

Renato Rolli

**I caratteri ‘multilivello’
del
diritto amministrativo europeo¹**

Sommario: 1. L’evoluzione della struttura amministrativa comunitaria verso un modello pluriorganizzativo 2. L’organizzazione amministrativa comunitaria. 3. I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria 4. Sussidiarietà e diritto comunitario 5. Ragionevolezza e principi del diritto comunitario: in particolare proporzionalità e legittimo affidamento 6. Il procedimento amministrativo nelle disposizioni dei Trattati comunitari e nelle discipline settoriali 7. Il settore delle telecomunicazioni nel quadro dei procedimenti comunitari composti 8. Giustizia amministrativa e diritto comunitario nei più recenti sviluppi 9. Diritto amministrativo e diritto comunitario: tendenze all’uniformità della *multilevel governance*

1. L’evoluzione della struttura amministrativa comunitaria verso un modello pluriorganizzativo

Durante il 1944, Altiero Spinelli, esiliato nell’isola di Ventotene, descrivendo la *Federazione europea*, così scriveva: “*I poteri di cui l’autorità federale deve disporre, sono quelli che garantiscono la fine definitiva delle politiche nazionali escluditive. Perciò la federazione deve avere l’esclusivo diritto di reclutare e di impiegare le forze armate (le quali dovrebbero avere anche il compito di tutela dell’ordine pubblico interno); di condurre la politica estera; di determinare i limiti amministrativi dei vari stati associati, in modo da soddisfare alle fondamentali esigenze nazionali e di sorvegliare a che non abbiano luogo soprusi sulle minoranze etniche; di provvedere alla totale abolizione delle barriere protezionistiche ed impedire che si ricostituiscano; di emettere una moneta unica federale; di assicurare la piena libertà di movimento di tutti i cittadini entro i confini della federazione; di amministrare tutte le colonie, cioè tutti i territori ancora incapaci di autonoma vita politica ...*”².

Qualche tempo dopo, la proposta di Jean Monnet- sottoposta dal Ministro degli esteri francese Robert Schumann il 9 maggio 1950 ad altri governi dei paesi europei – presentava finalità più specificatamente politiche: “*L’Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino innanzitutto una solidarietà di fatto. L’unione delle nazioni esige l’eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania... nel quadro di un’organizzazione aperta alla partecipazione degli altri Paesi d’Europa*” attraverso

¹ Il presente saggio è in corso di pubblicazione nel Volume AA.VV., *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforma degli ordinamenti decentrati. ‘Nuove’ frontiere per ‘nuovi’ diritti*, (a cura di G. D’Iganzio), Milano, Giuffrè, 2008.

² A. SPINELLI, *Il Manifesto di Ventotene*, 22 gennaio 1944.

Spinelli proseguiva, poi, osservando: “*Per assolvere in modo efficace a questi compiti, la Federazione deve disporre di una magistratura federale, di un apparato amministrativo indipendente da quello dei singoli stati, del diritto di riscuotere direttamente dai cittadini le imposte necessarie per il suo funzionamento, di organi di legislazione e di controllo fondati sulla partecipazione diretta dei cittadini e non su rappresentanze degli stati federati.*

Questa, in iscorcio, è l’organizzazione che si può chiamare l’organizzazione degli Stati Uniti d’Europa, e che costituisce la premessa indispensabile per l’eliminazione del militarismo imperialista.

Data la preminenza che l’Europa ha tuttora nel mondo, come centro di irradiazione di civiltà, e dato che è stata sempre, con le sue lotte intestine, l’epicentro di tutti i conflitti internazionali, la definitiva sua pacificazione, nel quadro delle istituzioni federali, significherebbe il più grande passo innanzi verso la pacificazione mondiale, che possa essere fatto nelle attuali circostanze”.

l'Alta autorità "le cui decisioni saranno vincolanti". Si profilava la creazione di una organizzazione pubblica, con funzioni e poteri amministrativi, assolutamente nuova per l'epoca.

Ebbene, nelle diverse interpretazioni dell'integrazione europea, quella di Jean Monnet e quella di Altiero Spinelli, sembra essere prevalsa la prima che vede un ordinamento dotato di organismi sovranazionali specializzati³; tuttavia, come si vedrà, gli sviluppi più recenti danno atto di una struttura specializzata, ma dotata anche di compiti di carattere generale. Questi compiti rappresentano il frutto, da un lato, della elaborazione dei Trattati –da ultimo del Trattato costituzionale che adotta una Costituzione per l'Europa ed il Trattato di Lisbona del 2007-; dall'altro dell'evolversi della giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'idea di Monnet si basava, sostanzialmente, sulla possibilità della esecuzione delle decisioni comunitarie da parte degli Stati membri: la Comunità doveva avvalersi delle amministrazioni nazionali e si profilava la concezione di un apparato che agisce, ma che soprattutto fa agire⁴. Sia nei Trattati - che non contemplano riferimenti espliciti alla pubblica amministrazione - sia nella scienza giuridica, il problema della organizzazione amministrativa ha goduto, nel corso del tempo, di uno scarso rilievo.

I riferimenti alla pubblica amministrazione che si rinvengono nei Trattati richiamano, in via generale, gli apparati amministrativi nazionali, non una pubblica amministrazione comunitaria, al di là dell'art. 5 comma 3 Trattato CECA, che dispone: "le istituzioni della Comunità esercitano queste attività con un apparato amministrativo ridotto, in cooperazione stretta con gli interessati". Oggi va dato atto che la struttura amministrativa dell'Unione europea si è notevolmente ampliata.⁵ Inizialmente, lo strumento normativo è ritenuto componente essenziale in vista dell'integrazione europea. Pertanto, il potere esecutivo agisce esclusivamente nell'ambito dell'amministrazione interna (con particolare riguardo alla conduzione dei rapporti di lavoro, dei beni e del bilancio) e le autorità amministrative degli Stati membri provvedono all'attuazione delle decisioni comunitarie⁶. Non emerge, di conseguenza, un'attenzione volta alla realizzazione di un sistema comune di conduzione, idoneo ad imprimere principi o norme in campo nazionale. Successivamente, si manifesta un graduale mutamento derivante, da un lato, dalle carenze del sistema (si pensi alle disuguaglianze nell'esercizio del diritto comunitario); dall'altro dalle nuove esigenze (si pensi allo sviluppo delle attività). Subentrano, per tale ragione, intanto, organi a carattere "interamministrativo" che curano la preparazione ed il controllo delle scelte, di cui fanno parte rappresentanti nazionali e comunitari; in secondo luogo nuovi metodi di conduzione e attuazione in via diretta, oppure collegata, di compiti sopranazionali⁷; in terzo luogo un concreto sistema amministrativo europeo, composto da amministrazioni sopranazionali, amministrazioni nazionali in funzione comunitaria, nonché amministrazioni *comuni* tra Stati membri e Unione⁸.

Tra l'altro, il mutamento della tipologia, da monista a pluralista, influenza fortemente le forme di esplicazione delle attività. In via generale, senza dubbio, ove si passi da una struttura unitaria dell'organizzazione amministrativa, in cui lo svolgimento delle attività si basa su modalità precedentemente stabilite, ad un modello *pluriorganizzativo*, risulta indispensabile stabilire

³ E' sufficiente rileggere le pagine di J. MONNET, *Mémoires*, Paris, 1976, spec. p. 352.

⁴ Queste evoluzioni del fenomeno sono contenute, dettagliatamente, in G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di S. CASSESE), Tomo II, Milano, 2003, p. 1797, ss.

⁵ Si osserva in dottrina, (R. FERRARA, *Il "posto" del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in AA.VV, a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005, p. 11, ss.), come la stessa CE contribuisca "in modo determinante, a ben vedere, ad avallare e fondare siffatto processo di ri-legittimazione del diritto amministrativo, senza che vi sia la necessità di approfondire tale profilo, nel senso che esso mi pare quasi implicito e consustanziale al sistema. Dall'organizzazione alla giustizia comunitaria, sino agli strumenti fondamentali dell'attività, e della stessa attività di controllo e conformazione dell'economia nel contesto regionale europeo, tutto sospinge, infatti, nella medesima direzione. Al punto che il diritto amministrativo comunitario appare, ormai, come uno straordinario e non eliminabile fattore di costruzione dell'integrazione europea, come quel fattore capace di tenere insieme, innovandole e svecchiando le tradizioni politico e amministrative degli Stati nazionali, sia dei sistemi di *civil Law* che di *common Law*".

⁶ ...con eccezione di alcuni settori, come quello della concorrenza.

⁷ ...come quelli di coamministrazione o amministrazione decentrata.

⁸ Un esame di queste vicende della struttura amministrativa comunitaria è contenuto in E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

modalità di decisione più elaborate, in funzione della molteplicità degli obiettivi pubblici e del loro intreccio⁹. Ciò determina la differenziazione delle procedure e lo sviluppo della relativa disciplina. Per tale motivo il procedimento, anche nell' ambito comunitario, presenta oggi una forte rilevanza¹⁰.

Ed invero, in un primo momento, nel dibattito della scienza giuridica, il tema non suscitava grande interesse per due ordini di ragioni. In virtù della prima, dominava nello spazio sovranazionale, l'indirizzo tipico di tutti gli stati fondatori della Comunità europea, volto a ritenere giuridicamente rilevante soltanto l'atto conclusivo del procedimento, perché all'attività antecedente si doveva attribuire carattere interno, non influente, quindi, sulle relazioni tra amministrazioni e soggetti singoli. Tale indirizzo implica che il procedimento di formazione acquisti un peso secondario, perché soddisfa a modalità di buona organizzazione e non a questioni giuridiche; le illegittimità che affiorano durante una procedura non hanno rilevanza assoluta, ma devono ritenersi soltanto come elementi di invalidità del provvedimento. In virtù della seconda, proprio l'ordinamento comunitario presentava aspetti che depotenziano il tema del procedimento. Sul punto sembra opportuno richiamare la configurazione della struttura comunitaria quale ordinamento giuridico con specifici obiettivi (tenendo in conto gli articoli 2 e 3 della iniziale versione del Trattato istitutivo); poi il riferimento agli atti presente nelle norme del Trattato (si pensi alle disposizioni sugli atti impugnabili e sui conseguenti vizi di legittimità); inoltre l'indeterminatezza riguardante atti normativi e atti amministrativi - per come interpretata in seno agli ordinamenti statali -, in cui la categoria della legge è utilizzata per la definizione della costruzione giuridica dell'amministrazione; nonché l'esigua rilevanza delle questioni del diritto amministrativo; e ciò per l'esistenza di un sistema guarnito di un impianto burocratico fortemente limitato, perché modellato sul principio - secondo l'indirizzo di Jean Monnet e Robert Schumann - della esplicazione in forma diretta delle politiche comunitarie mediante le amministrazioni degli Stati membri. L'originaria impostazione si è, tuttavia, gradualmente modificata.

Intanto, in sede nazionale, da una parte, il diritto privato esercita una certa influenza sul tema del procedimento (anche dopo la modifica dell'art. 1 delle legge n. 241 del 1990 apportata dalla legge n. 15 del 2005), mettendo a fuoco la diversità che sussiste tra l'azione amministrativa e le espressioni di autonomia privata¹¹; dall'altra, si assiste alla adozione di leggi non solo di principio, ma anche di natura organica, *proiettivamente* particolareggiate, e persino di norme costituzionali¹². In secondo luogo, lo sviluppo delle funzioni a seguito dell'adozione dei nuovi Trattati (da ultimo il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa¹³ ed il Trattato di Lisbona), e dell'ampliamento di tecniche ad opera della Corte di giustizia, conduce al modello del sistema comunitario assimilabile

⁹ Cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 316, ss.

¹⁰ Sul tema si veda J. BARNES, *Procedimento amministrativo e integrazione europea*, in *Riv. it.dir.pubbl. comunit.*, n. 5 del 2004, p. 1103, ss; C. FRANCHINI, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria*, *ivi*, p. 1179, ss; J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European administrative law*, *ivi*, p. 1219, ss.

¹¹ Sul tema, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di V. CERULLI IRELLI) Napoli, 2006, p. 69,ss.; *amplius*, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008.

¹² Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di S. CASSESE), cit.

¹³ Con tutte le conseguenze in ordine ai criteri "tradizionali" di riordino delle fonti del diritto. In argomento, per tutti, A. RUGGIERI, *"Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione e integrazione*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2005, p. 642, ss. G. FERRARA, *La Costituzione europea: un'ambizione frustrata*, in *Costituzionalismo.it*, 2006,

ad un ordinamento giuridico generale, tipico degli stati nazionali; pertanto si incrementano sia il ruolo della amministrazione, sia i conseguenti procedimenti¹⁴.

In una recente sentenza il Tribunale di I° grado, sez. V, del 25 ottobre 2007 n. 45¹⁵, ha avuto modo di ribadire come “i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere a favore del quale gli stati membri hanno limitato, in determinati settori, la loro sovranità. Nell’ambito di tale ordinamento giuridico comunitario le istituzioni dispongono esclusivamente di competenze di attribuzione”¹⁶. Sul punto, come si vedrà, a seguito della realizzazione del principio di sussidiarietà e del criterio collegato delle competenze concorrenti si sviluppa una espansione sul piano della cogestione e della compartecipazione, che producono una crescita di procedure amministrative nell’area comunitaria ed anche in quella nazionale. In più, legislatore e giurisprudenza, così come avviene nei singoli stati, concorrono alla crescita della disciplina del procedimento amministrativo. Infatti vengono regolati dei casi particolari (si pensi al diritto di accesso) e rafforzati procedimenti amministrativi in diritto derivato (si pensi a quelli relativi agli appalti pubblici)¹⁷; inoltre viene sostenuto, soprattutto ad opera della Corte di Giustizia, che alcuni principi generali dei Trattati riguardano anche i procedimenti e che esiste separazione tra la funzione normativa e quella amministrativa. Si può evincere, quindi, che l’attenzione volta alle tematiche della organizzazione, della disciplina del procedimento amministrativo e dei relativi principi di matrice comunitaria, si è notevolmente intensificata negli ultimi anni: essa ha acquisito piena rilevanza anche nello *spazio giuridico comunitario*.

La trasformazione del diritto amministrativo non si nota solo a livello sovranazionale, il carattere *multilivello* ne è solo uno *stadio*¹⁸; tale fenomeno, complessivamente, raggiunge una dimensione globale¹⁹, che travalica lo stato. Questi mutamenti, da una prima analisi, assumono i contorni della

¹⁴ In generale la presenza di un nuovo potere esecutivo nello spazio europeo, e la presenza “di una serie di principi generali – vecchi e nuovi - sulla procedura amministrativa, non pregiudica lo sviluppo di una amministrazione flessibile, fortemente integrata nei suoi vari livelli verticali (amministrazione europea, statale e infrastatale) e nelle forme orizzontali (le amministrazioni congiunte o coordinate degli Stati membri tra loro). Un’amministrazione pubblica che per la sua forte integrazione nel quadro giuridico dell’Unione configura davvero l’amministrazione di un sistema *multi-level*; e che consente altre forme di intervento differenziato, appropriate alle particolari esigenze della governante europea”. Così M. P. CHITI, *Una costituzione rigida per un’amministrazione flessibile: nuove forme di governance nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, (a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE), cit., p. 52.

¹⁵ In *Guida al diritto*, 2007, p. 47.

¹⁶ In dottrina, G. MORBIDELLI, *Il passaggio (incompiuto?) della logica internazional/comunitaria del sistema UE/CE ad una logica interna/constituzionale/federale dell’Unione*, in *Dir pubbl.comp.eur.*, 2003, p. 1700.

¹⁷ Si pensi al caso dell’istituto dell’avvalimento, disciplinato dal d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (per cui è consentito a un concorrente, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione a una gara di appalto ai fini dell’aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all’esecuzione dell’appalto) che costituisce principio di fonte comunitaria e nazionale, avente portata generale; in giurisprudenza, di recente, TAR Campania, Napoli, Sez. III, 30 ottobre 2007, n. 10271.

¹⁸ La dottrina evidenzia come “l’evoluzione del diritto delle pubbliche amministrazioni prosegue anche oltre la dimensione europea. Per l’opera delle organizzazioni internazionali di ultima generazione, come l’Organizzazione mondiale del commercio, sta emergendo l’ulteriore scenario del diritto internazionale amministrativo; o, meglio, del diritto amministrativo globale. Il diritto amministrativo si avvia così verso una dimensione “multilivello”, che solo pochi decenni fa appariva futurologia sociologica”. Così M. P. CHITI e G. GRECO, *Introduzione alla seconda edizione del Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M. P. Chiti e G. Greco), Milano, 2007, XI; si specifica ancora come la tendenza alla europeizzazione del diritto amministrativo “oltre a rafforzarsi, ha assunto nuove connotazioni per la più forte integrazione tra i sistemi nazionali e quello europeo. Nel linguaggio giuridico corrente si continua a parlare di “influenza” del diritto europeo sui diritti nazionali, come se ancora si trattasse di due ordinamenti distinti, tra i quali si verificano fenomeni di “imitazione” o di “conformazione” giuridica dall’esterno. Ma si tratta solo di un’eco dell’iniziale lettura dualistica di impronta internazionalistica”.

¹⁹ Si osserva infatti nella dottrina straniera (R. B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv.trim. dir. pubbl.*, n. 3 del 2005, p. 635), che “a sottolineare la comparsa di un diritto amministrativo globale è la grande crescita della regolazione transnazionale volta da affrontare le conseguenze dell’interdipendenza a livello globale in campi quali la sicurezza, il commercio, gli investimenti, l’assistenza allo sviluppo, la protezione dell’ambiente, l’attività bancaria, e altre attività finanziarie, l’imposizione del diritto, le telecomunicazioni, la proprietà intellettuale, gli *standards* di lavoro e i movimenti transfrontalieri di popolazioni, inclusi i rifugiati”.

confluenza tra sistemi amministrativi e inducono a dare un cenno sui periodi che hanno presentato momenti di affinità e diversità nella dialettica tra le istituzioni²⁰.

Tra il sedicesimo ed il diciannovesimo secolo, nello spazio europeo, si rintracciano sistemi statali operanti per affinità secondo un criterio di confluenza. Gli ordinamenti si presentavano, infatti, in comunicazione tra di loro, sicché è possibile inquadrali come ordinamenti aperti. Si intersecavano, nel diritto, aspetti appartenenti a diritti diversi, come il diritto romano, il diritto feudale, il diritto dei commerci di terra e di mare, il diritto dei rapporti internazionali. Di più, gli ordinamenti del sistema europeo applicavano la *lex alius loci*, in assenza di norme certe per la decisione. Tale fenomeno di confluenza sembra arrestarsi nella seconda metà del diciannovesimo secolo.

La dottrina ha registrato questo fenomeno e ne ha riconosciuto le cause. Alcuni hanno addebitato la causa di questo processo all'introduzione del codice napoleonico, che non prevedeva l'applicazione della *lex alius loci*; altri alla progressiva creazione dei nazionalismi; altri ancora hanno sostenuto che soltanto la legislazione statale è alla base del diritto. Da qui i modelli si sono sviluppati, anche se in modo articolato, per contrapposizione; ne sono un esempio il modello francese ed il modello inglese²¹.

