi a disposizioni normative di matrice nazionale, relegando la sovranazionalità dei canoni utilizzati a *obiter dicta* non essenziali. Tale orientamento è paradigmatico della difficoltà, da parte del giudice amministrativo italiano – e della tendenziale diffidenza degli operatori pratici del diritto ad affidarsi a parametri “volatili” fondati sul diritto europeo nella redazione degli atti – di trarre dal disposto dell'art. 1 tutte le conseguenze applicative del richiamo ai principi dell'ordinamento europeo quali canoni di legalità del provvedimento.

⁵²² Cfr. l'osservazione di VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la 'primauté' del diritto nazionale*, Dir. Proc. Amm., 2006, 03, 845, che, commentando la Sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 8/08/05, n. 4207, rimarca come la pronuncia in oggetto dimentichi di “quella giurisprudenza ormai consolidata, che fa rientrare la violazione del diritto comunitario, si noti bene, anche dei principi comunitari, tra quelle violazioni «di legge» che costituiscono uno dei tre vizi di legittimità degli atti amministrativi”. Cfr. anche MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit. 99.

PARTE QUARTA: L'INVALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE PER CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

I. Le categorie tradizionali alla prova del diritto dell'Unione Europea

Dopo aver esaminato, nei precedenti capitoli, il contesto giuridico in cui opera il diritto europeo (cap. I), le principali modalità di reazione all'invalidità amministrativa messe in campo da taluni ordinamenti nazionali (cap. II) e i principi sovranazionali rilevanti per la presente ricognizione (cap. III), occorre infine vagliare la posizione del diritto sovranazionale con riguardo a vizi del provvedimento amministrativo che ridondino nell'invalidità secondo una prospettiva di (solo) diritto europeo.

Vale sin d'ora rilevare come – al fine di proporre una soluzione al problema – debbano necessariamente riprendersi le osservazioni condotte nella prima parte del presente lavoro, relativa al rapporto tra sistemi nazionali e ordinamento sovranazionale europeo; così pure, per una corretta impostazione del tema, si renderà opportuno considerare alcuni aspetti dei regimi nazionali d'invalidità provvedimentale, in parte già rammentati.

Occorre tuttavia precisare che non tutti gli aspetti relativi all'invalidità per contrasto con il diritto europeo devono ricollegarsi alle opzioni dogmatiche – e all'annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale – concernenti i rapporti tra ordinamenti. Del resto, nemmeno la qualificazione in termini di nullità, annullabilità o disapplicabilità del provvedimento nazionale emanato in violazione del diritto europeo è in ogni caso necessaria al fine di proporre una sistematizzazione dei profili problematici d'interesse⁵²³.

Nel prossimo paragrafo si indagano pertanto le singole tipologie di contrasto tra l'atto amministrativo nazionale e il diritto dell'Unione Europea, evidenziando le particolarità di ciascuna modalità di conflitto, per poi verificare – negli ulteriori paragrafi – la praticabilità sistematica delle diverse teorie dell'invalidità provvedimentale secondo le categorie della nullità, annullabilità o disapplicabilità.

II. Le tipologie di contrasto:

a) *Con le disposizioni del diritto dell'Unione Europea direttamente applicabili*

⁵²³ Cfr. GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 49, secondo cui “La soluzione di tali problemi incide sul regime dell'atto amministrativo (italiano), almeno in tutti i casi in cui esso trovi fondamento in una legge, a sua volta incompatibile con la normativa comunitaria. Ma sussistono anche questioni di regime, che si possono definire autonome, in quanto scaturenti direttamente dai rapporti tra atti amministrativi italiani e fonti comunitarie: né è pensabile che le soluzioni debbano essere sempre le medesime, anche in considerazione della eterogeneità delle fonti comunitarie (normative e non) e della loro diversa efficacia”.

Una prima tipologia di contrasto è ravvisabile rispetto al diritto europeo direttamente applicabile. In particolare, profili interessanti si pongono con riguardo ai regolamenti.

Come evidenziato da attenta dottrina⁵²⁴, possono darsi due distinte modalità di rapporto tra il provvedimento amministrativo nazionale e le disposizioni (regolamentari) direttamente applicabili, a seconda che i) vi sia, tra l'atto e il precetto europeo, intermediazione di una disposizione normativa nazionale; ii) sussista un rapporto immediato e diretto tra il predetto atto amministrativo e la disposizione sovranazionale.

La fattispecie di cui al i) si spiega in considerazione del fatto che, sebbene i regolamenti non abbisognino, in via di principio, di alcun provvedimento attuativo di matrice nazionale (art. 288 TFUE), le Autorità dei singoli Stati membri possono adottare atti per adeguare la legislazione vigente ai precetti del regolamento, al fine di assicurare una migliore applicabilità dello stesso nell'ambito d'applicazione disciplinato.

In un tale contesto giuridico, può pertanto accadere che una disposizione normativa nazionale volta all'implementazione del testo del regolamento contrasti con una o più previsioni regolamentari. La soluzione dell'antinomia così prospettata tra la disposizione nazionale in senso lato "attuativa" e il corrispondente precetto europeo si risolve mediante il ricorso al consueto meccanismo della disapplicazione (da parte dell'amministrazione procedente, così come del giudice) della legge nazionale incompatibile con il diritto europeo, restando tuttavia impregiudicato il regime del provvedimento amministrativo eventualmente emanato in conformità alla legge nazionale invalida, che andrà pertanto considerato a seconda delle diverse modalità di identificazione dell'invalidità "europea" di volta in volta proposte in dottrina e giurisprudenza⁵²⁵.

L'ipotesi formulata *sub* ii) individua i casi, statisticamente più numerosi, di correlazione diretta tra atto amministrativo nazionale e normativa regolamentare (o, comunque, immediatamente applicabile⁵²⁶). In tali casi, il precetto regolamentare si pone quale diretto parametro di legittimità del provvedimento, contribuendo anzi all'integrazione della fattispecie normativa che fonda la base giuridica dell'atto stesso⁵²⁷.

⁵²⁴ GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 50. CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 493.

⁵²⁵ Cfr. C-103/88, 22 giugno 1989; C. Cost., 11 luglio 1989, n. 389. In dottrina, GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 50.

⁵²⁶ Come si vedrà innanzi, le stesse modalità di contrasto si applicano alle cd. "direttive immediatamente applicabili".

⁵²⁷ Dovendosi ritenere ormai prevalente l'opzione interpretativa che individua un rapporto di integrazione tra ordinamento nazionale e sistema europeo, non potrebbe darsi altra soluzione. Cfr. sul punto, ancora, GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 52; SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 497. Secondo CHIOLA, *L'ordinamento comunitario e l'attività della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 76, "[s]e si riconoscesse alle norme di qualsiasi grado o ai provvedimenti amministrativi effetti impeditivi delle prescrizioni comunitarie

Un'ipotesi intermedia può studiarsi con riguardo a casi in cui il provvedimento amministrativo di natura discrezionale violi un precetto europeo direttamente applicabile senza che la disposizione normativa interna sia a propria volta incompatibile con il sistema sovranazionale: una siffatta modalità di contrasto deve ritenersi sussumibile nelle ipotesi di contrasto diretto in quanto il conflitto è propriamente originato dal carattere discrezionale (*rectius*: dal malo uso del potere discrezionale accordato all'amministrazione dalla disposizione interna) del provvedimento rispetto al contenuto dispositivo (non della disposizione interna ma) del regolamento⁵²⁸.

In ordine al rapporto tra provvedimento amministrativo e direttive europee cd. “*self-executing*”, il discorso sin qui proposto non muta, nel senso che non vi è ragione di diversificare il regime di priorità del diritto europeo rispetto agli atti nazionali⁵²⁹, salvo notare che l'irrelevanza della mancata adozione della direttiva da parte delle Autorità nazionali (e quindi la diretta efficacia della direttiva medesima) scatta, sul piano dell'invalidità del provvedimento amministrativo a essa collegato, a partire dalla scadenza dei termini per la ricezione⁵³⁰.

b) Con le direttive europee

Quanto sopra prospettato con riferimento alle direttive cd. “*self-executing*” (altrimenti, direttive “dettagliate”), non vale nel rapporto tra atto amministrativo nazionale e direttive europee non immediatamente applicabili.

In effetti, l'attuazione delle direttive mediante regolamenti o atti amministrativi generali⁵³¹ pone problemi sistematici in tema di compatibilità, poiché l'intermediazione di atti interni tra la misura amministrativa e le disposizioni della direttiva esclude perciò stesso una correlazione immediata tra le due fonti⁵³², con la ulteriore conseguenza che il regolamento, in

anche se temporanei, equivarrebbe a compromettere l'autonomia dell'ordinamento comunitario; ovvero pregiudicare i fondamenti stessi della Comunità ed ammettere che gli Stati membri possano ignorare gli impegni assunti in via definitiva”.

⁵²⁸ Si veda MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 78; CAFAGNO, *Regolamenti della Consob ed attuazione della disciplina comunitaria del mercato mobiliare*, in Riv. Dir. Pubbl. Com., 1993, 04, 974.

⁵²⁹ In questo senso, con riferimento a regolamenti e direttive europee direttamente applicabili, CLARIZIA, P. *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, cit., 218.

⁵³⁰ Cfr. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e 80/2005*, cit., 495 ss., che tenta una problematizzazione del tema, analizzando (forse con un eccesso di puntualità teorica rispetto al reale stato di fatto oggi vigente nei rapporti tra ordinamento nazionale e sistema europeo) la questione in prospettiva integrazionista e dualista.

⁵³¹ Cfr. Art. 11, c.mmi 1 e 5, l. n. 15/2005, che prevedono la possibilità di intervenire per via regolamentare ove la *legge comunitaria* non detti specificamente precetti relativi all'attuazione della direttiva considerata.

⁵³² Cfr. GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 57.

quanto atto normativo, dovrà considerarsi, in conformità alla disciplina sui rapporti tra normativa nazionale e normativa europea, disapplicabile da parte del giudice amministrativo⁵³³.

In ordine alle direttive non trasposte o erroneamente attuate, negli anni ottanta del secolo scorso un diffuso orientamento della giurisprudenza del giudice amministrativo ritiene che *“non potendo la direttiva comunitaria, finché lo Stato membro non abbia adottato le proprie norme di attuazione, prevalere sulle norme dell’ordinamento interno dei singoli Stati membri, la pubblica amministrazione [leggasi: il provvedimento amministrativo] dovrà avere riguardo a queste ultime e soltanto ad esse”*⁵³⁴.

Viceversa, dottrina e giurisprudenza (oggi) maggioritarie ravvisano il vizio di eccesso di potere nel provvedimento amministrativo emanato in violazione di una direttiva non tempestivamente attuata o erroneamente trasposta in diritto nazionale⁵³⁵, non potendosi comunque ricollegare il contrasto in parola alla violazione di legge secondo i canoni del diritto amministrativo italiano, giacché la direttiva europea (in quanto) non attuata prefigura mere regole di condotta, riconducibili essenzialmente al principio di buona amministrazione⁵³⁶.

Come è stato correttamente rammentato in dottrina, il tema dello spazio di discrezionalità attribuito dalla legge per l’attuazione delle direttive nel tessuto normativo nazionale è di centrale importanza, in quanto comporta il riconoscimento di un ambito di scelta che, nella trasposizione, non può essere considerato illimitato, e cioè tale da vanificare in fatto l’apporto precettivo della direttiva stessa (in altri termini, deve assicurarsi il

⁵³³ Il problema si pone, come meglio si vedrà innanzi, anche nel sistema francese.

⁵³⁴ Così, in modo particolarmente chiaro, T.A.R. Marche, 27 febbraio 1985, n. 116. L’inaugurazione di tale orientamento rimonta a Cons. Stato, Sez. IV, 6 maggio 1980, n. 504. In tema di direttive erroneamente applicate, T.A.R. Toscana, Sez. I, 21 gennaio 1989, n. 20; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 22 marzo 1984, n. 91; T.A.R. Sicilia, Catania, 30 maggio 1986, n. 608; T.A.R. Umbria, 7 ottobre 1986, n. 419.

⁵³⁵ In particolare, T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 novembre 1988, n. 890.

⁵³⁶ Così, per tutti, CLARIZIA, P. *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento europeo*, cit., 219. Isolate voci dottrinali parlano, in questo caso, di vera e propria violazione di legge, sul presupposto che la qualificazione come eccesso di potere *“contravviene a consolidati ed inderogabili principi trattando il diritto comunitario in modo diverso da quello nazionale e compromette altresì il procedimento di disapplicazione che sarebbe assai difficile giustificare se si ritenesse che il contrasto non riguardi una norma comunitaria ma semplici regole di buona amministrazione. Occorre, in conclusione, ribadire che il diritto comunitario si impone come complesso di norme giuridiche e non come, sia pure limitatamente alle direttive, mera espressione di razionalità dell’azione amministrativa”* (così, testualmente, ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, Dir. Com. Sc. Int., 1991, 54). E’ appena il caso di rilevare come l’Autore appena citato manchi di sottolineare le differenze sostanziali intercorrenti tra, da un lato, una disposizione normativa nazionale e, dall’altro, una disposizione di una direttiva europea non direttamente applicabile. Il fatto che quest’ultima abbisogni di apposito atto di trasposizione impedisce il ricorso al collegamento diretto della violazione della stessa allo specifico concetto di violazione di legge. Del resto, la possibilità, in capo alla Commissione Europea, di instaurare una procedura d’infrazione nei confronti degli Stati membri inadempienti assicura un evidente, ancorché non sempre dissuasivo, fattore di “ravvedimento”, senza che debba ricorrersi a una costruzione, quale quella appena ricordata, corretta nei fini ma erronea nelle premesse normative.

raggiungimento del risultato normativo utile secondo i dettami della direttiva, nonostante il margine discrezionale riservato alle disposizioni di attuazione).

Ulteriore specificazione di non secondaria importanza è che le direttive europee (anche non direttamente applicabili), essendo vincolanti per tutti gli organi dei singoli Stati membri, obbligano (pure) le amministrazioni non deputate alla loro attuazione a interpretare le disposizioni nazionali in senso conforme a esse. Tale ultima specificazione si spiega tenendo conto che, se l'attività provvedimentale delle amministrazioni nazionali potesse prescindere dal dettato della direttiva non trasposta – fondandosi sulla originaria mancanza di efficacia diretta della medesima – si addiverrebbe a un sostanziale aggiramento della normativa europea⁵³⁷.

Soccorre in tal senso, questa volta per via giurisprudenziale, il noto e consolidato principio dell'*estoppel*, a mente del quale *“lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa”*⁵³⁸.

Si chiude così il cerchio del sistema di controllo dell'attuazione delle direttive predisposto dal sistema sovranazionale, che prevede – come detto – l'instaurazione, per via “esterna”, di una procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE e il riconoscimento, sul piano interno, dell'illegittimità di iniziative amministrative contrastanti con la direttiva, pur se non formalmente attuata.

c) Con le decisioni

Una tipologia di contrasto particolarmente rilevante per quanto concerne la presente rilevazione è costituita dal conflitto tra provvedimento amministrativo nazionale e decisioni europee. A mente dell'art. 288 TFUE, *“la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi”*. Peraltro, nel caso in cui la decisione designi i destinatari, essa *“è obbligatoria soltanto nei confronti di questi”*.

⁵³⁷ La correttezza di questa soluzione nel caso di direttive per le quali non sia ancora scaduto il termine di attuazione è dibattuta. Cfr., in senso positivo, GRECO, G. *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in CHITI, M.P./GRECO, G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 949; ID. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 58. Sul punto, in senso dubitativo, 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, 91; MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 89.

⁵³⁸ Tra le altre, C-148/78, 5 aprile 1979; C-8/81, 19 gennaio 1982; C-152/84, 26 febbraio 1986; C-188/89, 12 luglio 1990; C-157/02, 5 febbraio 2004.

Da quanto appena precisato, discende che la decisione può essere *individuale* (ove siano individuati i destinatari) oppure *generale* (a portata obbligatoria generale, anche avente natura legislativa, se è seguito un *iter* normativo idoneo⁵³⁹).

Le decisioni individuali (emanate in materia di concorrenza) sono generalmente rivolte ai singoli soggetti privati (da individuarsi mediante criteri non formali), e sono pertanto assimilabili ai provvedimenti amministrativi nazionali, ma possono anche essere riferirsi a singoli Stati membri, nel qual caso esse sono, nella sostanza, simili alle direttive europee⁵⁴⁰.

Le decisioni generali sono, viceversa, atti posti in essere da diverse istituzioni europee, tra cui il Consiglio dei Ministri e il Consiglio Europeo, in materia di attuazione di previsioni dei Trattati, di cooperazione rafforzata e violazione, da parte di uno Stato membro, dei valori sui cui si fonda l'Unione Europea (art. 2 TUE).

Le decisioni individuali – che più interessano il presente lavoro – sono suscettibili di sindacato giurisdizionale innanzi agli organi giurisdizionali dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE, tanto da parte dei soggetti privati (anche non formalmente individuati, purché direttamente e individualmente pregiudicati), quanto da parte dello Stato membro destinatario⁵⁴¹.

Le decisioni in parola disciplinano il caso concreto e, pertanto, resistono alla normazione nazionale eventualmente confliggente con esse, costituendo immediata fonte di produzione del diritto europeo⁵⁴².

Proprio in ragione dell'efficacia particolare della decisione deve ritenersi, sul piano del regime giuridico, che una sovvenzione amministrativa nazionale contrastante con la decisione negativa che ordini contestualmente il recupero del finanziamento eventualmente già erogato determini l'inefficacia *ab origine* del provvedimento nazionale, giacché – come sottolineato

⁵³⁹ Così, DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 210.

⁵⁴⁰ Sebbene il più limitato ambito di discrezionalità lasciato dalla decisione rispetto all'obbligo di *facere* (o *non facere*) in essa previsto differisca dalle modalità di attuazione delle direttive.

⁵⁴¹ Cfr., in giurisprudenza, Cause riunite C-31/77 e 53/77, 21 maggio 1977 (ordinanza).

⁵⁴² Nel senso che, per neutralizzare gli effetti di una decisione della Commissione occorre contestare nei termini già ricordati la decisione stessa, senza che il conflitto creatosi tra diritto europeo (nella specie della decisione) comporti la disapplicabilità della normativa italiana in favore del diritto sovranazionale, giacché l'atto amministrativo europeo ha natura meramente ricognitiva del contrasto normativo. In dottrina, tra gli altri, GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 61; MUSONE, *Il regime d'invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit. 101 ss., nonché dottrina ivi citata. In giurisprudenza, chiaramente, Cass. Civ., Sez. III, 4 marzo 2005, n. 4769; Cass. Trib. 10 dicembre 2002, n. 17564. In giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 2002, n. 4658; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 marzo 2005, n. 1562. Per un'esemplificazione della giurisprudenza più risalente, secondo la quale la decisione europea non determina automaticamente l'inefficacia del provvedimento amministrativo nazionale, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 1989, n. 30; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 31 maggio 1989, n. 656.

da attenta dottrina – una diversa soluzione che tenga ferma l’efficacia dell’atto interno pregiudicherebbe la disciplina prevista per il recupero degli aiuti illegittimi⁵⁴³.

d) *Con gli atti non vincolanti*

Nella vasta congerie di atti non vincolanti emanati dalle istituzioni europee (in particolare, dalla Commissione Europea), a prescindere dagli atti meramente interni o di autoregolamentazione⁵⁴⁴, devono ricordarsi almeno, oltre agli atti atipici, le raccomandazioni, i pareri e le comunicazioni⁵⁴⁵. Occorre sin d’ora precisare che – sebbene gli atti appena nominati non abbiano per definizione una natura giuridicamente vincolante – possono ben darsi effetti dissuasivi o persuasivi rispetto all’attività amministrativa posta in essere degli Stati membri sulla base degli atti stessi⁵⁴⁶.

L’art. 288, c. 5 TFUE stabilisce laconicamente che “*le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti*”, senza null’altro specificare⁵⁴⁷. I pareri sono essenzialmente “*atti di opinione*”

⁵⁴³ Art. 14, Regolamento CE 659/1999; Così anche nell’ipotesi di provvedimento nazionale emanato successivamente alla decisione con esso incompatibile. Cfr. GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 63. Ugualmente, secondo l’Autore da ultimo citato, anche la decisione della Commissione Europea relativamente all’accesso dei vettori aerei alle rotte intraeuropee è in grado di interrompere l’efficacia precettiva di un provvedimento nazionale (cfr. art. 8, c. 3, Regolamento CEE 2408/92), finendo “*per operare lo stesso effetto sostanziale di un atto di revoca*”. Pare peraltro che la situazione, rispetto al caso precedentemente esaminato, sia differente, perché l’accostamento di un provvedimento di revoca a un’ipotesi (la prima) di annullamento non vale a spiegare l’unitarietà del regime delle decisioni europee. Nel caso, diverso, di provvedimento amministrativo nazionale successivo alla decisione europea e con essa in contrasto, è stata correttamente delineata, dalla stessa dottrina appena citata, l’inefficacia per mancanza o esaurimento del relativo potere. Vi è peraltro chi sottopone a critiche sistematiche l’indirizzo dianzi citato, affermando che “[l’]esercizio da parte delle istituzioni comunitarie dei propri poteri non può esaurire i poteri riconosciuti alle autorità amministrative nazionali, trattandosi di potestà diverse, attribuite a soggetti diversi su presupposti diversi”, anche sulla scorta del fatto che, nel sistema europeo, la decisione “*non ha alcuna efficacia normativa*” (cfr. CLARIZIA, P. *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento europeo*, cit., 220). Tali osservazioni non paiono cogliere del tutto nel segno, atteso che – come peraltro confessato più avanti dall’Autore che muove le obiezioni di cui trattasi – “[l’]obbligo [...] in quanto di origine comunitaria ed in quanto immediatamente vincolante non può essere disatteso dall’amministrazione nazionale”. Dunque, la decisione europea, pur non munita di efficacia tecnicamente normativa, emanerebbe un effetto “conformativo” rispetto alla (successiva) attività amministrativa nazionale, sulla scorta della preminenza gerarchica attribuita dall’appartenenza all’ordinamento sovranazionale. In uno schema così delineato, non si vede come possa trovare spazio una differenziazione dell’efficacia delle decisioni europee, atteso che lo stesso carattere sovraordinato della fonte “decisione” (che non presenta, è vero, profili di normazione generale, ma ha una innegabile attitudine alla regolazione *latu sensu* normativa del caso concreto) non ammette alcuna sovrapposizione di competenze o concorrenza con attività provvedimentale di matrice interna.

⁵⁴⁴ Cfr., per questa osservazione, DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione Europea. Parte Istituzionale*, Milano, 2009, 277.

⁵⁴⁵ L’elencazione non è esaustiva. Vi sono infatti anche altri atti - non particolarmente rilevanti per il presente lavoro – tra cui programmi, libri verdi, inviti, istruzioni, codici di condotta *etc.*

⁵⁴⁶ Per tutti, con chiarezza, SUSCA, *L’invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e 80/2005*, 504 ss.

⁵⁴⁷ Ciò che comporta l’inoppugnabilità di tali atti e l’inidoneità degli stessi a fondare la disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti. Sebbene la puntualizzazione abbia una base giuridica unicamente con riguardo a raccomandazioni e pareri, sembra possibile estendere – a maggior ragione – le medesime caratteristiche anche ad atti atipici con limitata rilevanza precettiva, quali le comunicazioni della Commissione Europea (sulle quali comunque, cfr. più avanti).

ovvero manifestazioni di giudizio”⁵⁴⁸, con finalità di orientamento più che di sollecitazione⁵⁴⁹, mentre le raccomandazioni costituiscono atti di natura esortativa, emessi al fine di suggerire ai destinatari la soluzione conforme al diritto europeo rispetto a specifiche questioni rilevanti.

Giurisprudenza risalente della CGUE distingue raccomandazioni e pareri giacché, se è vero che “il parere non può far sorgere alcun obbligo giuridico per chi ne è destinatario, è anche vero che i pareri si differenziano dalle decisioni e dalle raccomandazioni sia per la loro natura che per la loro funzione nel sistema generale del Trattato. Il Trattato oltre a conferire all’Alta Autorità il potere dispositivo che le consente di agire attivamente e direttamente per l’organizzazione del mercato comune, e ciò per mezzo delle decisioni e delle raccomandazioni, le ha anche affidato un compito di orientamento cui essa adempie, fra l’altro, per mezzo dei pareri. Questi hanno quindi il carattere di semplici consigli dati alle imprese. Esse restano libere di tenerne o di non tenerne conto ma devono comprendere che ove non tengano conto di un parere sfavorevole, esse accettano i rischi che possono derivare loro indirettamente da una situazione che hanno contribuito a creare”⁵⁵⁰.

Alle raccomandazioni, viceversa, proprio per il carattere esortativo che le caratterizza, non può essere automaticamente negato un qualche effetto giuridico più stringente rispetto alla *moral suasion*, giacché le stesse – secondo la giurisprudenza della CGUE – devono essere prese in considerazione dai giudici nazionali ai fini della soluzione di ipotesi controverse, specialmente nel caso in cui le raccomandazioni siano intervenute a specificare, chiarire o interpretare disposizioni europee vincolanti⁵⁵¹.

In ordine alle *comunicazioni* della Commissione Europea, deve anzitutto rilevarsi l’estrema eterogeneità degli atti qualificati siccome tali, ciò che comporta particolare difficoltà nel discernere i vari modelli utilizzati concretamente nella prassi. In dottrina, si usa distinguere tra comunicazioni *costitutive*, o accrescitive, e comunicazioni *dichiarative*, o descrittive del dettato normativo vigente⁵⁵², ponendo l’accento sulla polifunzionalità della fonte in esame⁵⁵³.

⁵⁴⁸ Così, ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione Europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000, 177.

⁵⁴⁹ Cfr. TESAURO, G. *Diritto dell’Unione Europea*, cit. 149; MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 113.

⁵⁵⁰ Così, testualmente, C-14/57, 10 dicembre 1957 *Usines à tubes de la Sarre*.

⁵⁵¹ Si veda, per esempio, C-322/88, 13 dicembre 1989 *Grimaldi*; C-188/91, 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell*.

⁵⁵² Per questa classificazione, ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione Europea e atti amministrativi nazionali*, cit. 108. Vi è poi chi pone in risalto anche il carattere autolimitativo delle comunicazioni con riferimento all’attività successiva della Commissione, identificando in tal modo negli atti in parola delle vere e proprie regole di condotta.

⁵⁵³ Di polifunzionalità parla espressamente GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 64.

Ambedue i tipi di comunicazioni, cui non deve essere ricollegato alcun effetto innovativo o vincolante, sono tendenzialmente comparabili, quanto a effetti giuridici, a pareri e raccomandazioni⁵⁵⁴, e sono, sul piano nazionale, assimilabili alle circolari amministrative.

III. LA TESI DELLA NULLITÀ:

a) *In dottrina*

Considerate le tipologie di contrasto che possono ricorrere rispetto al diritto dell'Unione Europea nelle sue molteplici manifestazioni legislative e provvedimentali, occorre ora vagliare quali debbano essere le conseguenze giuridiche dell'invalidità di un atto amministrativo nazionale contrastante con gli atti (normativi e amministrativi) sovranazionali dianzi rammentati.