L'organizzazione degli ordinamenti, oggi, a livello europeo, sembra caratterizzato da due forme di confluenza. La prima sussiste in sé (ne è esempio la formazione spontanea di un congruo numero di regioni, tipologia di governo che si aggiunge allo stato ed ai Comuni)²².

La seconda confluenza si è determinata a seguito dell'omogeneizzazione europea in funzione della comunità economica e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²³. I punti di intersezione tra

Pertanto, questi fattori fanno sì che tali trasformazioni non possano essere gestite – in modo efficace – da regole di diritto amministrativo diverse.

²⁰ Meritano rilevanza alcune caratteristiche delle istituzioni e delle categorie interpretative. Preliminarmente, sia le istituzioni, sia le categorie interpretative si presentano abbastanza articolate. Le istituzioni, infatti, contengono anche principi giuridici procedurali e, talvolta, istituzioni differenti elaborano lo stesso diritto o gli stessi principi. Le categorie interpretative, parimenti, - in base alla *legal tradition*- si rapportano con una varietà di elementi, quali i pregiudizi ideologici, la cultura generale e il "contesto". In secondo luogo, le istituzioni e le categorie interpretative si connettono vicendevolmente. Da ultimo, la corrispondenza, che le mette in relazione, avviene per lo più secondo una sequenza temporale. L'analisi è efficacemente svolta da S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. e procedura civile*, n. 2 del 1992, p. 467.

²¹ I liberali francesi, difatti, intorno alla prima metà dell'800, ravvisarono per contrapposizione nel modello inglese, il modello ideale. Le critiche dei liberali francesi – di cui Alexis de Tocqueville fu esponente di rilievo – sull'assolutismo del sistema amministrativo francese investivano diversi aspetti del problema. Innanzitutto, la corrente liberale ravvisava, in Francia, un governo dello stato secondo arbitrio. In secondo luogo si doleva per il fatto che alcuni diritti riconosciuti nei rapporti tra privati non erano tali nei confronti dello Stato. In terzo luogo, si metteva in evidenza l'assenza di libertà locali; in quarto luogo, si affermava che non era possibile ricorrere al giudice per difendersi dall'amministrazione; da ultimo si criticava il diritto amministrativo dell'amministrazione quale diritto speciale, distinto dal diritto privato. Contrapponevano quindi, al modello francese, il modello inglese. I liberali francesi ravvisavano difatti nel modello inglese l'esempio di Stato secondo diritto; Stato dove sussisteva l'*habeas corpus*; il *self government*; dove le Corti limitavano il potere dei funzionari amministrativi; dove non vi era distinguo fra funzionari e privati. I liberali francesi rimarcavano le differenze tra il loro sistema ed il modello inglese tralasciando le carenze che, comunque, il modello inglese presentava. Ad esempio, dalle libertà locali si era formata via via una amministrazione nazionale; i giudici di pace, cui era affidata la giustizia, avevano competenza amministrativa e giudiziaria; il Re e la sua ristretta Corte godevano di diritti privilegiati. In seguito, nel 1885 Albert Venn Dicey, attraverso l'analisi dei tre cardini della costituzione inglese – la *rule of law*, la sovranità del parlamento e la *common law* per l'amministrazione – rimarcava le divergenze tra i due modelli. Eppure in Francia si erano realizzate, nel frattempo, rilevanti trasformazioni.

In primo luogo, il potere del Parlamento si era esteso; in secondo luogo, il Consiglio di Stato era diventato organo giurisdizionale; infine il sistema amministrativo offriva le stesse garanzie del codice civile. Con il diffondersi in seguito del positivismo giuridico, - secondo cui ogni teoria ed ogni cultura determinano un diritto, e da ciò il diritto è legge dello stato – la contrapposizione tra il modello francese ed il modello inglese fu ulteriormente accentuata. Questa contrapposizione era comunque diventata una base consolidata. L'analisi tra i due modelli è delineata da S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, cit., p. 471. I problemi che oggi si pongono "per la formazione di un diritto comune nel seno delle Comunità o delle Comunità (in campi per ora limitati che sono o possono essere destinati ad allargarsi) riguardano Paesi tutti di diritto continentale o *civil law*. Tali problemi richiedono la preparazione di una solida base comparatistica". Così G. GORLA, *Diritto comparato (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 937.

²² Rileva S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, cit., p. 472 come "in pochi decenni, metà dei dodici stati dell'Europa ha introdotto un terzo livello di governo, tra il Comune e lo stato". Difatti, già nell'Europa dei 12, si contavano circa 100 regioni.

²³ In argomento la dottrina spiega come "la crescente affermazione dell'Unione europea (...) esprime una chiara manifestazione di tale processo di erosione e delimitazione della sovranità degli Stati membri (soprattutto nel campo economico e monetario). Fenomeno – quest'ultimo – che, nel suo costituire un'evidente tappa nel processo di sovranazionalizzazione degli stati europei moderni, registra forme (istituzionali ed economiche), se non similari, almeno di eguale vettorialità nelle forme (istituzionali ed economiche) di raccordo delle economie nord- americane con quelle sud- americane". Così S. GAMBINO, *Stati, culture, nazioni:*

ordinamenti, dunque, esistono; la legge è elemento centrale di tutti i sistemi amministrativi; il riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive, - e di importati principi sull'azione amministrativa -, si è esteso anche rispetto alle amministrazioni pubbliche; tutti sono tutelati nei confronti della pubblica amministrazione; la giustizia amministrativa non risulta compromessa, per quanto affidata, talvolta, a giudice *ad hoc* ma con pari dignità dei giudici ordinari²⁴. Infine giova osservare che le comunità realizzano una sorta di “zona di intersezione”, favorendo in tal guisa l'uniformità ed il consolidamento degli attori che vi confluiscano²⁵.

In questo variegato scenario, la dissoluzione del legame “fra economia e territorio, prima in ambito finanziario, poi anche nella produzione dei beni e soprattutto dei servizi, ha portato con sé la crisi del principio di sovranità degli stati e delle loro costituzioni”²⁶. Nell'era della globalizzazione dell'economia - che sposta poteri decisionali a favore di soggetti diversi dagli stati - restare ancorati all'esperienza scientifica nazionale può apparire poco fruttuoso. Vi è da dire che, a fronte di condizionamenti economici esterni che costringono ad una reinterpretazione degli elementi costitutivi dello stato, e della (inarrestabile?) trasformazione della *forma stato* verso una *forma mercato*, la difesa dell'esperienza nazionale ben venga se finalizzata alla valorizzazione di diritti e principi non propri di singoli stati, ma *patrimonio comune* dell'intera umanità.

2. L'organizzazione amministrativa comunitaria

Uno dei problemi che ha assunto un significato importante, in tempi piuttosto recenti, è quello della *perimetrazione* della nozione comunitaria di pubblica amministrazione.

La risoluzione di tale problematica, soprattutto per le sue ricadute sul diritto amministrativo interno, presenta una serie di positivi risvolti: si pensi, ad esempio, alla nozione domestica di atto amministrativo, ai profili relativi al riparto di giurisdizioni.

Nel nostro ordinamento, invero, la nozione stessa non è mai stata scevra di perplessità; a livello comunitario, tramontato il concetto della *separazione dei poteri*²⁷, determinando una conseguente,

Europa e Balcani: riflessioni per una introduzione al tema, in AA.VV., *Europa e Balcani. Stati culture e nazioni*, (a cura di S. Gambino), Padova, 2001, p. 16. Per quanto riguarda il potere dei giudici, già Tocqueville riteneva come tale potere deve crescere esponenzialmente con l'aumento del controllo popolare, perché l'amministrazione democratica tende alla formazione di un nuovo ordine legale. In più, il modello di un'amministrazione democratica, basato su un'autorità frammentata, può essere assunto come esempio per i sistemi amministrativi europei.

Invero, il modello di amministrazione democratica si armonizza con la struttura istituzionale nord-americana su cui incidono i principi costituzionalistici, finalizzati alla difesa dei diritti fondamentali degli individui “nei confronti delle autorità e nei confronti di coloro i quali esercitano funzioni di governo”. Sul punto, ampiamente, G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo Stato amministrativo fra Costituzione, leggi, giudici e prassi*, cit., p. 25. Alcuni costituzionalisti, tuttavia, mettono in dubbio le potenzialità degli Stati federali ad “assicurare un ruolo attivo dei cittadini anche a livello sovranazionale. In tal senso, C. AMIRANTE, *Unioni sovranazionali e sistemi federali. L'impatto dell'Unione europea e del NAFTA sui sistemi federali tedesco e canadese*, in AA.VV., *Il Canada: un laboratorio costituzionale*, (a cura di C. Amirante e S. Gambino), Milano, 2002. Cfr. sul tema anche A. SACCOMANNO, *Eguaglianza sostanziale e diritti sociali nel rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, (a cura di S. Gambino), Milano, 2002, spec. p. 79, ss.

²⁴ Si veda - anche su questo punto - la storica sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Il ruolo della giurisdizione, in Europa, appare molto avanzato, soprattutto nella formazione dei principi generali -e per quanto ci interessa- dei principi sull'azione delle pubbliche amministrazioni che vanno a conformare un *diritto amministrativo comune*. Si assiste ad un processo “sempre più spinto di giurisdizionalizzazione degli ordinamenti giuridici, con un ruolo sempre più espansivo e creativo (di diritto e di diritti) e protagonista dei giudici (nazionali e non costituzionali e ordinari). Giurisdizioni e decisioni di istanze giurisdizionali sovranazionali s'impongono sempre più agli stati ponendo complesse questioni di rapporti fra ordinamenti nazionali e sovranazionali, fra cui in Europa - quello comunitario appare certamente l'ordinamento maggiormente compatto ed espansivo”. Così S. GAMBINO, *Stati, culture, nazioni: Europa e Balcani: riflessioni per una introduzione al tema*, in AA.VV., *Europa e Balcani. Stati, culture e nazioni*, cit., p. 17.

²⁵ Ciò si spiega in quanto, in particolare, quella che abbiamo definito “zona di intersezione” si appalesa dal punto di vista normativo (mutuo riconoscimento); dal punto di vista organizzativo (direzioni generali-agenzie); dal punto di vista del funzionamento, in quanto la Comunità opera e fa operare (l'amministrazione comunitaria fa operare attraverso le amministrazioni nazionali).

²⁶ Così, G. TROPEA, *Considerazioni su cittadinanza e amministrazione nello spazio (frammentato) e nel tempo (individuato) della globalizzazione*, in AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, cit., p. 227, ss.; S. M. CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, (a cura di M. A. SANDULLI), in *Foro amm., TAR*, suppl. al n. 7-8 2007, p. 3,ss.

²⁷ Elaborato dal MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, libro XI.

strisciante, crisi del diritto costituzionale²⁸, la nozione di pubblica amministrazione non presenta, affatto, sembianze unitarie²⁹. Infatti è la Corte di giustizia che, caso per caso, ne individua i caratteri sul piano normativo e su quello giurisprudenziale, in un certo senso “omogeneizzandola” alle esigenze delle differenti discipline nelle materie in cui vi è necessità di fare riferimento al soggetto pubblico. Emblematico esempio della *multiformità* della nozione comunitaria di pubblica amministrazione è “il raffronto tra la definizione giurisprudenziale di pubblica amministrazione, ormai costantemente fornita dai giudici comunitari al fine di stabilire l’ambito di operatività della deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità, prevista per gli impieghi nella pubblica amministrazione, e quella elaborata, sempre in sede giurisprudenziale, allo scopo di individuare gli apparati degli ordinamenti dei singoli stati membri nei cui confronti devono considerarsi operanti gli obblighi e i divieti previsti dal diritto comunitario, sì da poter imputare ai relativi Stati di appartenenza le eventuali violazioni commesse”.³⁰

Dal punto di vista organizzativo la concezione tradizionale pone la Comunità e per essa, in primo luogo, la Commissione, come “motore” e le amministrazioni nazionali come articolazioni di questo motore. Tuttavia negli anni successivi tale concezione è destinata a modificarsi e si registra la nascita di organismi a carattere interamministrativo; nella fase c.d. discendente ulteriori innovazioni hanno condotto alla diffusione di ipotesi di coamministrazione, di amministrazione diretta, di reti di organismi (si pensi ai regolatori), di figure miste, di composizione di soggetti pubblici e privati.

Due sembrano le ragioni di tali rilevanti modificazioni.

Da un lato, il trasferimento di funzioni in origine statali alla Comunità seppur nella autonomia dell’organizzazione della amministrazione statale³¹; dall’altro la presenza di un diritto amministrativo europeo - dotato di un carattere *unificante* - che raggruppa amministrazioni nazionali e amministrazioni comunitarie, assumendo, per alcuni versi, un carattere *multilivello*; così accade, ad esempio, in modo pregnante nel diritto *antitrust* : esso è articolato su *due piani*, uno nazionale e uno comunitario, il cui rapporto è retto dal principio di sussidiarietà³².

Nonostante la sostanziale indifferenza delle istituzioni europee nei confronti di forme di omogeneizzazione dei vari sistemi amministrativi³³, si è progressivamente affermata una pubblica amministrazione comunitaria ramificata in figure organizzative diverse dotate, appunto, di una *multiformità* di rapporti con le amministrazioni nazionali; si è, inoltre, gradualmente ampliata la

²⁸ Da ultimo descritta da C. AMIRANTE, *Alcune domande sulla crisi del diritto*, in *Le conseguenze della guerra in Iraq: riflessioni di giuristi*, (a cura di A. CERRI), in *Nova Juris interpretatio*, Quaderno n. 2 del 2006, p. 21,ss.

²⁹ La nozione di pubblica amministrazione si ricava da alcune norme del Trattato così come elaborate dalla giurisprudenza comunitaria. Può intendersi pubblica amministrazione l’apparato chiamato a curare gli interessi generali dello Stato o ad esercitare poteri autoritativi (dunque, scuole, ospedali, trasporti, ecc. non fanno parte della pubblica amministrazione secondo il diritto comunitario). Tuttavia, giova ricordare che la nozione di pubblica amministrazione è a geometria variabile, “mutando di settore in settore. Ma è vero, altresì, che caratteristiche comuni delle diverse definizioni sono quella di ricorrere a criteri sostanziali (non basta l’appartenenza di un apparato a un ente definito pubblico), e, conseguentemente quella di delimitare l’area pubblica in termini più ristretti di quelli di diritto interno”. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI e G. GRECO, II ed., cit., p. 9.

³⁰ Per queste considerazioni v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 501. Il problema – che si accenna per ragioni di economicità del lavoro - riguarda, intanto, in materia di pubblici appalti, la controversa nozione di organismo di diritto pubblico. Nozione questa di origine comunitaria trasfusa di recente nel nostro ordinamento, nell’art. 2, comma 26 del decreto legislativo n. 163 del 2006, (Codice degli Appalti).

La problematica della nozione comunitaria di pubblica amministrazione attiene, inoltre, al fenomeno delle società a partecipazione pubblica locale e alla questione dell’affidamento *in house*. In questo contesto è di notevole rilievo il ruolo del giudice comunitario. Difatti, si osserva nella più recente letteratura, (G. MONTEDORO, *Ruolo del giudice e diritto europeo*, in *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*), a cura di M. A. SANDULLI, cit., p.10, :“la creatività della Corte di giustizia delle comunità europee si avvale dell’apporto delle singole esperienze dei giudici nazionali, attende di essere scritta la storia del contributo che i giudice italiani hanno dato alla Corte di Lussemburgo sul tema dell’*in house*, è noto il trapianto nel diritto europeo del principio di proporzionalità dal diritto tedesco, anglosassone è la tendenza del giudice comunitario a fare prevalere la sostanza dei fenomeni economici sulla forma, dai francesi l’Europa eredita una certa maniera di considerare il servizio pubblico”.

³¹ Su cui, nella più recente giurisprudenza, Trib. I grado, Sez. V, 25 ottobre 2007, n. 45.

³² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, Autorità garante concorrenza e mercato c. soc. Byk Gulden Italia, in *Guida al diritto*, 2007, p. 22.

³³ ...e della *speculare* forma di armonizzazione dei sistemi processuali, su cui, tra gli altri, F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003; M. GNES, *Verso la “comunitarizzazione” del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n 5/2000, p. 524, ss. R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992.

presenza di procedimenti amministrativi tipicamente comunitari, o composti con procedimenti amministrativi nazionali³⁴.

La presa di coscienza delle problematiche amministrative che gli sviluppi più recenti del fenomeno dell'integrazione portano con sé, ha implicato da un lato l'impianto e dall'altro l'esportazione di istituti giuridici di altri ordinamenti, con un metodo comparatistico anche per il diritto amministrativo: si è creato, in qualche misura, un sistema di convergenze tra i diritti amministrativi nazionali e il diritto comunitario³⁵. Per cui, si è registrata la presenza, anche nel nostro ordinamento, di parti del diritto comunitario a livello procedimentale e organizzativo³⁶. Tale situazione non fa esitare circa la presenza di uno *ius commune europaeum* per lo meno in relazione ai fenomeni che si stanno descrivendo³⁷; invece, per altri rami del diritto (come quello costituzionale) tale integrazione invita la scienza giuridica, da qualche tempo, a delineare un diritto costituzionale *multivello*³⁸.

Anzi, per il diritto amministrativo, "particolarmente sensibile agli sviluppi economici e tecnologici"³⁹, il fenomeno sembra assumere contorni ancor più sfumati: la globalizzazione, l'internazionalizzazione dei mercati⁴⁰, porta con sé elementi unificanti, che sembrano spostare il baricentro del diritto amministrativo da una dimensione domestica ad una globale, oltre lo stato⁴¹.

Dal punto di vista dell'amministrazione, all'interno dell'ordinamento comunitario, troviamo organismi dotati di propria personalità giuridica con funzioni autonome, seppur collegate con apparati comunitari; si tratta, infatti, di una organizzazione composita, poco ordinata⁴². La fase attuale dell'integrazione amministrativa europea caratterizza la Commissione europea come apparato amministrativo dotato di ampie funzioni con strutture suddivise in direzioni, servizi e divisioni⁴³. La Commissione è certamente organo amministrativo e costituisce il "riferimento principale del sistema amministrativo europeo"⁴⁴ alla luce delle indubbie capacità di innovazione, di autonomia nella elaborazione delle politiche: il *policy making* comunitario è costantemente

³⁴ Cfr. F. ASTONE, *Riforma della p.a. e ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p.60; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea ed atti nazionali*, Milano, 2000, p. 34;

³⁵ L'ordinamento su due livelli produce, in sostanza, due effetti: quello di conformazione e di imitazione; Questi, tuttavia sono effetti "che si producono di fatto. Accanto ad essi ve n'è un altro che si produce di diritto: ci si riferisce al principio del mutuo riconoscimento. Secondo il diritto comunitario, in particolari settori (si noti il modo di procedere empirico dell'Unione), una volta che siano stabiliti alcuni principi comuni, (una armonizzazione minima), può esservi uno scambio o concorrenza di istituti nazionali direttamente tra di loro, non mediata attraverso il diritto comunitario. Ne deriva che un'impresa italiana può far certificare un farmaco nel Regno Unito o che un'autorizzazione bancaria rilasciata in Spagna è valida anche in Italia". In questi termini S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 10.

³⁶ Su cui cfr. S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003, Tomo I, p. 1, ss.

³⁷ Cfr. F. ASTONE, *Riforma della p.a. e ordinamento comunitario*, cit., p. 66, che sottolinea come "nell'UE le condizioni per una reale armonizzazione dei diritti nazionali e la progressiva creazione di uno *ius commune europaeum* sono certamente ben presenti, se non altro perché la Comunità ha riconosciuto al diritto un ruolo ed una funzione difficilmente comparabile con altri ordinamenti".

³⁸ In argomento, I. PERNICE e F. C. MAYER, *De la Constitution composee de l'Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, 36, p. 623; C. AMIRANTE (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2008; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl.comunit.*, 2005; per una visione di insieme, cfr. AA.VV., *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, (a cura di M. Scudiero), Napoli, 2002; S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, 2004, spec. p. 95, ss. G. D'IGNAZIO, *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del neoregionalismo in Italia*, in AA.VV., *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, (a cura di G. D'IGNAZIO), Milano, 2007, *passim*.

³⁹ Ancora, sul punto, F. ASTONE, *Riforma della p.a. e ordinamento comunitario*, cit., p. 66.

⁴⁰ G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2001.

⁴¹ Su cui in dottrina, tra gli altri, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, (a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone), Milano, 2005; A. MASSERA, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001; F. BATTINI, *Amministrazioni senza stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; A. CERRI, O. PFERSMANN, *Editoriale*, in *Costituzione, interpretazione, garanzie e tecnica legislativa*, in *Nova Juris interpretatio*, Quaderno n. 1 del 2006, p. 3, ss.; per i profili di sociologia del diritto, M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

⁴² Sul tema, diffusamente, C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2002, p. 657.

⁴³ Sulle trasformazioni della Commissione europea, E. CHITI, *Crisi della Commissione ed evoluzione del sistema istituzionale europeo*, in *Giorn.dir. amm.*, 1999; da ultimo, M. SAVINO, *Commissione delle Comunità europee*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, II, Milano, 2006.

⁴⁴ Cfr. M. P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, di Chiti – Greco, Milano, 1997, p. 174.

condizionato dalla presenza degli stati membri sempre che si realizzi una convergenza, “un minimo comune denominatore”, attraverso le preferenze del governo meno favorevole⁴⁵.

Il Consiglio dei Ministri e il Parlamento europeo, invece, assolvono ad una funzione di indirizzo politico⁴⁶ avvalendosi di segretariati che fungono da ausilio con compiti di istruzione e di predisposizione di indagini e pareri.

L’ampliamento delle competenze comunitarie e la realizzazione del bilanciamento tra l’autonomia decisionale della Commissione e delle restanti istituzioni comunitarie con le esigenze di partecipazione degli stati membri, fa registrare una espansione del modello dei comitati, oggi molto numerosi, a composizione mista, in quanto sebbene presieduti da un funzionario europeo, sono composti da rappresentanti nazionali⁴⁷. I comitati hanno competenze diversificate, di tipo specialistico e coadiuvano, in termini di composizione di interessi in gioco, nella preparazione delle decisioni comunitarie, favorendo quello scambio di informazioni e conoscenze tra i livelli amministrativi dei due ordinamenti: rappresentano strumento di ausilio sia per la Commissione che per le amministrazioni nazionali. Esistono comitati consultivi, permanenti e temporanei; in particolare un ruolo interessante è rivestito da quei comitati oggetto della disciplina denominata *comitologia*. Il profilo e la funzione tecnocratico/specialistica di tali corpi amministrativi collegiali⁴⁸ consentono che essi siano deputati alla risoluzione di casi specifici e fungono, in un certo senso, da controllo alla discrezionalità della Commissione in modo da fermare una decisione assunta dalla Commissione portando la questione all’attenzione del Consiglio, che (ben) potrà ribaltarla⁴⁹.

La legittimità dei comitati è stata sancita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in quanto compatibile con le norme dei Trattati, atteso che svolgono una azione che non squilibra i poteri delle istituzioni comunitarie, e non altera l’autonomia della Commissione.

Va osservato che la presenza di tali organismi, dal punto di vista dello sviluppo del diritto amministrativo *multilevel*, favorisce “la progressiva integrazione tra l’amministrazione comunitaria e le amministrazioni nazionali, accompagnando la dilatazione delle competenze comunitarie con lo sviluppo di un sistema di esecuzione del diritto comunitario che altera l’originario federalismo di esecuzione a favore di una amministrazione integrata, garantita da un organo composto che rappresenta uno strumento di coordinamento tra l’amministrazione comunitaria e quella nazionale”⁵⁰.

Al di fuori dell’amministrazione comunitaria – seppur in rapporto con essa⁵¹ - va affermandosi l’esistenza di numerose Agenzie dotate di personalità giuridica⁵², con compiti di coordinamento a rete dei sistemi delle amministrazioni nazionali e comunitarie, con la finalità di dare piena

⁴⁵ Cfr. LA SPINA – MAJORE, *Lo Stato regolatore*, Firenze, 2000, p. 228; A. CERRI, *Gli aiuti di stato nel quadro degli interventi pubblici in economia*, in *Aiuti di Stato tra diritti e mercato*, (a cura di S. Prisco e G. Luchena), in *Nova Juris interpretatio*, Quaderno n. 3 del 2006, p. 1, ss.

⁴⁶ All’interno della struttura decisionale del Parlamento europeo, accanto alle funzioni di codecisione, e agli strumenti ispettivi e conoscitivi. Per una visione di insieme, cfr. N. LUPO e A. MANZELLA, *Parlamento europeo*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di S. Cassese), V, Milano, 2006, p. 4112, ss.

⁴⁷ Sul tema, G. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della “comitologia”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 665, e per una trattazione sistematica del tema dei comitati, per tutti cfr., M. SAVINO, *I comitati dell’Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005.

⁴⁸ Sui comitati, un approccio critico è espresso da C. AMIRANTE, *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, 2001; *Id.*, *Dalla forma stato alla forma mercato*, in corso di pubblicazione, Torino, 2008.

⁴⁹ Secondo C. AMIRANTE, *Ragionevolezza e “commercio dei giudici” fra dialogo intersistemico e legittimazione di un’egemonia globale?*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, in *Nova Juris interpretatio*, Roma, 2007, p. 215, “la somma delle singole *governance* settoriali – processo notissimo ed evidente nella gestione comunitaria per comitati (oltre il migliaio) del *decision-making* - non potrà mai tradursi in *governement*, perché formule, articolazioni e regole organizzative si riferiscono a logiche diverse che escludono o dilatano i classici istituti dei sistemi rappresentativi (nella linea rappresentanza/fiducia/responsabilità), ma anche perché la scelta di promuovere e tutelare singoli settori in modo rigorosamente separato, ignorando gli effetti che essi producono sia su altri settori che sul mercato del lavoro, è in evidente contrasto con i compiti e gli obiettivi di rappresentanza e mediazione tipici della politica”.

⁵⁰ Cfr. M. P. CHITI, *L’organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 183.

⁵¹ Ancora, sul punto v. F. ASTONE, *Riforma della p.a. e ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, p. 56-57.

⁵² Il modello della agenzia comunitaria è affrontato, di recente, da E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2003, *passim*.

attuazione ad alcune libertà e diritti fondamentali comunitari (e nazionali) come la sanità, l'ambiente, la sicurezza⁵³. Anche tali soggetti sono dotati di competenze specifiche a carattere cooperativo e produttivo di informazioni; agiscono in base alla presenza di amministrazioni nazionali e comunitarie secondo l'art. 10 Trattato CE (si pensi all'Agenzia europea di valutazione dei medicinali e all'Agenzia europea dell'Ambiente)⁵⁴.

Esse sono un esempio evidente dell'esistenza e della progressiva affermazione di un diritto amministrativo *multilivello*; e favoriscono l'emergere di un diritto amministrativo comunitario in senso proprio; inoltre, sebbene risultino collegate alla Commissione, ne sono formalmente autonome: al pari delle Autorità amministrative indipendenti della nostra esperienza giuridica, hanno una autonomia finanziaria e di bilancio e rispondono all'esigenza, da più parti avvertita, di una forma amministrativa libera da ingerenze politiche con compiti di regolazione pubblica attraverso la elaborazione di informazioni quanto più asettiche e imparziali⁵⁵.

Nel contesto dell'organizzazione amministrativa comunitaria va ricordato il modello dell'organizzazione amministrativa a rete, come ad esempio quello delineato dal sistema europeo di informazione ambientale⁵⁶. In tal caso la protezione dell'ambiente, coinvolgendo stati nazionali e comunità, ha determinato la creazione dell'Eionet, la *rete europea di informazione e osservazione in materia ambientale*: in tal modo organismi nazionali, comunitari e misti cooperano con l'Agenzia europea per l'Ambiente. Soggetti diversi lavorano nello stesso settore, attraverso lo scambio di informazioni per la realizzazione di obiettivi comuni: è certamente *multilivello* la realizzazione di tale compito cui partecipano soggetti pubblici e privati.

Anche a livello comunitario, poi, si assiste alla presenza di amministrazioni indipendenti sulla falsariga dei corpi amministrativi presenti nell'ambito della organizzazione amministrativa italiana⁵⁷ (si pensi alla Banca europea degli investimenti, alla Corte dei Conti, al Mediatore europeo⁵⁸, alla Autorità europea sulla sicurezza alimentare).⁵⁹ A tali soggetti, che vedono assicurata una posizione di autonomia e di indipendenza, spettano funzioni di controllo, di disciplina, di direzione: sono indipendenti rispetto ai poteri (economici, amministrativi) e agli interessi esterni condizionanti le scelte conclusive. Tali autorità agiscono come poteri neutrali e contribuiscono a complicare – nel senso della frammentazione – la struttura complessiva dell'organizzazione amministrativa comunitaria⁶⁰.

L'organizzazione amministrativa comunitaria si completa degli uffici nazionali in dipendenza da istituzioni comunitarie. Va evidenziato che il sistema amministrativo nazionale si è via via evoluto adeguandosi a quello comunitario; può accadere da un lato, che gli apparati amministrativi nazionali collaborino nello svolgimento di attività decisorie comunitarie; dall'altro, apparati nazionali decidono in via autonoma su compiti attribuiti che risultano utili per lo svolgimento della funzione comunitaria⁶¹. L'assetto dell'amministrazione comunitaria, dunque, potenzia l'integrazione

⁵³ A. KREHER e F. MARTINES, *Le "agenzie" della Comunità europea: un approccio nuovo per l'integrazione amministrativa?*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.*, 1996, p.97ss; G. GRECO, *Le agenzie comunitarie: aspetti procedurali e giurisdizionali della tutela degli interessati*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.*, 1997, p. 27

⁵⁴ Su cui, ancora C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., p. 664.

⁵⁵ M. P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 183.

⁵⁶ Cfr. regolamento n. 1210/90.

⁵⁷ Sul rapporto tra Autorità indipendenti e diritto europeo, cfr. F. MARINI BALESTRA, *Le Authorities e l'Europa: esperimenti di amministrazione integrata. Quali margini per il legislatore interno?*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it), soprattutto per i profili attinenti al settore delle comunicazioni: il fenomeno delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento, "trova ragionevole fondamento nel processo di integrazione europea, o quanto meno nella parte di quest'evoluzione indirizzata verso la *multilevel governance*". In ordine alla problematica attuale della *multilevel governance*, da ultimo, C. AMIRANTE, *European governance, e costituzione europea: fra revisione tacita e "anestesia" dei sistemi costituzionali degli stati membri*, in S. GAMBINO-G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007, p. 221,ss.

⁵⁸ Sul tema della difesa civica anche in chiave comparata, sia consentito rinviare, da ultimo, a R. ROLLI, A. SACCOMANNO, *Difesa civica e protezione dei diritti fondamentali*, in *Giustizia amministrativa*, 2005; sul Mediatore europeo, in particolare, M.P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 303.

⁵⁹ S. CASSESE, *La nuova disciplina alimentare europea*, in *Per un'autorità nazionale della sicurezza alimentare*, a cura di S. Cassese, Milano, Il Sole 24 ore, 2002, p. 13,ss.

⁶⁰ C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., p. 670.

⁶¹ Ancora, diffusamente, v. C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., p. 671.

amministrativa tra l'ordinamento interno e quello comunitario, stante la presenza di una serie coordinata di collegamenti che non restano chiusi, al contrario rivelano un carattere aperto, omogeneizzante i diversi sistemi. Sotto tale aspetto, quindi, a buon diritto, si può trattare di integrazione.

Con riferimento al procedimento, particolarmente in tempi antecedenti l'adozione della legge n. 241 del 1990, l'ordinamento comunitario si è sviluppato al pari di altri ordinamenti nazionali (come nel nostro Paese). La giurisprudenza, per un verso, ha precisato principi e regole; il legislatore, per l'altro, ha curato l'adozione di provvedimenti a contenuto determinato, diversificandoli in funzione delle molteplici fattispecie.

L'integrazione dal punto di vista dell'amministrazione⁶² è graduale e orientata verso un processo di massima espansione⁶³; essa è connotata da un carattere *multiorganizzativo*: non diversamente rispetto a quanto sia accaduto nelle esperienze domestiche degli ultimi decenni⁶⁴. In definitiva l'integrazione, pur presentando evidenti elementi di disomogeneità, contiene anche fattori unificanti.

3. I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria

L'utilizzo perpetuato delle indicazioni dei giudici e il *protagonismo giurisprudenziale* della Corte di giustizia⁶⁵, tuttavia, ha implicato l'effetto di ritenere una matrice comune di principi originati per via pretoria come criteri di diritto positivo da rispettare ad opera delle amministrazioni⁶⁶. In più, negli stati nazionali, come è noto, il diritto amministrativo e le norme concernenti il procedimento costituiscono manifestazione di un lungo processo di sviluppo; la Comunità europea, invece, si forma intorno agli anni cinquanta del secolo scorso al fine di garantire una disciplina procedimentale in determinati ambiti.

Il modello istituzionale comunitario, nel porsi come bilanciamento dinamico nei confronti delle necessità nazionali e di quelle intergovernative, difetta di una articolazione caratterizzabile per funzioni di base e per poteri distinti: da qui la soluzione di una amministrazione alquanto ristretta risulta pressoché necessaria. Successivamente, sia per effetto dell'intervento della Corte di Giustizia, sia per l'intensificarsi del processo di integrazione, si delinea un graduale passaggio di funzioni fondamentali dagli ordinamenti nazionali verso quello europeo⁶⁷.

Tale fenomeno investe ambiti sempre più ampi, sicché l'attività delle amministrazioni diventa più rilevante, le forme di integrazione si incrementano e si rivalutano – (acquistando maggior peso)- i profili amministrativi, sì da creare forme di integrazione delle amministrazioni nazionali con quelle comunitarie. Segnatamente in ordine al procedimento, il graduale allontanamento dell'abituale distinzione tra amministrazione diretta e indiretta comporta una articolazione più significativa dei rapporti nei vari piani di partecipazione, in special modo per effetto della proiettiva impostazione di

⁶² Va tenuto conto, tuttavia, che trattare di integrazione, stante il “modo variegato di raccordi in senso verticale e in senso orizzontale, rappresenta certamente una forzatura, sia perché i collegamenti sono di tipi diversi, sia perché non tutti corrispondono al modulo dell'integrazione. Taluni, anzi, vi si contrappongono, nel senso di rafforzare forme dirette di cooperazione orizzontale, tra amministrazioni nazionali. L'unico elemento comune sembrerebbe quello di una supremazia comunitaria”. Così S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv.it. dir. pubbl. comunit.*, n. 5 del 2004, p. 1135, ss.

⁶³ Da ultima sul punto, I. SIGISMONDI, *Mercato e ordinamento: alcuni aspetti di interferenze/contiguità ed integrazioni*, in *Aiuti di Stato tra diritti e mercato*, in *Nova Juris interpretatio*, Quaderno n. 3 del 2006, p. 31, ss.

⁶⁴ Su cui le osservazioni di S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim.dir. pubbl.* 1988, p. 374.

⁶⁵ Osserva S. GAMBINO, in *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, cit., p. 96, come “il processo di integrazione comunitaria, come è noto, si caratterizza tuttora come un processo denso di ambiguità, soprattutto se considerato rispetto alle tecniche seguite dal costituzionalismo originario, e da quello contemporaneo, per la fondazione della sovranità degli Stati e la legittimazione democratica di nuovi ordinamenti costituzionali”.

⁶⁶ Specularmente, si osserva in dottrina, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, p. 14-15, anche nella constatazione dell'esperienza giurisprudenziale concreta come “di fronte alla messa di regole, spesso contrastanti tra loro, sovrapposte per la diversa competenza dell'autorità emanante, enunciate con la tecnica del concetto indeterminato, il giudice tende alla valorizzazione del principio, all'interpretazione costituzionalmente orientata, della regola, alla ricostruzione della fattispecie secondo una scala di valori che proprio nella lettura giudiziaria del principio trova la fonte”.

⁶⁷ Cfr., per tutti, AA.VV., *Sovranità, rappresentanza, democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000.

funzioni condivise sostitutive di quelle esclusive, affidate, in alcuni casi agli Stati, in altri, all'Unione europea⁶⁸.

Sovente si stabilisce una distribuzione di incarichi tra l'amministrazione comunitaria e le amministrazioni nazionali. Si attua in forma differenziata sì da permettere ad esse rispettivamente l'adozione delle decisioni e la loro esecuzione; oppure in forma egualitaria, sicché i soggetti pubblici coinvolti hanno la possibilità di partecipare in termini quasi paritari. In assenza di una normativa generale, i giudici comunitari hanno esplicitato una funzione costruttiva basilare, in quanto efficiente per la omogeneizzazione tra società e amministrazione e, dunque, per la progressiva legittimazione democratica del potere⁶⁹. Invero, la presenza di disposizioni disorganiche di diritto derivato relative ai procedimenti amministrativi, nonché l'incompletezza dei riferimenti dei Trattati e della normativa comunitaria, hanno agevolato lo sviluppo – per via pretoria – di principi generali sul procedimento⁷⁰.

E, sebbene l'attenzione sia stata rivolta a particolari tipi di procedimenti⁷¹, è emerso, sovente, il carattere della generalità, dal momento che la Corte di Giustizia e il Tribunale di primo grado propendono per le soluzioni che si dimostrano più adatte per la realizzazione del diritto comunitario. In proposito, la determinazione di criteri generali di esplicazione della funzione comunitaria, benché i procedimenti amministrativi sopranazionali si diversifichino, assume centralità al fine di attuare gli scopi comuni.