In ordine al regime d'invalidità, vale subito la pena di rimarcare, come già evidenziato in altra parte del presente lavoro, che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato, nel corso di un dibattito ormai risalente ma non sopito, diverse linee ermeneutiche rispetto al trattamento degli atti nazionali in conflitto col sistema europeo.

Una prima ipotesi, probabilmente la più risalente e oggi minoritaria, prevede – come bene è stato detto – che *“muovendo dall'assunto che anche la legge italiana "anticomunitaria" deve ritenersi nulla, perviene alla conclusione che l'atto amministrativo, incompatibile con il diritto comunitario (sia in via diretta, che mediata (...) dalla disciplina nazionale), vada ritenuto "nullo o inesistente per carenza di potere", esulandosi da una patologia qualificabile sulla base del criterio della illegittimità-invalidità”*⁵⁵⁵.

In effetti, accanto all'orientamento appena ricordato – che non distingue i casi in cui una disposizione normativa interna contrastante con il diritto europeo attribuisca *ab origine* il potere di emanazione dell'atto da quelli nei quali la stessa si limiti a disciplinare le modalità

⁵⁵⁴ Così, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 114. Purtroppo, tale ultima generalizzazione – proposta dall'Autore appena citato – non tiene sufficientemente conto delle differenziazioni poste dall'Autore stesso rispetto a raccomandazioni e pareri. Pare a chi scrive che le comunicazioni siano più facilmente ricollegabili, sul piano degli effetti giuridici e sistematici, alle raccomandazioni, stante la necessità, per la pubblica amministrazione che voglia discostarsi da quanto rimarcato dalla comunicazione della Commissione, di esplicitare in motivazione le ragioni del dissenso rispetto a quanto previsto dall'atto europeo, “pena” l'eccesso di potere (conformemente ai pareri di origine nazionale). Cfr., sul punto, GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, cit., 65; SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 508; ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1999, 1376.

⁵⁵⁵ ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, cit. 1369. Cfr. tra i tanti, per un inquadramento dell'interpretazione in parola, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 221 ss. FORLATI PICCHIO, *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, Dir. Com. Sc. Int., 1978, 228; MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, 227 ss. GIOVAGNOLI/FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Tomo 2, Milano, 2007, 136.

di esercizio del potere – si affaccia un’opzione dottrinale intermedia che, come meglio si vedrà innanzi, viene sostenuta anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Secondo tale ultima linea interpretativa, sarebbe predicabile la nullità del provvedimento nazionale soltanto quando esso sia stato emanato sulla scorta di una disposizione interna attributiva del potere; al di fuori della detta ipotesi, e cioè nei casi di (mera) specificazione delle modalità di esercizio del potere da parte del precetto nazionale, si ricadrebbe nel regime di illegittimità/annullabilità del provvedimento⁵⁵⁶.

Vale la pena di rilevare le diverse obiezioni alla teoria della nullità provvedimentoale per contrasto con il diritto dell’Unione Europea. Come è stato da più parti rimarcato, la tradizionale concezione caducatoria del giudizio amministrativo condurrebbe la controversia relativamente a un provvedimento amministrativo nullo e inefficace – e pertanto incapace di produrre il cd. “effetto degradatorio” – innanzi al giudice ordinario. Sul piano sostanziale, la tipica caratteristica dell’autoritarità dell’atto amministrativo verrebbe, secondo la dottrina maggioritaria, frustrata se si riconoscesse la nullità del provvedimento “antieuropeo”, peraltro in aperto contrasto con il carattere a circuito chiuso delle ipotesi di nullità stabilite dall’art. 21-septies, l. n. 241/1990⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Cfr. COCCO, *Le «liaisons dangereuses» fra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, 698 ss.; GIOVAGNOLI, *L’atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell’autotutela decisoria*, Giust. Amm., 2004, 904; GAROFOLI, R. *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, Urb. App., 1997, n. 3, 340; CHIOLA, *L’ordinamento comunitario e l’attività della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 55; MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale*, Dir. Proc. Amm., 1990, 284. In ordine al secondo orientamento rispetto alla nullità, RAGAZZO, *Vincoli comunitari, discrezionalità nell’esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*, Urb. App., 6, 2006, 698. Cfr., in senso critico rispetto alla possibilità di distinguere attribuzione e regolazione del potere secondo l’ordinamento amministrativo italiano, VILLATA/RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit. 404; VILLATA, *L’atto amministrativo*, cit. 858; VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l’incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, Dir. Proc. Amm., 2005, 1112 ss., cfr. spec. 1117 ss.; GALLO, C.E. *Impugnazione, disapplicazione ed interpretazione del bando di gara nei contratti della pubblica amministrazione: una pronuncia di assestamento*, Urb. e App. 2003, 428.

⁵⁵⁷ Così, MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 229; ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, cit. 1370; VIPIANA/CINGANO, *L’atto amministrativo*, cit., 230; VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 448; CARANTA, *Variazioni sull’inesistenza dell’atto amministrativo adottato in situazioni di carenza di potere*, Giust. civ. 1999, 1, 211; ID., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, Giur. It., 3-1989, 284 ss.; PONTE, *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della l. n. 15/2005*, Milano, 2005, 75. Si potrebbe prospettare la nullità per mancanza degli elementi essenziali laddove questi siano espressamente previsti dal diritto europeo o in tema di violazione o elusione del giudicato; potrebbe altresì configurarsi nullità per ipotesi di difetto d’attribuzione *sub specie* di carenza di potere (così, SPASIANO, *Nullità del provvedimento*, in PAOLANTONIO-POLICE-ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 574). Vale tuttavia la pena di rilevare, a prescindere delle difficoltà sistematiche relative all’azione di nullità nel codice del processo amministrativo e alle differenze processuali relative alla rilevazione della nullità e dell’annullabilità, come la mancanza di riferimenti specifici al diritto dell’Unione Europea nel corpo della l. n. 241/1990 sembri essere deliberata.

Il discorso appena riassunto nasce – e ha in astratto una sua coerenza e validità teorica – sulla scorta della considerazione dei rapporti tra sistema sovranazionale e ordinamento interno siccome nettamente separati e distinti (secondo la più volte ricordata dottrina dualista). Stante questa premessa, e ferma la possibilità di identificare nella nullità un mezzo di risoluzione delle antinomie per quanto concerne il contrasto diretto e indiretto di un provvedimento interno con il diritto europeo, si pone il problema di verificare se l'opzione della nullità quale ipotesi risolutiva del conflitto possa ragionevolmente darsi (anche) con riferimento ai principi del diritto amministrativo nazionale dopo la previsione espressa di cui all'art. 1, l. n. 241/1990.

Si ritiene – in piena consonanza con la maggioritaria dottrina – che far discendere la nullità provvedimento dal contrasto tra provvedimento interno e ordinamento sovranazionale non sia consigliabile, considerata la necessità di assicurare l'efficacia dell'azione amministrativa e acquisita l'impossibilità di sradicare l'odierno sistema del giudizio amministrativo italiano, fondato sul binomio annullabilità/illegittimità; occorre allora dare conto di un profilo problematico troppo spesso dimenticato dai difensori della nullità, al fine di sconfessare la prospettiva qui in disamina su un piano eminentemente sistematico: ci si riferisce, appunto, al rapporto tra una specifica (ma ad un tempo generalissima) tipologia di contrasto del provvedimento – quella dei principi generali – con il regime della nullità.

Tra i molteplici problemi che l'adozione della nullità come soluzione del conflitto con i principi generali europei richiamati all'art. 1, l. n. 241/1990 pone vi è l'inconciliabilità dell'impostazione rigidamente dualista – a base dell'opzione dottrinale e giurisprudenziale della nullità nel campo che ne occupa – con la disposizione nazionale che prescrive il rispetto dei *“principi generali dell'ordinamento comunitario”*.

Pare anzitutto doversi rilevare l'incongruenza, rispetto all'orientamento favorevole alla nullità, dell'esplicita previsione dei principi generali europei quale diretto parametro di legalità dell'azione amministrativa; tale circostanza spiega chiaramente, infatti, come il legislatore italiano abbia inteso immettere i canoni europei nel sistema nazionale di riferimento senza soluzione di continuità con i principi e la disciplina di matrice esclusivamente nazionale. Resta dunque da comprendere – ciò che i fautori della nullità, per parte loro, non chiariscono – in che modo possa conciliarsi la prospettiva dualista con una disposizione che sembra presumere (o ribadire) una concezione integrazionistica degli ordinamenti.

In seconda battuta, si rimarca come, anche accogliendo l'orientamento favorevole alla nullità, almeno nella sua accezione intermedia che distingue tra provvedimento emanato sulla

base di una disposizione interna attributiva del potere o meramente regolativa del potere (essenzialmente in casi di competenza concorrente Unione/Stato)⁵⁵⁸, sia ben difficile tentare una distinzione convincente rispetto a quale delle due ipotesi sia concretamente utilizzata nel caso specifico⁵⁵⁹, anche perché l'applicazione generalizzata (spesso implicita) del diritto europeo e dei suoi principi nel contesto precettivo del provvedimento, a prescindere dalla natura della base giuridica, non permette una ripartizione univoca.

Quanto appena prospettato sembra suggerire, in pratica, l'impossibilità di considerare il riferimento ai principi del diritto amministrativo europeo scollegato da una posizione essenzialmente monista nei rapporti tra ordinamento nazionale e sistema sovranazionale, stante il mancato accentramento – nel caso in esame – di una regola giuridica-parametro nazionale che funga da barriera (disapplicabile) rispetto al diritto europeo, e considerata altresì la difficoltà – salvo errori macroscopici – di ricollegare alla violazione dei principi del diritto europeo (specie nella formulazione generica di cui all'art. 1, l. n. 241/1990) la diretta conseguenza della nullità del provvedimento nazionale⁵⁶⁰.

Come è stato da più parti rammentato in ordine all'orientamento favorevole alla nullità, tale opzione *“determina (...) paradossali conseguenze negative circa la rilevanza del diritto, dato che in questo modo si nega alle norme comunitarie direttamente applicabili ogni efficacia diretta sull'operato amministrativo”*, determinando un *“radicale sconvolgimento”*⁵⁶¹ del sistema processuale nazionale che non appare giustificabile allo stato della giurisprudenza della CGUE e della lettera dei trattati.

b) In giurisprudenza

⁵⁵⁸ Cfr. però VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 1118: *“La violazione indiretta della normativa comunitaria, invece, non può che coinvolgere le modalità di esercizio del potere: 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 della competenza amministrativa. 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”*. Cfr. anche CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2008, 2, 433.

⁵⁵⁹ Cfr. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2006 145.

⁵⁶⁰ Dato il carattere di linea guida fondamentale dei principi generali del diritto europeo dovrebbe ritenersi che un tale contrasto comporti violazione diretta del diritto dell'Unione. Tuttavia, la sovrapposizione dei principi generali italiani e sovranazionali, nonché la scarsissima specificazione dei parametri di riferimento europei nel corpo della legge sul procedimento amministrativo non aiuta a identificare una chiara causa di nullità, anche considerando che l'odierno dettato dell'art. 21-septies non apre spiragli in questo senso. Del resto, come si è già ricordato, la soluzione delle antinomie tra atto nazionale e diritto europeo pare non potersi che fondare – sul piano dei rapporti tra principi generali e provvedimenti interni – su una prospettiva monista.

⁵⁶¹ Così, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 496.

Come più volte ricordato, l'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla nullità come modalità di risoluzione dei conflitti tra diritto europeo e atti amministrativi nazionali è ormai risalente e in via di più che tendenziale abbandono.

Il caso apripista è rappresentato dalla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34: nella fattispecie, il contrasto concerne il criterio di individuazione dell'anomalia delle offerte eccessivamente basse stabilito dalla legge, sia perché rapportato alle altre offerte e non alla prestazione, come previsto dalla normativa europea (art. 29, n. 5 direttiva del Consiglio 305/71/CEE), sia perché fondato su criteri matematici che non consentono l'esplicazione del contraddittorio come stabilito dalla normativa sovranazionale medesima.

Nello specifico, il ricorrente lamenta l'esclusione dalla gara sulla scorta del fatto che la Stazione Appaltante avrebbe ritenuto anomala l'offerta in base alla normativa nazionale, quando la stessa non attribuisce il potere di aggiudicare l'appalto né quello di procedere all'esclusione delle offerte anomale, disciplinando unicamente le modalità di esercizio della procedura di esclusione.

Partendo dalla disapplicazione della disposizione interna contraria al diritto sovranazionale per assoluta incompatibilità dei fini, il Collegio, omettendo di individuare il precetto normativo interno atto a fondare il parametro di legittimità del provvedimento contestato (e non potendo necessariamente la disposizione della direttiva assurgere a base giuridica diretta dell'azione amministrativa nazionale), finisce per riconoscere l'inesistenza del titolo su cui si fonda il provvedimento censurato⁵⁶².

Secondo la pronuncia in esame, dunque, *“il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa legibus soluta, egli non può che dare atto della radicale nullità dell'atto medesimo”*.

E' appena il caso di rilevare come tale ragionamento prenda le mosse da un presupposto discutibile, se non logicamente viziato: l'orientamento fatto proprio dal giudice amministrativo viene ricondotto a una visione strettamente dualista nei rapporti interordinamentali e tuttavia ciò non impedisce che sia disapplicata una disposizione normativa interna per contrasto con una direttiva europea *non direttamente applicabile*, salvo poi permettere, con un salto logico notevole, il riconoscimento della mancanza di un parametro cui riferire la legittimità del provvedimento amministrativo. Come si vede, la netta

⁵⁶² E' stata notata, rispetto al caso in disamina, la disinvoltata fungibilità di nullità e inesistenza quali sottocategorie dell'invalidità provvedimentoale. Per tutti, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 200.

separazione tra ordinamenti è, nei fatti, predicata con riguardo a un caso alla cui radice vi è un'interpretazione degli effetti delle direttive non *self-executing* non rispondente ai dettami della concezione rigidamente dualista.

Ancora rispetto alle pronunce che utilizzano lo schema della nullità, sono da ricordare almeno due casi: il primo assai indietro nel tempo⁵⁶³ e il secondo, più recente, in materia di appalti pubblici. A mente della massima relativa a quest'ultimo, *“il mancato invio all'ufficio pubblicazioni ufficiali della Comunità europea dell'avviso o del bando di gara per appalti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in violazione delle disposizioni dell'art. 12 d.lg. 19 dicembre 1991 n. 406 e dell'art. 29 lett. a) l. 11 febbraio 1994 n. 109, comporta la nullità della gara”*⁵⁶⁴.

Rispetto all'orientamento intermedio⁵⁶⁵, inaugurato con la nota sentenza del Consiglio di Stato n. 35 del 2003, che riconosce – a determinate condizioni – l'accessibilità sistematica al sistema della nullità, stante, negli altri casi, la piena applicabilità dell'ordinario regime dell'illegittimità/annullabilità, occorre soffermarsi.

Secondo il ragionamento del Collegio, *“appare (...) agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario”*.

Precisa ulteriormente la pronuncia che, alla stregua dei canoni classici del giudizio amministrativo, *“al di fuori del caso da ultimo descritto, quindi, l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità”*⁵⁶⁶.

⁵⁶³ Si tratta della sentenza T.A.R. Veneto, 14 dicembre 1978, n. 1075, che tuttavia subordina la soluzione della nullità provvedimento al riconoscimento della validità, sul piano europeo, di una legge nazionale che attribuisce all'Amministrazione del potere di emanazione del provvedimento.

⁵⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1004.

⁵⁶⁵ In questi termini, tra gli altri, MATTARELLA, *Il provvedimento*, in SANDULLI, A. (cura) *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005, 200; GIOVAGNOLI/FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, cit. 140.

⁵⁶⁶ Ancor prima della pronuncia commentata, il giudice amministrativo toscano, con la sentenza Tar Toscana, sez. II, n. 156 del 1996 si è dichiarato favorevole alla teoria qui autorevolmente prospettata. Il Consiglio di Stato, dal canto suo, con l'arresto Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, confermando in grado d'appello

In piena consonanza con il quadro giurisprudenziale appena prospettato si pone, più recentemente, il T.A.R. Basilicata, che – ragionando sul regime d’incompatibilità dei provvedimenti nazionali in contrasto con il diritto europeo – statuisce che *“la violazione di una norma comunitaria da parte di un atto e/o provvedimento amministrativo assume la configurazione di un vizio di illegittimità-annullabilità, che sul piano processuale comporta l’onere di impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il termine decadenziale di 60 giorni; mentre il vizio di nullità (alla luce della predetta Sentenza Corte di Giustizia della Comunità Europea n. 198 del 9.9.2003) risulta configurabile soltanto se l’atto e/o provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna incompatibile (e perciò disapplicabile secondo quanto statuito dalla citata Sentenza Corte di Giustizia della Comunità Europea n. 198 del 9.9.2003) con il diritto comunitario”*⁵⁶⁷.

Da quanto emerge dalla rilevazione appena condotta, sembra di potersi concludere il discorso relativamente all’orientamento giurisprudenziale e dottrinale teso a favorire la nullità rispetto alle tipologie di contrasto qui d’interesse nel senso che – alla luce dell’odierno stato dei rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo – non possa negarsi il carattere fondamentalmente integrato dei due sistemi di riferimento, accompagnato da una sostanziale indifferenza rispetto ai metodi di risoluzione delle antinomie, lasciati – di massima – all’autonoma sistematizzazione degli Stati membri.

In questo quadro, pare che la giurisprudenza del giudice amministrativo, in accordo con buona parte della più recente dottrina, respinga la soluzione della nullità in quanto – lo si preciserà innanzi – estranea alle usuali regole di trattamento delle patologie degli atti amministrativi viziati, non supportata da idonea base giuridica nel dettato dell’art. 21-septies con riferimento al sistema europeo e, da ultimo, non necessaria ai fini dell’efficacia dell’azione amministrativa nazionale.

l’orientamento fatto proprio dal T.A.R. Toscana, precisa che *“è principio acquisito che la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità - annullabilità dell’atto amministrativo interno con essa contrastante, mentre la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e quindi disapplicabile) con il diritto comunitario. Pertanto, al di fuori del caso da ultimo descritto, l’inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta l’annullabilità del provvedimento viziato, nonché, sul piano processuale, l’onere della sua impugnazione dinanzi al g.a. entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità”* (dalla massima).

⁵⁶⁷ Così, letteralmente, T.A.R. Basilicata, 17 ottobre 2006, n. 723. Come correttamente sostenuto da MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 203, la pronuncia in disamina non sembra discostarsi dalle conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 35/2003, atteso che – sebbene il giudice lucano non faccia esplicito riferimento alla natura attributiva del potere della norma interna in base alla quale l’atto amministrativo è stato adottato – l’ampio *excursus* teorico offerto dal T.A.R. è pienamente in linea con l’orientamento giurisprudenziale “condiviso” espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza dianzi rammentata. Cfr. sul punto, oltre all’Autore ricordato, in prospettiva discordante, ARLOTTA, *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo. Rapporti tra ius superveniens e provvedimento amministrativo*, in www.lapraticaforense.it (2007).

IV. LA TESI DELL'ANNULLABILITÀ:

a) *In dottrina*

Secondo il filone dottrinale sposato dalla dottrina maggioritaria, il regime del provvedimento amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo viene ricondotto all'usuale paradigma dell'illegittimità/annullabilità proprio dell'atto amministrativo italiano a mente dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990⁵⁶⁸.

L'orientamento in parola, nel sottolineare il parallelismo tra la disciplina dell'annullabilità prescritta dalla legge sull'azione amministrativa per il provvedimento interno e quella suggerita nel trattamento dell'invalidità provvedimentale alla luce del diritto europeo, precisa le ragioni sistematiche per le quali non è possibile ricomporre detto contrasto secondo le altre prospettazioni (e cioè, come già si è rilevato), la nullità e la disapplicazione del provvedimento violativo del diritto dell'Unione.

In particolare, la teorica in esame rimarca come, a conseguenza dell'adesione all'orientamento della nullità (e, come meglio si vedrà più oltre, della disapplicazione) debba riconoscersi tanto uno stravolgimento del regime processuale nazionale, quanto un'interpretazione alterata della teoria dell'invalidità provvedimentale di matrice europea, stabilita dagli stessi Trattati con esplicito riguardo agli atti delle istituzioni sovranazionali – che prevede, di regola, la mera annullabilità del provvedimento viziato (art. 263 TFUE)⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Cfr. tra i tanti, VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, cit., 1116, secondo cui “l'invalidità comunitaria non darebbe 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”; ID. *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, in particolare 190 ss. Negli stessi termini, tra gli altri, DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, Dir. proc. amm. 2008, 1, 273 ss.; SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in STICCHI DAMIANI, S./VETRÒ, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, cit., 150 ss. VILLATA/RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 403; GAROFOLI, R. *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, cit. 905; FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1993, 74; GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, cit. 933 ss. In ordine a tale opzione teorica, si è con chiarezza rilevato – sulla scorta delle riflessioni dell'Autore da ultimo citato – che “[l]e ragioni della scelta dell'integrazione degli ordinamenti porta come conseguenza quella di convenire che il contrasto normativo non può essere risolto se non secondo i consueti canoni dei rapporti tra norme appartenenti allo stesso sistema. La legge incompatibile con un regolamento comunitario se successiva sarà affetta da quella che l'Autore definisce un'indubbia patologia che non può che essere quella consueta della legge, un vizio di invalidità qualitativamente analogo a quello che presenta la legge incostituzionale. Questa conseguenza è applicabile sia nel caso dell'intermediazione di una legge nazionale incompatibile (e quindi atti amministrativi applicativi di norme di legge italiana, a loro volta contrastanti con regolamenti) sia nel caso di contrasto diretto tra atto amministrativo e normativa comunitaria direttamente applicabile” (così, LEONE, C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, Riv. it. dir. pubbl. Com. 2000, 5, 1186, nt. 32).

⁵⁶⁹ Per tutti, sul punto, VILLATA/RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit. 404; DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, cit. 276; ID. *Il ruolo della pubblica amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2009,

L'identica prospettiva relativamente alla disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sul piano interno ed europeo comporta i) la necessità di tempestiva impugnazione del provvedimento che si assume viziato, ii) la specificazione di puntuali motivi di gravame relativamente al contrasto del contenuto del medesimo con il diritto dell'Unione Europea, altrimenti non rilevabili d'ufficio, iii) una sentenza di annullamento del provvedimento⁵⁷⁰.

Secondo parte della dottrina, il regime del provvedimento interno emanato in applicazione di una disposizione normativa incompatibile con il diritto europeo presenterebbe similitudini con la patologia di un atto emanato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale, evidenziando uno stato viziante *“qualitativamente analogo a quello che presenta la legge incostituzionale”*⁵⁷¹.

Su un piano generale, comunque, l'orientamento in parola riconduce il vizio scaturente dall'invalidità del provvedimento amministrativo interno emanato in violazione del diritto dell'Unione Europea, sulla scorta della teoria dell'integrazione tra ordinamenti, all'ipotesi di violazione di legge⁵⁷².

b) In giurisprudenza

Come è stato puntualmente notato in dottrina, la più recente giurisprudenza amministrativa sembra decisamente propendere per l'equiparazione dell'invalidità europea a

2, 445; GIACCHETTI, *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, Relazione presentata al XXXVIII convegno di studi amministrativi, svoltosi a Varenna il 17-19 settembre 1992, sul tema: «Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea», in *Giur. Amm. Sic.* 1992, p. 879 ss. e ora digitalizzato anche alla pagina internet http://www.lexitalia.it/articoli/giacchetti_illegittimita.htm.

⁵⁷⁰ Tra gli altri, si veda almeno GAROFOLI, R. *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, cit. 905.

⁵⁷¹ Così, GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, cit. 933; ampiamente, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 203, del quale si veda anche l'accurata ricognizione della dottrina sul punto. Recentemente, decisamente contrario all'equiparazione anzidetta appare CLARIZIA, P. *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, cit. 212, sulla scorta della differenziazione dovuta alla possibilità, nel caso di contrasto con il diritto europeo, di disapplicazione della disposizione nazionale (che, quindi, non risulta idonea a fondare o disciplinare l'esercizio del potere pubblico); ciò che, rimarca l'Autore, non è giuridicamente pensabile con riguardo a una norma costituzionale, la quale resta pienamente operante nel sistema di riferimento sino alla dichiarazione di incostituzionalità. Un interessante raffronto tra il vizio che inficia il provvedimento amministrativo contrario al diritto europeo e quello relativo all'incostituzionalità dell'atto amministrativo è dovuto a PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, *Giur. Cost.*, 2008, 4, 3635 ss., nonché – seppure in diversa prospettiva, a COCCO, *Le «liaisons dangereuses» fra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, cit. 638 ss. Sul punto, in maniera esaustiva, FOÀ, S. *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, cui si rimanda per una puntuale disamina del complesso tema (vedi spec. pp. 131 ss.).

⁵⁷² “Se ne ricava” secondo DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, cit., 277, “che il vizio inficiante il provvedimento non conforme alla disciplina comunitaria debba sempre qualificarsi vizio di legittimità per violazione di legge. Ne consegue, sul piano processuale, l'annullabilità e, dunque, l'onere per l'interessato di proporre tempestiva impugnazione”.

quella nazionale, nel segno – dunque – del tradizionale paradigma dell’illegittimità/annullabilità, in conseguenza del fatto che – sul piano normativo – “[non] si può sostenere che il provvedimento adottato in violazione del diritto comunitario sia nullo, in quanto l’entrata in vigore dell’art. 21 septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all’interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario”⁵⁷³.

Una breve rassegna delle pronunce centrate sul tema suggerisce l’ormai avvenuto consolidamento, nella giurisprudenza amministrativa, dell’opzione dottrinale maggioritaria, sebbene nel sempre più omogeneo quadro appena descritto non manchino, ad oggi, sacche di resistenza⁵⁷⁴.

In genere, l’orientamento dominante rimarca che *“l’atto amministrativo violativo del diritto comunitario è affetto dal vizio di illegittimità per violazione di legge e non dal vizio della nullità ciò perché l’art. 21 septies l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, e non vi rientra la violazione del diritto comunitario. Ne consegue pertanto sul piano processuale, l’onere dell’impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario, dinanzi al g.a. entro il termine di decadenza, pena la inoppugnabilità e sul piano sostanziale, l’obbligo per l’Amministrazione di dar corso all’applicazione dell’atto, salva l’autotutela”*⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831; negli stessi termini, Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 27 marzo 2007, n.549. Ancora, più recentemente, nello stesso senso, Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giurisd., 21 aprile 2010, n. 553, Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1414; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 11 luglio 2008, n. 1367; Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4890; Tar Lazio, Roma, Sez. III. In dottrina, sul punto, DELSIGNORE, *La disapplicazione dell’atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, cit., 276. Altrettanto chiaramente, DE PRETIS, *L’influenza del diritto comunitario sulla tutela giurisdizionale: qualche spunto*, in MARCHETTI, B. (a cura), *L’amministrazione comunitaria*, Padova, 2009, dove si rimarca che l’ormai lunga teoria di sentenze della CGUE sul tema del contrasto tra provvedimento nazionale e diritto sovranazionale prospetta univocamente *“un nuovo caso di annullamento doveroso”* (p. 112).

⁵⁷⁴ Cfr., per esempio, nel senso di una distinzione tra casi di nullità e annullabilità secondo la già rammentata *“tesi intermedia”*, T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 11 novembre 2011, n. 284: *“Invero, anche la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell’atto interno, mentre la diversa forma patologica della nullità risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l’atto) palesemente incompatibile col diritto comunitario e, quindi, disapplicabile”*. Lo stesso si dica, meno recentemente, per Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072.

⁵⁷⁵ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; per la qualificazione del contrasto tra diritto sovranazionale e provvedimento interno siccome *“vizio di illegittimità”* per violazione del diritto europeo, espressamente, Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. Giurisd., 21 aprile 2010, n. 553, nonché – con specifico riferimento ai requisiti per l’autotutela amministrativa, Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1414. Ancora, oltre alla giurisprudenza già citata, T.A.R., Sardegna, Sez. I, 11 luglio 2008, n. 1367; Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2007, n. 4890; Tar Lazio, Roma, Sez. III

Da quanto appena prospettato – e salvo quanto si preciserà innanzi rispetto ad un’ulteriore modalità di soluzione delle antinomie tra diritto europeo e attività amministrativa nazionale “euroincompatibile” – può oggi affermarsi che, sebbene entro il margine di un dibattito dottrinale non sopito, *“non pare che sussistano necessità comunitarie, che impongano un mutamento del regime dell’atto amministrativo nazionale, allorché sia inficiato da illegittimità comunitaria. O, almeno, a queste conclusioni [...] pare di poter pervenire alla stregua del criterio di effettività, interpretato [...] come equivalenza “verticale” e, cioè, equivalenza come risultato del raffronto di regimi e rimedi nazionali e comunitari: la sostanziale uniformità del sistema di giustizia amministrativo nazionale e comunitario (non si deve dimenticare che quest’ultimo è stato concepito ad immagine e somiglianza dei sistemi mitteleuropei) inducono a tale valutazione complessiva”*⁵⁷⁶.

V. LA TESI DELLA DISAPPLICABILITÀ:

a) In dottrina

Un’autorevole dottrina insiste nel ritenere che, *“al fine di assicurare il rispetto degli obblighi comunitari assunti dagli Stati membri, nonché e soprattutto per garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto”*⁵⁷⁷, i rapporti tra attività amministrativa e ordinamento europeo debbano declinarsi – rispetto al sistema dell’invalidità – in modo diverso da quello usualmente incentrato sull’illegittimità/annullabilità⁵⁷⁸.

ter, 2 novembre 2006, n. 11612; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2005, n. 2566; T.A.R. Veneto, 19 aprile 2004, n. 1122.

⁵⁷⁶ Così, espressamente, GRECO, G. *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, Riv. it. dir. pubbl. Com., 2008, 2, 505. Tra gli altri, con perentoria chiarezza, DE PRETIS, *L’influenza del diritto comunitario sulla tutela giurisdizionale: qualche spunto*, cit. 112.

⁵⁷⁷ Cfr. CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 497; PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit. 26; SQUINTU, *Il diritto comunitario nella giurisprudenza amministrativa italiana*, in PICOZZA (a cura), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 93; PICOZZA., Voce *“Giustizia amministrativa e diritto comunitario”*, in Enc. Giur., XV, Roma, 1997, 2; per FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, 112, la disapplicazione costituisce *“una regola generale dell’ordinamento italiano”* in forza del diritto europeo; in maniera più sfumata, come si vedrà innanzi, ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, in Dir. Com. Sc. Int., 1991, 19.

⁵⁷⁸ A parere di MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 259, la tesi in disamina, unitamente ad altri orientamenti diversi dalla classica impostazione dell’illegittimità/annullabilità figura *“come tentativ[o] relativamente recente di mettere in crisi il tradizionale regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario”*. Nello stesso senso si esprime CHIEPPA, R. *Il nuovo regime dell’invalidità del provvedimento amministrativo*, Giust.Amm.it, n. 12/2005. Contra, BARTOLINI, A. *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit. 289, secondo il quale la tesi della disapplicabilità (in ogni tempo) è *“sicuramente prevalente”*.

Secondo l'orientamento dottrinale in parola, potendosi prescindere dal contrasto teorico in ordine alla prospettiva dualista o monista circa i rapporti tra ordinamenti⁵⁷⁹, potrebbe applicarsi il concetto di disapplicabilità dei provvedimenti amministrativi nazionali in conflitto con il diritto europeo, anche oltre il termine di decadenza⁵⁸⁰.

La linea ermeneutica che ne occupa rileva che, ove non si accettasse un regime generale di disapplicabilità del provvedimento contrastante con il diritto europeo, si avrebbe il paradossale effetto di ottenere *“un’inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali”*⁵⁸¹, nel senso che i provvedimenti amministrativi risulterebbero dotati di maggior forza di resistenza al sistema europeo rispetto agli atti normativi interni, cedevoli per via di disapplicazione in caso di contrasto con precetti sovranazionali⁵⁸².

Tale orientamento, dunque, intende ampliare le (altrimenti limitate⁵⁸³) possibilità di disapplicazione provvedimento, disinnescando gli effetti dell'atto viziato nell'ambito del

⁵⁷⁹ Cfr., CHITI, M.P. *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2000, 02, 301, secondo cui *“la dicotomia dualismo/monismo aveva una sua attualità in un'epoca che è ormai passata e nell'ambito di sistemi giuridici tra loro poco comunicanti. Sono altre, attualmente, le caratteristiche del diritto amministrativo in sistemi sempre più pluralistici e, soprattutto, negli ordinamenti sopranazionali di cui il diritto amministrativo appare aspetto giuridico essenziale”*. Ancora, sul punto, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 497; FERRARI, E. *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa di invalidità e non applicazione per il principio di specialità*, cit., 1081 ss.

⁵⁸⁰ Come già rilevato in altra parte del presente lavoro, la scelta terminologica tra “disapplicazione” e “non applicazione” non risponde a velleità stilistiche né a un'opzione meramente estetica: in sintesi, può dirsi che, mentre la dizione “disapplicazione” si riferisce a una concezione monista dei rapporti tra ordinamenti, esprimendo un rapporto in senso lato gerarchico all'interno di un sistema precettivo integrato, il concetto di non applicazione si presta all'elaborazione dualista, in quanto presuppone un'ineliminabile distinzione degli ordinamenti. Deve però rimarcarsi come la distinzione tra disapplicazione e non applicazione si declini diversamente a seconda dei parametri di riferimento in discussione nel caso concreto: ove si tratti – come ha precisato la Corte Costituzionale studiando il fattore terminologico – di antinomie tra due disposizioni normative (di matrice europea l'una e nazionale l'altra), allora potrebbe a rigore soltanto parlarsi di “non applicazione”, essendo la detta antinomia risolta senza che siano riscontrati dei vizi invalidanti nella disposizione recessiva, ma soltanto attraverso la soluzione di un rapporto di competenza tra due precetti astrattamente applicabili al caso di specie (e ciò, in ultima analisi, può valere anche laddove si ritenga ormai raggiunta l'integrazione dei sistemi nazionale ed europeo secondo la prospettiva monista). Se invece si ragiona di atti amministrativi contrastanti con disposizioni normative, entra in gioco il criterio gerarchico che, nel dirimere un conflitto tra provvedimento e disposizione normativa, ove ritenga l'atto incompatibile con la disposizione stessa, lo “disapplica” proprio perché neutralizza gli effetti di un precetto individuale e concreto gerarchicamente inferiore e nondimeno appartenente al medesimo sistema integrato. Sarebbe interessante, da un punto di vista dell'analisi giuridica, considerare gli argomenti di una dottrina dichiaratamente dualista che tratti la “disapplicazione provvedimento” coerentemente con i presupposti di separazione predicati da quella teorica. Tuttavia, come si è visto, i non molti sostenitori della disapplicabilità del provvedimento contrastante con il diritto europeo prendono le mosse da una prospettiva monista, quando non negano espressamente la rilevanza della *summa divisio* nei rapporti tra ordinamenti. Cfr., sulla differenza tra non applicazione e disapplicazione, FOA, S. *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, 185.

⁵⁸¹ Per questa osservazione, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 498; ID., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com. 1991, 94 ss.; ID. *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, Dir. Amm. 2003, 4, 687 ss.

⁵⁸² Cfr. anche GIOVAGNOLI/FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, cit. 142.

⁵⁸³ Oltre alla risalente ipotesi sancita dall'art. 5, della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, la giurisprudenza amministrativa ammette la disapplicazione degli atti normativi secondari non ritualmente

caso concreto sottoposto al giudice, al fine di assicurare la risoluzione della specifica questione presentatasi, rendendo mero incombente formale l'annullamento dell'atto amministrativo disapplicato e difendendo così in maniera efficace l'uniforme applicazione del diritto europeo⁵⁸⁴.

Vale sin d'ora la pena di rilevare come la principale obiezione mossa dai fautori della disapplicazione in ogni tempo del provvedimento amministrativo euroincompatibile al regime ordinario di annullabilità sia costituita – lo si è visto – da una pretesa inversione del sistema costituzionale delle fonti, tale da rendere l'atto amministrativo viziato più resistente della disposizione normativa contrastante con un precetto europeo.

Ebbene, come ben dimostrato da attenta dottrina⁵⁸⁵, tale assunto presta il fianco a critiche circostanziate, giacché la non applicazione di una disposizione di legge ha natura essenzialmente strumentale rispetto alla prevalenza del diritto europeo nel caso concreto (cioè: nella specifica controversia), potendo comunque “rivivere” nella generalità dei casi ulteriori, laddove non contrasti con altra disposizione europea; mentre, allora, la disposizione nazionale è sterilizzata una volta per tutte nel preciso ambito materiale e temporale di vigenza della disciplina europea⁵⁸⁶, il provvedimento interno, invece, è suscettibile di essere disapplicato un numero indefinito di volte.

Da quanto appena rilevato consegue, sul piano sistematico, che al giudice amministrativo è riservato un ben più incisivo potere di annullamento del provvedimento

impugnati e contrastanti con le disposizioni sovraordinate e, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, degli atti amministrativi cd. “paritetici” in controversie ove sia questione di diritti soggettivi. Per un quadro giurisprudenziale delle anzidette eccezioni, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 53 ss., a parere del quale “*almeno allo stato attuale della giurisprudenza, si può affermare che il giudice amministrativo detiene un potere generale di disapplicazione, svincolato dalla particolare situazione giuridica soggettiva coinvolta o dalla competenza giurisdizionale nella quale è adito, soltanto nei confronti degli atti sostanzialmente normativi*” (67). Cfr. anche la giurisprudenza citata in FOÀ, *S. Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, 185 che, prendendo spunto da argomenti affiorati nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat* francese, riconosce al giudice amministrativo il potere di disapplicare i regolamenti cd. “volizioni – preliminari”.

⁵⁸⁴ Secondo la dottrina favorevole alla disapplicabilità, “occorre francamente riconoscere che il giudizio di legittimità è un vestito troppo stretto rispetto all'esigenza dell'effettività comunitaria” (così, letteralmente, PICOZZA, Voce: “*Giustizia amministrativa*”, cit., 9). Tale circostanza, fondata su criteri propri dell'effettività e dell'uniforme applicazione del diritto europeo, permette di fornire una efficace tutela alle situazioni giuridiche non pienamente giustiziabili secondo l'ordinario schema dell'illegittimità/annullabilità, peraltro ammettendo di non ricollegare la potestà di disapplicazione al disposto dell'art. 5, legge abolitiva del contenzioso amministrativo (cfr., sul punto, anche CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 497 e 513, che riferisce di una non meglio precisata “*esigenza inerente al sistema comunitario*” e RIONATO, *Disapplicazione di un provvedimento che limita la libertà di prestazione di servizi: sanzione punitiva illegittima*, Dir. Pen. Proc., 1999, 847, per cui il potere-dovere di disapplicazione “*si affianca, somiglia ma si distingue*” dalla disposizione di cui all'art. 5, legge abolitiva del contenzioso amministrativo). In generale, sul punto, ancora MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 290 ss.

⁵⁸⁵ Amplissimamente, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 270; VILLATA/RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit. 401; BARBIERI, E.M. *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2000, 151 ss.

⁵⁸⁶ C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170; cfr. anche, per una lucida esplicazione logica del concetto, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 3 giugno 2005, n. 4375.

viziato, così che possa assicurarsi una volta per sempre – in nome della certezza giuridica – il carattere illegittimo dell’atto considerato, in modo da non permetterne alcuna applicazione.

Un ulteriore argomento dei campioni della disapplicabilità provvedimentoale consiste nella falla sistematica che si apre nel corpo dell’ordinamento in caso di adesione alla teorica dell’illegittimità/annullabilità, nel senso che – ove si sposi tale ultima tesi – la rimozione del provvedimento viziato sarebbe devoluta essenzialmente (se non esclusivamente) al soggetto interessato, creandosi così – in difetto di azione in autotutela da parte dell’autorità amministrativa emanante – una grave aporia rispetto alla necessaria applicazione del diritto europeo, frustrata dalla mancata impugnazione dell’atto invalido.

Deve precisarsi come – per vero – le voci che hanno cercato di ribattere sul punto non sempre abbiano colto nel segno, fondandosi nella maggior parte dei casi sul ruolo di compensazione – sovente sopravvalutato quanto a effettività d’intervento – svolto della Commissione Europea mediante il meccanismo delle procedure d’infrazione⁵⁸⁷, il quale peraltro è pensabile soltanto con riferimento a specifici e limitati (ancorché rilevanti) settori d’influenza europea.

L’orientamento volto alla disapplicazione, per la profondità di analisi di chi lo sostiene e per il notevole, fallace fascino simmetrico rispetto all’omologo istituto per la risoluzione delle antinomie tra disposizioni normative non può tuttavia sottrarsi a talune critiche ulteriori (e forse più penetranti e definitive di quelle appena mosse), che sembrano impedirne l’adozione a regime generale d’invalidità del provvedimento contrario al diritto europeo.

Anzitutto, accanto a una evidente lesione del principio dispositivo che governa il processo amministrativo nazionale, l’adesione alla teoria della disapplicazione condurrebbe a un ampliamento delle ipotesi di disapplicazione stesse, giacché non potrebbe logicamente sostenersi una differenziazione tra “vizi di matrice europea” (che conducano alla disapplicazione del provvedimento) e “vizi tradizionali” del provvedimento amministrativo⁵⁸⁸.

Oltre alla cennata disparità di trattamento, onde evitare – a scandalo dei fautori della dottrina in parola – una rivoluzione del sistema delle fonti, la disapplicazione dovrebbe ragionevolmente ritenersi predicabile anche per i provvedimenti emanati in applicazione di disposizioni nazionali contrastanti con la Costituzione; contrariamente opinando, infatti, la

⁵⁸⁷ Così, ad esempio, GRECO, G. *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, cit. 942; MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 273.

⁵⁸⁸ Tra i molti, GIACCHETTI, *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, cit. Peraltro, come ben sottolinea PIGNATELLI, *L’illegittimità “comunitaria” dell’atto amministrativo*, cit., 3656, l’istituto della disapplicazione degli atti amministrativi “sta (...) al di fuori del gioco di bilanciamento tra modello processuale e officiosità; non può essere metabolizzata, rappresentando non una semplice alterazione di tale modello ma una sua assoluta rottura in senso oggettivo”.

patologia di contrasto tra provvedimento nazionale e Costituzione sarebbe da considerarsi “meno grave” rispetto al conflitto intercorrente tra provvedimento interno e disposizione sovranazionale⁵⁸⁹.

Da ultimo, l’adesione alla teorica della disapplicabilità in ogni tempo comporterebbe una lesione difficilmente giustificabile, anche in prospettiva europea, dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento⁵⁹⁰.

Le osservazioni critiche sin qui riportate possono riproporsi – pur se notevolmente affievolite – anche con riguardo ad una tesi intermedia, potrebbe dirsi “equidistante” tra annullabilità, disapplicabilità e nullità del provvedimento “antieuropeo”.

Secondo un orientamento assai interessante, anche se non particolarmente diletto dalla dottrina dominante, sarebbe ammessa la disapplicazione del provvedimento laddove il contenuto dello stesso sia tale da impedire l’applicazione del diritto sovranazionale e detto contrasto – che riguardi una disposizione europea direttamente applicabile – sia registrato da un organo europeo giurisdizionale o amministrativo⁵⁹¹.

In tutti gli altri casi, dovrebbe applicarsi – secondo la dottrina in disamina – l’ordinario regime di annullabilità, salvo le ipotesi di nullità previste laddove la disposizione normativa interna, sulla base del quale è emanato l’atto, attribuisca il potere di emanazione del provvedimento, in conformità all’anzidetta “tesi intermedia” sposata da alcune voci favorevoli a riconoscere spazio alla nullità nelle ipotesi in parola.

La disapplicazione di provvedimenti dotati delle caratteristiche di cui sopra è predicata tanto con riguardo alle autorità amministrative e giurisdizionali nazionali (anche *ex officio*), quanto rispetto ai privati stessi, eccettuato il caso di atti che precludano l’applicazione di direttive cd. “dettagliate” (cfr. *supra*), cui non si riconoscono effetti orizzontali (che ne permetterebbero l’invocabilità da parte dei privati medesimi).

Il principale profilo problematico rinvenibile con riguardo alla teoria di cui trattasi è costituito dal margine di evidenza che deve sussistere per l’interprete rispetto all’antinomia tra diritto nazionale e sistema europeo perché possa procedersi alla disapplicazione: il margine di incertezza, sul punto, deve essere nullo, tale – cioè – da non lasciar persistere dubbi in ordine alla sussistenza di un contrasto irriducibile.

E’ evidente, a meno di provvedimenti volontariamente e dichiaratamente confliggenti con il diritto europeo, come l’improbabile analisi lasciata all’interprete rispetto all’assolutezza del

⁵⁸⁹ Tra gli altri, ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., 1371.

⁵⁹⁰ Cfr. MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 262 e dottrina ivi citata.

⁵⁹¹ Tra gli altri (non molti), CHIOLA, *L’ordinamento comunitario e l’attività della pubblica amministrazione in Italia*, cit. 89 ss.; ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, cit. 19 ss.

contrasto debba necessariamente basarsi sui precedenti giurisprudenziali e che – nella pratica – il confine tra disapplicazione e le altre forme di invalidità previste dalla dottrina (e dalla poca giurisprudenza) favorevoli all’indirizzo sia assai labile.

Con riferimento a quest’ultima teoria, può senz’altro riconoscersi alle voci dottrinali che la propongono una fine capacità analitica che, non generalizzando lo strumento della disapplicazione, risulta considerare tanto la necessità di piena e uniforme vigenza del diritto europeo, quanto la necessità di contemperare tale obiettivo con il rispetto dei principi di certezza del diritto e affidamento legittimo, limitando la disapplicabilità ai casi di palese contrasto del provvedimento con il diritto dell’Unione (e subordinando la stessa alle condizioni stringenti di cui si è detto).

In questo senso, pare apprezzabile, a chi scrive, lo sforzo compiuto al fine di limitare le falle del sistema dell’illegittimità/annullabilità, ben evidenziate dalla dottrina favorevole alla disapplicabilità, senza con ciò attentare alle forme tradizionali di sindacato sul provvedimento amministrativo nazionale⁵⁹².

Non sembra, invece, che si possa accettare, sul piano pratico, l’ingegnosa ma ardua partizione dei diversi regimi d’invalidità (di volta in volta, disapplicazione, annullabilità, nullità), anche considerando che alla base della predetta distinzione vi è una giurisprudenza europea sempre in movimento. Restano peraltro ancora una volta ferme le osservazioni dianzi proposte con riguardo all’impianto normativo interno, che non pare – allo stato – giustificare un ampliamento dell’eccezionale istituto della disapplicazione nell’ambito del giudizio amministrativo⁵⁹³.

Del resto, il dettato della l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005 non reca menzione dei rapporti tra atto amministrativo nazionale e ordinamento europeo, ciò che – se pure è stato interpretato come una vera e propria “*occasione perduta*” di chiarificare in via

⁵⁹² Cfr., per esempio, l’equilibrata esposizione di CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Dir. Un. Eur., 2007, 4, 750, per cui “*si può tuttavia accettare che il regime processuale generale degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, sul piano dell’ordinamento interno, sia essenzialmente caratterizzato dall’annullabilità dei provvedimenti. Solo che tale regime discende da esigenze di ordine processuale determinate eminentemente dal rispetto del principio della certezza del diritto: ciò consente di spiegare perché esso venga meno o comunque subisca talune modifiche nel caso in cui esso non consenta di salvaguardare in maniera efficace i caratteri tipici delle fonti comunitarie*”. Tale indirizzo, che pare aderire alla tesi dello “sdoganamento” della disapplicabilità del provvedimento amministrativo contrastante rispetto al sistema europeo soltanto in casi di *extrema ratio*, sembra condivisibile, anche sulla scorta dell’elaborazione giurisprudenziale della CGUE, innanzi esaminata.

⁵⁹³ In questo senso l’argomentazione di CLARIZIA, P. *L’invalidità degli atti amministrativi nell’ordinamento europeo*, cit., 215, che, pur aprendo la strada – in via di principio – all’istituto della disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo per violazione del diritto dell’Unione Europea, ammette che “*allo stato attuale del processo di integrazione europea [il principio di autonomia procedurale] rimette la disciplina dei rimedi esperibili avverso gli atti amministrativi incompatibili con il diritto comunitario agli ordinamenti nazionali*”. Cfr., sul punto, le caute aperture di STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, Riv. Dir. Pubbl. Com., 1999, 6, 1416.

definitiva il regime di invalidità del provvedimento contrastante con il sistema europeo⁵⁹⁴ – sembra rinsaldare l’orientamento che sposa senza soluzione di continuità il regime previsto (anche) per gli atti amministrativi intaccati da vizi esclusivamente “nazionali”.

Per vero, la versione originaria del disegno di legge⁵⁹⁵ modificativo della l. n. 241/1990 riconduceva esplicitamente il contrasto dell’atto rispetto al diritto dell’Unione come “violazione (...) di disposizioni di fonte comunitaria” (art. 13-sexies); l’anzidetta dizione, destinata a essere stralciata dal testo finale, avrebbe forse indirizzato la dottrina verso una più decisa qualificazione dei vizi inficianti il provvedimento alla stregua di violazione di legge, nel senso tradizionale e, nel contempo, ampio del termine, sì da farvi comprendere qualsivoglia atto di normazione⁵⁹⁶.

Non sembra, tuttavia, che la mancanza di tale specifica caratterizzazione permetta, allo stato attuale della normativa processuale nazionale⁵⁹⁷, di identificare altrimenti il regime di incompatibilità del provvedimento nazionale contrastante con il diritto europeo.

In ultima battuta, pare di potersi ragionevolmente concludere che, sebbene certa (non incontrastata, lo si vedrà) giurisprudenza della CGUE abbia mostrato una propensione alla disapplicazione del provvedimento interno⁵⁹⁸, non sia possibile rinunciare al classico sistema fondato sull’illegittimità/annullabilità. In effetti, la relativa fortuna del concetto di disapplicazione riferito al provvedimento si può spiegare – come è stato efficacemente precisato – con la sostanziale alterità delle tecniche di tutela previste dal diritto europeo e dai diritti nazionali, giacché “nella dimensione comunitaria è forte l’anelito all’effettività della

⁵⁹⁴ L’espressione, efficace perché irrevocabile, è di MATTARELLA, B.G. *Il provvedimento amministrativo*, Giorn. Dir. Amm., 2005, 479; nello stesso senso, ID., *Le dieci ambiguità della l. n. 15/2005*, Giorn. Dir. Amm., 2005, 819.

⁵⁹⁵ Si tratta del D.d.l. presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro per la Funzione Pubblica di concerto con il Ministro per gli Affari Regionali, comunicato alla Presidenza il 21 marzo 2002, “*Modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa*” (A.S. 1281), Art. 4, comma 1, in <http://www.senato.it>.

⁵⁹⁶ Sul punto, MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 283.

⁵⁹⁷ Anche sul piano, dunque, dell’autonomia procedurale riservata agli Stati membri. Si noti che ciò avrebbe in ogni caso lasciato impregiudicato il particolare regime del provvedimento nazionale viziato per contrasto con i principi dell’ordinamento (amministrativo) europeo, come espressi nei termini di cui al terzo capitolo del presente lavoro. Sul punto, recisamente, MONTEDORO, *Il regime processuale dell’atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l’applicazione del diritto dell’UE*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2011, 6, 1399, secondo cui “[l]a Corte di giustizia [...] ha affermato come nell’ordinamento comunitario non vi sia alcuna traccia della disapplicazione come rimedio processuale «imposto» ai vari Stati membri per far valere la primazia del diritto comunitario. Sebbene viga, dunque, un obbligo di leale collaborazione non solo tra Stati ma anche tra giudici nell’assicurare il raggiungimento degli obiettivi comunitari, tale obbligo non può spingersi fino al punto di sottrarre agli Stati membri la libertà di scelta dei rimedi ritenuti a tal fine più opportuni (si vedano, tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga*, in *Raccolta*, p. I-4599 e la sentenza del 1° settembre 1999, C-126/97, *Echo Swiss Time Ltd c. Benetton International NV*, in *Raccolta*, p. I-3055)”.

⁵⁹⁸ Non può dimenticarsi che, nel sistema europeo, vi è tendenziale indistinzione tra atto normativo e atto amministrativo.

giustizia, ma l'effettività della giustizia si presenta come causa di riduzione della sfera pubblica e ciò, sintomaticamente, si accompagna ad un ridimensionamento della tecnica di tutela mediante annullamento a tutto vantaggio di altre tecniche di protezione dei privati quali la disapplicazione ed il risarcimento⁵⁹⁹.

Da ultimo, è il caso di rammentare che lo stesso giudice amministrativo, seppure in una veste inconsueta – e cioè nel corso di un convegno organizzato con il patrocinio dell'Unione Europea – ha precisato, per bocca del proprio *rapporteur*, che “[t]he breach of Community law is equivalent to the breach of Italian law and an administrative decision that is in breach of Community law is unlawful. In addition, if there is a contrast between Italian law and Community law, the principle of supremacy of the European Community law requires that the Italian law not be applied”⁶⁰⁰, in tal modo cercando di fugare qualsiasi dubbio relativamente alla modalità di contrasto tra diritto dell'Unione e provvedimento nazionale (e la soluzione risiede precisamente nella specificazione “*equivalent*”), suggerendo una piena parificazione dei regimi di invalidità.

b) In giurisprudenza

Il giudice amministrativo, non parco nel prendere in considerazione i suggerimenti della dottrina rispetto alla disapplicazione del provvedimento contrastante con il diritto europeo – e non insensibile agli intermittenti canti di sirena che si odono in tal senso dal Lussemburgo – pare tuttavia saldamente ancorato al tradizionale regime di illegittimità/annullabilità.

Vale la pena di passare in rassegna le più rilevanti pronunce dedicate – pure in via di *obiter dictum* – al tema della disapplicazione, anche al fine di verificare se e in che misura la radicale tesi “comunitariamente orientata” che ne occupa abbia fatto breccia nelle chiuse stanze del giudice amministrativo italiano.

Si rileva sin d'ora che, a fronte di un buon successo statistico della dottrina in parola nei richiami giurisprudenziali, la disapplicazione – così spesso citata e considerata nel corpo

⁵⁹⁹ In questi termini, MONTEDORO, *Esigenze di tutela e rimedi giuridici*, in CARINGELLA/GAROFOLI/MONTEDORO (a cura), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006, 6.