Ed invero, un'attività di tipo interpretativo e di completamento, tendente a focalizzare principi da innalzare a livello generale⁷², nonché l'uso analogico di istituti, concorrono nel perseguire la soluzione che si coordina meglio con il diritto comunitario. Infatti, accade che “il giudice utilizza il principio, desumendolo dalla norma costituzionale, o, sempre più spesso, dalle norme comunitarie, o dalla CEDU, o, in prospettiva, dalla Carta dei diritti contenuta nella Costituzione dell'Unione Europea”⁷³.

In effetti, dal momento che l'intervento del legislatore dell'Unione europea è stato rimarchevole negli ambiti significativi per il funzionamento e per l'attività del mercato unico⁷⁴, è emersa una netta sproporzione tra la regolazione dei procedimenti amministrativi in detti ambiti e quelli rimanenti su cui il legislatore medesimo ha rivolto minore interesse. Per tale motivo sono comparse notevoli diversità relative alla normativa da applicare, per cui è subentrata la necessità di determinare principi generali comuni per garantire l'omogeneità del sistema. In altri termini, è ravvisabile per l'ordinamento comunitario uno sviluppo per alcuni versi analogo a quello degli ordinamenti, seppure non uguale. Dal confronto, invero, emergono posizioni comuni e posizioni differenziate. Anche l'ambito e l'estensione di una disciplina comune del procedimento amministrativo, resta, quindi, una di quelle sfide “dettate dalla integrazione europea, che dà vita ad un sistema di *multilevel constitutionalism* nel quale avviene una più stretta integrazione degli

⁶⁸ Le forme di collaborazione “mediante amministrazione indiretta, sia quella mediante coamministrazione danno luogo a procedimenti composti, che si svolgono in parte a livello comunitario, in parte a livello statale, e dove per lo più il primo svolge un ruolo di coordinamento o di controllo”. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 192; M. P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1997, p. 55, ss. A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv.it.dir.pubbl. comunit.*, cit., p. 393, ss.

⁶⁹ Cfr. da ultimo, L. ALBINO, *La progressiva costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, 2005.

⁷⁰ ...come del resto è accaduto nella enucleazione dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni: in argomento, tra gli altri, S. GAMBINO, *Diritto costituzionale...*, cit., p. 112, ss; sia consentito il rinvio a R. ROLLI, *Brevi osservazioni in tema di diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in AA. VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, (a cura di S. GAMBINO), Milano, 2002, p. 303,ss.

⁷¹ ...come quelli disciplinari, quelli concernenti l'ambito della concorrenza e dei dazi *antidumping*.

⁷² Sul punto, illuminante la chiarificazione di C. PINELLI, *Gli interpreti della Costituzione e le funzioni della teoria costituzionale*, in *Costituzione, interpretazione, garanzie e tecnica legislativa* (a cura di A. CERRI), Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, n. 1 del 2006, p. 63, ss. Osserva l'A. (p. 67-68) che “i principi comportano un prendere posizione di fronte alla realtà, sono norme prive di fattispecie che non conducono a un aut-aut ma a una ponderazione e dunque a un bilanciamento, mentre le regole sono norme per le quali la realtà prende di volta in volta forma solo in quanto fattispecie che comporta una sussunzione e un aut-aut”.

⁷³ Così F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit. p. 15.

⁷⁴ Su cui, da ultimo, A. CERRI, *Gli aiuti di Stato nel quadro degli interventi pubblici in economia*, in AA.VV., *Aiuti di Stato tra diritto e mercato*, (a cura di S. PRISCO e G. LUCHENA), in *Nova Juris interpretatio*, n. 3 del 2006, cit.

ordinamenti giuridici ma anche un rafforzamento delle diversità presenti negli stessi ordinamenti”⁷⁵. Sui modelli organizzativi si può individuare tuttavia, una *comune matrice* di principi, che ne informa l’attività.

Principi che fanno parte di quelli generali dell’ordinamento comunitario, cui l’art. 1 della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990), dopo la novella apportata con la l. n. 15 del 2005, fa esplicito riferimento⁷⁶. Lo stesso uso del diritto privato quale regola per l’attività amministrativa (art. 1 l. n. 241/90 modificata dalla legge n. 15 del 2005), è in qualche misura frutto della integrazione comunitaria; la richiamata formulazione sull’uso del diritto privato quale regola – seppur posta a livello di principio – è tuttavia mitigata sia dalla giurisprudenza amministrativa che dallo stesso diritto europeo⁷⁷. Si pensi all’organismo di diritto pubblico e alle regole che lo disciplinano: la giurisprudenza è incline a qualificare tali soggetti dal punto di vista pubblicistico perché il diritto europeo a questi impone obblighi volti alla realizzazione della concorrenza e dell’accesso al mercato⁷⁸.

Il *comune denominatore* tra diritto amministrativo nazionale e diritto europeo è dunque costituito da una serie di principi. Alcuni, come si vedrà, fanno riferimento all’intera Comunità: come quello di legalità, di proporzionalità, di sussidiarietà e leale collaborazione; altri attengono più in particolare all’equilibrio istituzionale, alla autonomia, alla distribuzione delle funzioni, alla divisione del lavoro⁷⁹.

I principi di legalità, imparzialità, sussidiarietà, proporzionalità, obbligo di motivazione, certezza del diritto, legittimo affidamento e i principi sui diritti fondamentali fanno parte di una “prima categoria generale”, cioè di un gruppo di comuni principi dello *spazio giuridico europeo*.

Appartengono ad una “seconda categoria” i principi di buona amministrazione e dell’obbligo di sana gestione dei mezzi finanziari⁸⁰; così come i principi di esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti e degli interessi presenti, del contraddittorio, della conclusione in modo espresso ed il principio di accesso ai documenti amministrativi. Va osservato, tuttavia, che non sussiste una assoluta distinzione tra i vari principi, dal momento che spesso si intersecano, generando differenze a volte non chiare, perché collegate ad applicazioni che dipendono dai casi. Difatti nella recente decisione della Corte di Giustizia del 7 settembre 2006, n. 310⁸¹, si mettono in relazione i principi dell’obbligo di motivazione, di tutela del legittimo affidamento, di proporzionalità. Il giudice comunitario evidenzia come “l’obbligo di motivazione di cui all’art. 235 Ce deve essere adeguato alla natura dell’atto in causa. Qualora si tratti di un atto destinato ad un’applicazione generale, la motivazione può essere limitata all’indicazione della situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e degli obiettivi generali che esso si prefigge. In tale caso, se l’atto evidenzia nella sua essenza lo scopo perseguito dall’istituzione nell’emanare l’atto, non è necessaria una motivazione specifica per le diverse scelte tecniche operate. Un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base a indizi obiettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato

⁷⁵ Così G. D’IGNAZIO, *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del neoregionalismo in Italia*, cit., p. 3-4.

⁷⁶ In argomento, A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, (a cura di V. CERULLI IRELLI), Napoli, 2006, p. 39, ss.; ed *ivi*, R. SCARCIGLIA, *La disciplina generale dell’azione amministrativa in Europa*, p. 21, ss.

⁷⁷ G. GRECO, *L’azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, cit., p. 69, ss.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 18 giugno 2002, n. 6 in *Foro amm.*, CDS, 2002, p. 1047 che invoca la tutela della concorrenza per dedurre una restrizione della libertà di configurazione del bando per affidamento di servizi di tesoreria di una pubblica amministrazione; Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332 in *Urb. e App.*, 2003, p. 918, con nota di G. MONTEDORO, che ha desunto dal principio di tutela della concorrenza di origine comunitaria la regola per cui l’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione travolge il contratto di appalto in via derivata e diretta. In dottrina, tra gli altri, F. SATTA, *L’annullamento dell’aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 633; ancora in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V., 14 luglio 2003, n. 4167, *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 2244.

⁷⁹ Cfr., per tutti, C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv.it.dir.publ.comunit.*, n. 5 del 2003, p. 1037, ss.

⁸⁰ Per una analisi delle finanze pubbliche e delle relative discipline a livello comunitario, cfr. G. DELLA CANANEA, *Dalla contabilità di stato alle finanze pubbliche: la prospettiva europea*, in *Riv.it.dir.publ.comunit.* n. 5 del 2004, p. 1143, ss.

⁸¹ In *Diritto&Giustizia*, 2007.

allo scopo elusivo o determinante di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati, o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte alle circostanze del caso di specie. La possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affinamento è prevista per ogni operatore economico nel quale un'istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative. Il principio di proporzionalità richiede che gli atti delle istituzioni non superino limiti di quanto strettamente necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa, fermo restando che, in caso di possibilità di scelta, le istituzioni devono ricorrere alla misura meno restrittiva, e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”.

Risulta opportuno sottolineare il rapporto che intercorre tra i principi di legalità, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento; il rapporto tra il principio di uguaglianza e quello di imparzialità; nonché il rapporto tra il principio di buona andamento e quello di efficiente ed efficace uso dei mezzi finanziari. Tra l'altro, risulta difficile proprio la determinazione dei principi, dal momento che l'inesistenza di previsioni normative di carattere generale comporta l'applicazione di un metodo empirico, con la conseguente difficoltà di riportarli ad un carattere unitario⁸².

In effetti, paragonando sotto questo aspetto l'esperienza comunitaria rispetto a quella degli stati membri, non si registrano a livello generale forti diversità⁸³. Infatti, anche in Italia, sovente si separano principi assoluti (legalità; imparzialità; buon andamento o buona amministrazione; ragionevolezza e proporzionalità) da altri principi (si pensi al giusto procedimento; alla partecipazione; alla buona fede o tutela del legittimo affidamento; alla consequenzialità; alla pubblicità; alla rappresentazione delle risultanze istruttorie; alla doverosità; tempestività e responsabilità; all'economicità; all'efficienza ed efficacia; alla semplicità). Eppure non si può neanche sostenere che sussista una perfetta identità tra l'ordinamento dell'Unione europea e gli ordinamenti degli stati membri. In effetti, in campo nazionale sussistono discipline sul procedimento fondate sulla presenza di principi, per alcuni versi principi a carattere generale, (come quelli di imparzialità e buon andamento, di neutralità, di pubblicità, di equità, di ragionevolezza, di proporzionalità e dell'obbligo di motivazione).

Si rivela quindi, con forza, la necessità di una “apertura ai principi, alle clausole generali, al ruolo integrativo del precetto in capo all'amministrazione non può non generare un risultato che sia tale da tradire alla radice l'idea di sistema”⁸⁴.

Nello *spazio comunitario* i principi hanno generalmente provenienza giurisprudenziale o sono definiti, sovente, attraverso atti interni, dalla stessa amministrazione⁸⁵. In concreto, è da registrare la presenza di differenze riguardanti l'applicazione dei principi, dipendenti dalle caratteristiche dell'ordinamento comunitario e di diversità circa le esperienze giuridiche e la struttura amministrativa. Al proposito sono da menzionare i procedimenti amministrativi composti.

Lo sviluppo dell'ordinamento comunitario – per cui si sono formati in modo autonomo un diritto amministrativo,⁸⁶ una organizzazione⁸⁷, una molteplicità di procedure amministrative, ed anche garanzie per il singolo soggetto nei confronti dell'attività dei pubblici poteri - ha determinato la propagazione di una quantità crescente di procedimenti tesi a completare in seno allo stesso oggetto

⁸² Cfr., ampiamente, C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit.

⁸³ In relazione ad alcuni ordinamenti europei, si osserva in dottrina, “da un punto di vista sistematico, che le scelte all'interno dei singoli ordinamenti esaminati hanno privilegiato leggi generali sul procedimento amministrativo, piuttosto che una compiuta disciplina dell'azione, affidata, talvolta, nei principi, alla verbalizzazione costituzionale, e nella attuazione a fonti subordinate, secondo il modello kelseniano della costruzione per gradi”. Così R. SCARCIGLIA, *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, cit. p. 21; per una prospettiva dell'integrazione europea e del ruolo delle regioni, da ultimo, G. D'IGNAZIO, *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del neoregionalismo in Italia*, in AA.VV., *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, (a cura di G. D'IGNAZIO), cit. p. 1, ss.

⁸⁴ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 44.

⁸⁵ Si pensi al diritto ad una buona amministrazione che “figura nei motivi dei ricorrenti e nelle argomentazioni dei giudici comunitari. Ben prima della proclamazione della Carta dei diritti, ad esso ci si appella per sostenere le ragioni dei singoli e degli Stati nei confronti delle istituzioni comunitarie. Il principio non viene invocato quale autonomo fondamento per le pretese fatte valere in giudizio, ma piuttosto a conferma e rafforzamento di posizioni giuridiche basate su regole di diritto scritto o su altri principi di diritto”. Così F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 49, ed *ivi* indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

⁸⁶ S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit.

⁸⁷ C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 251, ss.

pareri diversi e *proiettivamente* discordanti. Ciò avviene attraverso il contributo di funzioni in successioni procedurali cui partecipano diversi soggetti (la Commissione e le amministrazioni nazionali)⁸⁸ che si completano tra loro, tenendo in conto strutture organizzative volte ad incrementare le funzioni stesse⁸⁹. Si vedrà infatti, come i procedimenti composti si sviluppano su livelli differenti comunque secondo un piano organico. In alcuni casi si avviano in ambito comunitario e continuano in quello nazionale (come avviene per i procedimenti riguardanti il conferimento di premi e di finanziamenti nel settore dello zucchero)⁹⁰; in altri accade l'opposto (si pensi al procedimento di registrazione della denominazione di origine nel settore agricolo ed alimentare)⁹¹; in ulteriori situazioni si assiste ad una intensificazione di fasi che si sviluppano alternativamente davanti alle istituzioni sopranazionali, oppure davanti a quelle interne⁹².

A ben vedere, da un esame complessivo, la realtà comunitaria e quella interna presentano sostanzialmente gli stessi principi; diverso è il campo di applicazione, in considerazione delle differenti modalità dell'agire dell'amministrazione europea e della partecipazione dei soggetti nazionali: emergono delle diversità non tanto a livello di principi, quanto a livello di struttura, dal momento che i tipi sono differenti ed i procedimenti amministrativi europei terminano in sede nazionale, ma raramente in sede europea⁹³. Dall'analisi della giurisprudenza comunitaria risulta, quindi, che la differenziazione riguarda gli elementi; segnatamente, è rilevabile una identità delle funzioni per cui il procedimento è preordinato (si pensi alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive nei riguardi dell'esercizio arbitrario del potere amministrativo; alla tutela della acquisizione e della ponderazione e valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; alla collaborazione e coordinamento tra le amministrazioni nazionali e quella comunitaria che partecipano). La divergenza, viceversa, afferisce ai tipi dei procedimenti ed è giustificata dal momento che, davanti al differente campo di azione, si diversificano gli obiettivi perseguiti dalle autorità sopranazionali e dalle autorità degli stati membri. Invero, nello *spazio comunitario* esistono provvedimenti con prescrizioni di carattere generale, di definizione, di *status*, di finanziamento, di autorizzazione, e di ordine, ma non sono presenti alcuni provvedimenti appartenenti agli ordinamenti statali che caratterizzano l'attività autoritativa dell'amministrazione nei confronti dei soggetti privati⁹⁴.

Orbene, la sostanziale distinzione, in termini effettivi, si rinviene nelle modalità di azione. Sin dagli anni ottanta del secolo scorso, i poteri pubblici comunitari hanno cominciato ad esplicare concretamente compiti di conduzione, operando in forma diretta e, sovente, unitamente alle amministrazioni nazionali; in alcuni casi hanno impiegato le amministrazioni nazionali per scopi comunitari, contemplando, tuttavia, strumenti di natura organizzativa o procedurale al fine di limitarne l'attività⁹⁵. Ed invero, si sono svincolate talune tipologie relative all'esercizio congiunto delle funzioni comunitarie, regolamentate attraverso il diritto sopranazionale e delineate, a volte, per la con titolarità della funzione⁹⁶. Vanno anche evidenziati i recenti orientamenti normativi tesi

⁸⁸ Per una sequenza di questi intrecci e raccordi S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale*, cit. p. 1136, ss.

⁸⁹ Diverse riforme comunitarie hanno riguardato i rapporti tra la Commissione europea e Autorità nazionali di vigilanza della concorrenza (regolamento n. 1 del 2003) sia il nuovo *test* da utilizzare per individuare le concentrazioni vietate (che, nel regolamento comunitario sulle concentrazioni – Reg. CE n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, assomma), come osserva F. CINTIOLI, *ult. op.cit.*, p. 64-, “al criterio della dominanza quello della *substantial lessening of competition*”.

⁹⁰ Regolamento n. 2038/1999 del 13 settembre 1999.

⁹¹ Regolamento n. 2081 del 1992 del 14 luglio 1992.

⁹² Si pensi al caso regolato con il regolamento n. 2001/18 del 12 marzo 2001, in materia di concessione all'introduzione nell'ambito di organismi geneticamente modificati.

⁹³ Per una chiarificatrice analisi delle tipologie di procedimenti e relative fasi, per tutti, S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 1139, ss.

⁹⁴ Come ad esempio le concessioni di beni e servizi oppure i provvedimenti di esecuzione forzata.

⁹⁵ Ancora sul tema, C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit.

⁹⁶ Come nel caso della coamministrazione e dell'integrazione decentrata. Sul tema, per tutti, C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992; E. CHITI, *Le Agenzie europee*, cit., E. CHITI- C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, cit.; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2004; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003; nonché per i profili processuali, G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e*

ad inserire sistemi regolatori caratterizzati dalla istituzione di un'amministrazione indipendente e con la possibilità di un "gruppo europeo" dei regolatori nazionali.

In tale contesto, per un verso, la Commissione ha potuto assumere un ruolo preminente sotto l'aspetto funzionale, coordinato da un preciso compito e sovente con precedente regolamentazione di natura procedimentale⁹⁷; per l'altro si sono delineati gli aspetti circa l'organizzazione delle strutture amministrative rispettivamente competenti per materia e la disciplina procedurale di particolari caratteri della loro azione.

In via generale, i principi hanno una funzione ben precisa: costituiscono un riferimento prevalente nell'azione amministrativa comunitaria, senza trascurare il fatto che – come è accaduto per il nostro ordinamento – essi divengano parametri per l'azione amministrativa interna⁹⁸. Non si può nascondere che l'evoluzione del sistema amministrativo comunitario si affini sino a dotarlo di caratteri originali e di proprie peculiarità; l'organizzazione, i procedimenti amministrativi, le forme di tutela rispetto all'azione dei poteri pubblici comunitari testimoniano la presenza di un diritto amministrativo europeo, piuttosto solido che certamente si ispira anche alle esperienze nazionali⁹⁹. L'uniformità dell'azione amministrativa fa sì che si evitino trattamenti differenti tra soggetti dell'UE: leale cooperazione, divieto di discriminazione "si dimostrano di fondamentale importanza perché favoriscono la comunitarizzazione dei modelli amministrativi nazionali, agevolando la collaborazione tra autorità interne e sovranazionali e, in ultima analisi, determinandone l'interdipendenza: diviene comune lo scambio reciproco del compito di promozione e di realizzazione delle decisioni comunitarie tra gli apparati burocratici della Comunità e quelli degli stati membri onde consentire la realizzazione degli interessi sovranazionali"¹⁰⁰. In tale guisa viene a configurarsi una particolare situazione: infatti, da un parte gli ordinamenti degli stati membri incidono sull'ordinamento dell'Unione europea, perché il diritto amministrativo interno agli stati membri si applica nell'ambito nazionale, dove manca; dall'altra l'ordinamento comunitario influenza gli ordinamenti interni, perché impiegandone gli istituti e i principi, nonché adattandoli alle proprie esigenze, ne realizza l'omogeneità.

Ciò implica, secondo una visione di integrazione, la conseguente propagazione; la struttura comunitaria, invero, non solo incide su quella nazionale, ma tende anche a fissarne i caratteri sotto l'aspetto organizzativo e funzionale, tenuto conto della propria finalità di organizzazione *multilivello* per cui si pone presso gli ordinamenti statali, non determinandone la sostituzione.

In più, i principi generali comunitari si attestano anche presso gli ordinamenti nazionali¹⁰¹, in base al loro carattere di fonti del diritto¹⁰² e al potere dovere che compete alle amministrazioni e ai giudici degli Stati membri circa l'impiego delle norme di diritto comunitario¹⁰³. Pertanto "non è

giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee, in *Riv.trim.dir.pubbl. comunit.*, n. 5 del 2004, p.1154, ss.

⁹⁷ Sulle competenze legislative, esecutive ed esterne della Commissione, cfr. M. SAVINO, *Commissione delle Comunità europee*, cit. p. 1041-1042.

⁹⁸ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, n. 4/2005, p. 707, ss. Il processo di integrazione comunitaria e l'armonizzazione con i diritti amministrativi nazionali, da un lato, impone obblighi per l'effettività delle disposizioni del Trattato relativamente alle libertà, dall'altro si pone indifferentemente rispetto alla natura delle regole, pubbliche o private da applicare.

⁹⁹ Sulla presenza di alcune "tradizioni amministrative comuni", sia consentito il rinvio a R. ROLLI, *Integrazione amministrativa europea e buona amministrazione alla luce della Carta di Nizza*, in AA.VV., *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, (a cura di M. Scudiero), Napoli, 2005, p. 1105, ss.

¹⁰⁰ Cfr. C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., pag. 675, nota 59; spunti in S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2006.

¹⁰¹ Si pensi ai principi generali riconosciuti dalla giurisprudenza come principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri (ciò vale per i diritti della difesa, per la durata ragionevole del procedimento, per l'imparzialità delle decisioni); si può pensare anche al diritto ad una buona amministrazione. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 50.

¹⁰² Si specifica in dottrina (G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 172, ss.) come i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sono "ricavati da un contesto diverso da quello comunitario, ma rielaborati e adattati alla luce delle specifiche esigenze dell'ordinamento comunitario. Essi costituiscono ormai una fonte non scritta del diritto comunitario: la Corte ha svolto dunque una vera e propria funzione normativa o di "legislazione giurisprudenziale".

¹⁰³ I mutamenti della realtà amministrativa attuale, a seguito della integrazione (anche amministrativa) comunitaria, inducono, verosimilmente a pensare che si possano minare "le garanzie che proprio dal diritto positivo sono custodite"; e tuttavia, "non può

azzardato rilevare che tutta la materia amministrativa è oggi, nel nostro ordinamento, materia “europeizzata”, anche al di là dei settori materiali di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie, con una decisione che non costituisce certamente un atto dovuto di adeguamento, ma una scelta ordinamentale ben caratterizzata, che va nella direzione del monismo, proprio in uno di quei campi ove sono finora state maggiori le specificità e, per così dire, le gelosie nazionali¹⁰⁴.

L’Unione europea, a seguito di tale sviluppo, sembra rappresentare in concreto una “signoria sul diritto amministrativo” per come è stato autorevolmente ritenuto¹⁰⁵.

Inoltre ha realizzato un diritto delle pubbliche amministrazioni comune, caratterizzato da alcuni aspetti ben precisi. Intanto tale diritto è sopranazionale, ed è volto a regolamentare l’esercizio di numerosi uffici che agiscono su piani diversi, nonché i relativi criteri di reciprocità; in secondo luogo si rapporta in modo particolare rispetto alle forme di tradizione nazionale, basandosi su di esse, perché è manifestazione del graduale sviluppo di un ordinamento giuridico ultrastatale, in cui gli obiettivi degli stati si *corrispondono biunivocamente* sia rispetto a quelli dei singoli, sia rispetto all’obiettivo generale della Comunità; in terzo luogo si impernia sull’idea della “arena pubblica”¹⁰⁶, qualificandosi per gli aspetti formativi di rapporti tripolari con riferimento a privati, amministrazioni nazionali e istituzioni della Comunità europea, nonché per gli aspetti produttivi e collaborativi della Commissione nel coinvolgimento dei soggetti interessati, sì da superare il concetto tradizionale di stato-cittadino, coinvolto nella rete¹⁰⁷ ed il conflitto tra l’attività pubblica e quella privata¹⁰⁸.

Infine ha in atto un processo di miglioramento concernente, rispettivamente, la determinazione della sua area e gli elementi caratterizzanti il sistema amministrativo nello *spazio giuridico europeo*.

4. Sussidiarietà e diritto comunitario

Nel diritto comunitario, con il Trattato di Maastricht del 1992, il principio di sussidiarietà si è innestato nell’ordinamento giuridico nazionale; esso rappresenta principio cardine dell’Unione europea, così come si legge nel Preambolo: “...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 di sussidiarietà”. L’art. 5 del medesimo Trattato prevede che “la comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di propria esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati e meglio conseguiti a livello comunitario. L’azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato”¹⁰⁹.

Il principio in esame, già a livello comunitario, deve essere inteso come uno strumento per determinare quando l’Unione debba agire nei settori che non sono di sua esclusiva competenza (che

neppure trascurarsi una realtà che appare addirittura preponderante agli occhi dell’interprete: basti pensare alle Autorità indipendenti, ai modi e fondamenti della loro legittimazione, al ruolo svolto dal diritto comunitario, a come le clausole generali che lo stesso legislatore comunitario utilizzando finiscano, se non per sovvertire, quantomeno per modellare in termini nuovi istituti tradizionali”. In tal senso, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 10.

¹⁰⁴ Così A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa*, cit., p. 44-45.

¹⁰⁵ Cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, cit., p. 1136.; *Id.*, *L’ordinamento giuridico globale*, in AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, (a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone), cit., p. 3, ss.

¹⁰⁶ S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601.

¹⁰⁷ Si tratta, invero, della rete del potere, come sottolinea G. TROPEA, in *Considerazioni su cittadinanza e amministrazione nello spazio...*, cit., p.230, richiamando *L’Europa delle reti*, a cura di A. PREDIERI e M. MORISI, Torino, 2001, con tutte le implicazioni sulla crisi del principio di sovranità statale messe in luce da M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, da G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, *ivi*, 1996, p. 3, ss.; C. AMIRANTE, *Costituzione e costituzionalismo nel nuovo contesto europeo*, cit.

¹⁰⁸ Su tali trasformazioni, tra gli altri, nella più recente letteratura, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; *Id.*, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir.amm.*, 2003, p. 801, ss. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.

¹⁰⁹ Per una completa visione del principio di sussidiarietà (orizzontale), cfr., per tutti, G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

sono gran parte dei settori di attività dell'Unione stessa)¹¹⁰; tale principio si riconnette al principio di proporzionalità che disciplina pure l'esercizio delle competenze: per cui il contenuto e la forma dell'azione amministrativa dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi. L'applicazione dei principi testè richiamati è stata ripresa dal Protocollo allegato al Trattato CE, con il Trattato di Amsterdam; si definiscono inoltre criteri specifici per l'applicazione del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni comunitarie, in ordine ai contenuti dell'azione, alla forma, alla natura, alla portata dell'azione comunitaria. Il protocollo impone pure una serie di controlli politici del principio in oggetto¹¹¹, esercitati dalle istituzioni comunitarie, parti della procedura legislativa.

Il controllo sul principio di sussidiarietà - si anticipava- è essenzialmente politico e sebbene sia auspicabile una intensificazione di tali forme di controllo, sfugge - in via generale - al controllo giurisdizionale (Corte di Giustizia e tribunali nazionali), atteso il margine di discrezionalità che caratterizza l'attività del legislatore¹¹². Il principio di sussidiarietà si rivolge a tutti gli organi della Comunità; la rilevanza pratica si estende, soprattutto, al Consiglio, alla Commissione ed al Parlamento europeo¹¹³.

Inoltre, la *Carta Europea delle autonomie locali* siglata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 - e ratificata in Italia con la legge 30 dicembre 1989, n. 439 -, fa riferimento al principio di sussidiarietà (verticale). Si prevede, infatti (art. 4 della Carta), che l'esercizio delle potestà pubbliche sia affidato, in via generale, alle autorità più vicine ai cittadini: in tal modo queste sarebbero più controllabili¹¹⁴. In definitiva, la sussidiarietà a livello comunitario persegue due obiettivi opposti. Per un verso, autorizza un intervento della Comunità laddove un obiettivo non può essere sufficientemente realizzato dagli stati membri tramite misura a livello nazionale; per l'altro, garantisce la competenza degli Stati membri in tutti quei settori in cui una misura comunitaria non può fornire normativa migliore.

Il principio di sussidiarietà si collega, pure, al principio di leale collaborazione.

Entrambi i principi concernono i rapporti di natura organizzativa tra amministrazioni pubbliche. Il principio di sussidiarietà, dunque, stabilisce i criteri di conferimento delle funzioni amministrative ai gradi di governo superiori rispetto a quello comunale, al fine di garantire l'unità di esercizio; esso è menzionato nell'art. 2 Trattato UE e nell'art. 5 Trattato Ce. In questo caso il diritto comunitario mette in luce i criteri che sono a fondamento del principio in questione, vale a dire sufficienza, effetti e dimensione, laddove sussistano insufficienza dell'azione statale, esigenza di conseguire certezza di risultati (dunque risultati più certi) esigenza di agire ad un grado superiore.

L'art. 10 Trattato Ce, a sua volta, specifica il principio di leale cooperazione precisando che "gli stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato". Va evidenziato che la Corte costituzionale italiana ha ribadito, nei confronti delle relazioni tra Stato e regioni, un dovere simile. Segnatamente, laddove sono compresenti attribuzioni dello Stato e delle regioni, i rispettivi interessi devono armonizzarsi¹¹⁵. Dunque, in presenza di concorrenza tra gradi diversi di governo, si impiega l'obbligo di leale collaborazione;

¹¹⁰ Sul principio, tra gli altri, cfr. M. P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, p. 505; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It.*, 1995, p. 373, ss.

¹¹¹ La sussidiarietà, si legge nel Protocollo, "consente che l'azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano, e inversamente ristretta, e sospesa laddove essa non sia più giustificata".

¹¹² Tuttavia è la Corte di giustizia a stabilire se una data materia rientri tra le competenze esclusive della Comunità, atteso che si tratta di una evidente questione giuridica. Sul punto, A. G. TOTH, *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1992, p. 255.

¹¹³ Per queste applicazioni del principio di sussidiarietà, nella dottrina internazionalistica, cfr. le interessanti considerazioni di P. PUSTORINO, *Note sul principio di sussidiarietà*, in *Dir. comm. e degli scambi internazionali*, 1995, p. 47; A. G. TOHT, *The principle of subsidiarity*, in *Common market Law Review*, 1992, p. 1079.

¹¹⁴ Per tutti, cfr. S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, cit.

¹¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 437 del 2000.

tuttavia nell'Unione Europea viene applicato anche nelle relazioni tra le varie istituzioni dell'Unione. Va infine rilevato come dall'obbligo di leale cooperazione derivano l'obbligo di scambievole informazione, l'obbligo di interpellare, nonché quello di applicare in maniera armonizzata le proprie attribuzioni.

5. Ragionevolezza e principi del diritto comunitario: in particolare proporzionalità e legittimo affidamento.

Il principio di sussidiarietà, inteso in senso dinamico (secondo le importanti indicazioni fornite dalla Corte costituzionale italiana)¹¹⁶, pone rilievo, come si osservava in precedenza, a criteri che ne costituiscono la base: (sufficienza, effetti e dimensione, laddove sussistano insufficienza dell'azione statale, esigenza di conseguire certezza di risultati, esigenza di agire ad un grado superiore). Criteri che, per alcuni aspetti, si correlano ad altri importanti principi sull'azione amministrativa presenti nell'ambito del diritto interno e del diritto comunitario: si vuol fare riferimento, in particolare, ai già richiamati principi di ragionevolezza e proporzionalità¹¹⁷.

I seguenti profili articolano la portata del principio di proporzionalità: *a) idoneità* del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo perseguito; *b) necessità*: assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo che comporti il minor sacrificio al privato; *c) adeguatezza* dell'esercizio del potere rispetto agli interessi in gioco.

Esso, come principio generale dell'ordinamento, comporta che l'amministrazione debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minore sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Intanto, sul piano del diritto interno, il Tar del Lazio, con la sentenza della III Sezione del 2 febbraio 2007, n. 777¹¹⁸, ha statuito che il principio di proporzionalità si risolve "nella affermazione per cui l'autorità non può imporre, con atti normativi od amministrativi obblighi o restrizioni alle libertà del cittadino, in misura superiore a quanto strettamente necessario nel pubblico interesse". Il principio di proporzionalità implica, dunque, un'indagine *trifasica*, che passa attraverso la necessità della misura, della sua idoneità allo scopo da raggiungere e della stretta adeguatezza della misura applicata per il fine da perseguire¹¹⁹.

Dal versante comunitario, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza del 12 dicembre 2006, n. 380)¹²⁰, il principio di proporzionalità esige che gli strumenti adoperati da un'istituzione comunitaria siano idonei a realizzare lo scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo. Ebbene, l'applicazione dei principi su indicati (che presentano declinazioni diverse) avviene in modo coordinato¹²¹. Intanto, entrambi hanno formazione

¹¹⁶ Il richiamo è d'obbligo alla storica sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2003.

¹¹⁷ Sul principio di proporzionalità, cfr. nelle trattazioni specifiche, D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1993, p. 837, ss.; *Id.*, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit., p. 1042.

¹¹⁸ In *Foro amm.*, TAR 2007, n. 2, p. 547.

¹¹⁹ Analogamente, cfr. nella giurisprudenza amministrativa, TAR Lazio, Roma, Sez. III, sent. 18 ottobre 2006, n. 10485, in *Foro amm.*, TAR, 2006, n. 10 p.3250; sulla base della applicazione del principio di proporzionalità-adequatezza, inteso come principio generale dell'ordinamento, sono state ritenute illegittime le disposizioni di cui all'art. 18 comma 8 ultimi capoversi, regolamento approvato con d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 come modificata dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93 – secondo la quale per l'esecuzione dei lavori della categoria OS12 si richiede, al fine di acquisire o rinnovare la qualificazione per le classifiche III o superiori, che l'impresa sia titolare della certificazione UNI ISO 9001/2000 – e la determinazione 7 febbraio 2006, n. 2/2006 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che di tale norma fa applicazione, in quanto verrebbe escluso arbitrariamente dalle gare un numero elevato di imprese, senza alcuna ragione giustificativa ed in pregiudizio della necessaria pariteticità tra le imprese concorrenti.

¹²⁰ In *Foro amm.*, CDS, 2006, n. 12, p. 3231. Il giudice comunitario riconosce, in materia di pubblicità dei prodotti del tabacco, al legislatore comunitario un ampio potere discrezionale nell'adozione di scelte complesse che involgono valutazioni di carattere politico, economico e sociale. Solo la manifesta inidoneità di una misura in relazione allo scopo perseguito, può inficiare la legittimità dell'intervento comunitario.

¹²¹ Sul principio di ragionevolezza come principio generale nel sapere giuridico, cfr. per tutti, AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, *Atti del Convegno di Studi*, Roma, 2-4 ottobre 2006, (a cura di A. CERRI), Tomi I, II, III, Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, Roma, 2007.

giurisprudenziale¹²²; in particolare il principio di proporzionalità è stabilito nello stesso art. 5, comma 2, Trattato CE, secondo cui “l’azione della comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato”.

Sul versante del diritto nazionale, si riconosce come canone dell’azione amministrativa il principio di ragionevolezza, (declinazione della proporzionalità), che è interpretata secondo diversi profili: segnatamente è inquadrata come rispondenza tra disciplina normativa e decisione amministrativa; oppure come congruenza tra giudizio espletato e decisione adottata¹²³; ed ancora come congruenza tra decisioni confrontabili.

Più specificatamente il principio di proporzionalità comporta che gli atti amministrativi non superino quanto occorre al fine di raggiungere l’obiettivo prestabilito¹²⁴. Davanti ad una scelta tra varie soluzioni, è necessario preferire quella meno limitativa, dal momento che la libertà del cittadino non può essere sottoposta a doveri e limitazioni di livello superiore rispetto a quello indispensabile per perseguire gli obiettivi che l’amministrazione ha l’obbligo di attuare.

Quindi la proporzionalità implica il valutare convenientemente lo strumento che si utilizza riguardo alla finalità da raggiungere, nonché giudicare l’entità limitativa dei provvedimenti da adottare¹²⁵. Il principio di proporzionalità comporta, ad esempio, che una espropriazione stabilita al fine di edificare una scuola avrebbe il carattere dell’illegittimità laddove prevedesse una superficie più ampia rispetto a quella che un edificio scolastico e le relative pertinenze richiedono. Il principio - osserva la giurisprudenza amministrativa - investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino e non solo la graduazione della sanzione: in questo senso si esprime la più recente giurisprudenza amministrativa. Invero, il Tar Toscana, Sez. I, con la sentenza del 6 marzo 2007, n. 286¹²⁶ ha precisato come gli atti di autotutela non possono fondarsi genericamente sulla richiesta di ripristino della legalità, ma devono preoccuparsi di esternare le ragioni di interesse pubblico concreto ed attuale che ostano al mantenimento della situazione consolidata, soprattutto quando la revoca interviene a distanza di tempo, incidendo su posizioni ormai consolidate e stabilizzate. Inoltre il ritardo (notevole) con cui l’amministrazione ha proceduto a rivedere la propria posizione, è sufficiente ad ingenerare un legittimo affidamento che impone, nel rispetto del principio di correttezza e buon andamento della p.a.¹²⁷, una specifica ragione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che sostengono il provvedimento, al di là del generico interesse al ripristino della legalità. Il principio in esame - a ben vedere - assume nell’ordinamento interno lo stesso significato¹²⁸ che ha nell’ordinamento comunitario, come è oggi confermato dalla clausola di formale recezione *ex art. 1 comma 1, l. n. 241/1990* nel testo novellato dalla legge n. 15/2005¹²⁹.

Nel diritto nazionale ed in quello europeo la formazione del principio del legittimo affidamento è unicamente giurisprudenziale¹³⁰. Tale principio applica quello di buona fede oggettiva¹³¹ e assicura

¹²² Lo ribadisce, da ultimo, F. TAMASSIA, *La ragionevolezza nei giudizi della Corte di Giustizia europea nell’applicazione delle direttive non particolareggiate*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, (a cura di A. CERRI), Tomo II, cit., p. 315, ss.