⁶⁰⁰ *Rapport – Italie*, in “*Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne*”, 21.me Colloque du 15 au 16 juin 2008, Varsovie, nell'ambito della *Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne*, consultabile sul sito internet <http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/Italy.pdf>.

degli arresti – ha, nella prassi, un'utilità concreta abbastanza limitata nel dirimere il contrasto tra atto interno e ordinamento sovranazionale⁶⁰¹.

Si è già avuto modo di rilevare come la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia univocamente ricondotto il provvedimento amministrativo viziato per conflitto con il diritto dell'Unione all'ordinario canone dell'illegittimità/annullabilità, rimarcando come *“una volta che la norma comunitaria sia entrata a far parte dell'ordinamento interno, essa gode del medesimo regime di annullabilità-illegittimità degli atti amministrativi nazionali”*⁶⁰².

La recisa esclusione, da parte del giudice amministrativo, di altre modalità di risoluzione dell'antinomia considerata⁶⁰³ trova l'opposizione di chi ritiene *“apodittica e non fondata”*⁶⁰⁴ l'equiparazione del regime d'invalidità tra atto interno e atto sovranazionale, evidenziando come la nazionalizzazione (e cioè, la riconduzione alle categorie tradizionali) di questioni e disposizioni normative europee dotate, in quanto tali, di *“intrinseca diversità”* non tenga debitamente in conto che *“il diritto comunitario ha una forza ed un valore peculiare rispetto al diritto nazionale, fornendo un distinto parametro di legittimità dell'atto amministrativo nazionale, con conseguenze sul regime sostanziale e processuale applicabile”*.

Ora, tralasciando la formulazione delle critiche alla giurisprudenza dominante – le quali, pur dialetticamente persuasive, sembrano tuttavia espressione di verità assiomatiche e non necessariamente autoevidenti quanto si vorrebbe – vale la pena di rilevare come, dal momento che si accetti una prospettiva monista o, se si vuole, integrazionista degli ordinamenti, non pare soluzione soddisfacente quella di “sdoppiare” le vie dell'invalidità provvedimentale, secondo che si faccia riferimento a un contrasto con il diritto interno o con il diritto europeo⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ In questo senso appare non cogliere pienamente nel segno quella voce dottrinale che annuncia il sorgere inevitabile di *“aperture originali, che vanno segnalate come possibile – e a mio avviso necessario –fondamento di una nuova sistematica”*, tanto più necessario *“solo che si consideri che lo Stato rimane comunque responsabile nei confronti della Comunità per il provvedimento amministrativo anticomunitario che, per effetto della normativa interna, rimanga efficace”* (CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 515). Non che qui si intenda negare che la costante ricerca degli equilibri tra effettività dell'azione pubblica e tutela giurisdizionale non possano condurre a trasformazioni anche rilevanti degli attuali sistemi di giustizia amministrativa, ma va comunque considerato che – a prescindere dagli elementi di discontinuità già segnalati con riguardo all'orientamento della disapplicazione rispetto all'ordinamento amministrativo interno – l'uniformazione al metodo disapplicatorio implica (come si vedrà, non solo nella prospettiva italiana) il tendenziale abbandono dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ciò che – allo stato dell'accidentata integrazione giuridica europea – non pare traguardo raggiungibile in tempi brevi.

⁶⁰² Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579.

⁶⁰³ Espressa con particolare nettezza da Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831.

⁶⁰⁴ Questa e le successive espressioni sono di CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 513 ss.

⁶⁰⁵ Deve nondimeno ricordarsi come molta della giurisprudenza più risalente relativa alla possibilità di utilizzare lo strumento della disapplicazione rispetto a disposizioni normative o atti amministrativi generali prenda le mosse da una concezione monista. Cfr., per esempio T.A.R. Veneto, Sez. I, 10 giugno 1991; T.A.R. Lombardia, Sez. I, 2 aprile 1993; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 10 maggio 1996. Per le prime affermazioni nel senso della

Del resto, una tale ipotesi – che renderebbe ragione delle peculiarità dell’invalidità europea senza poggiare su basi giuridiche altre rispetto alla (pretesa) alterità ontologica o finalistica del diritto sovranazionale – condurrebbe a ritenere plausibile una scomposizione “per competenza” (rispetto all’origine del vizio inficiante l’atto) che non sembrerebbe corrispondere, ad avviso di chi scrive, ai presupposti di un sistema ispirato alla prospettiva monista (ovvero, quella di un sistema ordinamentale integrato governato da un criterio *tendenzialmente* gerarchico).

Quanto prospettato vale nei casi di diretta applicazione, da parte del provvedimento amministrativo, della normativa europea (e cioè, senza alcuna intermediazione di precetti nazionali), mentre la giurisprudenza riconosce una forma di disapplicazione nelle ipotesi in cui il diritto nazionale si interponga tra atto amministrativo e disposizione sovranazionale direttamente applicabile⁶⁰⁶, anche se – come peraltro correttamente ravvisa anche la dottrina favorevole alla disapplicazione provvedimentale – si tratta di una disapplicazione di carattere normativo, pienamente in linea con le risultanze del dialogo tra CGUE e Corte Costituzionale.

In ordine ai provvedimenti amministrativi emanati in base a una disposizione normativa nazionale contraria a un precetto europeo non direttamente applicabile, la giurisprudenza – nel ricondurre il regime di invalidità al consueto sistema dell’annullabilità – ricorda che “[l]’applicazione diretta delle direttive comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri postula, infatti, che sia inutilmente scaduto il termine per il loro recepimento e che l’atto europeo contenga prescrizioni dettagliate e, come tali, applicabili senza bisogno di ulteriore intermediazione normativa [...] ovvero che una disposizione nazionale (successiva) risulti contrastante con i principi enunciati nella direttiva (anteriore) e che la prima vada, quindi, disapplicata al fine di assicurare l’attuazione della seconda, in ragione della preminenza del diritto comunitario nell’ipotesi di conflitto con atti nazionali difformi”⁶⁰⁷.

Un caso riguardante atti amministrativi legittimi emanati in violazione di atti presupposti, a loro volta illegittimi per violazione del diritto europeo, è stato esaminato dal T.A.R. Sardegna con esiti tendenzialmente favorevoli alla disapplicazione provvedimentale – e, come tale, salutato dalla dottrina che sostiene la tesi in disamina, quale fattispecie di elevato interesse generale⁶⁰⁸.

disapplicabilità del provvedimento amministrativo *tout-court* (sia esso generale o particolare), ordinanze T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 agosto 2000, n. 234 e 6 ottobre 2000, n. 288, nonché ordinanza T.A.R. Lombardia, Brescia, 27 novembre 2001, n. 830. Per un ampio commento delle pronunce citate, MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 214 ss.

⁶⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2005, n. 2; T.A.R. Lazio, Sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630.

⁶⁰⁷ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1270.

⁶⁰⁸ Ci si riferisce a T.A.R. Sardegna, Sez. I, 27 marzo 2007, n. 549. Cfr. CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 514.

La questione sottoposta alle cure del giudice è peculiare, in quanto – come bene è stato detto – trattasi “*non del caso classico in cui il ricorrente contesta l'atto emanato in violazione della disciplina comunitaria, ma dell'ipotesi diversa in cui il provvedimento comunitariamente illegittimo si pone in insanabile contrasto con un successivo atto della stessa Amministrazione, del quale, pertanto, si chiede l'annullamento. È appunto tale peculiarità che, a dire del giudice, giustifica e richiede una soluzione parimenti speciale*”⁶⁰⁹.

La pronuncia che ne scaturisce – non è qui il caso di ricordare la fattispecie, ampiamente scandagliata dalla citata dottrina – dopo aver specificamente aderito al tradizionale orientamento che predica la vigenza del regime di annullabilità/illegittimità per il provvedimento amministrativo violativo del diritto europeo, opta – al fine di rendere ragione delle peculiarità strutturali del caso di specie – per quella che è stata suggestivamente definita una “*eccezione di anticomunitarietà*”⁶¹⁰, mediante la quale il parametro amministrativo di riferimento (l'atto presupposto, viziato) viene disapplicato, al fine di permettere il collegamento diretto tra il provvedimento finale e la base giuridica europea; di talché risulta doveroso, per il giudice, giudicare la controversia senza tenere conto del parametro nazionale interposto, stralciando il tal modo dal ragionamento la regola sull'onere dell'impugnazione, in favore di un giudizio espresso alla luce degli “effettivi” parametri di legalità, nel rispetto delle disposizioni sovranazionali⁶¹¹.

Non è chi non veda come la soluzione prospettata – seppure nei limiti di una controversia assai specifica e non necessariamente frequente, sul piano del rapporto tra provvedimenti e atti presupposti e precetti normativi – violi le regole processuali nazionali, a partire dal principio della domanda, e attenti alla certezza delle situazioni giuridiche e al principio dell'affidamento legittimo laddove rimarca, senza porre alcun riferimento temporale, che “*l'atto su cui il ricorrente fonda le proprie pretese possa esplicare i propri effetti solo laddove sia conforme al diritto comunitario, non potendo, in caso contrario, costituire fonte di legittime aspettative del privato*”⁶¹².

Da quanto appena riportato sembra di poter concludere – in consonanza con la dottrina maggioritaria – che l'opzione della disapplicazione riferita al provvedimento amministrativo incompatibile con il diritto europeo rivesta, al più, un carattere residuale legato alle distinte

⁶⁰⁹ Testualmente, DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, cit., 271.

⁶¹⁰ Ancora, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 515.

⁶¹¹ Come afferma correttamente MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 222 nel commentare la pronuncia, “[l]a disapplicazione viene quindi ritenuta possibile perché riguarda il fondamento e non l'obiettivo della domanda”.

⁶¹² Un'articolata, condivisibile critica alla sentenza qui considerata si trova in DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, cit., 271. mentre assai più sfumato – quando non apertamente favorevole – appare l'orientamento di CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 516.

peculiarità dei casi sottoposti all'attenzione del giudice e non possa pertanto essere generalizzata assurgendo a modalità di risoluzione delle antinomie in discussione⁶¹³.

VI. LA POSIZIONE DEL GIUDICE EUROPEO

Occorre ora vagliare i profili problematici della tematica di interesse dal punto di vista del giudice di Lussemburgo, così da fare il punto sulla situazione odierna in materia di invalidità provvedimentale e – ciò che più conta sul piano della coerenza del presente lavoro – cercare conferme a quanto sinora prospettato, tanto nella passata giurisprudenza della CGUE, quanto nelle tendenziali linee di sviluppo della problematica in prospettiva sovranazionale.

Il tema dei rapporti tra provvedimento nazionale e ordinamento europeo o, meglio, il problema del carattere invalidante di un vizio nel rapporto tra atto interno e diritto sovranazionale – è indagato dalla CGUE (con ciò intendendo riferirsi – come già altrove specificato – al sistema Tribunale dell'Unione e Corte di Giustizia) senza soluzione di continuità a partire dalla fine degli anni settanta dello scorso secolo, con speciale riguardo ai presupposti necessari per l'azione in autotutela da parte delle Autorità statali e ai poteri del giudice nazionale⁶¹⁴.

Un primo caso rilevante rispetto ai temi trattati nel presente lavoro è rappresentato dalla pronuncia *Verholen*⁶¹⁵, con la quale il giudice europeo ammette la facoltà del giudice nazionale (non già l'obbligo, come ventilato nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale) di applicare d'ufficio – qualora il diritto interno consenta al singolo di invocarla e

⁶¹³ Un rapido sguardo d'insieme alla giurisprudenza sfavorevole all'opzione in disamina mostra, sul piano generale, una ormai lunga teoria di arresti: Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263 (annulla Tar Sardegna, Sez. I, 27 marzo 2007 n. 549); Id., Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831; Id., Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579; Id., Sez. VI, 10 gennaio 2003, n. 35, Id., Sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012; T.A.R. Basilicata, 17 ottobre 2006, n. 723. Le impostazioni contrarie alla disapplicazione espresse dalle pronunce ora considerate si fondano univocamente sull'identità del regime di invalidità da riconoscersi a provvedimenti amministrativi violativi del diritto nazionale e del diritto europeo, nonché sulla rilevata opportunità di tutelare la certezza delle situazioni giuridiche e l'affidamento legittimo.

⁶¹⁴ Si prendono in esame questi aspetti perché la giurisprudenza europea intreccia a tali profili anche i discorsi relativi alle modalità di risposta ordinamentale all'invalidità. In effetti, come più precisamente si avrà modo di rilevare innanzi, il ruolo del giudice nazionale rispetto all'applicazione d'ufficio del diritto europeo è importante, ai fini della rilevazione, proprio per il rapporto che si instaura tra diritto sovranazionale e provvedimento amministrativo censurato, tale da prospettare, in più di una occasione, una soluzione congruente con la citata teoria della disapplicazione del provvedimento per motivi di efficacia e piena applicazione del diritto europeo. In altri casi, invece, la CGUE mantiene fermo il presupposto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, fissandosi sull'applicazione delle regole processuali nazionali (che, almeno per quanto concerne i sistemi continentali, sono in larga parte fondate sulla teoria dell'illegittimità/annullabilità), salvo ipotesi eccezionali. Sul tema dell'autotutela da parte delle amministrazioni italiane per causa di violazione del diritto europeo, nel senso di una sempre maggiore spinta sistematica all'obbligatorietà dell'intervento in secondo grado dovuta agli interventi giurisprudenziali della CGUE, cfr. GOISIS, F., *Self annulment of administrative acts in breach of EU Law: the Italian experience*, 2012, 6 ss., in www.ius-publicum.com.

⁶¹⁵ Sent. Cause riunite C-87, 88, 89/90 11 luglio 1991 *Verholen*.

questi non l'abbia fatto – la disposizione di una direttiva per la quale sia scaduto il termine di attuazione⁶¹⁶.

Secondo un orientamento ormai consolidato ma tuttora dibattuto, come si vedrà innanzi, nella giurisprudenza della CGUE, la fissazione di termini di decadenza da parte dell'ordinamento nazionale per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi non può essere messa in discussione, sul piano europeo, purché la stessa si espliciti in modo da non rendere in concreto troppo gravoso o financo impossibile l'esercizio dei diritti attribuiti dal diritto sovranazionale; per la Corte, ciò “*non si verifica nel caso della fissazione di ragionevoli termini d'impugnazione, a pena di decadenza*”, predisposti dai singoli ordinamenti nazionali ai fini della certezza giuridica e per la validità dei quali è comunque imposto alle autorità nazionali l'onere di rispettare e pienamente applicare il diritto europeo⁶¹⁷.

Nel 1995 la CGUE interviene espressamente sul tema dell'autonomia procedurale degli Stati membri con due distinte pronunce che, pur partendo da presupposti consimili, giungono a soluzioni opposte sul piano del rapporto tra applicabilità d'ufficio del diritto europeo e deferenza rispetto alle prerogative segnate dagli ordinamenti nazionali in ordine ai poteri del giudice.

Con il noto arresto *Peterbroeck*, la Corte ha avuto occasione di sottolineare ancora una volta la correlazione ideale tra esigenze di effettività del diritto europeo e necessità di assicurare l'autonomia procedurale degli Stati membri in senso sostanzialmente sussidiario (ma, ove sia il caso, assorbente) del primo rispetto alla seconda, nel senso che “[i]n mancanza

⁶¹⁶ Prima ancora, con la Sent. C-166/73, 16 gennaio 1974 *Rheinmühlen*, la Corte precisa che il Trattato impone al giudice nazionale di verificare ex officio l'eventuale connessione del merito della controversia a questioni attinenti al diritto europeo al fine di dare luogo al rinvio pregiudiziale. Sul significato dell'arresto *Verholen* quanto ai motivi che hanno condotto il giudice nazionale a proporre il quesito risolto positivamente dalla Corte, VILLATA, *Osservazioni in tema d'incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, Dir. Proc. Amm., 2006, 859 e, secondo altra prospettiva, RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 378.

⁶¹⁷ Cfr. Sent. C-33/76, 16 dicembre 1976 *Rewe contro Landwirtschaftskammer für das Saarland*. La questione verte sulla possibilità per un'azienda tedesca di chiedere l'applicazione del diritto europeo al fine di ottenere l'annullamento o la revoca di un atto amministrativo nazionale euroincompatibile, così da vedersi rimborsare la somma versata a causa dell'emanazione del citato provvedimento nazionale, che aveva imposto il pagamento, su una partita di mese di origine francese, di diritti di controllo fitosanitario, già considerati dalla CGUE quali misure equivalenti a dazi doganali. La soluzione adottata dalla Corte è pragmatica e lineare: come bene è stato rimarcato in dottrina, il quesito va “risolt[o] nel senso che allo stato attuale del diritto comunitario questo non vieta di opporre a coloro che impugnano davanti ai giudici nazionali, per incompatibilità con il diritto comunitario, un provvedimento dell'amministrazione nazionale il mancato rispetto di un termine contemplato dalle norme interne a condizione che le modalità procedurali dell'azione giudiziale [nel caso di specie, i termini previsti dal § 58, VwGO], non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale” (così, LEONE, C. *La disapplicabilità dell'atto amministrativo nazionale in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di Giustizia*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2003, 3-4, 900, nt. 5). Per una larga rassegna delle (molte) pronunce che richiamano espressamente tale orientamento, cfr. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 129-130.

di disciplina comunitaria in materia, spetta all' ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto [regola]. Tuttavia, dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l' esercizio dei diritti conferiti dall' ordinamento giuridico comunitario [eccezione]. Una norma di diritto nazionale la quale impedisce l' attivazione del procedimento ex art. 177 del Trattato [ora 267 TFUE] deve essere pertanto disapplicata”⁶¹⁸.

Il tenore letterale della decisione sembra suggerire – come ha notato condivisibile dottrina – un approccio tendenzialmente volto a rimarcare le specificità del caso di specie, considerato che l’esame delle “necessità europee” garantite dalle disposizioni nazionali (e che, in caso contrario, permette che il giudice disapplichì il provvedimento interno contrastante con il diritto europeo quand’anche il ricorrente non abbia esplicitamente invocato entro il termine previsto il contrasto tra l’atto impugnato e la disposizione sovranazionale) deve essere parametrato, volta per volta⁶¹⁹, ai singoli casi.

Con la sentenza *Van Schijndel*⁶²⁰, giunge – come già ricordato – a prospettare una soluzione differente, ritenendo che “*non si p[ossa] seriamente sostenere che, per motivi di uniformità, il diritto comunitario impon[ga] che debbano essere disapplicati tutti i termini per le domande basate su detto diritto*”⁶²¹.

Purtuttavia, a fronte di conclusioni opposte, va rimarcato che anche nell’arresto in parola è considerato essenziale, ai fini della risoluzione del profilo problematico individuato, l’esperimento di un test specifico⁶²², secondo cui “*ciascun caso in cui si pone la questione se*

⁶¹⁸ Sent. C-312/1993, 14 dicembre 1995 *Peterbroeck*.

⁶¹⁹ In questo senso, CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, 507, il quale rimarca le specificità del caso belga; MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit., 180 e ss., ove si chiarisce come la sentenza in disamina – e la coeva pronuncia *Van Schijndel*, di cui si tratta di seguito – siano espressione del “*case by case approach*” inaugurato dalla CGUE proprio con gli arresti di cui trattasi. Cfr., sulla stessa lunghezza d’onda, ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Ciola*, Riv. Dir. Com. Sc. Int., 1999, 4, 734. Secondo la ricostruzione proposta da CHIOLA, *L’ordinamento comunitario e la pubblica amministrazione in Italia*, cit., 62, che l’Autore ricollega idealmente alla teoria della disapplicazione provvedimentale, “*la Corte [è] arrivata alla conclusione che il giudice nazionale debba valutare d’ufficio la compatibilità del provvedimento di diritto nazionale con le disposizioni comunitarie, ogni qualvolta tale questione non [sia] stata posta dal singolo entro un preciso termine*”.

⁶²⁰ Sent. Cause riunite C-430 e 431/93, 14 dicembre 1995 *Van Schijndel*.

⁶²¹ Cfr. anche, in tema di rispetto del principio dispositivo tra regole nazionali e sistema europeo, la Sent. C-106/03, 12 ottobre 2004 *Vedial*.

⁶²² Cfr. CHITI, E., *Il potere del giudice nazionale di sollevare d’ufficio le questioni di diritto comunitario*, *Giornale Dir. Amm.*, 1997, 7, 634, secondo cui “[l’]aspetto più appariscente delle due sentenze del 14 dicembre 1995 è il test formulato dalla Corte per risolvere la questione del potere del giudice nazionale di valutare d’ufficio la compatibilità di un provvedimento o di una disposizione nazionale con il diritto comunitario”.

una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento”.

Fuori dai casi specifici, dunque, la CGUE sembra ritenere che gli Stati membri possano liberamente adottare il regime di invalidità provvedimentoale che meglio si confà alle tradizioni giuridiche e alle particolari strutture processuali e amministrative proprie di ciascun Paese, senza che debba essere per questo riconosciuto in capo al giudice nazionale un dovere incondizionato di rilevare d'ufficio motivi d'impugnazione tratti dal diritto europeo⁶²³.

A breve giro di tempo dalle anzidette pronunce, la Corte torna sul tema, precisando – nella sentenza *Kraaijeveld*⁶²⁴ – se il giudice amministrativo nazionale sia tenuto a rilevare d'ufficio motivi fondati su una direttiva europea nel corso del giudizio volto all'annullamento di un provvedimento amministrativo emanato in base a una disposizione interna interposta che applica in modo inadeguato la direttiva stessa⁶²⁵.

La CGUE stabilisce, sul punto, che *“in virtù del diritto nazionale, un giudice ha l'obbligo o la facoltà di sollevare d'ufficio motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non sono stati adottati dalle parti, il detto giudice è tenuto a verificare d'ufficio, nell'ambito della sua competenza, se gli organi legislativi o amministrativi dello Stato membro sono rimasti entro i margini di discrezionalità di cui agli artt. 2, n. 1, e 4, n. 2, della direttiva e a tenerne conto nel contesto dell'esame del ricorso d'annullamento”, giacché altrimenti, come ricordato dall'Avvocato Generale nelle Conclusioni presentate in ordine al caso di specie, “ciò potrebbe significare che il diritto comunitario (cioè una parte di esso)”⁶²⁶, diritto di rango superiore, resterebbe estraneo alla valutazione del giudice”.*

⁶²³ Per un'ampia disamina delle motivazioni delle due sentenze appena citate, anche con riferimento al diverso esito dei due casi (in *Van Schijndel* il sistema processuale nazionale “resiste” al test di equivalenza ed effettività rispetto al diritto europeo), si rinvia all'assai puntuale analisi condotta da MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 129 ss.

⁶²⁴ Sent. C-72/95, 24 ottobre 1996 *Kraaijeveld*.

⁶²⁵ La pronuncia in parola si lega alla sentenza *Verholen*, giacché – da un canto – il quesito pregiudiziale parte dal presupposto che il diritto europeo non neghi al giudice tale possibilità e, dall'altro, perché le parti non hanno fatto alcun riferimento alla violazione del diritto europeo (mentre nelle sentenze *Peterbroeck* e *Van Schijndel*, promosse nell'ambito di due giudizi civili, a differenza dell'arresto ora considerato, i ricorrenti avevano invocato *intempestivamente* tale motivo).

⁶²⁶ Si fa riferimento alla direttiva richiamata nel corpo della sentenza.

E' interessante notare come la Corte richiami esplicitamente il principio affermato nella sentenza *Peterbroeck* senza tuttavia applicare, nel caso qui esaminato, il citato test di effettività previsto per casi consimili, probabilmente in considerazione del fatto che – come è stato da più parti evidenziato – *“la Corte si limita ad una risposta di carattere generale perché non sono disponibili le indispensabili informazioni sul diritto processuale [olandese]. Non è chiaro se il diritto processuale dei Paesi Bassi osti a che il giudice a quo applichi d'ufficio il diritto comunitario; anzi, vi sono indizi che farebbero ritenere il contrario”*⁶²⁷.

Sul piano evolutivo, non sembra che la giurisprudenza abbia subito mutamenti d'orientamento apprezzabili rispetto alle pronunce dianzi ricordate, se è vero che nel più recente arresto *van der Weerd* la Corte ha ancora una volta chiarito che *“il diritto comunitario non impone al giudice nazionale, in un procedimento come quello a quo, di sollevare d'ufficio un motivo attinente alla violazione di disposizioni della normativa comunitaria, dal momento che né il principio di equivalenza né il principio di effettività lo richiedono”*⁶²⁸.

In ordine all'applicazione d'ufficio del diritto europeo da parte dei giudici nazionali, può dirsi – a seguito della rassegna giurisprudenziale appena delineata – che, laddove il diritto interno faccia obbligo al giudice di rilevare *ex officio* motivi di diritto interno (pur tardivamente) dedotti dalle parti, tale dovere si estende ai motivi di diritto europeo.

Ove invece il diritto nazionale preveda una mera facoltà rispetto ai motivi di diritto interno, questa si tramuta in vero e proprio obbligo con riguardo ai motivi di diritto europeo, fermo restando che il diritto sovranazionale non individua alcun dovere di applicazione d'ufficio delle sue regole quando l'ordinamento nazionale stabilisca un espresso divieto di rilevare d'ufficio motivi di diritto tardivamente invocati, anche se può darsi in via eccezionale

⁶²⁷ Così, testualmente, CHITI, E., *Il potere del giudice nazionale di sollevare d'ufficio le questioni di diritto comunitario*, cit., 638. Oltre alla dottrina appena rammentata, l'orientamento secondo cui la sentenza in commento non cambia l'indirizzo espresso dalle pronunce *Peterbroeck* e *Van Schijndel*, AMADEO, *Osservazioni in tema di efficacia diretta delle direttive comunitarie in materia ambientale*, Foro It., 1998, IV, 58 ss.; contra, GNES, *Le garanzie*, in DELLA CANANEA (a cura), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, cit., 162, per il quale la pronuncia in esame sarebbe innovativa rispetto alle precedenti, giacché il giudice europeo avrebbe ammesso il potere in capo al giudice (amministrativo) nazionale di sollevare *ex officio* motivi attinenti al diritto europeo anche nell'eventualità in cui l'ordinamento nazionale conferisca al giudice un margine di discrezionalità. Sul punto, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 150.

⁶²⁸ Cfr. Sent. Cause riunite C-222 a C-225, 7 giugno 2007 *van der Weerd*. Così recita il dispositivo della sentenza, la quale verte sulla possibilità, in capo al giudice nazionale, di procedere alla rilevazione d'ufficio al controllo di legittimità di un provvedimento amministrativo in base a motivi attinenti alle disposizioni di una direttiva europea non dedotti tempestivamente dalle parti. Ferma restando l'irriconscibilità di un obbligo in capo al giudice nazionale, la sentenza precisa che tale regola vale fintanto che *“sia data [in seno al procedimento giurisdizionale nazionale] alle parti la possibilità effettiva di sollevare motivi attinenti alla direttiva”* (e cioè, al diritto europeo). Deve nondimeno ricordarsi, sulla scorta di una informata dottrina, che – almeno da un punto di vista tendenziale – nelle controversie in cui sia coinvolta una pubblica amministrazione pare emergere, in giurisprudenza, *“una maggiore cedevolezza del principio dispositivo rispetto ai procedimenti intercorrenti tra privati”* (così, ancora, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 155).

la rilevabilità d'ufficio di motivi di diritto europeo ove sussista un'effettiva lesione dei princìpi di equivalenza o effettività⁶²⁹.