¹²³ Per questa accezione sia consentito il rinvio, da ultimo, a R. ROLLI, *Discrezionalità amministrativa e controllo di ragionevolezza*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, (a cura di A. CERRI), in *Nova Juris Interpretatio*, Tomo III, cit., p. 215, ss.

¹²⁴ Sui rapporti tra principio di ragionevolezza e proporzionalità come principio sviluppato nel diritto amministrativo, fondamentale in Germania nel secondo dopoguerra, da ultimo, D. SCHEFOLD, *Porte di entrata della ragionevolezza nella giurisprudenza tedesca*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, (a cura di A. CERRI), in *Nova Juris Interpretatio*, Tomo II, cit., p. 35, ss., ove, icasticamente, si osserva come “il principio di proporzionalità significa che l’intervento statale deve essere limitato”.

¹²⁵ Nella più recente giurisprudenza, in questo senso, cfr. TAR Lazio, Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 777, in *Foro amm.*, TAR, 2, p. 547.

¹²⁶ In *Comuni d’Italia*, 2007, 5, p. 80.

¹²⁷ Per una distinzione tra principio di imparzialità, buon andamento della p.a. e buona fede, cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; P. M. VIPIANA, *L’autolimitazione della pubblica amministrazione fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1999.

¹²⁸ Sulla correlazione del principio di buona fede con i principi generali che disciplinano la legalità sostanziale della pubblica amministrazione, cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993.

¹²⁹ In questi termini, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 17 aprile 2007, n. 1736; in dottrina, A. MASSERA, *I principi generali*, cit.

¹³⁰ Se ne veda la connessione con il principio di proporzionalità nella sentenza della Corte di Giustizia del 7 settembre 2006, n. 310.

¹³¹ Su cui, in dottrina, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all’ “alternanza”*, Milano, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. GIANI, *Funzione*

l'affidamento ragionevole fondato su un pregresso atteggiamento della pubblica amministrazione¹³². Nel diritto europeo è impiegato soprattutto per tutelare casi stabilizzati contro revoche di atti amministrativi; inoltre è stato utilizzato per consentire con efficacia retroattiva il diritto al rimborso di tributi, laddove sussista la buona fede del fruitore. Nel diritto nazionale, la tutela del legittimo affidamento può essere esemplificata con un progetto territoriale paesaggistico che protegge le attività di urbanizzazione intraprese in virtù di un pregresso provvedimento comunale che ne contemplava l'autorizzazione¹³³. La giurisprudenza amministrativa interpreta il principio del legittimo affidamento quale tutela dell'interesse del privato; esso si traduce nell'affermazione secondo cui una situazione di vantaggio – assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa – non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita. Sulla base di tali presupposti, quindi, la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici tendono a prevalere, in determinati casi sul principio di legalità con la conseguenza che gli atti dell'autorità – seppur illegittimi – possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati; affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico¹³⁴. E così è necessario tutelare i principi di leale cooperazione e di tutela dell'affidamento di un privato (istante) nel caso in cui questi abbia maturato legittime aspettative sulla base del contegno serbato dall'amministrazione, nonché qualora si verificino circostanze del tutto oggettive (come ad esempio il superamento di un termine perentorio) e ragionevoli (conformità di una misura rispetto ad un determinato profilo di cura dell'interesse pubblico)¹³⁵.

Va, naturalmente, esclusa la configurazione di un legittimo affidamento in ordine al mantenimento di una situazione manifestamente illegale rispetto al diritto comunitario¹³⁶.

Nel diritto europeo, a sua volta, la tutela del legittimo affidamento¹³⁷ può riferirsi al caso in cui la Corte di giustizia, sussistendo scarsa informazione delle autorità nazionali e buona fede del privato che avesse ottenuto finanziamenti non dovuti, ha escluso che il privato dovesse restituire le sovvenzioni ricevute¹³⁸; inoltre lo stesso giudice comunitario con la sentenza della I Sez. del 14 settembre 2006 n. 496 ha messo in correlazione i principi di proporzionalità, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento¹³⁹.

Da ultimo giova osservare come, anche nel diritto nazionale, la legge sul procedimento amministrativo assicura attualmente - seppur non completamente - una tutela del legittimo affidamento, con riferimento alla disciplina della revoca dei provvedimenti. Ed invero, l'art. 21-

amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato, Napoli, 2005; F. G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica e storica contemporanea*, Padova, 2003; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

¹³² Il principio dell'apparenza del diritto, (secondo Cass. Civ. Sez.II, 25 maggio 2007, n. 12201, in *Guida al diritto* 2007, p. 26), è da ricondursi a quello, più generale, della tutela dell'affidamento.

¹³³ Cfr. Cons. Stato, Sez.VI, n. 4653 del 2000.

¹³⁴ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *Foro amm., TAR*, 1 p. 135, con nota di Caputi Jambrenghi. Infatti la previsione specifica in merito alla tutela dell'affidamento dell'interessato (obbligo dell'amministrazione di indennizzare il pregiudizio subito dal privato) in relazione all'esercizio del potere di revoca da parte dell'amministrazione non la necessità che la p.a. - nell'ambito della fase formativa del contratto - operi secondo canoni di correttezza e buona fede.

¹³⁵ In questo senso, cfr. di recente, TAR Lazio -Latina- Sez. I, 24 aprile 2007, n. 293, in *Foro amm., TAR*, 2007, n. 4 p.1364.

¹³⁶ V. TAR Molise, - Campobasso- 23 marzo 2007, n. 180, in *Foro amm. Tar*, 2007, n. 3, p. 1045

¹³⁷ Per gli sviluppi del principio in sede europea, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit. p. 14.

¹³⁸ Corte di Giustizia, sent. Republik Osterreich c° Martin Huber del 2002 in Causa 366/2000.

¹³⁹ Il principio secondo cui lo statuto della Corte di giustizia e il regolamento di procedura non prevedano per la parti la possibilità di presentare osservazioni scritte alle conclusioni dell'avvocato generale, non lede, secondo i giudici europei, il diritto al contraddittorio che spetta al cittadino comunitario in forza dell'art. 6 n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La prima frase dell'art. 7 n. 1 regolamento CE n. 536/93 che stabilisce le modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, va interpretata nel senso che tale articolo dà agli stati membri la facoltà di imporre ai produttori di latte stabiliti sui rispettivi territori, degli obblighi contabili più gravosi di quelli stabiliti dalla lett. f de medesimo articolo, se considerati necessari". Per l'analisi sulla giurisprudenza delle Corti europee, in particolare sulla Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, per tutti, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., spec. p. 21, ss.

quinquies della legge n. 241 del 1990 stabilisce che “se la revoca comporta pregiudizi in danno ai soggetti direttamente interessati, l’amministrazione ha l’obbligo di provvedere al loro indennizzo”. Sul punto il Consiglio di Stato, con la sentenza della V Sezione, del 21 giugno 2007, n. 3431¹⁴⁰, ha specificato come “l’assoggettamento degli atti di ritiro al giusto procedimento, principio prima affermato dalla giurisprudenza e poi fatto proprio dalla legge sul procedimento, presuppone logicamente che tra l’atto di annullamento o di revoca e l’atto ritirato sia intercorso un asse di tempo significativo, sotto il profilo fenomenologico e, soprattutto, sotto il profilo degli effetti giuridici prodotti dall’atto posto nel nulla, perché possa ritenersi formato un legittimo affidamento in capo al destinatario”.

6. Il procedimento amministrativo nelle disposizioni dei Trattati comunitari e nelle discipline settoriali

Il legislatore ed i giudici provvedono, sul piano sovranazionale, alla disciplina del procedimento amministrativo, per quanto vi contribuiscano in termini diversi.

Non esiste, sotto l’aspetto normativo, una disciplina generale del procedimento. Sussistono soltanto delle disposizioni costituzionali e delle normative settoriali che presentano determinate regole. E’ necessario separare, con riferimento alle prime, le norme incluse nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da quelle contemplate nei Trattati. Vanno intanto evidenziati gli articoli 41, 42 e 47¹⁴¹ della Carta che statuiscono l’obbligo di imparzialità, di motivazione degli atti; l’obbligo di risarcimento, il diritto di partecipazione, il diritto di accesso ed anche il diritto di difesa. Gli articoli 220 e 230 del Trattato istitutivo della Comunità, a loro volta, prevedono il principio di legalità, che il giudice comunitario intende come sottoposizione alla amministrazione al diritto in generale; in special modo viene sottolineato che l’azione dell’amministrazione deve sempre fondarsi giuridicamente nel Trattato e nel diritto derivato¹⁴². Il principio di legalità determina dunque, complessivamente, i criteri di legittimità riguardanti l’azione della amministrazione ed include altri principi a contenuto più particolare¹⁴³. In breve, l’assenza di specifiche discipline per tutti i tipi di procedimenti, allo stato dell’arte, conduce alla applicazione *analogica* dei richiamati principi generali.

Questo agire interpretativo, anche da parte dei giudici, avviene per il principio di imparzialità, secondo cui l’amministrazione deve essere separata e neutrale nei riguardi della politica; esso si pone come modalità organizzativa al fine di garantire la piena concorrenza e l’effettività del mercato unico¹⁴⁴; poi accade per il principio di buon andamento e di buona amministrazione, secondo cui spettano alle istituzioni comunitarie obblighi di diligenza e di efficienza¹⁴⁵.

¹⁴⁰ In *Foro amm.*, CDS, 2007, 6, p. 1856.

¹⁴¹ ...contenenti le norme sulla buona amministrazione comunitaria, su cui F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit.; A. ZITO, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 425, ss.; M. P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, *ivi*, p. 2000; p. 303; R. BIFULCO, *Commento all’art. 41*, in *L’Europa dei diritti*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, 2001; nella letteratura straniera, L. MILLET, *The right to Good administration in Europe*, in *Publ. Law.*, 2002, p. 309, ss; K. MICHELET, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et la procédure administrative non contentieuse*, in *AJDA*, 2002, p. 949, ss.

¹⁴² ...nonché nelle norme di condotta amministrativa (sovente adottate dalla Commissione) dirette a produrre effetti esterni e annunciando con la pubblicazione che essa le applicherà da quel momento, in avanti ai casi a essa relativi; in tal modo si autolimita nell’esercizio del suo potere discrezionale e non può discostarsi da tali norme, pena vedersi, se del caso, sanzionata per violazione dei principi giuridici generali, quali i principi di parità di trattamento, di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento. Sul punto, nella giurisprudenza europea, Trib. I grado, Cee, Sez. III, 7 novembre 2007, n. 374, in *Guida al diritto*, 2007, p. 107.

¹⁴³ Si noti che il valore del principio di legalità rappresenta sempre e comunque il fondamento del potere dell’amministrazione; anche alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale che lo ribadisce a proposito del potere regolamentare: Corte costituzionale, sent. 29 ottobre 2003, n. 324, in *Reg.* 2004, p. 691.

¹⁴⁴ Per come si evince dalla “costituzione economica comunitaria”: essa contiene il principio di mercato ed il principio di concorrenza. Su tali principi in una chiave di lettura pubblicistica, da ultimo, si veda l’analisi di A. CERRI, *Gli aiuti di Stati nel*

Rappresentano, inoltre, elementi fondamentali del principio di uguaglianza, contenuti nel Trattato istitutivo, gli articoli 3, n. 2 concernenti le attività della Comunità; nonché 12 e 13 relativi alle discriminazioni circa la nazionalità, il sesso, la razza, la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età e le tendenze sessuali ed ancora l'art. 141 sul criterio di parità di retribuzione tra uomini e donne. Il principio di uguaglianza è ritenuto – in via generale -applicato al procedimento amministrativo, come criterio dell'amministrazione per agire secondo imparzialità, analizzando in modo corretto l'insieme degli interessi presenti durante l'esplicazione di un potere discrezionale.¹⁴⁶

Il Trattato istitutivo contiene pure ulteriori articoli su principi parimenti fondamentali. Vanno dunque richiamati l'art. 5 che si connette al principio di proporzionalità secondo cui – come già osservato- l'attività della Comunità deve limitarsi al perseguimento dei fini stabiliti nel Trattato e, pertanto, le istituzioni comunitarie non possono esigere dagli amministrati doveri di dimensione maggiore rispetto a quella rigorosamente necessaria. L'art. 10, poi, che richiama il principio di leale cooperazione tra Stati membri e istituzioni della Comunità, per cui la Commissione stabilisce degli orientamenti nei riguardi delle amministrazioni nazionali. Queste ultime possono operare delle scelte di natura generale e particolare, atte a garantire l'esplicazione delle politiche e del diritto comunitario o per agevolare le istituzioni sopranazionali durante la loro attività, esimendosi dall'adottare provvedimenti che ne alterino la realizzazione; inoltre l'art. 5 che si connette al principio di sussidiarietà, inteso, segnatamente come partecipazione del potere per garantire la migliore attuazione dei fini comuni, e come influenza sulla distribuzione delle attività nei vari piani territoriali di amministrazione e sulla relativa esplicazione. Infatti, la verifica degli elementi che lo caratterizzano cioè sufficienza, dimensione ed effetti, è più facile nell'ambito amministrativo rispetto a quello legislativo. Vanno ancora segnalati (in quanto presenti nel Trattato istitutivo), l'art. 253 che prevede l'obbligo di motivazione ed in via indiretta, di pubblicità degli atti comunitari; gli articoli 262 e 265 sull'obbligo di consultazione alla Commissione o al Consiglio di alcuni organismi di rilievo costituzionale comunitario; nonché l'art. 74 n. 1, secondo cui sussiste l'obbligo di buona conduzione dei mezzi finanziari per garantire l'efficacia e l'efficienza durante l'utilizzo dei fondi. Da ultimo meritano menzione l'art. 6, n. 2 e l'art. 46 del Trattato sull'Unione europea. Questi ultimi, richiamando in modo chiaro la questione del riconoscimento e delle garanzie per i diritti fondamentali¹⁴⁷, di cui si è sovente interessata la Corte di giustizia, riguardano il principio del giusto procedimento.

Esso prevede che, allorquando sia necessario definire nei confronti dei diritti dei cittadini delle limitazioni, siano imposte in modo concreto da parte dell'autorità amministrativa, sulla scorta di tutti gli elementi indispensabili, attraverso un procedimento amministrativo che consenta di esprimere le proprie motivazioni.

quadro degli interventi pubblici in economia, in AA.VV., *Aiuti di Stato tra diritto e mercato*, in *Nova Juris Interpretatio*, n. 3 del 2006, cit. p. 1,ss.

¹⁴⁵ La valutazione di compatibilità di un regime di aiuti di stato osserva il Tribunale di I grado Cee, Sez. V, 34 maggio 2007, n. 357, in *Guida al diritto*, 2007, p. 86 – non può essere effettuata in base a un atto normativo, entrato in vigore dopo la notifica, poiché risulterebbero violati la certezza del diritto e il principio del legittimo affidamento.

¹⁴⁶ ...solo in tal modo si costruisce e si fonda su basi costituzionali un ordinamento “inteso come insieme di valori, ai quali si corrispondono non solo vere e proprie leggi, ma anche una serie di principi generali orientati alla tutela dei diritti, di tutti i diritti; e tali principi hanno, per un verso, una base costituzionale, ma per altro verso una notevole forza espansiva, in modo tale da assicurare protezione a tutti i diritti, specie quelli della minoranza, assumendo che ciascuno di essi abbia eguale dignità”. Così F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit. p. 12-13. In senso più generale, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; C. PINELLI, *Gli interpreti della costituzione e le funzioni della teoria costituzionale*, in *Costituzione, interpretazione, garanzie e tecnica legislativa*, (a cura di A. CERRI), Quaderno monografico di *Nova Juris Interpretatio*, n. 1 del 2006, spec. p. 67.

¹⁴⁷ In argomento, S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, cit.; C. AMIRANTE, *Costituzione e costituzionalismo nel nuovo contesto europeo*, cit..

Con riferimento alle normative settoriali a carattere ordinario, vi è da sottolineare la molteplicità di regolamenti volti a disciplinare procedimenti amministrativi (e che richiamano i principi di cui si è argomentato). Essi riguardano specifiche materie e non determinano una disciplina generale, sì da ritenere che il diritto comunitario si caratterizzi “per punti” e non formi una “rete fitta”¹⁴⁸. Va menzionato, poi, il regolamento n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 relativo all’applicazione delle regole di concorrenza negli articoli 81 e 82 del Trattato: vengono qui affermati i principi di proporzionalità¹⁴⁹, del diritto di difesa¹⁵⁰ e di pubblicità¹⁵¹. Il regolamento n. 1049/2001 del 30 maggio 2001, a sua volta, riguarda l’accesso del pubblico ai documenti amministrativi del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, per cui è applicabile il principio di accesso alla documentazione amministrativa. Sono inoltre da evidenziare la disciplina sul marchio comunitario, prevista dal regolamento n. 40/94 del 20 dicembre 1993, che contempla il principio della motivazione delle decisioni dell’Ufficio del marchio comunitario (in base all’art. 73); quindi la disciplina sulla privativa comunitaria per ritrovati vegetali, contenuta nel regolamento n. 2100/94 del 27 luglio 1994, che sancisce il dovere di biunivoca assistenza tra amministrazione sopranazionale e amministrazioni degli stati membri, secondo il principio di leale cooperazione (art. 91); inoltre la disciplina sulle statistiche comunitarie, in virtù del regolamento n. 322/97 del 17 febbraio 1997, dove si determina che esse si orientino in base ai principi di imparzialità, affidabilità, pertinenza rapporto costi/benefici e trasparenza (art. 10). In più è da registrare una disciplina di natura amministrativa adottata dalla Commissione, definita sovente come “istruzioni di servizio”; essa contiene norme volte a conformare l’applicazione del potere discrezionale e non degli interessi dei privati.

Quanto descritto mette in luce l’insufficienza, sul piano normativo, di una disciplina ben strutturata¹⁵². Sembra pertanto possibile – allo stato dell’arte – sottolineare soltanto l’affermazione di qualche principio generale, peraltro appartenente sia ai procedimenti normativi, che a quelli amministrativi; da ciò consegue la centralità della giurisprudenza nell’elaborare principi e regole applicabili ai procedimenti amministrativi. dal momento che la disciplina dei procedimenti stessi è indirizzata al principio di atipicità. I giudici, in definitiva, propendono a definire alcuni principi comuni per una buona parte di categorie di procedimenti¹⁵³. Ora, sebbene i giudizi non determinino sui singoli casi, per lo più, regole generali per l’esercizio dell’amministrazione, le decisioni

¹⁴⁸ A. WEBER, *Il diritto amministrativo procedimentale nell’ordinamento della comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1992, p. 393; A. MASSERA, *L’amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1993, p. 683, ss.; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit., p. 1044.