Come sopra rammentato, le pronunce concernenti la rilevabilità d'ufficio costituiscono un buon punto di partenza per osservare da vicino quella giurisprudenza della CGUE che, in assenza di una disciplina processuale comune europea, sembra promuovere una “mutazione genetica” delle regole dell'invalidità tradizionalmente affermatesi negli ordinamenti interni al fine di adattare queste ultime alle esigenze del sistema giuridico sovranazionale.

E' infatti sulla scorta dell'elaborazione teorica sviluppata nella succitata teoria di arresti che il giudice sovranazionale giunge a predicare, nel noto caso *Ciola*, la disapplicazione del provvedimento amministrativo individuale e concreto, equiparando di fatto atti legislativi e atti amministrativi interni emanati in violazione della disciplina europea⁶³⁰.

La dottrina rileva correttamente come – sul piano sistematico – tale opzione interpretativa costituisca, nella prospettiva della CGUE, una conseguenza necessitata rispetto al cammino giurisprudenziale intrapreso, nel senso che *“l'aver previsto esplicitamente [in altra e più risalente giurisprudenza] l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le norme di legge interna contrastanti con il diritto comunitario e l'aver precisato che analogo obbligo incombe su tutti gli organi della pubblica amministrazione, non poteva non comportare l'assoggettamento dei provvedimenti amministrativi alle stesse regole previste per la disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma di legge interna di cui tali provvedimenti costituiscono applicazione”*⁶³¹.

Così, la disapplicazione del provvedimento nazionale è predicata – sulla base delle medesime premesse, sebbene, come si vedrà innanzi, ridisegnate da una giurisprudenza intermedia troppo spesso ridimensionata – anche nel più recente caso *Santex*⁶³², ove la Corte ripropone l'applicazione del principio di effettività come declinato nella citata pronuncia *Peterbroeck* al tema del termine decadenziale per l'impugnazione di bandi di gara relativamente ai casi in cui l'Amministrazione aggiudicatrice, con l'assunzione di un comportamento mutevole, abbia reso eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti garantiti dal diritto europeo⁶³³.

⁶²⁹ Così MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 157-158.

⁶³⁰ Così, criticamente, CLARIZIA, P. *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, cit., 215.

⁶³¹ Cfr. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, cit., 1422.

⁶³² C-327/00, 27 febbraio 2003.

⁶³³ La Corte precisa, ai punti 61 e ss., che *“poiché solamente il giudice a quo è competente a interpretare e applicare la normativa nazionale, spetta ad esso, in circostanze quali quelle della causa principale, interpretare, per quanto possibile, le norme che prevedono tale termine di decadenza in modo da garantire il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665. Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, infatti,*

Va precisato tuttavia che la soluzione testé prospettata appare, anche sul piano della eccezionalità della frequenza con la quale essa ricorre nella giurisprudenza sovranazionale, come modalità di risoluzione in certo senso residuale delle antinomie tra provvedimento interno e ordinamento europeo. Come è stato recentemente rimarcato da attenta dottrina, “*si deve sottolineare come nei due casi in questione [le pronunce Ciola e Santex], sebbene si parli di disapplicazione finalizzata a dare prevalenza alla norma comunitaria sul provvedimento amministrativo, essa non ha investito il provvedimento in sé ma le regole processuali riguardanti la decadenza. I giudici della Corte di giustizia, dunque, non hanno individuato nella disapplicazione la soluzione «naturale» al contrasto tra provvedimento amministrativo e normativa comunitaria. Essi piuttosto si sono limitati ad affermare che, ferma la discrezionalità degli ordinamenti nazionali, deve essere assicurata una tutela effettiva alle situazioni giuridiche che si fondano sull'applicazione del diritto comunitario*”⁶³⁴.

Del resto, è appena il caso di rilevare come si siano da più parti levate voci dottrinali contrarie, a volte con accenti assai bellicosi, rispetto alla “soluzione Ciola” e, in misura minore, miranti a sottolineare le peculiarità del caso Santex. Nello specifico, le discontinuità evidenziate dalla dottrina nella sentenza Ciola⁶³⁵, sarebbero il frutto di “*un iter logico [...] alquanto elementare e incompleto*”⁶³⁶ venendo salutate come “*affermazioni incidentali dal*

spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, Van Munster, Racc. pag. I-4661, punto 34, e 26 settembre 2000, causa C-262/97, Engelbrecht, Racc. pag. I-7321, punto 39)”. L'effettività della tutela quale carattere imprescindibile di un corretto rapporto amministrazione/cittadino in materia di partecipazione a procedure di aggiudicazione è presa direttamente, quanto alla giustiziabilità, da C-470/99, 22 febbraio 2002, Universale Bau, di cui si parlerà innanzi.

⁶³⁴ Così, MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, cit., 1416. Analogamente, GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2009, 05, 820 ss. Cfr. anche SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, cit., 151, secondo il quale “*la posizione dei giudici europei sembra oggi essersi assestata sul versante opposto, escludendo tale possibilità [la disapplicazione] e riallineandosi alla linea di pensiero che ha tradizionalmente ispirato il loro orientamento*”. Ancora, in generale sul tema dell'autonomia procedimentale degli Stati membri, GALETTA, *L'autonomia procedimentale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?*, cit., passim.; per le ultime novità, ID., *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in www.ius-publicum.com.

⁶³⁵ Che presenta peculiarità strutturali da ricordare, in quanto il divieto provvedimentale “*è disapplicabile nel quadro della valutazione della legittimità di un atto sanzionatorio emesso per la sua inosservanza, in un contesto nel quale l'anticomunitarietà è successiva all'inoppugnabilità, dato che l'ingresso nell'Unione dello Stato membro [Austria, 1995] ha avuto luogo dopo l'adozione dell'atto presupposto disapplicabile ma prima dell'irrogazione della sanzione*”(così MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit., 307). Ciò non è peraltro contestato nemmeno dai fautori della disapplicazione: CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 507 afferma esplicitamente che “*avevano ragione coloro che avvertivano che le citate sentenze riguardavano casi particolari (ad esempio, il caso delle sanzioni amministrative nel caso Ciola, in fattispecie iniziata prima dell'adesione dell'Austria alla Comunità), oppure dovevano essere confermate da successiva giurisprudenza prima di essere considerate fonte di nuovi principi di carattere generale*”.

⁶³⁶ Così, severamente, GRECO, G. *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, cit., 946 ss.; ancora, tra gli altri, SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 517. Ampiamente, sul dibattito dottrinale, MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit. 180 ss. Sul versante della giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre

sapere generalizzante” da non interpretarsi, in ogni caso, alla stregua di enunciazioni di principio.

Merita poi sottolineare come la giurisprudenza successiva della CGUE abbia sottoposto le affermazioni contenute nella pronuncia in parola a un procedimento di progressiva “relativizzazione”, delimitandone – a partire dal caso *Eco Swiss*⁶³⁷, che la segue a stretto giro di tempo, e con le precisazioni apportate dall’arresto *Universale Bau* – la portata innovativa. Di talché non può dirsi che la citata sentenza *Santex* riporti una decisiva parola chiara in tema di disapplicazione provvedimentale. Come bene è stato rimarcato, infatti, “*la Corte [in quel caso] dà una risposta individualizzante ad una domanda generalizzante, per cui, se da un lato è innegabile che essa si allontana dalla disapplicazione che il giudice a quo sperava di vedere sanzionata, dall’altro la riformulazione della questione pregiudiziale le consente di evitare quell’ardua sentenza che una parte della dottrina si attendeva*”⁶³⁸.

Con la pronuncia *Eco Swiss*, la Corte riconosce che il diritto europeo non obbliga il giudice nazionale alla disapplicazione delle disposizioni processuali che stabiliscono la definitività del lodo arbitrale. Tale ultima pronuncia, che sostiene la puntuale applicabilità delle norme di diritto processuale italiano, tende a porre un freno (anche se in rapporto al giudicato e non all’attività provvedimentale) alla “*sopravalutazione della perentorietà delle affermazioni della sentenza Ciola*”⁶³⁹, così come il successivo arresto *Universale Bau*⁶⁴⁰, che statuisce – sul piano dei rapporti tra diritto processuale interno e diritto sovranazionale – la piena legittimità del principio di inoppugnabilità e del principio dispositivo, sanciti dall’ordinamento italiano in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, salva la previsione di un termine ragionevole per l’impugnazione del provvedimento.

Dalla ricognizione della giurisprudenza *post-Ciola* risulta, dunque, che la CGUE è certamente “*più cauta nel rispondere ad analoghe questioni pregiudiziali; ed anzi, in varie occasioni ha espresso la centralità di principi «stabilizzanti», come il principio di certezza del diritto e il principio di cosa giudicata*”⁶⁴¹.

Successivamente al periodo di definizione giurisprudenziale tracciato dall’affaire *Peterbroeck* e idealmente protrattosi nel segno del progressivo riconoscimento dell’autonomia procedurale degli Stati membri, il tema della disapplicazione e dei poteri del giudice, che si è

2002, n. 6657 rimarca che la “*complessa questione relativa alla configurabilità di un tale vizio radicale di illegittimità comunitaria [...] non ha ancora trovato convincente sistemazione dottrinale ed accoglimento in giurisprudenza*”.

⁶³⁷ C-126/97, 1 giugno 1999 *Eco Swiss*.

⁶³⁸ MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit. 308.

⁶³⁹ MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, cit. 184.

⁶⁴⁰ C-470/99, 12 dicembre 2002, *Universale Bau*.

⁶⁴¹ Così, espressamente, CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 507.

visto per mille fili collegato al complesso rapporto intercorrente tra certezza del diritto e affidamento legittimo, viene più volte affrontato dalla più recente giurisprudenza della CGUE proprio nell'ottica di una ribadita linea di deferenza verso le discipline processuali dei singoli Stati membri⁶⁴².

Un tale indirizzo, riscontrabile con solare chiarezza avendo riguardo al tema dell'intangibilità del giudicato interno e al versante processuale della ragionevolezza dei termini di ricorso giurisdizionale stabiliti dagli ordinamenti nazionali, mantiene tuttavia – come spesso accade nella sfaccettata attività pretoria della Corte – ampi margini di riqualificazione del *mot-clef* sovranazionale, in questi casi costituito, da un canto, dal principio di equivalenza e, dall'altro, dal canone di effettività⁶⁴³.

E' proprio la rilevata *vis* pervasiva dei concetti di equivalenza ed effettività a permettere, secondo la necessità e la rilevanza della fattispecie considerata per il sistema sovranazionale nel suo complesso, un'interpretazione rispettosa dell'autarchia processuale nazionale o, come la stessa giurisprudenza non manca di rilevare, una declinazione stringente della ragionevolezza del termine stabilito a pena di decadenza dal diritto processuale interno, sì da legittimare una sovrapposizione del diritto europeo [meglio: dei suoi principi in tema di equivalenza ed effettività] in considerazione del “danno” che deriverebbe all'effettività del medesimo da una acquiescenza rispetto alle regole limitative poste degli Stati membri⁶⁴⁴.

In questo senso, è interessante notare come l'inciso concernente la ragionevolezza dei termini di ricorso – che sempre più spesso punteggia la giurisprudenza post-*Peterbroeck* – valga a legittimare, da un lato, la piena affermazione dell'intangibilità del giudicato nazionale “*anche quando* [un più attento riesame] *permetterebbe di accertare una violazione del diritto*

⁶⁴² Spiega chiaramente FOÀ, S. *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 190 “La Corte di Giustizia riconosce siffatta autonomia agli Stati membri ed in linea di principio non interviene snaturando il relativo regime processuale, ma allorquando vede minacciate situazioni soggettive protette dal diritto comunitario, tende a recuperare un ruolo di tutela sostanziale, imponendo soluzioni processuali ai giudici rimettenti”.

⁶⁴³ A mente del principio di equivalenza, le condizioni di tutela delle posizioni giuridiche soggettive attribuite dal diritto europeo sono, di massima e in via generale, stabilite dagli ordinamenti interni, purché non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura esclusivamente nazionale; sulla scorta del principio di effettività, tali condizioni – lo si è già esplicitato in precedenza – non devono rendere particolarmente oneroso o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti (di difesa) sanciti dal diritto sovranazionale (così, tra le più recenti, C-33/76, 20 febbraio 1979, *Rewe*; C-24/95, 20 marzo 1997, *Alcan*; C- 255/00, 24 settembre 2002, *Grundig Italiana*; Cause riunite C-392 e C-422/04, 19 settembre 2006, *Arcor*; C-432/05, 13 marzo 2007, *Unibet*). Per un'attenta elencazione delle pronunce che affrontano la definizione del principio di effettività, cfr. FOÀ, S. *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 179, nota 137.

⁶⁴⁴ Cfr. CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, cit. 508 ss., cui si deve una lucida esposizione dei profili qui considerati. Una panoramica giurisprudenziale in ordine alla rilevata duplicità del rapporto tra autonomia procedurale e diritto europeo è offerta in diverse pronunce. In particolare, C-369/04, 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung*, 5 ottobre 2006; Cause riunite C-392 e C-422/04, 19 settembre 2006, *Arcor*.

*comunitario da parte di tale decisione*⁶⁴⁵ e, dall'altro, possa essere interpretata come vera e propria garanzia del canone di effettività del diritto europeo, laddove essa viene utilizzata a mo' di "grimaldello", per *forzare* le disposizioni nazionali, altrimenti incardinate su soluzioni finalisticamente estranee alle esigenze di piena ed efficace applicazione del sistema sovranazionale⁶⁴⁶.

Il dualismo appena considerato appare particolarmente evidente, lo si è già ricordato, se solo si considerano le pronunce della CGUE relativamente al tema dell'autotutela amministrativa per superiori interessi dell'ordinamento europeo⁶⁴⁷.

Come altrove rimarcato, al fine di correttamente inquadrare le opzioni sistematiche preferibili rispetto ai profili problematici dell'invalidità per contrasto con il diritto europeo, oggetto del presente lavoro, è infatti il caso di passare in rassegna alcune tappe giurisprudenziali significative che, proprio in ragione dello stretto collegamento tra azione in autotutela e invalidità provvedimento *sub specie* d'illegittimità/annullabilità, aiutano a delimitare con maggiore (se non sufficiente) chiarezza i contorni della *euroincompatibilità* del provvedimento amministrativo interno.

Un primo, essenziale tassello giurisprudenziale in ordine al problema in disamina è rappresentato dalla nota pronuncia *Kühne & Heitz*⁶⁴⁸, a mente della quale "*il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte*". Un tale deciso ampliamento dell'obbligo di riesame di un provvedimento nazionale sulla scorta del

⁶⁴⁵ "Per garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia la buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [...]". Cfr. C-234/04, 16 marzo 2006, *Kapferer*.

⁶⁴⁶ Tale orientamento – come più compiutamente si vedrà innanzi – riluce con maggiore evidenza in alcune recenti pronunce della CGUE espressamente dedicate al tema dell'autotutela od obbligo di riesame degli atti da parte degli organi amministrativi statali, a quello della responsabilità dei magistrati relativamente ai danni arrecati in considerazione di interpretazioni contrarie al diritto europeo o, ancora, in tema di regole processuali che rendano eccessivamente onerosa la tutela di situazioni giuridiche protette dal diritto sovranazionale o in tema di intangibilità del giudicato nazionale. Sul punto, una efficace sintesi dell'intricata problematica si trova in CLARIZIA, P. *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, cit. 222 ss.

⁶⁴⁷ Come correttamente avverte RAIMONDI, L. *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, Dir. Un. Eur., 4, 2008, 774, "*si tratta di un tema assai delicato, relativamente al quale la Corte ha finora evitato di enunciare un principio giurisprudenziale unitario suscettibile di applicazione generale*", con la conseguenza che ogni analisi dello stato giurisprudenziale in materia si confronta con "*un quadro [...] variegato nel quale risulta poco chiaro il rapporto di ciascuna sentenza con i precedenti giurisprudenziali e, di conseguenza, la sua portata*". Cfr., a titolo introduttivo, GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, 35 ss.

⁶⁴⁸ C-453/00, 13 gennaio 2004, più volte fatta oggetto di specifici commenti dottrinali, tra cui DE PRETIS, "*Illegittimità comunitaria*" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, Giorn. Dir. Amm., 2004, 725 ss.; GATTINARA, *Il ruolo del diritto comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, Dir. Comm. Sc. Int., 2004, 489 ss.; CARANTA, *Kühne & Heitz NV. v. Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, Common Market Law Rev., 2005, 179 ss.

mutamento interpretativo della CGUE è peraltro circoscritto, secondo l'arresto in parola, ai (soli) casi in cui a) la detta autorità disponga, secondo il diritto interno, del potere di riesame della decisione amministrativa adottata; b) siano esauriti i rimedi giurisdizionali interni avverso la predetta decisione; c) il giudicato formatosi sia, alla luce della successiva giurisprudenza della CGUE, fondata su una scorretta interpretazione del diritto europeo; d) l'interessato si sia rivolto all'autorità amministrativa immediatamente dopo avere avuto contezza del *revirement* giurisprudenziale della Corte⁶⁴⁹.

L'orientamento del giudice europeo – stretto dalla necessità di considerare gli interessi sovranazionali sottesi alla determinazione di casi di azione doverosa in autotutela da parte delle amministrazioni nazionali, non disgiunta dalla correlativa considerazione dell'affidamento legittimo ingeneratosi presso il soggetto privato destinatario del provvedimento censurato in sede sovranazionale – conosce tuttavia momenti di progressivo “*ampliamento dei confini del potere di « autotutela comunitaria »*”⁶⁵⁰.

Un siffatto ampliamento avviene – ed è questo, precisamente, il punto d'interesse rispetto alla tematica dei rapporti tra ordinamenti e le modalità concrete di risoluzione delle antinomie tra provvedimento amministrativo interno e sistema europeo – proprio sulla scorta di un'interpretazione estensiva del canone di equivalenza, tale da rendere possibile, da parte della CGUE, un ridimensionamento del principio di autonomia procedurale dello Stato

⁶⁴⁹ Un'interpretazione ancora più restrittiva dell'ambito di applicazione della normativa interna è stata data, per vero, da giurisprudenza più risalente. Si ricorda la sentenza C-24/95, 20 marzo 1997, *Alcan*, relativa all'obbligo di autotutela per il caso di recupero di aiuti di Stato considerati illegittimi dalla Commissione Europea. In particolare, la massima della citata sentenza stabilisce che “*l'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne imponga il recupero, anche qualora - abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto; [...] l'illegittimità della decisione sia imputabile alla detta autorità in una misura tale che la revoca appare, nei confronti del beneficiario dell'aiuto, contraria al principio di buona fede, poiché il beneficiario dell'aiuto non può aver riposto, a causa dell'inosservanza della procedura prevista dall'art. 93 del Trattato, alcun legittimo affidamento nella regolarità dell'aiuto; e [...] tale revoca sia esclusa dal diritto nazionale, in assenza di malafede del beneficiario dell'aiuto, a causa del venir meno dell'arricchimento, poiché quest'ultima evenienza costituisce la norma nel settore degli aiuti di Stato, generalmente attribuiti a imprese in difficoltà, il cui conto dei profitti e delle perdite non fa più apparire, al momento del recupero, la plusvalenza incontestabilmente derivante dall'aiuto*”. Del resto, come rileva RAIMONDI, L. *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, cit., 789, la pronuncia *Kühne & Heitz*, che mostra una certa qual cautela, da parte della Corte, nel generalizzare l'applicazione diretta del diritto europeo a scapito delle regole processuali nazionali, non è per questo priva di caratteri fortemente innovativi, laddove cerca di “*reperire un punto di equilibrio tra l'effettività del diritto comunitario e l'autonomia procedurale degli Stati membri*” spingendosi fino all'annullamento doveroso del provvedimento da parte dell'autorità nazionale emanante. Per una diversa impostazione, cfr. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell'atto amministrativo definitivo, *certezza del diritto e potere di riesame*, cit., 723 ss., secondo la quale l'azione in autotutela posta in essere dall'amministrazione assume comunque un carattere discrezionale.

⁶⁵⁰ L'espressione è di CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, cit. 509.

membro interessato, così da *suggerire* al giudice nazionale⁶⁵¹ l'obbligo di azione in autotutela con riferimento ad atti interni manifestamente incompatibili con l'ordinamento europeo.

Secondo il giudice sovranazionale, infatti, *“nel momento in cui, in applicazione di norme di diritto nazionale, l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva che risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno [altrove – p.to 64 – si definisce il contenuto del provvedimento “semplicemente insopportabile” rispetto al sistema giuridico interno], identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario”*⁶⁵².

Nel successivo caso *Kempter*⁶⁵³ il tema dell'incidenza del diritto europeo in materia di riesame viene ulteriormente sviluppato con esplicito riferimento a decisioni amministrative divenute definitive in conseguenza di un pronunciamento del giudice di ultima istanza. In particolare, la Corte precisa che *“sebbene il diritto comunitario non esiga che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato tale carattere definitivo, in circostanze particolari un organo amministrativo nazionale può nondimeno essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte”*.

Segue, nell'iter argomentativo esposto dal giudice europeo, la seguente considerazione, che riprende, idealmente e testualmente, l'orientamento espresso nella pronuncia *Van Schijndel* : *“sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame*

⁶⁵¹ Nel caso di specie, si tratta del giudice tedesco.

⁶⁵² Cause riunite C-392/04 e C- 422/04, 19 settembre 2006, *Arcor*, p.to 69. La pronuncia è peraltro di particolare interesse in quanto data nella composizione plenaria (cd. *“grande chambre”*). Deve tuttavia sottolinearsi che, nonostante le chiare analogie con il citato arresto *Kühne & Heitz*, rammentate da tutta la dottrina che si è occupata del tema, il caso qui in disamina vede contrapporsi in giudizio le due società ricorrenti (la *i-21 Germany* e la *Arcor*) e l'amministrazione tedesca soltanto dopo l'avvenuta scadenza dei termini d'impugnazione della decisione amministrativa, che le predette società non avevano in alcun modo contrastato. Si tratta, allora, di un'applicazione del ricordato principio di equivalenza, piuttosto che di quello di effettività (della tutela), dato che i ricorrenti ben avrebbero potuto – sul piano dei rimedi interni – attivarsi per la tempestiva impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento lesivo. Il giudice amministrativo è stato, nella fattispecie, adito soltanto a seguito di un diniego di riesame del provvedimento - proposto dalle citate società sulla scorta di pronunciamenti giurisprudenziali relativi ad altri operatori - da parte della competente autorità amministrativa. Diversamente, i ricorrenti cui si riferisce la pronuncia *Kühne & Heitz* avevano tempestivamente esaurito tutti i rimedi giurisdizionali interni esperibili. Si veda altresì, per l'analisi delle pronunce ora citate, VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 558 ss; RUFFERT, *Europäisiertes allgemeines Verwaltungsrecht im Verwaltungsverbund*, Die Verwaltung, Vol. 41, n. 4, 2008, spec. 545 ss. *Rapport - Portugal*, in *“Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne”*, cit., in <http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/Portugal.pdf>, 4 ss., con particolare riferimento alla posizione del giudice amministrativo portoghese, ma non solo.

⁶⁵³ C-2/06, 12 febbraio 2008.

di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi a una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante".

Il cennato parallelismo tra le tecniche di (auto)tutela prospettate nell'ordinamento nazionale per casi di intervento possibile e/o doveroso su fattispecie di matrice esclusivamente interna viene dunque riproposto, su base sovranazionale, anche nella giurisprudenza più recente; appare tuttavia abbastanza chiaramente, nel dispiegarsi delle pronunce giurisprudenziali della CGUE, che – piuttosto che affidarsi a una tesi enunciata una volta per tutte – il giudice europeo si limita ad oscillare tra un filone pienamente garantista rispetto ai profili di autonomia procedurale degli Stati membri e una concezione più decisamente integrazionista, che ha talvolta condotto alla “disgregazione” delle tecniche di tutela (e, addirittura, del principio del giudicato⁶⁵⁴) stabilite dai sistemi nazionali in favore (o, meglio, sul presupposto) di un avanzamento nel processo di coesione giuridica sovranazionale.

⁶⁵⁴ Il riferimento va, in particolare, alla nota sentenza C-119/2005, 18 luglio 2007, *Lucchini*. Tale pronuncia – che è stata da più commentatori definita un “caso-limite” rispetto agli errori commessi dal giudice e dalle parti nel corso del processo civile celebratosi in Italia, origina da un rinvio pregiudiziale proposto dal Consiglio di Stato al fine di cercare “il supporto del giudice europeo per superare l'altrimenti invalicabile dato giuridico nazionale” (così, CHITTI, *M.P. Diritto amministrativo europeo*, cit., 511). Il dispositivo della sentenza afferma – senza mezzi termini – che “*il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva*”. Quale che sia la posizione assunta dalla dottrina (critica, essenzialmente, quella amministrativistica; più accomodante – rispetto alle conclusioni raggiunte dalla CGUE – quella comunitaristica), è ben chiaro, sulla scorta di quanto sopra riportato, che il solco tracciato dall'arresto in parola si propone quale ulteriore tassello giurisprudenziale nella – va detto, ondivaga – ricerca pretoria di una soluzione al rapporto tra effettività del diritto europeo e strumenti nazionali di risoluzione delle antinomie. Alcuni spunti, nella copiosa rassegna dottrinale dedicata al caso *Lucchini*: BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, *Rassegna Tributaria* 2007, 1591 ss.; PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, *Dir. Comm. Int.*, 2008, 221 ss.; CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 225 ss.; NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05)*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 1217 ss. Si veda anche il contributo della CGUE in “*Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne*”, cit., 9, <http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/Cour-CE.pdf>. Ancor più recentemente, sulla stessa lunghezza d'onda, anche se in ambito diverso (non più aiuti di Stato ma regime fiscale), l'affaire C-2/08, 3 settembre 2009, *Olimpiclub*, in cui la Corte afferma recisamente che “*il diritto comunitario osta all'applicazione, in simili circostanze, di una disposizione del diritto nazionale diretta a consacrare il principio dell'autorità di cosa giudicata, in una causa sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta*”.

Conclusivamente, il nodo cruciale, che non spetta né alla dottrina, né (a questo livello) alla giurisprudenza sciogliere, sembra essere quello della definizione comune, su un piano europeo, di un condiviso regime di intervento su provvedimenti amministrativi emanati in violazione del diritto europeo, giacché – allo stato dell’*acquis* giurisprudenziale appena rammentato – *“non sembra ravvisabile la possibilità di desumere dagli indici rinvenibili nell’ordinamento attuale una qualche indicazione nel senso della obbligatorietà del ritiro dei provvedimenti nazionali emessi in violazione del diritto comunitario”*⁶⁵⁵, che rimane, in principio, saldamente in capo ai sistemi nazionali, salvo il rispetto dei canoni di equivalenza e di effettività⁶⁵⁶.

Purtuttavia, è chiaro come la soluzione impugnatoria, adottata anche in ordinamenti diversi da quello nella cui prospettiva ci si pone, sia stata oggetto, nel corso dell’evoluzione giurisprudenziale degli ambiti e limiti dell’autotutela per “interesse pubblico sovranazionale”, di una revisione talvolta critica da parte della Corte; deve poi aggiungersi che la rilevata tendenza della CGUE a trattare di istituti – come il giudicato – così fortemente connaturati all’essenza stessa dell’autonomia (sovranità?) procedurale (e processuale) degli Stati membri dell’Unione merita la ricerca di una – evidentemente assai difficile – convergenza di ordinamenti che, per la sua rilevanza, non può esplicitarsi stabilmente se non per via legislativa.

VII. SPUNTI COMPARATIVI: L’INVALIDITÀ “COMUNITARIA” OLTRE CONFINE

Quanto sopra esplicitato con riferimento al sistema italiano dell’invalidità provvedimentale per contrasto con il diritto europeo può, in linea generale, essere riferito a tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione. E’ evidente, infatti, che lo sviluppo della giurisprudenza sovranazionale – di cui si è dato conto nei paragrafi che precedono – trova fondamento e, a più forte ragione, applicabilità, in sistemi nazionali diversi da quello italiano.

⁶⁵⁵ In questi termini, SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, cit., 182.

⁶⁵⁶ Illuminante, in tal senso, è il *Rapport général*, in *"Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne"*, cit., *passim*, ove si affronta il tema dell’autotutela e, in generale, delle modalità di reazione degli ordinamenti nazionali a vizi di “euroincompatibilità” che affliggono gli atti amministrativi nazionali. In particolare, il rapporto mette in luce, considerando i sistemi dei 27 Stati membri, come *“Il y a lieu d’admettre qu’en principe il ne s’agit pas d’une obligation. Cette conclusion découle de l’analyse de la jurisprudence de la CJCE et la contribution de la Cour la confirme également. La sécurité juridique et la stabilité des décisions administratives définitives et des jugements passés en force de chose jugée sont protégées aussi bien par les ordres juridiques internes que par la législation communautaire. Tous les rapports nationaux interprètent la jurisprudence de la CJCE comme assurant le respect de l’autonomie procédurale des États membres. Le droit communautaire n’impose de réexaminer les décisions définitives administratives ou juridictionnelles contraires au droit communautaire que dans des situations bien particulières”*.

Una tale osservazione si spiega semplicemente avendo riguardo alla necessità che le linee guida giurisprudenziali espresse dalla CGUE, prima ancora che le eventuali normative di dettaglio fissate nei Trattati o nel diritto derivato, trovino puntuale e generalizzata applicazione da parte dei giudici e delle amministrazioni nazionali deputate a osservarle e farle rispettare in prospettiva “domestica”.

Stante il carattere preminente del diritto europeo rispetto al diritto nazionale, anche gli ordinamenti dei Paesi che sono stati oggetto di analisi nel corso del capitolo II, con riferimento al tema dell’invalidità provvedimentale, accordano al vizio di “euroincompatibilità” un trattamento sostanzialmente analogo – almeno quanto agli effetti – rispetto a quello ormai solidamente prospettato dalla giurisprudenza amministrativa italiana.

In particolare, in seno al sistema tedesco, il problema del contrasto (“*Verstoß*”) viene affrontato, sul piano pratico-applicativo, con riguardo a fattispecie relative alla revoca (*rectius*: annullamento d’ufficio⁶⁵⁷) di provvedimenti amministrativi nazionali attributivi di sovvenzioni (“*Subventionsbescheid*”) costituenti aiuti di Stato ai sensi dell’art. 107 TFUE⁶⁵⁸.

In prospettiva teorica, la dottrina non manca di rilevare come la risoluzione dell’antinomia a favore del sistema stabilito dal diritto dell’Unione Europea si fondi, essenzialmente, sul primato dell’ordinamento sovranazionale⁶⁵⁹, anche se – va sottolineato – il dibattito in ordine alla modalità di identificazione dell’invalidità non ha suscitato il grande

⁶⁵⁷ Il termine tedesco “*Rücknahme*” (§ 48 VwVfg), letteralmente: ritiro, è assimilabile all’annullamento d’ufficio (cfr., più ampiamente, *supra*, cap. II).

⁶⁵⁸ Il tema della revoca di aiuti illegittimi o annullamento d’ufficio dei provvedimenti stessi è particolarmente delicato, se posto in relazione all’attenzione da sempre dimostrata dall’ordinamento tedesco alla tutela dell’affidamento legittimo. Non è un caso, infatti, che alcune importanti pronunce della CGUE abbiano ad oggetto sovvenzioni europee erogate dalla Germania (Cause riunite C-205 a 215/1982, 21 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor*) o aiuti dello Stato tedesco a determinati operatori economici. In proposito, GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008, 128 ss. Si comprende, dunque, anche al netto della rilevanza economica delle questioni relative agli aiuti di Stato, la puntualità con cui la dottrina tedesca ritorna continuamente sul tema. Circa il problema degli aiuti di Stato, deve ricordarsi che, da un’analisi della giurisprudenza e delle modalità pratiche per l’ottenimento del recupero da parte della Commissione Europea, risulta che “[l]’unico caso in cui l’annullamento d’ufficio di provvedimenti che violano il diritto comunitario deve ritenersi obbligatorio è il contrasto con una decisione della Commissione europea in materia di aiuti di Stato” (così, CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in Enc. Dir., Tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, 932). Si è già visto precedentemente come la giurisprudenza della CGUE sia, in tutti gli altri casi, rispettosa dei principi di effettività ed equivalenza, nonché dell’autonomia procedurale degli Stati membri.

⁶⁵⁹ Si veda, per esempio, ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 720, ove si attribuisce esplicitamente il carattere dell’invalidità (“*Rechtswidrigkeit*”) al provvedimento amministrativo viziato per contrasto con il diritto UE, qualificando tale opzione dogmatica siccome “*inevitabile conseguenza del primato del diritto comunitario*” (“*unausweichliche Konsequenz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts*”). In questi termini, VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 555 ss., che riconduce all’annullabilità (“*Aufhebbarkeit*”) i casi di provvedimenti amministrativi nazionali ampliati contrastanti con il diritto sovranazionale – con particolare riferimento agli aiuti di Stato – sulla scorta del principio di effettività del diritto UE. Cfr. anche PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 43, il quale insiste sull’esempio degli aiuti di Stato, avvertendo che – più in generale – le fattispecie non esclusivamente nazionali, aventi quindi riferimenti normativi di matrice europea rilevanti per i rapporti con l’invalidità, sono in continua crescita.

interesse teorico – e spesso astratto – che la medesima tematica ha dimostrato di provocare in Italia⁶⁶⁰.

In ogni caso, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che non possa parlarsi di nullità provvedimento con riferimento ad atti amministrativi “euroincompatibili”, poiché un contrasto tra provvedimento nazionale e il diritto europeo deve ricondursi univocamente alla categoria “abituale” dell’invalidità, che è – anche in seno al sistema tedesco – l’annullabilità⁶⁶¹.

Uno spazio, seppur residuale, per la dichiarazione di nullità dell’atto è da taluno ammesso soltanto con riferimento ai casi di errori particolarmente gravi (“*besonders schwerwiegend*”) e quando ciò risulti riconoscibile dalla ragionevole considerazione delle circostanze rilevanti (“*bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist*”), e cioè, alle condizioni di cui al § 44, I VwVfg⁶⁶².

Nemmeno sul piano dell’azione in autotutela il sistema tedesco sembra preferire, in rapporto al diritto dell’Unione, soluzioni diverse da quelle usualmente prospettate dal VwVfg in tema di annullamento d’ufficio e revoca, se è vero – come ricordato nel citato Colloquio relativo alla compatibilità dei provvedimenti amministrativi con il diritto europeo dal *rapporteur* tedesco - che “[s]ince EC law is considered to be of the same level as national law (but below constitutional law level), administrative decisions infringing EC law follow the same principles as decisions infringing national law that is not meant to implement EC law. German law does not consider incompatibility with EC law as a special case deserving different treatment” e che, con particolare riferimento ai § 48 e 49 VwVfg, “[b]oth provisions are generally applicable; they do not relate specifically to the application of EC law”⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Ciò non significa che siano mancati, dall’inizio degli anni ’80 dello scorso secolo, contributi teoricamente pregevoli sul piano dottrinale in merito alla tipologia di invalidità da riconoscere al provvedimento interno contrastante con il diritto europeo. Cfr., oltre al pionieristico lavoro di Schwarze più volte citato, i riferimenti contenuti in WEBER, *Das Verwaltungsverfahren*, 70 ss., in SCHWEITZER, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1991,

⁶⁶¹ Lapidariamente, BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, cit., 322: “*Auch ein Verstoß gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht beeinträchtigt die Wirksamkeit des V[erwaltungs]A[kt] nicht*”.

⁶⁶² Di questo avviso è MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit. 277 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁶³ Cfr. *Report – Germany*, “*Conséquences de l’incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne*”, cit., 7, <http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/Germany.pdf>. Del resto, come è stato notato in dottrina, allo stato del processo d’integrazione, il rapporto delle regole procedurali nazionali – che non sono oggettivamente armonizzate nei diversi ordinamenti – con il diritto dell’Unione viene in rilievo soltanto nella misura in cui permetta l’esecuzione delle regole sovranazionali. (Così, ENGLISCH, *Anspruch auf Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig belastender Verwaltungsakte nach Eintritt der Bestandskraft?*, cit., 107). Prendendo spunto dalla differenziazione delle diverse discipline del procedimento amministrativo, si può dire che il diritto dell’Unione Europea ammette, di massima, il trattamento dell’invalidità provvedimento per violazione del diritto europeo sulla base delle singole normative applicabili ai provvedimenti viziati sul piano interno, salva la clausola dell’effettività dell’implementazione, in seno ai diversi sistemi di invalidità nazionali, del diritto sovranazionale.

Conclusivamente, in ordine al tema dell'invalidità provvedimentale per violazione del diritto europeo, si può affermare che il sistema tedesco amplia senza particolari resistenze l'ordinario regime di illegittimità/annullabilità ai casi di euroincompatibilità; l'unico aspetto per cui è tuttora riconoscibile una non raggiunta consonanza dei due ordinamenti attiene essenzialmente alla problematica dell'autotutela, che nel sistema tedesco si confronta in modo più stringente, rispetto al diritto europeo come interpretato dalla CGUE, con il legittimo affidamento del privato.

In ordine al diritto francese, è opportuno rammentare da subito che, in via generale, la partizione delle figure d'invalidità provvedimentale è, rispetto ai casi tedesco e italiano, ridotta a due sole ipotesi: l'inesistenza e la nullità.

Posto che, anche in seno al sistema ora in disamina, è possibile che l'amministrazione eserciti l'azione in autotutela (si tratta dei cennati istituti del *retrait* e della *abrogation*⁶⁶⁴), ciò che anzitutto rileva ai fini della presente ricognizione è il ricorso per l'annullamento in via giurisdizionale del provvedimento illegittimo ("*illégal*").

La premessa dianzi proposta serve a sottolineare come, almeno nei casi di *recours en annulation* (contrapposti a quelli riconducibili alla *juridiction de plein contentieux*, di cui si è detto a suo luogo), la domanda del ricorrente è rivolta ad ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato⁶⁶⁵. Una tale specificazione sembrerebbe, a tutta prima, superflua; il dato letterale, tuttavia, è interessante.

A differenza dei sistemi italiano e tedesco sinora esaminati, l'ordinamento francese ricollega il ricorso per annullamento alla possibilità di porre nel nulla, rendendolo così "*nul et non avenue*", un provvedimento amministrativo riconosciuto come "*illégal*". Ebbene, al lettore italiano – o, che sul piano sistematico è lo stesso, a quello tedesco – una siffatta conclusione appare singolare, laddove attribuisce alla misura amministrativa un carattere di invalidità *sub specie* "annullabilità/illegittimità" ("*Aufhebbarkeit*") senza definirne i contorni.

⁶⁶⁴ Su cui, in prospettiva generale, SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 450 ss. Si rileva come i maggiori problemi relativamente al rapporto tra annullamento d'ufficio ed effettività del diritto europeo (siccome declinata nella sentenza *Kühne & Heitz*) nascano dal fatto che gli "*actes créateurs de droits*" (provvedimenti ampliativi) possono essere annullati d'ufficio soltanto nel termine di quattro mesi (così CE, 26 ottobre 2001 *Ternon*). In particolare, dopo che l'*arrêt Soulier* (CE 6 novembre 2002) ha ricondotto i provvedimenti attributivi di sovvenzioni o contributi a carattere pecuniario ai provvedimenti ampliativi, si è reso applicabile a tali fattispecie il *délai* ristretto di quattro mesi previsto dal sistema nazionale, mentre secondo il diritto europeo tale termine costituisce un ostacolo che, come tale, non può efficacemente essere invocato nei casi di obbligo di restituzione di un aiuto di Stato (per questa soluzione, in consonanza con la giurisprudenza della CGUE, *Cour Administrative d'Appel de Paris*, 4 ottobre 2004 e successiva conferma da parte del *Conseil d'Etat*, con sentenza CE, 29 mars 2006).

⁶⁶⁵ Per tutti, e sulla distinzione dei "gruppi di ricorso" (*id est*: tipi di giurisdizione amministrativa), RIVERO/WALINE, *Droit administratif*, cit., 521.

Infatti, la nozione di *illégalité* propria del diritto francese è riconducibile all'illegittimità/annullabilità ma non trova, sul piano giurisprudenziale e dottrinale, alcuna elaborazione specifica, tanto è vero che rileva unicamente come mezzo processuale per ottenere l'eliminazione dal mondo giuridico di un provvedimento (efficace e produttivo di effetti) che, a far tempo dall'annullamento, è nullo.

E' proprio l'anzidetta peculiarità terminologica, che non espunge dal sistema l'illegittimità/annullabilità ma nemmeno la spiega, riportandola in un alveo strutturalmente riconoscibile, a rendere complessa la ricostruzione della patologia del provvedimento per euroincompatibilità, considerato che una ricognizione teorica delle tradizionali tre tipologie di invalidità è, secondo i canoni dell'ordinamento francese, inusuale⁶⁶⁶.

Con espresso riguardo alla violazione del diritto europeo, una dottrina – esplicitando con chiarezza l'ordinario regime di annullabilità degli atti viziati – afferma recisamente che *“[l]a violation du droit communautaire peut entraîner l'annulation de la décision administrative, le droit communautaire étant partie intégrante de la légalité administrative”*⁶⁶⁷.

L'affermazione appena riportata, semplice nella sua assolutezza, trova riscontri soltanto nella salda ma non numericamente cospicua dottrina che si occupa di rapporti tra ordinamenti, mentre è di assai difficile reperibilità nelle trattazioni di diritto amministrativo puro.

Del resto, alla cennata, relativa chiusura del sistema transalpino agli stati vizianti di matrice europea, che può forse nascere dalla evidente riconducibilità di tali vizi nell'ambito

⁶⁶⁶ Prova ne sia l'assenza, nelle trattazioni manualistiche, come pure nei commentari, di espliciti riferimenti ai presupposti teorici e giuridici della *illégalité*, a scapito di puntuali esposizioni delle categorie della *nullité* e della *inexistence*. Il punto cardine della disciplina della *illégalité* intesa come illegittimità è fondato sul rapporto tra *recours en annulation* e provvedimento, laddove – evidentemente – l'annullamento dell'atto presuppone che lo stesso spieghi determinati effetti e quindi, di massima, non sia nullo.

⁶⁶⁷ Così, NOGUELLOU, *Influence sur le régime des décisions administratives*, cit., 920. Cfr. *Rapport – France*, , in *“Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne”*, cit., 13, secondo il quale *“Quelle que soit la nature de l'illégalité qui entache une décision administrative, il est possible tout à la fois d'en poursuivre l'annulation et de demander, à l'administration puis, en cas de refus, au juge administratif, la réparation des préjudices que cette illégalité a causé. Il en va ainsi notamment lorsqu'une décision est contraire au droit communautaire, son illégalité étant constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration (Conseil d'État, Assemblée, 28 février 1992, Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France). En vertu d'une jurisprudence récente, qui tire toutes les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, Gardedieu), il en va de même, notons-le au passage, lorsque le préjudice trouve directement son origine dans l'incompatibilité d'une loi avec un traité, et notamment avec le droit communautaire”*. Per un inquadramento dei rapporti tra il concetto classico di legalità amministrativa nel diritto francese e apporti innovativi dovuti all'innesto del sistema sovranazionale europeo, cfr., tra gli altri, LOMBARD/DUMONT, *Droit administratif*, cit., 23 ss.; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., 85 ss. E' opportuno ricordare che, in prospettiva giurisprudenziale, la superiorità gerarchica del diritto dell'Unione sul diritto nazionale francese è la chiave di volta della sentenza CE Ass. 20 octobre 1989 Nicolò.

categoriale dell'illegittimità, corrisponde – sul versante giurisprudenziale – un comportamento, da parte del *Conseil d'Etat*, a lungo autarchico e diffidente nel riconoscere effetto diretto alle direttive dell'Unione Europea non tempestivamente recepite⁶⁶⁸.

In un primo tempo, infatti, la suprema magistratura amministrativa francese ha rifiutato di riconoscere alle direttive europee non tempestivamente trasposte in diritto nazionale l'effetto diretto che alle stesse era puntualmente ricondotto dalla giurisprudenza della CGUE⁶⁶⁹; il *Conseil d'Etat*, con la celeberrima pronuncia *Cohn – Bendit*⁶⁷⁰, stabilisce espressamente che “[i]l ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que si ces directives lient les États membres "quant au résultat à atteindre" et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des États membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne. Ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel”.

A fronte della suddetta divergenza, va precisato che – nel corso del tempo – il giudice amministrativo francese ha cercato di limitare, almeno sul piano pratico, le conseguenze di uno scontro giurisprudenziale che avrebbe potuto condurre a risultati anche gravi in ordine all'uniforme applicazione del diritto europeo.

Se infatti, per suo conto, la Corte di Giustizia ha precisato che la direttiva non attuata è direttamente invocabile dai privati nell'eventualità in cui lo Stato abbia appunto lasciato scadere il termine per l'adozione della normativa di recepimento⁶⁷¹, e che in ogni caso la direttiva non può essere fatta valere nei confronti di altri soggetti privati⁶⁷², il *Conseil d'Etat* ha a sua volta ammesso l'invocabilità diretta delle direttive in seno a un *recours pour excès de*

⁶⁶⁸ Con riferimento alla contrarietà del provvedimento ad atti di matrice sovranazionale diversi dalle direttive (regolamenti e decisioni su tutti), non si è mai posto particolare problema interpretativo.

⁶⁶⁹ Cfr. la citata sentenza C-41/74, 4 dicembre 1974, *Van Duyn*. Se ne riporta di seguito la parte di massima rilevante: “Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 della direttiva di escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario. D'altra parte l'art. 177, che autorizza i giudici nazionali a domandare alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla validità e sull'interpretazione di tutti gli atti compiuti dalle istituzioni, senza distinzione, implica il fatto che i singoli possano far valere tali atti dinanzi a detti giudici”.

⁶⁷⁰ CE, 22 décembre 1978.

⁶⁷¹ C – 148/78, 5 aprile 1979, *Ratti*.

⁶⁷² C-152/84, 26 febbraio 1986 *Marshall*.

pouvoir volto all'annullamento di un atto regolamentare, posto in essere per attuare la direttiva stessa nell'ordinamento francese o meno⁶⁷³, per poi giungere ad assicurare alla direttiva europea come “fonte” lo stesso rango di preminenza rispetto alle leggi previsto dall'art. 55 della Costituzione con riferimento a trattati e accordi internazionali regolarmente ratificati⁶⁷⁴.

Sempre entro il medesimo filone giurisprudenziale in parola sono da rammentarsi quegli arresti che riconoscono la ricevibilità di motivi di ricorso fondati sul contrasto tra diritto nazionale e direttive europee, stabilendo peraltro la contrarietà agli obiettivi delle direttive del diritto nazionale, ove quest'ultimo non contempli risultati pratici (nel caso di specie, esenzioni fiscali) contenuti nel dettato della direttiva⁶⁷⁵.

Successivamente, il *Conseil d'Etat* arriva ad ammettere, in assenza di legge o normativa regolamentare di recepimento della direttiva, che la giurisprudenza nazionale attributiva di piena libertà d'azione ai poteri pubblici interessati dalla trasposizione della direttiva stessa possa essere considerata contraria agli obiettivi dell'atto sovranazionale che preveda l'istituzione di particolari regole di procedura⁶⁷⁶.

Ultima rilevante affermazione della diretta applicabilità delle direttive non tempestivamente trasposte in diritto nazionale – questa volta con riferimento al contrasto delle stesse con provvedimenti amministrativi individuali – si riconosce nella pronuncia *Perreux*⁶⁷⁷,

⁶⁷³ CE 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France*; CE 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*. Cfr. anche CE Ass. 3 février 1989 *Alitalia*, secondo cui “L'administration ne peut, de façon générale, laisser subsister dans l'ordre juridique interne des actes réglementaires illégaux, c'est-à-dire, notamment, contraires au droit international ou au droit communautaire”.

⁶⁷⁴ CE Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*. Il problema del rapporto tra controllo di costituzionalità e controllo della CGUE si è posto, più recentemente, nel caso CE 8 février 2007 *Arcelor*, relativamente alla trasposizione delle direttive europee, considerata vero e proprio obbligo costituzionale: “le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées (...)”.

⁶⁷⁵ CE Ass. 30 octobre 1996, *S.A. Cabinet Revers et Badelon*.

⁶⁷⁶ CE Ass. 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'ouest Lyonnais*. Su tale pronuncia, tra gli altri, NOGUELLOU, *Influence sur le régime des décisions administratives*, cit., 928.

⁶⁷⁷ CE Ass. 30 octobre 2009 *Perreux*.

nella quale il giudice amministrativo afferma, in piena consonanza con l'orientamento espresso dalla CGUE, che *“tout justiciable peut en conséquence demander l’annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir (...) qu’après l’expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives. En outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l’appui d’un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d’une directive, lorsque l’État n’a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires”*.

Conclusivamente, rispetto alle modalità di reazione del sistema francese alla contrarietà di misure amministrative al diritto sovranazionale europeo, può registrarsi una sostanziale adesione al tipico regime dell’annullabilità del provvedimento; una tale opzione risulta peraltro suffragata dall’inclusione, entro il sistema normativo dei Trattati – con esplicito riferimento alle caratteristiche dell’invalidità del provvedimento emanato dalle istituzioni europee – di parametri chiaramente ispirati all’ordinamento francese⁶⁷⁸.

Tutto quanto appena rilevato conduce pertanto a ritenere che l’innesto del vizio di illegittimità europea nel diritto amministrativo francese non abbia apportato – almeno sul piano teorico, e pur con la rilevante eccezione della rammentata querelle in tema di effetto diretto delle direttive non tempestivamente recepite – seri squilibri al previgente sistema.

⁶⁷⁸ Su cui, almeno, CURTI GIALDINO, *I vizi dell’atto davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, cit., 172, con specifico riferimento alle origini del vizio di sviamento di potere in seno al sistema europeo. Ancora, se si vuole, PECCHIOLE, *Il processo amministrativo davanti al giudice comunitario*, 1309 ss., in MORBIDELLI (cura), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008; NASCIMBENE/DANIELE, *Il ricorso per annullamento nel trattato istitutivo della Comunità Europea*, Milano, 1998; BIAVATI, P. *Diritto processuale dell’Unione Europea*, Milano, 2008, 61 ss.; CONDINANZI/MASTROIANNI, *Il contenzioso dell’Unione Europea*, Torino, 2009, 98 ss.; STROZZI, *Le istituzioni dell’Unione Europea*, in CHITI-GRECO (cura) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 223 ss.; CARANTA, *La tutela giurisdizionale italiana (sotto l’influenza comunitaria)*, in CHITI-GRECO (cura) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., 1031 ss.

CONCLUSIONI

Una chiara presa di posizione circa il regime d'invalidità dei provvedimenti amministrativi nazionali contrari al diritto dell'Unione Europea è il frutto di una scelta sistematica, di un'opzione in larga misura interpretativa che discende direttamente dalla concezione che l'operatore del diritto fa propria rispetto a una serie di profili ordinamentali più generali, di matrice essenzialmente storica e costituzionale.

Si è visto infatti, nel corso del primo capitolo del presente lavoro, come l'evoluzione del sistema europeo da "organizzazione di scopo" a "comunità di diritto" si sia verificata secondo due distinte linee di tendenza: la prima, volta a implementare i meccanismi di collaborazione inter-statale in ambiti economico-commerciali attraverso la sempre più ampia attribuzione di competenze agli organismi delle Comunità (poi, dell'Unione), sino a ricomprenservi uno strumentario di precetti e istituti giuridici di natura pressoché universale; la seconda, intesa a specificare i rapporti tra l'ordinamento sovranazionale europeo, nella sua evoluzione "ideologicamente orientata" verso la stabilizzazione di un sistema giuridico di matrice non necessariamente economica ma, se si vuole, ideale (Maastricht, Nizza, Lisbona), e diritti nazionali degli Stati membri.

Il quesito circa la possibilità di identificare una risposta sistematica valida in tema di monismo o dualismo nei rapporti tra ordinamenti ha comportato, come noto, amplissime discussioni dottrinali e, più ancora, un acceso dialogo (più propriamente, si è trattato di una schermaglia in piena regola) tra Corte Costituzionale italiana e CGUE.

Non ancora del tutto appianate le frizioni che hanno caratterizzato le opposte opzioni avanzate dalle Corti, si può oggi affermare che – pur nella perdurante diversità delle premesse teoriche – il rapporto tra ordinamenti non può che delinearsi in prospettiva unitaria. Deve ad ogni modo rilevarsi che, allo stato della giurisprudenza europea e, forse più ancora, del *"diritto che viene su dalle cose"* (Vivante), le conseguenze pratiche della qualificazione monismo/dualismo si stemperano, almeno nell'ambito eurocomunitario, sino ad apparire definitivamente superate dal dettato dei Trattati vigenti.

Tale ultima problematica si riflette peraltro anche nell'orientamento sposato dal giudice amministrativo italiano, che – dopo un periodo di oscillazione giurisprudenziale – pare oggi saldamente ancorato, almeno nei fatti, a una prospettiva essenzialmente integrata dei rapporti tra ordinamenti.

Si è avuto modo di sottolineare come, a fronte del cennato ampliamento di competenze dell'Unione e della tendenziale presa di posizione "monista" rispetto al tema del dialogo tra

ordinamenti nazionali e diritto europeo, i sistemi amministrativi interni abbiano in buona misura assecondato l'europeizzazione promossa in ambito sovranazionale, rimodellando – complice l'effetto d'irraggiamento della giurisprudenza della CGUE – istituti e principi nazionali preesistenti.

Si è altresì rimarcato come, sotto la spinta unificatrice del diritto dell'Unione, gli Stati membri abbiano in qualche caso introdotto *ex novo* precetti direttamente rilevanti per l'attività amministrativa, che si presentano come novità non giustificate da un ampliamento delle competenze europee in materia di attività amministrativa nazionale (ciò che, ad oggi, non è), ma come volontario avvicinamento del legislatore interno ai modelli europei nell'ambito dell'azione pubblica.

Il tema appare di basilare importanza ai fini della presente rilevazione, giacché – tra i modelli immessi volontariamente nelle vene del sistema amministrativo italiano nel suo complesso – i principi generali del diritto europeo, siccome richiamati dall'art. 1 della legge generale sull'azione amministrativa, pongono dei profili problematici direttamente riferibili alle modalità di risoluzione delle antinomie tra provvedimento nazionale e ordinamento europeo, peraltro suggerendo una volta di più la definitiva adozione di una prospettiva monista da parte del sistema italiano.