¹⁴⁹ Secondo l’art. 20, n. 8 poteri della Commissione sugli accertamenti, su cui S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 1139, in special modo per l’analisi degli art.11 e 20 del regolamento n. 1 del 2003, e sulla presenza dei diversi tipi di procedimenti che ne scaturiscono. Per una recente applicazione del principio di proporzionalità in relazione al Regolamento n. 1/2003, in giurisprudenza, cfr. Corte di giustizia, Sez. IV, 11 luglio 2007, n. 170, in *Foro amm. CDS*, 2007, n. 7-8, p. 2003. Il giudice europeo osserva come il principio di proporzionalità “esige che gli atti delle istituzioni comunitarie non vadano oltre quanto idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso. Qualora si presenti una scelta tra misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva di modo che gli oneri imposti non siano sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti. Il controllo della proporzionalità di una misura è un controllo oggettivo, poiché l’idoneità e la necessità della decisione impugnata devono essere valutate rispetto allo scopo perseguito dall’istituzione. Lo scopo delle decisioni adottate in applicazione dell’art. 7 del regolamento n. 1 del 2003 è quello di far cessare l’infrazione accertata; per quelle adottate in applicazione dell’art. 9 del medesimo regolamento, lo scopo è di rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nell’ambito della valutazione preliminare le quali giustificano che essa preveda l’adozione di una decisione che disponga la cessazione di un’infrazione”.

¹⁵⁰ Art. 27 audizione delle parti, dei ricorrenti, dei soggetti terzi.

¹⁵¹ Art. 30, pubblicità delle decisioni.

¹⁵² La dottrina ha più volte messo in luce la difficoltà di una catalogazione dei vari tipi di procedimenti composti, nonché delle funzioni: M. P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L’influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 55, ss.

¹⁵³ A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di S. Cassese), Milano, 2003, per una analisi dei vari tipi di procedimenti.

giurisprudenziali rappresentano, tuttavia, un orientamento che non va trascurato. Si assiste, pertanto, al risultato di un potere normativo dei giudici¹⁵⁴ esplicito per mezzo della determinazione di norme generali per l'attività dell'amministrazione, applicabili nella situazione reale. L'utilizzo continuativo di questi principi – ed il loro richiamo a norme di rango costituzionale – li qualifica come principi di diritto positivo, da rispettare da parte delle amministrazioni.

Ciò comporta che, a livello comunitario, l'attività della giurisprudenza si estrinseca come eliminazione delle insufficienze normative e realizzazione del diritto, dal momento che i principi contenuti in norme scritte, nonché quelli di origine giurisprudenziale assumono il carattere di fonte del diritto dell'UE, inserendosi nell'*acquis* comunitario, anche nel contesto del mutamento di una normazione per atti ad una normazione per risultati¹⁵⁵.

Tra l'altro, la funzione della giurisprudenza risulta incisiva soprattutto nelle materie regolate da un disciplina non troppo esaustiva (come quella del procedimento amministrativo), dal momento che acquisendo carattere prescrittivo, determina il rispetto di regole generali. Anche a causa di lacune del genere, l'esperienza concreta conduce ad un'unica soluzione: il diritto si afferma per il suo "carattere ragionevole"; i principi (viepiù di rango costituzionale) risultano i criteri guida dell'azione dell'amministrazione e del giudicare dell'interprete¹⁵⁶; la ragionevolezza "da requisito soggettivo del giurista, si sarebbe fatta requisito obiettivo del diritto"¹⁵⁷.

Segnatamente, proprio l'esame delle decisioni dei giudici comunitari consente di riconoscere l'affermazione e la sussistenza di alcuni principi generali concernenti il procedimento amministrativo¹⁵⁸. Al proposito sono da richiamare il principio della certezza del diritto¹⁵⁹ (per cui ai soggetti dell'ordinamento comunitario spetta garanzia sull'aspetto giuridico del loro operato, in modo da permettere di presumere i risultati giuridici delle proprie azioni; in secondo luogo, il principio del legittimo affidamento (volto a garantire i casi stabilizzati, in particolare davanti ad elementi di fatto per cui è motivato un ragionevole affidamento in seno ai destinatari del provvedimento; in terzo luogo, il principio di esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti e degli interessi presenti, ed anche degli aspetti di diritto (secondo cui l'amministrazione ha l'obbligo di accogliere tutti gli elementi utili per assumere la decisione, e per giudicarli in modo coerente); in quarto luogo il principio del contraddittorio (per cui gli interessati possono essere ascoltati durante il procedimento per esprimere i propri motivi e, di conseguenza, la istituzione competente possa rispondere); inoltre il principio del termine ragionevole (da valutare in base alle situazioni che presenta il singolo caso (perché non è permesso il ricorso al silenzio in seno

¹⁵⁴ In tema M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv.trim. dir pubbl.*, 1991, p. 796, ss.

¹⁵⁵ Sul punto, A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema nella Repubblica delle Autonomie, e le nuove frontiere della formazione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 699, ss.

¹⁵⁶ E' per tal motivo che, dal punto di vista dei principi costituzionali, secondo autorevole dottrina (C. PINELLI, *Gli interpreti della Costituzione e le funzioni della teoria costituzionale*, in *Costituzione, interpretazione, garanzie e tecnica legislativa*, a cura di A. CERRI, Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, n. 1 del 2006, p. 68), "i bilanciamenti consistono in un prudente soppesare e comporre i configgenti principi che costellano l'orizzonte pluralistico dello stato costituzionale"

¹⁵⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit. p. 16; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Agg. 2005*; AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, (a cura di A. CERRI), ed *ivi*, nello stesso senso, si consenta il rinvio a R. ROLLI, *Discrezionalità amministrativa e controllo di ragionevolezza*, cit.

¹⁵⁸ Cfr., tra gli altri, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di S. CASSESE), cit., spec. p. 1057; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo* (a cura di L. Mazzaroli et al.), Bologna, 2005; G. F. CARTEI, *I principi del diritto comunitario*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, (a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. GARDINI), Bologna, 2004, p. 1, ss. e 19, ss. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997;

¹⁵⁹ ... principio questo, esistente anche a livello comunitario, ma messo in crisi dai fenomeni globali, sia a causa della presenza e integrazione di altri ordinamenti, sia per la disgregazione interna allo Stato: sul punto, tra gli altri, M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. parl.*, 2003, p. 125, ss.

all'ordinamento comunitario); quindi il principio di visione degli atti endoprocedimentali (per cui i soggetti che hanno interesse circa l'adozione del provvedimento possono analizzare gli atti emersi durante la procedura ed i documenti che ne sono alla base)¹⁶⁰; a quest'ultimo si ricollega il principio di accesso ai documenti amministrativi (che non è sempre ritenuto un vero principio del procedimento, benché sia fondamentale per assicurare il contraddittorio). Inoltre, il principio di essere ascoltati (cioè il diritto di illustrare i propri motivi in una fase che preceda l'adozione del provvedimento o lo svolgimento dei propri effetti); infine il principio di precauzione¹⁶¹ (per cui l'autorità amministrativa ha l'obbligo di emettere provvedimenti tali da evitare eventuali rischi nei riguardi della sanità, la sicurezza, e l'ambiente).

Va pure evidenziata un'altra caratteristica: specificatamente, si è visto, il principio di proporzionalità proviene dall'ordinamento tedesco, mentre altri sono comuni a tutti gli stati membri (come il principio della certezza del diritto); ulteriori principi si qualificano nell'area comunitaria¹⁶², anche se a seguito di un aggiustamento di indirizzo consolidatosi in campo nazionale (si pensi al principio di accesso ai documenti amministrativi).

Questa analisi dell'evoluzione e del ruolo dei principi nel contesto del diritto amministrativo comunitario sembra condurre a valorizzare alcune concezioni assunte dalla dottrina costituzionalistica e amministrativistica degli ultimi tempi. Si vuol fare riferimento a quelle analisi che “partendo dalla crisi del positivismo giuridico e dalla inadeguatezza del modello ottocentesco di legge a sciogliere i nodi del pluralismo, hanno condotto alla valorizzazione dei principi del diritto a scapito delle semplici regole”¹⁶³. In tal modo, i principi non possono che assumere una straordinaria valenza da parte dell'interprete¹⁶⁴, conducendo il giudice ad approdare a “soluzioni miti”¹⁶⁵, tali da assommare tutte le forme possibili di composizione dei valori e di bilanciamento degli interessi in gioco.

7. Il settore delle telecomunicazioni nel quadro dei procedimenti comunitari composti

Come si osservava, la presenza di un diritto amministrativo *a più piani* si evidenzia attraverso l'analisi dei procedimenti articolati in più fasi: si verificano casi in cui sequenze procedurali si svolgono parzialmente a livello nazionale, parzialmente a livello comunitario, nonché misto.

Al proposito, emblematico è il caso delle telecomunicazioni¹⁶⁶.

Segnatamente, le direttive- al fine di un maggior accesso al mercato – hanno implementato un sistema comune di regole. All'interno delle c.d. “Direttive di prima generazione” ed in tale settore, si è manifestato un particolare intreccio procedimentale tra il livello nazionale e quello comunitario. Le regole per l'accesso al mercato delle telecomunicazioni erano dettate dal diritto comunitario,

¹⁶⁰ Su cui da ultimo, E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004.

¹⁶¹ Sul principio di precauzione, fondamentale è lo Studio di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005

¹⁶² Nel senso della codificazione dei principi del diritto amministrativo per singoli settori da parte del diritto secondario, J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella “vecchia” e nella “nuova” Unione europea*, in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.*, 2004, p. 1279.

¹⁶³ Così osserva F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit., p. 14.

¹⁶⁴ Cfr. G. ZAGREBELSSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 127, ss.

¹⁶⁵ G. ZAGREBELSSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 158, ss.

¹⁶⁶ Sul tema delle comunicazioni elettroniche si rinvia, tra gli altri, a F. MERUSI, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv.it.dir.pubbl. comunit.*, n. 6 del 2004, p. 1269, ss.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI-F.DONATI, (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Convegno della Fondazione Cesifin, Firenze, 19 aprile 2002, Torino, 2003, p. 33, ss. P. RAVAZZI, e T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nell'U.E.*, Bologna, 2003; F. SATTA, M. ZACCHEO, *Note sulla separazione della rete di Telecom Italia*, in *Giustizia amministrativa* (www.giustamm.it) 2007.

secondo una procedura composita. Alla Commissione spettava il compito di verificare e “bloccare” freni all’apertura del mercato, sulla base della esecuzione – a livello interno – di una normativa comune. Dal canto loro le direttive disponevano che sulle procedure venissero edotti gli interessati, con conseguente possibilità per le imprese di sottolineare alla Commissione stessa¹⁶⁷ quelle parti delle regole interne ostative all’accesso di nuovi soggetti. Tale fenomeno è una evidente manifestazione del disgregarsi della relazione Stato- cittadino nella dicotomia autorità – libertà, nota al diritto pubblico interno, atteso che si pongono così le premesse per relazioni multilaterali: il privato, “in accordo” con la Commissione (un potere pubblico) va a tutelare un proprio interesse nei confronti dello Stato (altro potere pubblico)

Verso la fine degli anni novanta del secolo scorso, altre direttive – sebbene secondo successioni procedimentali diversificate – disponevano una interrelazione tra la fase nazionale e la fase comunitaria dei procedimenti . Le direttive di questa prima fase hanno sostanzialmente eliminato il regime di riserva originaria, ma hanno dato vita alla “regolazione dei servizi di pubblica utilità”¹⁶⁸, la cui esecuzione è rimessa a corpi amministrativi istituiti *ex lege* a livello nazionale.

Direttive più recenti (dir.2002/21/CE istitutiva di un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, nonché dir. 2002/20/CE su autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, dir. 2002/19/CE, sull’accesso alle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate nonché all’interconnessione della stessa, dir. 2002/22/CE sul servizio universale e sui diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica)¹⁶⁹ hanno attribuito maggiori ambiti di discrezionalità alle autorità nazionali di regolazione, ponendo così le basi per una reale integrazione europea dal punto di vista del mercato. In via generale¹⁷⁰, nella materia delle telecomunicazioni è lampante la presenza di un’ attività procedimentale posta su un triplice stadio: uno nazionale (autorità interna di regolazione), uno europeo (Commissione), uno misto.

In buona sostanza, la Commissione sulla base di pareri di soggetti privati e delle autorità nazionali di regolazione, emana provvedimenti amministrativi (come ad es., le raccomandazioni). L’autorità nazionale conforma alle regole interne gli “orientamenti” indicati nelle raccomandazioni, collaborando per certi aspetti con l’Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato. Vanno poi comunicati alla Commissione e alle autorità di regolazione degli altri Stati membri tali progetti “di misura” che non si conformano al contenuto delle raccomandazioni: autorità e stati membri hanno la facoltà di proporre osservazioni alla Autorità proponente. Si è in presenza, dunque, di un contenuto misto, (quello delle Autorità di regolazione degli stati membri), nonché di uno comunitario (dato dalla Commissione) per cui consegue una “ricaduta interna”, poiché l’autorità di regolazione tenendo “nel massimo conto le osservazioni delle Autorità nazionali di regolamentazione e della Commissione”, può adottare il provvedimento. Questo intreccio di fasi produce evidenti difficoltà nell’individuare le fasi procedimentali conosciute nel nostro Paese: iniziativa, istruttoria, decisoria.

Nel campo delle telecomunicazioni, in particolare, questo intreccio di fasi (comunitarie, nazionali, trasversali tra le amministrazioni dei vari stati membri), è di tutta evidenza e dimostra non solo l’esistenza, ma lo sviluppo di un diritto amministrativo *multilivello*, conseguenza, in parte della sua

¹⁶⁷ Sul punto S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 74.

¹⁶⁸ Diffusamente si cfr. lo studio di L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim.dir. pubbl.* n. 2 del 2005, .p. 395.

¹⁶⁹ F. MERUSI, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 1269, che osserva come “già al momento della pubblicazione della Direttiva 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE (direttiva che istituiva un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica) si osservò che, almeno nelle telecomunicazioni veniva a crearsi un diritto amministrativo comune, cioè un diritto amministrativo che si applicava ad un complesso organizzativo comunitario senza l’intermediazione degli Stati”.

¹⁷⁰ Per i profili più dettagliati del fenomeno che si sta descrivendo, ancora v. L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti*, cit.

europizzazione. Si è argomentato, infatti, di sussidiarietà amministrativa, ma anche di una espansione del diritto amministrativo comunitario su quello nazionale.

E proprio i procedimenti amministrativi composti sono il frutto di tale frammentazione procedurale. Amministrazioni di paesi diversi contribuiscono a formare il contenuto di atti posti in essere da Autorità di un altro Paese. Sebbene le Autorità di regolazione cedano potere a livello interno, esse compaiono a pieno titolo sul piano sopranazionale poste al centro di un circuito decisorio che vede in gioco soggetti amministrativi diversi: da qui provvedimenti delle Autorità di regolazione nazionali scaturiscono da una ponderazione di interessi differenti e complessi presenti a livello comunitario, e “discussi” a livello di tale ordinamento. Le direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni determinano la presenza di poteri amministrativi nazionali in condivisione ora con la Commissione europea, ora con le Autorità di regolazione di altri Stati¹⁷¹. Un sistema composito crea un effetto singolare: la separazione tra legislazione ed esecuzione viene superata per cui non è inerziale che decisioni intraprese a livello comunitario debbano trovare attuazione da parte di organismi amministrativi statali.

Le attribuzioni amministrative si presentano *multilevel*; infatti “la funzione disaggregata è ripartita tra una pluralità di figure soggettive pubbliche comunitarie, nazionali e miste. Ne consegue la moltiplicazione degli organismi pubblici di regolazione dei quali imprese e utenti devono tenere conto”¹⁷². Da ciò emerge che divengono incerti i confini nazionali dal momento che si creano collegamenti tra amministrazioni di Stati diversi; ove lo stato si disaggrega, le amministrazioni regolatorie influenzano il processo di integrazione comunitaria.

8. Giustizia amministrativa e diritto comunitario nei più recenti sviluppi

Le reciproche interferenze tra l’ordinamento europeo e quello comunitario, non si arrestano al diritto sostanziale, ma si estendono al diritto processuale amministrativo che, pertanto, ne risulta fortemente influenzato.

Gli studi sul diritto europeo in rapporto al processo amministrativo dimostrano che anche in questo settore è presente una sorta di esportazione di istituti giuridici, al fine della effettività della tutela quale principio generale del diritto comunitario¹⁷³.

Il processo amministrativo conosce oggi nuove forme di tutela derivanti dal diritto comunitario: la ricca elaborazione giurisprudenziale comunitaria dimostra altresì che la certezza di una tutela effettiva non è solo un mito, ma diventa realtà. Ne sono testimonianza tutte le decisioni della Corte di giustizia che sanciscono, appunto, la necessità di una tutela effettiva, la soddisfazione della certezza giuridica, in modo tale che i singoli vedano corrisposta quell’esigenza di certezza giuridica e traggano vantaggio da una situazione chiara e precisa che consenta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali¹⁷⁴.

Indubbiamente - come si è notato - l’estensione della normativa comunitaria (si pensi al settore della concorrenza), l’ampliamento del concetto di pubblica amministrazione, (ad esempio attraverso l’introduzione di soggetti quali l’organismo di diritto pubblico e l’impresa pubblica), pone delicati problemi sul piano del diritto processuale: in qualche misura questi cambiamenti si riversano sul processo.

¹⁷¹ L’istituzione di diversi sistemi di regolazione (anche transnazionale) “o di cooperazione fra regolatori da parte di Stati, organizzazioni internazionali, funzionari amministrativi nazionali, imprese multinazionali e organizzazioni non governative, con l’effetto di produrre un’ampia varietà di sistemi regolatori globali”, è, secondo la dottrina, dimostrazione della presenza di un diritto amministrativo globale. Per queste considerazioni, R. B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv.tri.dir pubbl.*, cit., p. 635.

¹⁷² Cfr. L. SALTARI, *ult. op. cit.*, p. 414.

¹⁷³ Di recente sul tema, nella vasta letteratura, si vedano M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo, Relazione al II° seminario franco-italiano di diritto amministrativo*, Parigi, 12 e 13 ottobre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it; F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Agg, 2002; R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l’influenza comunitaria)*, in M. P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit.; R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, IV ed., Milano, 2008; E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008; per alcuni aspetti del processo amministrativo e sulle reciproche influenze della giurisprudenza e della normazione comunitaria, rinvio anche a R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell’atto amministrativo. Tra ordinamento interno e diritto comunitario*, II° ed. Roma, 2005.

¹⁷⁴ Si vedano le conclusioni dell’Avv. Generale Sharpston, C-241/06.

Si afferma in dottrina – come già accennato- l’idea di “una giurisprudenza che operi per principi e non più solo per regole”; essa è tuttavia “destinata a confrontarsi con alcuni interrogativi di fondo ineludibili. Il primo riguarda il valore della certezza del diritto e l’effettività dell’ordinamento sostanziale”.