Più in generale, è stato notato che l'evoluzione storico-giuridica dell'Unione Europea, come brevemente tratteggiata nel primo capitolo del lavoro, ha fornito l'occasione – e, in taluni casi, l'obbligo – di “ripensare” a fondo alcuni modelli giuridici tradizionalmente appannaggio dell'autarchia statale. Sotto tale profilo, il sistema dell'invalidità provvedimentale nazionale è stato seriamente messo alla prova dall'emersione di stati vizianti inusuali dovuti – e precisamente in ciò risiede il punto di raccordo con la prospettiva “generalizzante” trattata nel capitolo primo – proprio ai rapporti tra ordinamento nazionale e diritto europeo.

Come precisato in chiusura, infatti, *“l'analisi della disciplina dell'invalidità provvedimentale per contrasto con il diritto dell'Unione Europea, dunque, deve svolgersi nel più ampio contesto del discorso relativo al ravvicinamento delle legislazioni dei singoli Stati membri e della ricerca, sul piano dell'implementazione del diritto sovranazionale, del difficile equilibrio tra “omogeneizzazione” e “diversità culturale” (e, quindi, giuridica) che caratterizza l'odierno dibattito circa il grado di pervasività delle regole sovranazionali nell'ambito del sistema amministrativo italiano”*.

Nel segno delle osservazioni testé riportate si è proceduto – nel secondo capitolo – a una rilevazione essenzialmente comparatistica dei profili problematici attinenti ai sistemi

d'invalidità provvedimentale in seno agli ordinamenti tedesco e francese, dando per acquisiti gli spunti sistematici propri del diritto italiano.

Prendendo le mosse dall'ordinamento tedesco, si è visto come l'invalidità amministrativa abbia colà una struttura essenzialmente bipartita, potendosi distinguere la categoria della nullità ("*Nichtigkeit*") e quella dell'annullabilità ("*Aufhebbarkeit*"), a prescindere dai casi – statisticamente assai rari – di vera e propria inesistenza della misura amministrativa (ciò che comporta il riconoscimento di uno "*Scheinverwaltungsakt*" o "*Nichtakt*").

L'analisi dei casi di nullità, condotta avendo riguardo al dettato normativo di cui al § 44 VwVfg, nonché all'evoluzione dottrinale che ha nel tempo interessato la complessa strutturazione del precetto in parola, ha permesso di scomporre i casi di nullità ivi previsti secondo una clausola generale (Abs. I), una serie di ipotesi specificamente indicate (Abs. II) e, infine, un "catalogo negativo" di violazioni cui non consegue la nullità provvedimentale (Abs. III).

Oltre che delle peculiarità applicative del cennato § 44 VwVfg – e, in particolare, delle asperità interpretative originate dall'amplissima clausola generale contenuta nel relativo c. 1 – si è dato conto dell'azione di nullità ("*Nichtigkeitsfeststellungsklage*", § 43 VwGO), di natura evidentemente dichiarativa, predisposta dal sistema processuale amministrativo tedesco al fine di neutralizzare l'eventuale esecuzione del provvedimento nullo.

Volgendo l'attenzione alla nullità nel sistema francese, si è notato come l'ordinamento transalpino si concentri, sotto tale profilo, soltanto su vizi particolarmente evidenti (quali, ad esempio, i vizi formali), relegando di fatto la categoria della nullità a opzione di risoluzione delle antinomie ben poco significativa, mutuata dal diritto civile.

L'analisi della categoria dell'annullabilità del provvedimento amministrativo è invece stata condotta con maggiore approfondimento rispetto ad ambedue gli ordinamenti considerati.

In ordine al sistema tedesco, si è studiata la nozione di "*Aufhebbarkeit*" sulla scorta delle classificazioni dottrinali e giurisprudenziali, considerata la mancanza, nel corpo della legge sul procedimento amministrativo, di una disposizione specificamente dedicata ai casi di annullabilità del provvedimento.

I vizi sostanziali dell'atto amministrativo sono stati individuati nella mancanza dei presupposti di fatto, nella mancanza del necessario fondamento autorizzatorio; ancora, nella falsa applicazione o errata interpretazione della disposizione normativa di riferimento, nel

contrasto del provvedimento con i precetti costituzionali e, infine, nello scorretto esercizio del potere discrezionale amministrativo).

In particolare, ampio spazio è stato accordato all' "*Ermessensfehler*", che – secondo i canoni nostrani – traduce il vizio di eccesso di potere.

E' stato successivamente precisato che, a mente delle vigenti disposizioni normative, i vizi di natura procedimentale o meramente formale comportano l'annullabilità del provvedimento soltanto ove incidano sul contenuto della decisione amministrativa (§ 46 VwVfG), ovvero non siano sanabili (§ 45 VwVfG). In ordine al profilo in disamina, si è cercato di offrire un parallelismo tra le disposizioni anzidette e gli omologhi precetti italiani relativamente alla non annullabilità del provvedimento nei casi di cui all'art. 21-octies, c. 2, dichiaratamente ispirati al sistema tedesco.

Dopo l'analisi dell'istituto della conversione del provvedimento amministrativo, si è tracciato un quadro dei presupposti e delle modalità d'intervento "in secondo grado" da parte della pubblica amministrazione che abbia emanato un atto suscettibile di revoca ("*Widerruf*", § 49 VwVfG) o annullamento d'ufficio ("*Rücknahme*", § 48 VwVfG).

La rassegna delle disposizioni ha permesso di sottolineare le criticità sistematiche anche da un punto di vista sovranazionale, atteso – da un canto – il difficile bilanciamento tra l'interesse pubblico obiettivo all'azione in autotutela e – dall'altro – l'affidamento legittimamente ingeneratosi nel privato interessato dal provvedimento che ha creato l'aspettazione frustrata dall'annullamento o dalla revoca successivamente intervenuti (il che comporta riflessi di non poco momento nella distinzione tra atti di natura ampliativa e atti di natura restrittiva).

Terminata l'analisi delle disposizioni normative rilevanti, si è preso in esame il sistema francese, sottolineando l'importanza del ricorso per l'annullamento dell'atto ("*contentieux de l'annulation*"), altrimenti denominato "*recours pour excès de pouvoir*". E' precisamente in seno a tale strumento di tutela giurisdizionale che si suole ricondurre la congerie di vizi inficianti il provvedimento, di volta in volta qualificati siccome attentati alla "*légalité externe*" (incompetenza e vizi formali) o alla "*légalité interne*" (sviamento di potere e violazione di legge e dei diritti acquisiti).

Dopo aver cercato di chiarire come, nella concezione unitaria della legalità che emerge dal dettato costituzionale, il ricorso per eccesso di potere possa riferirsi a tutte le violazioni della stessa – sia che esse debbano ricondursi a violazioni della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento, sia che riguardino violazioni di legge o regolamento – si è sottoposto a un più specifico esame il ricorso in annullamento.

Esplicitando le caratteristiche fondamentali dei singoli *cas d'ouverture* del ricorso per eccesso di potere, si è seguita la partizione classica tra vizi attinenti alla *légalité externe*, fermando l'attenzione sulle peculiarità dell'incompetenza e dei vizi formali (relativi alla presentazione materiale dell'atto) e procedurali (relativi alla formazione dello stesso); successivamente, nel corso dell'analisi dei vizi che attentano alla "*légalité interne*", si è cercato di proporre una ricostruzione storica, anche per via giurisprudenziale, del *détournement de pouvoir*, per poi passare in rivista il vizio di violazione di legge.

In ordine all'ultimo vizio citato, si è rimarcato come la locuzione "violazione di legge" sia da intendersi in senso lato, comprendendo non soltanto i casi di vera e propria violazione, ma anche quelli di falsa applicazione di disposizioni normative. Quanto poi all'errore di fatto, si è visto come la giurisprudenza francese abbia, in epoca ormai risalente, elaborato due distinte modalità di sindacato del giudice in ordine I) all'errore sui fatti materiali (*Arrêt Gomel*); II) all'errore sulla qualificazione giuridica dei fatti (*Arrêt Camino*), di cui si sono fornite le coordinate dottrinali e applicative.

In chiusura di capitolo, è stata introdotta – per completezza – la nozione di inesistenza dell'atto amministrativo come risultante dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri oggetto della presente rilevazione (Italia, Germania, Francia), partendo dal "caso italiano", al fine di sottolineare analogie e differenze nel trattamento giuridico dell'inesistenza quale categoria dell'invalidità provvedimentale.

Sebbene si sia dato conto dell'obiettivo interesse storico e sistematico del tema, ampiamente scandagliato dalla dottrina, prima ancora che dalla giurisprudenza, dei Paesi dianzi citati (in special modo, va precisato, dai teorici francesi), la decisa residualità dell'istituto – quando non la totale mancanza di basi positive a suo supporto in seno alla moderna formulazione dell'invalidità nei diversi ordinamenti – ha suggerito di omettere la riproposizione del tema su un piano propriamente sovranazionale.

Dopo avere analizzato i singoli sistemi d'invalidità nazionali in prospettiva comparatistica, si è cercato di proporre una rilevazione aggiornata dei cd. "principi del diritto amministrativo europeo", cioè dei parametri sovranazionali di carattere generale ed astratto che sempre più Stati membri, oltre che rispettare, immettono nei tessuti normativi nazionali (come è il caso, si è visto, dell'Italia), al fine di assicurare – almeno in linea teorica – una rispondenza alle linee guida dettate dal sistema europeo (in particolare, dai Trattati e dal formante giurisprudenziale) dell'attività amministrativa nazionale.

Tenendo presente l'obiettivo impossibilità di giungere a una identificazione condivisa, quanto al numero e alla sfera di operatività dei principi generali rilevanti per il diritto

amministrativo, sono stati enucleati i canoni di legalità, proporzionalità, sussidiarietà, precauzione, buona amministrazione, legittimo affidamento, contraddittorio ed eguaglianza.

Anche nel corso del terzo capitolo, l'analisi è stata condotta con riguardo ai profili storici dell'evoluzione dei principi negli ordinamenti di riferimento, privilegiando un taglio comparatistico al fine di porre in risalto – ove possibile – il ruolo della CGUE nell'implementazione e irradiazione dei principi stessi all'interno dei singoli tessuti normativi nazionali (è il caso, tra gli altri, dei canoni di proporzionalità, buona amministrazione e precauzione, a prescindere dall'espresso riconoscimento in particolari disposizioni dei Trattati).

Come dianzi ricordato, in ordine alla portata dell'art. 1, l. n. 241/1990 relativamente ai principi dell'ordinamento europeo, si è ritenuto di dover convenire con quella dottrina che ne sottolinea il potenziale effetto innovativo, giacché la (sventurata e oggi tecnicamente inesatta) formulazione e la posizione sistematica all'interno della legge sull'azione amministrativa sembrano porre le basi per una ricezione dei vizi provvedimentali riconducibili ai canoni in parola secondo il parametro della violazione di legge. Un tale intervento – a sommosso avviso di chi scrive – pare aprire il sistema dell'attività amministrativa a una “europeizzazione” che, se non vuole essere letta come soltanto “di facciata” (il che pure è successo), assume contorni e significati del tutto nuovi con riferimento ai principi europei, considerati come veri e propri parametri diretti di legalità del provvedimento (anche oltre le ormai usuali figure sintomatiche dell'eccesso di potere d'ispirazione sovranazionale).

Si è peraltro avuto occasione di rilevare come, a fronte del deciso allentamento degli argini statuali nell'ambito dell'azione amministrativa, corrisponda – sul piano pratico-applicativo – più di una difficoltà sistematica: si pensi, ad esempio, all'inedito ruolo di nomofilachia che il Consiglio di Stato si troverebbe a esercitare in ordine a fattispecie europeizzate soltanto secondo il diritto nazionale (e non secondo il diritto UE, il quale, ad oggi, non si riconosce competente a incidere sui procedimenti amministrativi nazionali); l'applicazione, da parte del giudice amministrativo nazionale, di coordinate sovranazionali europee senza la possibilità di ricorrere all'apporto interpretativo della Corte di Giustizia – la quale non potrebbe pronunciarsi in ordine a rinvii pregiudiziali irrilevanti per il sistema UE – condurrebbe verosimilmente a un poco desiderabile “sminuzzamento” dell'interpretazione dei principi generali del diritto europeo, con buona pace dell'uniforme applicazione dello stesso in seno agli Stati membri.

Che l'innovazione normativa in disamina ponga meno problemi se intesa come meramente “ricettiva” di un generale ossequio dell'amministrazione nazionale alle linee guida

di diritto europeo, è un dato incontestabile. Resta tuttavia da considerare se una tale dequotazione del dettato normativo costituisca un'opzione percorribile.

Sembra opportuno rimarcare che – in assenza di un intervento legislativo che provveda ad abrogare l'inciso che ne occupa, lasciando spazio al diritto sovranazionale solo negli specifici campi d'intervento delimitati da regolamenti e direttive europee – il vigente dettato dell'art. 1, l. n. 241/1990 può ben essere interpretato come una breccia – sorprendente perché incondizionata – nel sistema amministrativo nazionale. Agli operatori del diritto – anzitutto i giudici – l'ingrato compito di precisare e infondere senso compiuto alla lettera della legge.

Nell'ultimo capitolo, il quarto, si è analizzato il regime dell'invalidità provvedimentoale per contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

Si è anzitutto cercato di riassumere le singole tipologie di contrasto del provvedimento interno rispetto ai diversi atti dell'ordinamento europeo, a partire dalle disposizioni di diritto europeo direttamente applicabili (regolamenti, direttive “*self-executing*”), passando poi alle direttive (anche se non tempestivamente attuate), alle decisioni e, infine, agli altri atti sovranazionali di natura non vincolante.

Nei paragrafi successivi è stata proposta un'analisi delle principali opzioni dottrinali e giurisprudenziali avanzate relativamente al regime d'invalidità del provvedimento amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo, a partire dall'ipotesi – oggi quasi del tutto in disuso, salvo che nei (pochi) casi di emanazione di provvedimento sulla scorta di una disposizione interna attributiva del potere – della nullità.

Tra i molteplici problemi che l'adozione della nullità come soluzione del conflitto con i principi generali europei richiamati all'art. 1, l. n. 241/1990 pone vi è l'inconciliabilità dell'impostazione rigidamente dualista – a base dell'opzione dottrinale e giurisprudenziale della nullità nel campo che ne occupa – con la disposizione nazionale che prescrive il rispetto dei “*principi generali dell'ordinamento comunitario*”. Su un piano sostanziale, peraltro, la tipica caratteristica dell'autoritarità e della presunzione di efficacia dell'atto amministrativo verrebbero evidentemente frustrate se si riconoscesse la nullità del provvedimento “antieuropeo”, anche considerando che – in prospettiva sovranazionale – il sistema di risposta alle antinomie stabilito dai Trattati non prevede un regime di nullità dei provvedimenti emanati dalle istituzioni europee.

Successivamente, si è passata in rassegna l'ipotesi dell'adozione dell'ordinario regime di illegittimità/annullabilità del provvedimento interno contrastante con il diritto dell'Unione Europea, sottolineando come – da un lato – la giurisprudenza amministrativa nazionale sia oggi ferma nel ritenere tale modalità di soluzione dell'antinomia d'interesse perfettamente

rispondente, su un piano generale, al principio di effettività dei precetti sovranazionali e come – dall'altro – si tratti dell'unica prospettiva attualmente percorribile per assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'attività amministrativa nazionale.

La riconduzione, operata dalla più accorta dottrina, del vizio di "euroincompatibilità" (indipendentemente dalla tipologia dell'atto sovranazionale assunto quale parametro, ammesso che si tratti – evidentemente – di un atto vincolante) sotto l'ombrello della "violazione di legge" si prospetta come necessaria al fine di evitare uno stravolgimento delle tradizionali categorie processuali amministrative nazionali, permettendo di applicare estensivamente la disciplina dell'annullabilità/illegittimità interna a casi di conflitto ricollegabili – sulla scorta di quanto sopra precisato – a un ordinamento integrato "per compenetrazione" e non "per giustapposizione".

Rimane, a parere di chi scrive, la possibilità di assumere il parametro sovranazionale siccome figura sintomatica dell'eccesso di potere nel caso in cui il provvedimento nazionale appaia contrastante con i principi del diritto europeo, giacché – in quel caso – il grado di astrazione dell'antinomia rilevata e la conseguente impossibilità di ricondurre la stessa a un parametro normativo specifico (ove questo non sia espresso in un regolamento, direttiva o decisione applicabile alla fattispecie, e dunque "tradotto" in un puntuale precetto normativo) consentono un vaglio ricollegabile al sindacato per eccesso di potere.

In pratica, comunque, la soluzione prospettata dalla dottrina favorevole all'opzione annullabilità/illegittimità non muta, applicandosi in ogni caso il disposto dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990, che – similmente ai modelli tedesco e francese, analizzati con riguardo all'invalidità "europea" dell'atto amministrativo interno – qualifica "illegittimo" ogni provvedimento discrezionale viziato per eccesso di potere.

Avendo individuato nell'usuale regime di illegittimità/annullabilità la risposta al quesito relativo alle modalità di risoluzione del contrasto tra provvedimento nazionale e sistema europeo, si è dato conto – nel corpo del quarto capitolo – delle ragioni teoriche e pratiche che suggeriscono la reiezione del modello disapplicatorio riferito al provvedimento "euroincompatibile".

E' stata evidenziata, al fine di sostenere tale ultimo assunto, una serie di falle sistematiche non persuasivamente chiarite dai fautori della disapplicazione provvedimentale, quali la violazione dell'attualmente vigente principio dispositivo; una – lo si è già visto – inutile differenziazione del trattamento degli atti nazionali invalidi "per vizi domestici" rispetto a quella accordata agli atti invalidi per vizi "di matrice europea"; un vero e proprio "attentato" alla stabilità dell'azione amministrativa e all'affidamento legittimo del cittadino

rispetto al provvedimento (invalido) emanato, dovuti anche all'efficacia variabile che l'atto disapplicato può dispiegare (nel caso in cui ne sia invocata la disapplicabilità, esso viene meno nel corso di e per *quel* processo ma, diversamente, resta pienamente produttivo di effetti).

Vero è che la dottrina favorevole alla disapplicazione ha proposto diverse formulazioni della teoria in parola, anche con riguardo ai poteri del giudice. Sembra, tuttavia (e si rimanda a quanto espresso nel quarto capitolo), che l'opzione sistematica della disapplicazione del provvedimento per contrasto con il diritto europeo sia da relegare a casi assai specifici (come peraltro suggerisce l'evoluzione giurisprudenziale della CGUE), senza che la stessa possa – allo stato – assurgere a chiave di volta del sistema dell'invalidità per “euroincompatibilità”.

In ultimo, si è concentrata l'attenzione sul dibattuto problema dell'autonomia procedurale degli Stati membri (in particolare, sui rapporti tra principi di equivalenza ed effettività e sistemi nazionali), anche con riferimento – e in qui risiede la maggiore ricchezza problematica del tema – agli interventi in autotutela da parte delle amministrazioni nazionali in caso di contrasto del provvedimento emanato con il diritto sovranazionale europeo.

Dopo una succinta ma si spera puntuale disamina della giurisprudenza della CGUE in ordine all'obbligo (o meno) di addivenire a una revoca o a un annullamento d'ufficio, si è notata una propensione – da parte della Corte di Lussemburgo - ad ampliare il proprio spettro d'influenza in ogni caso, concernente provvedimenti definitivi o giudicati, in cui possa rilevare il superiore interesse pubblico sovranazionale (la teoria di pronunce inaugurata con la celeberrima *Kühne & Heitz* è, in tal senso, paradigmatica).

Il problema è, ad oggi, irrisolto, se è vero che – a fronte degli sforzi chiarificatori messi in campo dalla CGUE – gli Stati membri sembrano opporre resistenza a una così decisa presa di posizione (si pensi, in particolare, al sistema tedesco, analizzato con attenzione relativamente al profilo in disamina: proprio dall'ordinamento tedesco, non a caso, sono originate molte delle sentenze della Corte concernenti il tema dell'autotutela amministrativa). Né può dirsi che vi sia – allo stato delle legislazioni – una disciplina “uniformabile” per via europea.

Concludendo, si ritiene che il rapporto contrastante tra provvedimento nazionale e diritto europeo debba risolversi mediante l'ausilio dell'ordinario regime di annullabilità/illegittimità, sebbene molte questioni connesse a tale ampio tema rimangano invariabilmente aperte – alcune, come la reale portata del richiamo ai principi generali dell'ordinamento europeo, devolute alla “buona volontà” del giudice amministrativo

nazionale; altre, come il problema dell'autotutela da atto illegittimo per euroincompatibilità, più complesse perché incidenti su un piano più ampio e (anche) su altri Stati, affidate alla cura (non sempre desiderabile né risolutiva) della Corte di Giustizia dell'Unione, in mancanza di un ravvicinamento delle normative interne che sembra di là da venire.

Un'osservazione più generale si impone dopo l'analisi di un sistema, quello dell'invalidità, che si è voluto ricondurre a unità cercando di semplificare, partendo dai denominatori comuni degli Stati membri, e prospettando una soluzione che fosse – in via di principio – in linea con le tradizioni e gli istituti giuridici degli ordinamenti interessati. Là dove questa operazione è tecnicamente possibile, non appare opportuno ricercare nuovi fattori di differenza e contrasto.

Del resto, la stessa spinta uniformatrice dell'ordinamento sovranazionale potrebbe, se adeguatamente monitorata, rappresentare l'occasione per sradicare alcune plurisecolari “magagne” del sistema giuridico italiano, o – almeno – per razionalizzarne i disordinati e stratificati riferimenti normativi nel segno di una maggiore efficacia ed efficienza, così da rimodellare – ed è questo il risvolto pratico di ogni discorso teorico sul diritto – il rapporto tra cittadini e pubbliche amministrazioni nel senso di una più piena collaborazione e fiducia.

Altrimenti, il rischio è di complicare ulteriormente la già fitta trama della *rete di arabeschi*.

BIBLIOGRAFIA

Monografie, contributi in volume e voci di enciclopedia

- AA.VV. *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Milano, 1989
- AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007
- ALBERT, *Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel français*, in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, ASBL Editions du Jeune Barreau de Liège, 1995
- ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958
- ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione Europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000
- ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, Tübingen, 2009
- ASCHKE, *Ermessen*, in BADER/RONELLENFITSCH, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, München, 2010
- ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999
- AUBY-DERO BUGNY, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime* in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE (cur.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE (cur.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- AZOULAI, *Le principe de légalité en droit administratif européen*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE (cur.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Bologna, 2008
- BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002
- BASSI, N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001
- BATTINI-MATTARELLA-SANDULLI, A. *Il procedimento*, in NAPOLITANO (cur.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007
- BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886
- BERTEZZOLO, *La stabilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza comunitaria*, in FALCON/DE PRETIS (cur.), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011
- BIAVATI, P. *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2008
- BIRKINSHAW, *European Public Law*, London, 2004
- BONTEMPS-LUSI, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento francese*, in CERULLI IRELLI/DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, in CERULLI IRELLI-DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009
- BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004
- BRAIBANT, *Le droit administratif français*, 3^e Ed., Paris, 1992
- BULL/MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 8. Auflage, Heidelberg, 2009
- BUMKE, *Verwaltungsakte*, in HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, 2008
- CALAMIA/VIGIAK, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010
- 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
- CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990

- CARANTA, *La tutela giurisdizionale italiana (sotto l'influenza comunitaria)*, in CHITI-GRECO (cur.) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- CASTILLO LARA R.J., *La subsidiarité dans l'église*, in A.A.V.V., *La subsidiarité dans la pratique*, Paris, 1995
- CERULLI IRELLI-DE LUCIA (cur.), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009
- CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2009
- CHABOD, *Storia dell'idea di Europa*, Bari-Roma, 2010 (1961)
- CHALMERS-DAVIES-MONTI, *European Law*, II Edition, Cambridge, 2010
- CHAPUS, *Droit administratif général*, I, Montchrestien, Paris, 2001
- CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in Enc. Dir., Tomo II, Giuffrè, Milano, 2008
- CHIOLA, *L'ordinamento comunitario e l'attività della pubblica amministrazione in Italia*, Roma, 2007
- CHITI, M.P. *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011
- CHITI, M.P., *Introduzione*, in CHITI, M.P./PALMA (cura), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006
- CHITI-GRECO (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999
- CLARIZIA, P. *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, in CERULLI IRELLI-DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009
- CLERGERIE-GRUBER-RAMBAUD, *L'Union Européenne*, Paris, 2008
- COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011
- CONDINANZI-MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009
- CORLETTI, *Efficacia e invalidità dell'atto amministrativo*, in SCIULLO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, 2006
- CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in AA.VV. *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007
- COSTANZO-MEZZETTI-RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2010
- COUDRAY, *La transparence et l'accès aux documents* in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE (cur.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- CRAIG, *Amministrazione Comunitaria. Storia, tipologia e «accountability»*, in D'ALBERTI (cur.), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2011
- CRAIG, *European Administrative Law*, Oxford, 2006
- CRAIG, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in ELLIS (cur.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999
- CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Milano, 1993 (1932)
- CURTI-GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Milano, 2008
- D'ALBERTI (cur.), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2011
- D'ORSOGNA, M. *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004
- DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008
- DE BURCA – WEILER, *The European Court of Justice*, Oxford, 2001
- DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, in CERULLI IRELLI-DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009
- DE PRETIS, *L'influenza del diritto comunitario sulla tutela giurisdizionale: qualche spunto*, in MARCHETTI, B. (cur.), *L'amministrazione comunitaria*, Padova, 2009

- DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in NAPOLITANO (cur.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007
- DE ROUGEMONT, *L'Europe en jeu*, Neuchâtel, 1948
- DE ROUGEMONT, *Les chances de l'Europe*, Neuchâtel, 1962
- DEBBASCH, *Droit administratif*, Paris, 1968
- DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008
- DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in CHITI-GRECO (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in SANDULLI, M.A. (cur.), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011
- DELLA CANANEA-FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010
- DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9. Auflage, München, 2011
- DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte Istituzionale*, Milano, 2009
- ERBGUTH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2009
- FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002
- FALCON (cur.), *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei. Tra armonizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005
- FALCON-FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte*, Milano, 2000
- FALZEA, *Le condizioni e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- FERNANDEZ MAUBLANC, *Le prétendu déclin du détournement de pouvoir*, in *Mélanges J.M. Auby*, Paris, 1992
- FERRARI, E. *Per l'armonizzazione dei diritti amministrativi nazionali*, in FALCON (cur.), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei. Tra armonizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005
- FERRERA-GIULIANI, *Governance e politiche dell'Unione Europea*, Bologna, 2009
- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983
- FLEINER, F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 6. und 7. Aufl., Tübingen, 1922
- FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, Paris, 1933
- FOÀ, S. *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Torino, 2011
- FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, 10. Auflage, München, 1973
- FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969
- FRANCHINI, *L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea*, in STICCHI DAMIANI-VETRÒ, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010
- FRIER-PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2010
- FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, 2006
- GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Vewaltungsverfahrensgesetz)*, Milano, 2002
- GALETTA, *L'autonomia procedimentale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise lost?* Torino, 2009
- GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in AUBY – DUTHEIL DE LA ROCHERE (cur.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998
- GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Berlin-Heidelberg, 201

- GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in SANDULLI, M.A. (cur.) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011
- GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008
- GIOVAGNOLI-FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Tomo 2, Milano, 2007
- GNES, *Le garanzie*, in DELLA CANANEA (cur.), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008
- GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in CORRADINO (cura), *Il procedimento amministrativo*, Torino, 2010
- GRECO, G. *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008
- GRECO, G. *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in CHITI-GRECO, (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- GROZIO, *The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations*, tr. Campbell, New York-London, 1981
- GUZZETTA-MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2005
- HANSMANN/SELLNER (cur.), *Grundzüge des Umweltrechts*, Berlin, 2007
- HARLOW – RAWLINGS, *Law and Administration*, III° Ed., Cambridge, 2009
- HATSCHKE, *Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrecht*, Leipzig-Erlangen, 1919
- HOFMANN/GERKE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Stuttgart, 2010
- HOFMANN/ROWE/TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, London, 2012
- ILIOPOULOU, *Le principe d'égalité et de non-discrimination*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- IPSEN, H.P. *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972
- IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Köln, 2009
- IPSEN, J. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011
- ITALIA, *Il ragionamento giuridico*, Milano, 2009
- ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006
- JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, 2004
- JANS, J. H.-PRECHAL, S.- DE LANGE, R.-WIDDERSHOVEN, R. *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2007
- JELLINEK, W. *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Leipzig, 1908
- JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Offenburg, 1948
- JESTAEDT, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, Berlin, 2010
- JOWELL, *Judicial Deference and Human Rights: A Question of Competence*, in CRAIG-RAWLINGS (cur.), *Law and Administration in Europe*, Oxford, 2003
- JUDT, *A Grand Illusion? An essay on Europe*, New York, 2011
- JUDT, *Geschichte Europas. Von 1945 bis zur Gegenwart*, Frankfurt am Main, 2011
- Kelsen, *Über Staatsunrecht : Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, Wien, 1913
- KOPP/RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 12. Auflage, München, 2011
- LADENBURGER, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, Berlin – Heidelberg, 1999
- LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative*, II, Paris, 1888
- LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, 2002

- LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 2008 (1972)
- LERCHE, *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, Köln, 1953
- LOMBARD-DUMONT, *Droit administratif*, Paris, 2005
- LUCIANI, F. *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010
- MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità - Relazione al convegno "Autorità e consenso nell'attività amministrativa"*, Varenna 20-22 settembre 2001, Milano 2002, 57
- MAMMARELLA, *Storia d'Europa dal 1945 ad oggi*, Roma-Bari, 2006
- MAMMARELLA-CACACE, *Storia e politica dell'Unione Europea*, Bari-Roma, 2005
- MANFRELOTTO, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004
- MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001
- MARTIN, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, 2006
- MASSERA, *I principi generali*, in CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006
- MASSERA, *I principi generali*, in CHITI M.P.- GRECO (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- MATTARELLA, *Il provvedimento*, in CASSESE (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000
- MATTARELLA, *Il provvedimento*, in SANDULLI, A. (cur.), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005
- MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011
- MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, 1924
- MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927
- MESCHERIAKOFF, *Le principe de proportionnalité en droit français*, in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, ASBL Editions du Jeune Barreau de Liège, 1995
- MÖLLERS, *Verfassunggebende Gewalt – Verfassung-Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa*, in VON BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2003
- MONTEDORO, *Esigenze di tutela e rimedi giuridici*, in CARINGELLA-GAROFOLI-MONTEDORO (cur.), *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, 2006
- MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 2010
- MORRONE, *Il principio di sussidiarietà e l'integrazione europea pluralistica*, in CASTORINA (cur.), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007
- MUSONE, *Il regime d'invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007
- NASCIMBENE-DANIELE, *Il ricorso per annullamento nel trattato istitutivo della Comunità Europea*, Milano, 1998
- NEHL, *Principles of administrative procedure in EC Law*, Oxford, 1999
- NOGUELLOU, *Influence sur le régime des décisions administratives*, in AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHERE (cur.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007
- NOTARI, *Nullità del provvedimento*, in TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005
- OLIVI-SANTANIELLO, *Storia dell'integrazione europea*, Bologna, 2010
- ORLANDO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2002
- ORLANDO, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Lodi, 1897
- PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007
- PAPADOPOULOU, *Principes généraux du Droit et Droit Communautaire*, Bruxelles, 1996

- PECCHIOLO, *Il processo amministrativo davanti al giudice comunitario*, in MORBIDELLI (cur.), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008
- PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Heidelberg, 2011
- PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes, Etude des sources du droit communautaire*, Liège, 1971
- PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004
- PICOZZA., Voce “*Giustizia amministrativa e diritto comunitario*”, in Enc. Giur., XV, Roma, 1997
- PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2010
- PONTE, *Invalidità del provvedimento e riparto di giurisdizione alla luce della l. n. 15/2005*, Milano, 2005
- PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo.. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2006
- POTO, *Judicial Review of Administrative Action: Procedure vs. Substance. Germany*, in CARANTA/GERBRANDY, *Traditions and Change in European Administrative Law*, Groningen, 2011
- RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003
- RENNA/SAITTA, F. (cur.), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012
- RIVERO-WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2004
- ROLLAND (cur.), *L'Unité politique de l'Europe. Histoire d'une idée*, Bruxelles, 2006
- ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III Ed., Prato, 1835
- RUFFERT, *Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit von Verwaltungsakten*, 699, 4., in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, Berlin, 2010
- RUFFERT, *Verwaltungshandeln und Rechtsverhältnis*, in ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Auflage, Berlin, 2010
- SABBATUCCI-VIDOTTO, *Il mondo contemporaneo dal 1848 ad oggi*, Bari-Roma, 2011 (2008)
- SANDULLI, A. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
- SANDULLI, A. *Proporzionalità*, in CASSESE (cur.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006
- SANNA TICCA, *Cittadino e Pubblica Amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004
- SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in STICCHI DAMIANI, S./VETRÒ, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010
- SCHEMERS/VAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, 2011
- SCHEMMER, *Nichtigkeit des Verwaltungsaktes*, in BADER/RONELLENFITSCH, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, München, 2010
- SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 2009
- SCHWARZE (cur.), *Administrative Law under European Influence*, Baden-Baden, 2006
- SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 1992
- SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, II. Auflage, Baden-Baden, 2005
- SCHWEITZER, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 1991
- SERIO, A. *Il principio di buona amministrazione procedurale*, ESI, 2009
- SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padova, 2009
- SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2009
- SPARWASSER-ENGEL-VOßKUHLE, *Umweltrecht*, Heidelberg, 2003

- SPASIANO, *La nullità del provvedimento*, in PAOLANTONIO-POLICE-ZITO (cur.), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- SQUINTU, *Il diritto comunitario nella giurisprudenza amministrativa italiana*, in PICOZZA (cur.), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003
- STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 7. Auflage, München, 2008
- STICCHI DAMIANI-VETRÒ (cur.), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010
- STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III, München, 1999
- STORR/SCHRÖDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart, 2010
- STROZZI, *Le istituzioni dell'Unione Europea*, in CHITI-GRECO (cur.) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005
- SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, 1791-92, Köln und Opladen, 1960
- TESAURO, G. *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2011
- TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, Oxford, 2006
- TRIMARCHI-BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI, M.P./GRECO (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- TÜRK, *Judicial Review in EU Law*, Celenham-Northampton, 2009
- USHER, *General Principles of EC Law*, London-New York, 1998
- VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008
- VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001
- VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008
- VILLATA, *L'atto amministrativo*, in MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005
- VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- VIPIANA-CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012
- VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1937
- VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeirechts*, Band I, Hannover, 1802 (I. Auflage 1799)
- VON BOGDANDY (cur.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2003
- VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione Europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011
- VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008
- VON HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960 (1924)
- WADE-FORSYTH, *Administrative Law*, 9th Edition, Oxford, 2004
- WINKLER, *Orientierungen im öffentlichen Recht*, Wien-New York, 1979
- WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung*, Barnes & Noble, 2003 (1922)
- WOLFF, § 114, in SODAN/ZIEKOW, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Baden-Baden, 2010
- WOLFF/DECKER, *Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Studienkommentar*, 3. Auflage, München, 2012
- WOLFF-BACHOF-STOBER-KLUTH, *Verwaltungsrecht I*, München, 2007

Articoli, note a sentenza, relazioni a convegni

- ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione*, Dir. Un. Eur., 2005, 2, 253
- ALBINO, *Il sistema delle fonti tra diritto comunitario e diritto interno*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2001, 6, 924
- ANTONIAZZI, *Responsabilità amministrativa per violazione del diritto comunitario: alcune riflessioni sull'evoluzione del danno "all'erario comunitario"*, Foro Amm. TAR 2006, 06, 2251
- ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1999, 1362
- ARLOTTA, *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo. Rapporti tra ius superveniens e provvedimento amministrativo*, in www.lapraticaforense.it (2007)
- BARBIERI, E.M. *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2000, 149
- BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, Giur. Cost., 1973, 2401
- BERMANN, *Taking subsidiarity seriously: Federalism in the European Community and the States*, Columbia Law Review, 1994, vol. 94, n°2, 331
- BERTOLINI, C. *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di principio*, Dir. Amm. 2007, 895
- BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, Rassegna Tributaria 2007, 1591
- BOUSTA, *La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité*, in Revue Internationale de Droit Comparé, 4, 2007, 859
- BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, Revue du Droit de l'Union Européenne, 2005, 25
- BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della corte costituzionale*, Riv. Giur. Ambiente 2006, 06, 809
- CARANTA, *Kühne & Heitz NV. v. Produktschap voor Pluimvee en Eierenin*, Common Market Law Rev., 2005, 179
- CARANTA, *Variazioni sull'inesistenza dell'atto amministrativo adottato in situazioni di carenza di potere*, Giust. civ. 1999, 1, 217
- CARANTA., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, Giur. It., 3-1989, 284
- CARBONE, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti e infrastrutture del trasporto*, Dir. Un. Eur. 2002, 03, 425
- CARTEI, *I principi del diritto comunitario*, in *Incontro di Studio: "L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990"*, Pescara, 30 maggio 2003, Astrid-Online [<http://www.astrid-online.it/Dossier--i1/Documenti/Atti-del-C/CARTEI-Relaz-Pescara.pdf>]
- CASSESE, S. *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, Giorn. Dir. Amm., 1996, 9, 869
- CASSESE, S. *Il diritto alla buona amministrazione*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 3/2011, 4 [<http://www.irpa.eu/articoli/118/il-diritto-alla-buona-amministrazione/>]
- CASSESE, S. *Il procedimento amministrativo europeo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2004, 44
- CASSESE, S. *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2002, 2-3, 291

- CASSESE, S. *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, Giorn. Dir. Amm., 2010, 419
- CASSESE, S. *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2004, 4, 901
- CASSESE, S., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione*, Riv. Dir. Pubbl. Com., 2004, 5, 1135
- CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, Riv. it. dir. pubbl. Com.. 2008, 2, 433
- CHIEPPA, R. *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, Giust.Amm.it, n. 12/2005
- CHITI, M.P. *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. Com. 1991, 94
- CHITI, M.P. *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2000, 303
- CHITI, M.P. *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, Dir. Amm. 2003, 4, 689
- CHITI, M.P. *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2000, 02, 301
- CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, Giur. It., 2012, 7
- COCCO, *Le «liaisons dangereuses» fra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1995, 678
- CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, Riv. Dir. Proc., 2008, 225
- CONSTANTINESCO, *Les compétences et le principe de subsidiarité*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2005, 305
- CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Dir. Un. Eur., 2007, 4, 747
- COSTANZO – MEZZETTI – RUGGERI, *Se cinquant'anni (di Europa Unita) vi sembrano pochi. Dal club economico interstatale alla costituzionalizzazione dell'Unione*, in Federalismi.it, n. 6/2007, 7
- DE BURCA, *“Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law”*, European Public Law, Vol III, Issue, 4, 1997, 587
- DE BURCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, 13 YEL 15, 113
- DE PRETIS, *“Illegittimità comunitaria” dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, Giorn. Dir. Amm., 2004, 723
- DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, Dir. Proc. Amm. 2008, 1, 267
- DELSIGNORE, *Il ruolo della pubblica amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2009, 2, 443
- DUBOIS, *Droit administratif et droit communautaire*, AJDA, *“Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation”*, 1995, 66
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Influence du droit français en droit communautaire/droit de l'Union européenne*, RFDA, 2001, 909
- ENGLISH, *Anspruch auf Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig belastender Verwaltungsakte nach Eintritt der Bestandskraft?* Die Verwaltung, Vol 41, n. 1, 2008, 99
- FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1993, 74

- FERRARI, E. *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa d'invalidità e non applicazione per il principio di specialità*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1991, 1075
- FORLATI PICCHIO, *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, Dir. Com. Sc. Int., 1978, 204
- FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, AJDA, 1995, 156
- GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, Dir. Un. Eur., 1-2011, 221
- GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, 35
- GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Dir. Amm., 2010, 03, 601
- GALETTA, *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario: problemi e prospettive di sviluppo nell'ottica di una giustizia amministrativa europea*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 5, 1999, 1003
- GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in www.ius-publicum.com
- GALLO, C.E. *Impugnazione, disapplicazione ed interpretazione del bando di gara nei contratti della pubblica amministrazione: una pronuncia di assestamento*, Urb. e App. 2003, 428
- GAROFOLI, R. *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, Urb. App., 1997, n. 3, 338
- GATTINARA, *Il ruolo del diritto comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, Dir. Comm. Sc. Int., 2004, 489
- GIACCHETTI, *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, Relazione presentata al XXXVIII convegno di studi amministrativi, svoltosi a Varenna il 17-19 settembre 1992, sul tema: «Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea», in *Giur. Amm. Sic.* 1992, p. 879
- GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità Europee (1967)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2003, 979, con prefazione di BATTINI
- GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, *Giust. Amm.*, 2004, 904
- GOISIS, F., *Self annulment of administrative acts in breach of EU Law: the Italian experience*, 2012, 6, in www.ius-publicum.com
- GRECO, G. *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2008, 2, 505
- GROPPI, *La primauté del diritto europeo su quello costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, www.astrid-online.it, 2005
- HARLOW, *European Administrative Procedure: the European Union as Exemplar*, in *Lisbon Meeting on Administrative Procedure. "Functions and Purposes of European Administrative Procedure: New Problems and New Solutions"*, Lisbona, 2011, 38 [http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_international_isbn.pdf]
- IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2011, 02, 393
- JOWELL, *Is Proportionality an Alien Concept?*, *European Public Law*, Vol. II, Issue 3, 1996, 401
- KOOPMANS, *Subsidiarity, Politics and the Judiciary*, *European Constitutional Law Review*, 2005, 112
- LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, *Giur. Cost.* 2003, 04, 2419

- LEISNER, *Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (nur) bei Offensichtlichkeit der besonders schweren Fehlerhaftigkeit?*, DÖV, 2007, 669
- LEONE, C., *La disapplicabilità dell'atto amministrativo nazionale in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di Giustizia*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2003, 3-4, 900
- LEONE, C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. 2000, 5, 1166
- LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2011, 2, 447
- MASSERA-SIMONCINI-SPAGNUOLO, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, Astrid-Online, 2009, in: <http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna>, 27/10/04 Massera_Simoncini_Spagnuolo_note_minime_integrazione-europea.pdf.
- MATTARELLA, B.G., *Le dieci ambiguità della l. n. 15/2005*, Giorn. Dir. Amm., 2005, 819
- MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Il provvedimento amministrativo*, Giorn. Dir. Amm., 2005, 479
- MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità degli atti amministrativi (art. 21-septies della l. n. 241/1990 introdotto con la l. n. 15/2005)*, Dir. Proc. Amm., 2006, 3, 543
- MENGOZZI, *Il contributo del diritto alla determinazione dell'identità dell'Unione Europea*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2011, 03, 645
- MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, Dir. proc. amm. 2011, 04, 1222
- MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale*, Dir. Proc. Amm., 1990, 284
- NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05)*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2008, 1217
- ONIDA, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, Quad. Cost., 3/2002, 549
- PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo*, Nuove Autonomie, 2006, 717 ss.
- PARISIO, *Europa delle Autonomie Locali e principio di sussidiarietà: la "Carta Europea delle Autonomie Locali"*, Foro Amm., 9, 2410
- PATRONI GRIFFI, *Il Conseil Constitutionnel e il controllo della "ragionevolezza": peculiarità e tecniche di intervento del giudice costituzionale francese*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1998, 1, 39
- PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2010, 3-4, 789
- PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, Dir. Comm. Int., 2008, 221
- PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, Giur. Cost., 2008, 4, 3635
- PORCHIA, *Le competenze dell'Unione, il Protocollo sul principio di sussidiarietà e il potenziamento del ruolo delle assemblee legislative*, Universitat de Barcelona, Working Paper n. 2/2011, 17.3.2011, 1
- RAGAZZO, *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*, Urb. App., 6, 2006, 698
- RAIMONDI, L., *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, Dir. Un. Eur., 4, 2008, 773

- RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, Dir. Proc. Amm., 3/2012, 825
- *Rapport – Italie*, in "Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne", 21.me Colloque du 15 au 16 juin 2008, Varsovie, nell'ambito della *Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne*, in <http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/Italy.pdf>.
- *Rapport - Portugal*, in "Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne", 21.me Colloque du 15 au 16 juin 2008, Varsovie, nell'ambito della *Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne*, in <http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/Portugal.pdf>
- *Rapport Général* in "Conséquences de l'incompatibilité de décisions administratives définitives et de jugements définitifs des juridictions administratives des États membres avec la législation européenne", 21.me Colloque du 15 au 16 juin 2008, Varsovie, nell'ambito della *Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne*, in http://www.juradmin.eu/colloquia/2008/gen_report_fr.pdf
- RIONDATO, *Disapplicazione di un provvedimento che limita la libertà di prestazione di servizi: sanzione punitiva illegittima*, Dir. Pen. Proc., 1999, 847
- ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, in Dir. Com. Sc. Int., 1991, 19
- ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Ciola*, Riv. Dir. Com. Sc. Int., 1999, 4, 734
- SANDULLI, A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, 3-4, 859
- SCARLATTI, *Costituzionalismo multilivello e questione democratica nell'Europa del dopo-Lisbona*, Rivista telematica giuridica dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, 1/2012, 2
- SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2008, 01, 237
- STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, Riv. Dir. Pubbl. Com., 1999, 6, 1413
- STONE SWEET - MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (2008), Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 14, in http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14
- TESAURO, G. *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Dir. Un. Eur., 2006, 02, 235
- TRIMARCHI, F., *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, 1673
- TRIMARCHI, M. *The impact of Article 41 of the EU Charter of fundamental Rights on Italian Administrative Law: Some observations*, Ius Publicum, 3-2012, in www.ius-publicum.it
- VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la 'primauté' del diritto nazionale*, Dir. Proc. Amm., 2006, 03, 802
- VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, Dir. Proc. Amm., 2005, 1112
- VILLATA, *Osservazioni in tema d'incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, Dir. Proc. Amm., 2006, 848
- *Workshop on EU-Administrative Law: State of Play and future Prospects*, cur. Parlamento Europeo, 2011, 21 ss., oggi consultabile nella seguente pagina internet:

(www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/divers/juri/2011/453215/IPOLJURI_DV%282011%29453215_EN.pdf)

- ZILLER, *Le principe de proportionnalité*, AJDA, 1996, 185
- ZINZI, *Il contrôle de proportionnalité nell'evoluzione dottrinale francese*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, IV, 1887

Giurisprudenza nazionale ed europea

Di seguito, alcuni siti istituzionali per il reperimento del materiale giurisprudenziale:

- www.curia.europa.eu
- www.eur-lex.europa.eu
- www.giustizia-amministrativa.it

RINGRAZIAMENTI

La stesura di una tesi di dottorato di questo genere è, con riguardo ai profili penali, necessariamente opera di un solo autore.

Su un piano più ampio e meno prosaicamente precettivo, una così lunga esperienza di raccolta di materiale, discussione, redazione, non può che trarre giovamento da una altrettanto lunga serie di apporti, talora anche critici o non specificamente attinenti al tema, che rendono migliore e più proficuo, se non il risultato finale, almeno il momento della scrittura.

Con queste poche righe intendo appunto porgere un ringraziamento a chi, nei modi più diversi, ha reso concretamente possibile la stesura di questo lavoro, frutto imperfetto ma caro di tre anni di lavoro, e – comunque – di vita.

Ringrazio la Professoressa Margherita Ramajoli per avermi dato la possibilità di scrivere questo lavoro e per avermi così permesso, durante questi ultimi tre anni, l'esercizio dello stupendo privilegio di pensare. La sua disponibilità e la sua guida ferma e cordiale sono state componenti inestimabili della mia esperienza dottorale, in questa tesi come negli altri lavori che ho avuto la fortuna di intraprendere sotto la sua supervisione. Grazie, soprattutto, per la fiducia accordatami, ieri, oggi e – spero - domani.

Ringrazio i Professori Luigi Piscitelli e Nicola Bassi per l'attenzione che, nel corso di questi anni, mi hanno entrambi accordato. L'uno, in particolare, nella rocambolesca ma istruttiva preparazione del Commentario alle modifiche al codice ambientale, l'altro nella stesura del lavoro a cui queste note si riferiscono.

Ringrazio – questa volta idealmente riuniti in un pensiero corale – i collaboratori delle cattedre di diritto amministrativo e giustizia amministrativa dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, che mi hanno regalato i loro consigli e dedicato il loro tempo, inserendomi con assoluta cordialità nella vita accademica. Tra di essi, ricordo in particolare la dottoressa Elisa Grillo, che ringrazio per l'aiuto, il quasi quotidiano confronto e conforto e – soprattutto – per la sua amicizia.

Ringrazio il Professor Wladimiro Troise Mangoni, al cui straordinario acume psicologico devo questo mio primo inserimento nell'attività accademica e – anche – i miei primi timidissimi passi nello scintillante mondo della professione legale. La mia viva riconoscenza, allo studioso e alla persona, si estende con gratitudine all'Avvocato Elena Buffa di Perrero.

Ringrazio la dottoressa Monica Delsignore, presenza stabile e sorridente lungo il mio cammino accademico, a partire dalla tesi di laurea. A lei devo, oltre che gli immancabili saggi consigli, la segnalazione di un'opportunità editoriale che mi ha permesso di saggiare le difficoltà e le soddisfazioni dell'attività di redattore giuridico.

Ringrazio vivamente il Professor Georg Hermes per avermi offerto, presso l'Università di Francoforte, la preziosa possibilità di gettare uno sguardo oltre confine, per avermi regalato consigli e, non da ultimo, per avermi attivamente inserito nelle sapide sessioni di aggiornamento della cattedra. Un ringraziamento a tutti i componenti della cattedra di diritto pubblico tenuta dal Professore, che mi hanno accolto come uno di loro.

Ringrazio il personale tecnico e amministrativo dell'Università di Milano-Bicocca e della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, perché l'attenzione e competenza dimostrate ogni giorno

nella gestione della struttura permettono a chi lavora nella didattica – ma soprattutto a chi studia – di concentrarsi sulla creazione di opportunità e di cultura.

Esistono, anche per i timidi, momenti in cui è necessario rendere noti i debiti di riconoscenza verso le persone che più sono care. Abdicando, in questa occasione, alla mia proverbiale ritrosia alla pubblicazione dei sentimenti, dedico il prossimo e ultimo pensiero alla mia famiglia, eppoi mi taccio, confortando il mio eventuale pudore residuo al suono della massima ciceroniana secondo cui la lettera – almeno quella – non arrossisce.

Ringrazio di cuore mia madre e mio padre, che mi sono stati vicini nel corso di un ormai non breve periodo di inconfessati successi, perplessità sfibranti e ripensamenti torrenziali. Mai come in questi mesi mi è chiaro che la loro presenza è la mia forza.

Un pensiero particolare va al ramo d'oltremarina della mia famiglia, a mia sorella Alessandra e ad Arlo, che prima di essere mio cognato è anzitutto mio amico.

La propaggine anglofona della mia famiglia – mentre scrivevo questo lavoro – si è arricchita con la nascita di Lapo Emanuele e Massimiliano Alexander, miei meravigliosi nipoti. A loro, che nel sangue recano la memoria di mezza Europa, la mia fatica, perché entro i confini di questo continente tragico e bellissimo possano – domani – sentirsi a casa.

INDICE

PARTE I

L'UNIONE EUROPEA COME "REPUBBLICA DELLA CULTURA GIURIDICA"	4
I. Il sistema europeo da "organizzazione di scopo" a "comunità di diritto"	4
II. Il diritto amministrativo a dimensione europea: riflessi sul tema di ricerca	10
CENNI ESSENZIALI SULL'INTEGRAZIONE AMMINISTRATIVA EUROPEA: MONISMO E DUALISMO NEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTO NAZIONALE E SISTEMA SOVRANAZIONALE EUROPEO	13
I. Impostazione del tema: profili problematici	13
II. I rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	14
III. I rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo nella giurisprudenza del Giudice Amministrativo	20
INTEGRAZIONE GIURIDICA, EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI: LE IMPLICAZIONI SISTEMATICHE DELLA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO CONTRASTANTE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	22

PARTE II

L'INVALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO: PROFILI DI DIRITTO COMPARATO	24
I. NULLITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO	24
La nullità dell'atto amministrativo nell'esperienza tedesca	25
La nullità dell'atto amministrativo nell'esperienza francese	31
II. L'ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO	33
L'annullabilità/illegittimità dell'atto amministrativo nell'esperienza tedesca	33
L'annullabilità/illegittimità dell'atto amministrativo nell'esperienza francese	44
III. L'INESISTENZA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO	51

PARTE III

I PARAMETRI SOVRANAZIONALI DI LEGALITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO	55
I. IL RICHIAMO AI "PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO NELLA L. N. 241/1990	55
II. IL CATALOGO È QUESTO? INDIVIDUAZIONE DEI PRINCIPI EUROPEI RILEVANTI PER IL DIRITTO AMMINISTRATIVO	62
Il principio di legalità	63
Il principio di proporzionalità	74

Il principio di sussidiarietà	95
Il principio della sicurezza giuridica e del legittimo affidamento	102
Il principio del contraddittorio	108
Il principio di precauzione	116
Il principio di buona amministrazione	127
Il principio di uguaglianza e non discriminazione	142
 III. CONSIDERAZIONI SULLO STATO DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	 149
 PARTE IV	
 L'INVALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE PER CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	 150
I. Le categorie tradizionali alla prova del diritto dell'Unione Europea	150
II. Le tipologie di contrasto:	
<i>con le disposizioni del diritto dell'Unione Europea direttamente applicabili</i>	150
<i>con le direttive europee</i>	152
<i>con le decisioni</i>	154
<i>con gli atti non vincolanti</i>	156
III. LA TESI DELLA NULLITÀ	158
In dottrina	158
In giurisprudenza	161
IV. LA TESI DELL'ANNULLABILITÀ	165
In dottrina	165
In giurisprudenza	166
V. LA TESI DELLA DISAPPLICABILITÀ	168
In dottrina	168
In giurisprudenza	175
VI. LA POSIZIONE DEL GIUDICE EUROPEO	179
VII. SPUNTI COMPARATIVISTICI: L'INVALIDITÀ "COMUNITARIA" OLTRE CONFINE	192
 CONCLUSIONI	 199
Bibliografia	209
Ringraziamenti	223