Vi è, in generale, la difficoltà di ricavare dal sistema del diritto (anche e soprattutto da quello comunitario) regole fisse, “insensibili alle variazioni e al multiforme apparire degli interessi, altro conto è subire tutte le conseguenze negative che dall’incertezza possono derivare, soprattutto in un’epoca come quella odierna, nella quale la competizione tra ordinamenti è uno dei tratti più marcati dei processi di globalizzazione¹⁷⁵. La prevedibilità della decisione e la stabilità delle regole sono infatti precondizioni, di cui la certezza non può fare a meno con facilità”¹⁷⁶.

La Corte di giustizia, ispirandosi alla sua giurisprudenza, sovente, richiama i principi di equivalenza ed effettività, all’interno del sistema di tutela giurisdizionale. E così con la recentissima decisione del 13 marzo 2007 n. 432¹⁷⁷ ha ribadito come “le modalità procedurali volte a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano i ricorsi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Spetta ai giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario”.

Come è noto, l’ordinamento comunitario non riconosce la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi; pertanto sono a esso sconosciute le varie forme di tutela che l’ordinamento italiano appresta. Il principio del primato del diritto comunitario su quello interno determina poi, una ulteriore conseguenza sotto il profilo che ci interessa: le posizioni giuridiche soggettive create e protette da fonti europee non possono “sottostare” ad un vuoto di tutela sul piano qualitativo “una volta introdotte nell’ordinamento giuridico nazionale e riqualficate in modo particolare da parte del singolo ordinamento. Ne deriva che l’operazione di riqualficazione, tipicamente italiana, delle posizioni soggettive di derivazione comunitaria correlate all’azione autoritativa dei pubblici poteri in termini di interessi legittimi non può tradursi in un abbassamento del livello di tutela al di sotto dello standard di effettività che è preteso dall’ordinamento europeo”¹⁷⁸.

Spostando l’attenzione a livello di ordinamento interno, il giudice amministrativo è divenuto giudice dell’economia italiana: ebbene, proprio l’economia risulta largamente influenzata dal diritto comunitario; lo stesso giudice amministrativo non può quindi esimersi dal valutare con estrema attenzione le discipline comunitarie e l’impatto che esse hanno nel nostro ordinamento. Alla fase interpretativa che pervade l’intera costruzione del diritto comunitario, si affianca un sistema di giustizia europea *bidirezionale*, sul versante comunitario e sul versante nazionale: gli atti legislativi e gli atti amministrativi sono soggetti al controllo giurisdizionale; gli atti comunitari devono essere conformi ai Trattati, mentre gli atti degli stati membri sono sottoposti ad un controllo di conformità con il diritto comunitario. Questo meccanismo trova linfa, naturalmente nell’azione dei giudici nazionali, quali diretti *interlocutori* della Corte di Giustizia: per un verso i giudici interni applicano il diritto europeo e i relativi principi; per l’altro, gli stessi giudici nazionali favoriscono la partecipazione di individui, imprese, gruppi, quali attori dello *spazio comunitario*.

Quanto argomentato trova immediato riscontro nella nuova struttura della tutela cautelare nel giudizio amministrativo. È noto che la legge di riforma della giustizia amministrativa (l. 205 del 2000) ha rafforzato le forme di cautela provvisoria azionabili dinanzi al giudice amministrativo, in modo tale che questi, nei casi di estrema gravità ed urgenza, possa concedere una provvisoria anticipazione di tale cautela con decreto presidenziale, *inaudita altera parte*, nelle more della prima

¹⁷⁵ In dottrina, su questi processi M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; C. AMIRANTE (a cura di) *Diritto pubblico*, Torino, 2007, *passim*.

¹⁷⁶ In tal senso, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e processo*, cit., p. 17.

¹⁷⁷ In *Foro amm.*, 2007, n. 3 p. 726

¹⁷⁸ Così F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 19.

Camera di Consiglio¹⁷⁹. Si è confermato, comunque, il carattere interinale di tale azione diversamente da quanto è previsto nel codice di procedura civile (art. 700 c.p.c). Ebbene, sul punto è intervenuta efficacemente la Corte di giustizia con la decisione del 29 aprile 2004¹⁸⁰: nel settore degli appalti pubblici, la Corte ha statuito che contrasta con i principi comunitari di effettività della tutela, nonché con l'art. 2, comma 1 lett. a, della c.d. direttiva ricorsi, un sistema di giustizia amministrativa che non consente una tutela cautelare d'urgenza piena ed autonoma dalla proposizione di un'azione di merito.

Il nostro ordinamento riconosce questi principi introdotti per via pretoria dalla Corte di giustizia (così come è accaduto più volte nel riconoscimento dei diritti fondamentali) e si introduce di recente, nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs n. 163 del 2006), all'art. 245, la possibilità ad operatori economici, che lamentino una ingiusta applicazione delle disposizioni nella materia *de qua*, di azionare una tutela cautelare autonoma dal ricorso principale.

Segnatamente, il citato art. 245 prevede l'obbligo della previa notifica all'autore del provvedimento che si impugna e ad almeno uno dei contro interessati. Inoltre, ove possibile, essi devono essere sentiti e si stabilisce la provvisorietà della misura cautelare concessa che "perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione", prevedendo che alla relativa scadenza "restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'art. 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034". L'urgenza prevista dall'art. 245 deve essere "tale da non consentire" il ricorso ai mezzi di tutela contemplati dalla l.tar. Si stabilisce espressamente che l'istanza venga proposta al Presidente del TAR "competente per il merito" e che "le questioni di competenza...sono rilevabili d'ufficio". Inoltre, sempre in ossequio ai richiamati principi comunitari, l'art. 246 del Codice dei contratti pubblici considera uno speciale regime per le controversie in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi (grandi opere): si statuisce che "in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure".

Elementi di armonizzazione del processo amministrativo con il diritto europeo si ricollegano agli sviluppi della colpa della pubblica amministrazione: profilo su cui il diritto comunitario ha fortemente influito. Come è noto, nel diritto interno, dopo la storica sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999 (che ha esteso la tutela risarcitoria anche agli interessi legittimi), ribaltata la regola della colpa in *re ipsa* nella adozione di atti illegittimi, si è preferito il principio della necessaria verifica della colpa dell'amministrazione apparato, concepita come inosservanza delle "regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Ebbene, la giurisprudenza europea, in questo contesto farà da riferimento anche per i profili in merito alla determinazione della misura del risarcimento, che deve essere adeguato al danno subito e non può evidentemente non tener conto anche del lucro cessante. La giurisprudenza comunitaria più recente ha curato i profili dei limiti della responsabilità dello Stato per errori commessi dai propri giudici: con la decisione del 13 giugno 2006¹⁸¹ la Corte di giustizia ha sancito la incompatibilità comunitaria della disciplina italiana che, nel regolare la responsabilità dello stato per danni derivanti da errori del giudice di ultimo grado, "per un verso escludeva tale responsabilità in relazione all'interpretazione delle norme di diritto e valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito della attività giudiziaria e per l'altro la limitava ai soli casi di danno o colpa grave del

¹⁷⁹ Art. 21, comma 9 l. 1034 del 1971, come modificato dalla l. n. 205 del 2000.

¹⁸⁰ Corte di Giustizia, ord. Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 202, in *Foro amm.*, CDS, 2004, p. 1000, con nota di P. LAZZARA; in dottrina, cfr. M. A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Quaderni de *Il Foro amm.* – TAR, 2005.

¹⁸¹ Sulla base della precedente sentenza Kobler del 30 settembre 2003, in C- 224/01.

giudice”¹⁸². La Corte di Giustizia ha quindi affermato che “considerate le specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto, la responsabilità dello Stato, in un caso del genere, non è mai illimitata. Come la corte ha affermato, tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l’organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve, a tal riguardo, tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell’errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un’istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell’organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 234, terzo comma CE”¹⁸³.

Un ulteriore aspetto interessante sui profili relativi alla giustizia amministrativa, riguarda la responsabilità per eccessiva durata del processo, quale declinazione del principio del giusto processo (art. 6 par. 1 CEDU)¹⁸⁴. Sebbene in un primo momento tale tutela sia rimasta solo proclamata ma mai realmente effettiva, sia dopo il noto caso Scordino c° Italia del 23 marzo 2003, sia da ultimo con le decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26 gennaio 2004¹⁸⁵, si è tenuto conto dei principi sanciti dalla Corte di Strasburgo, alla quale spetta assegnare l’effettivo significato delle norme della CEDU. In tal modo, dal momento che il fatto costitutivo del diritto all’equa riparazione del danno previsto anche nel nostro ordinamento (l. n. 89 del 2001), è individuato *per relationem* in riferimento all’art. 6 par. 1 CEDU, ne consegue che gli organi giurisdizionali interni devono rispettare i criteri di individuazione degli elementi costitutivi del fatto giuridico che, secondo il giudice europeo, integra la violazione di tale disposizione e, soprattutto, il mancato rispetto di tale interpretazione si sostanzia in una violazione della stessa norma giuridica di riferimento e, come tale, integra una violazione di legge censurabile in sede di giudizio per Cassazione.

9. Diritto amministrativo e diritto comunitario: tendenze all’uniformità della *multilevel governance*

Il diritto comunitario, oltre a dettare regole comuni per la disciplina di alcuni settori, incide in generale sull’amministrazione e sulle autorità nazionali deputate ad applicare una comune disciplina. Si introducono, soprattutto attraverso alcuni regolamenti comunitari, sistemi a rete quali strumenti essenziali per l’ingresso e per l’applicazione di ciò che prevede un regolamento comunitario. Un esempio piuttosto recente è costituito dal regolamento n. 1/2003 che ha stabilito una collaborazione diretta tra la Commissione europea e le diverse autorità nazionali sulla concorrenza: si instaura un insieme di rapporti, dunque, nella rete. Nello *spazio giuridico comunitario* esiste un settore della disciplina dell’attività amministrativa che è posta da direttive e regolamenti comunitari: l’attività amministrativa ne risulta vincolata, talvolta fortemente condizionata.

Le regole comuni dei diritti amministrativi nazionali sono prodotte, alcune, dalle stesse fonti comunitarie, altre dalla elaborazione della giurisprudenza comunitaria: nell’uno e nell’altro caso esse prevalgono sui diritti interni. Anche da questo punto di vista si sviluppa il fenomeno dell’integrazione comunitaria che sembra assumere caratteri *multilivello*; subentra poi una sorta di “amministrativizzazione” dei diritti interni, che trova nel principio della prevalenza del diritto comunitario su quello interno un fattore *conformativo*.

Il complesso delle norme comunitarie, per quanto, ancora, prevalentemente settoriale e sovente a carattere molto specialistico, costituisce un ordinamento armonico e organico, in virtù del supporto

¹⁸² In dottrina, ancora cfr., M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit.

¹⁸³ Il richiamo è alla sentenza Kobler, cit., punti 53-55.

¹⁸⁴ In merito, di recente, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2007.

¹⁸⁵ Decisioni nn. 1338, 1339, 1340, 1341 del 2004.

di alcuni principi generali che conferiscono unitarietà e coerenza al sistema. Sicché viene a configurarsi un ordinamento giuridico dotato di congruenza e autonomia. Si tratta di principi *originari* che si differenziano da quelli dell'ordinamento internazionale e dagli ordinamenti nazionali; inoltre, nella fase di applicazione su fattispecie comunitarie, si caratterizzano in modo specifico ed univoco. Tali principi sono in prevalenza, si diceva, dello studio giurisprudenziale della Corte di giustizia e vengono ristrutturati in base alle necessità dell'ordinamento comunitario, rappresentando, in sostanza, un fondamento del diritto comunitario.

Con riferimento alla loro posizione nel sistema delle fonti del diritto comunitario, i principi qualificati come fondamentali, può dirsi, si collocano alla sommità degli atti normativi.

Ed invero, essi sono applicati non solo dalle istituzioni, ma anche dagli stati membri, ove questi ultimi operino nell'ambito comunitario, nelle forme della collaborazione, della coamministrazione; si pongono pure come parametro per i giudizi di legittimità degli atti normativi di diritto derivato.

I principi generali, (richiamati nell'art. 288 Trattato CE) che prevede il ricorso ai principi comuni degli stati membri al fine di determinare le norme della responsabilità extracontrattuale della Comunità; tuttavia la Corte ha fatto applicazione dei suddetti principi anche in altri, e più ampi, ambiti.

I principi di diritto che la Corte di giustizia assume a livello di principi generali dell'ordinamento comunitario sembrano costituire elementi fondamentali di integrazione degli ordinamenti statali. Infatti essi rappresentano, da un lato, la indispensabile unitarietà di base del sistema integrato ove siano realmente comuni; dall'altro, ove siano specifici soltanto di alcuni ordinamenti, hanno la possibilità di diffondersi gradualmente presso gli ordinamenti in cui non sono 'correttamente' riconosciuti attraverso la *mediazione* dei giudici europei.

Volendo, in estrema sintesi, classificare i principi che hanno una diretta incidenza per il diritto amministrativo, occorre ricordare, in primo luogo, i *principi generali di diritto relativi a ogni sistema giuridico*. Sono i principi comuni tratti dagli ordinamenti degli stati membri ed accolti nell'ordinamento comunitario sui quali si fonda la base giuridica dell'ordinamento integrato (ad esempio la certezza del diritto, il legittimo affidamento, la buona fede, la forza maggiore, l'equità, il principio di legalità, il rispetto dei diritti della difesa, ecc.). Essi sono scelti in dipendenza dalla loro consonanza con l'ordinamento comunitario, al fine di indirizzare il giudice europeo nell'interpretare il diritto comunitario scritto, eppure sopperire alle sue carenze e garantire la congruenza del sistema comunitario con gli ordinamenti nazionali. La Corte di giustizia ha utilizzato un ampio criterio nella loro rilevazione (purché non siano in evidente contrapposizione con il diritto di alcuni stati membri); ha richiamato, in via generale, gli ordinamenti degli stati membri; oppure ha evidenziato la presenza di criteri fondamentali comuni, per quanto sussistessero rilevanti diversità negli ordinamenti nazionali contribuendo, così, da una autonoma definizione degli stessi.

In secondo luogo, vanno evidenziati i *principi generali propri del diritto comunitario* che riguardano strettamente questo ordinamento. Essi sono tratti in modo diretto dal sistema dei testi scritti, oppure dedotti dalla composizione e finalità dell'organizzazione (si pensi alla leale cooperazione, alla preferenza comunitaria, all'equilibrio istituzionale, all'effetto utile, alla proporzionalità, alla sussidiarietà, alla non discriminazione ecc.). Tali principi, in funzione della loro particolarità, connesse alle caratteristiche dell'Unione europea, da un lato, devono essere rispettati anche dagli organi nazionali; dall'altro, ne limitano la loro azione nell'applicazione di norme comunitarie.

In terzo luogo, vanno ricordati i *principi relativi alla protezione dei diritti fondamentali*.

L'ampliamento delle funzioni e dei compiti comunitari non ha lasciato indifferente la necessità di una protezione dei diritti fondamentali dell'uomo; invero le Corti costituzionali (si ricordano, nella giurisprudenza nazionale Corte Cost., sent. n. 168 del 1991, e, per la giurisprudenza tedesca, l'ord. del 29 maggio 1974, *Solange*,) hanno colmato il vuoto relativo al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali, ignorati dai trattati originari (probabilmente dato il carattere eminentemente economico della Comunità e l'esistenza del Consiglio d'Europa – organizzazione sorta successivamente e autonomamente dalle Comunità Europee – dedicato proprio alla salvaguardia dei

diritti dell'uomo. In questo caso particolare, il ruolo della Corte di giustizia è stato fondamentale in una serie di importanti pronunce con le quali si è riconosciuta la tutela dei diritti fondamentali tra gli obiettivi dell'Unione; ciò, come si diceva, anche per rispondere alle richieste che provenivano dalle corti costituzionali nazionali, *in primis* quella italiana e tedesca.

Argomentare di diritto amministrativo comunitario con caratteri *multilivello* lascia agevolmente intendere, per alcuni versi, una esigenza di unificazione dei diritti amministrativi nazionali: una auspicabile *tendenza all'uniformità* sempre più ampia e, quindi, anche se ancora *virtuale*, una tendenza al rispetto della eguaglianza formale, se non sostanziale.

Non vi è dubbio che resterà in vita una serie di dissonanze tra i due sistemi giuridici (quello interno e quello comunitario): questo è solo uno degli aspetti *dinamici* del diritto amministrativo europeo che è accompagnato da una tensione verso fini comunitari.

Una volta abbandonata la matrice statale del diritto amministrativo, il punto di intersezione più importante di questo processo integrativo, tra regole e principi, non può che essere il riconoscimento del più alto *standard* di tutela delle posizioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli.

Va a tal punto osservato come le conquiste del costituzionalismo del secondo dopoguerra siano, tuttavia, messe in discussione dalla globalizzazione; autorevole dottrina sostiene, inoltre, che "i fenomeni globali determinano una diversa concezione di tempo e spazio"¹⁸⁶. Tra l'altro, vengono pure ritenute superate le regole statali del diritto pubblico dell'economia; si è costretti ad una rilettura degli stessi elementi costitutivi dello stato, tra cui quello della sovranità se si considera la stretta connessione tra quest'ultima e l'individuazione ed utilizzazione di determinate regole economiche. Le trasformazioni del diritto amministrativo, i suoi caratteri *plurilivello*, e comunque oltre lo stato, impongono sempre più lo spostamento dell'asse di governo dei processi economici verso traguardi sovranazionali, se non mondiali, con una flessione del concetto *immarcescibile* di democrazia.

La priorità delle regole del mercato fa mutare, in ultima analisi, il concetto stesso di democrazia; mutano anche i principi, i diritti e gli interessi costituzionalmente protetti che esso sottintende nella visione del costituzionalismo italiano del secondo dopoguerra.

Ed invero, all'integrazione amministrativa *multilivello* ed alla problematicità per le interferenze normative così come sviluppatasi, non corrisponde, sempre, una adeguata tutela dei soggetti dinanzi allo svolgimento dell'attività amministrativa, che sia procedimentale, composita: la dispersione dei centri decisionali, la disomogeneità dei ruoli, l'intersezione delle funzioni su livelli diversi, i rapporti di collegamento e complementarietà tra le amministrazioni, non favoriscono di certo la giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive. Sotto tale profilo, l'ordinamento giuridico comunitario guardato nel suo complesso (eccetto alcuni ordinamenti di stato costituzionale e sociale che ne compongono lo spazio) necessita, ancora, di aggiustamenti: in attesa di soluzioni normative quali correttivi di tali squilibri, solo l'intervento del giudice comunitario può, caso per caso, dare risposta.

In più, la crisi della rappresentanza politica e l'affermarsi di un governo degli esperti orientato al primato del mercato all'insegna dei principi dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, pone questioni di non facile risoluzione. La *multilevel governance* - quale conseguenza della globalizzazione economica e istituzionale e integrazione continentale sui sistemi giuridici - induce a riflettere sulla inattuabile sostituzione del concetto di governo (e di forma di governo) con quello di *governance*, debole, evanescente, di più recente conio.

¹⁸⁶ Così N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 629; *Id.*, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001;

