

Università degli Studi di Salerno
Facoltà di Scienze Politiche

Corso di Laurea Specialistica in
Scienza dell'Amministrazione e dell'Organizzazione

Diritto Amministrativo Europeo
A.A. 2007 – 2008

Riassunto dal testo

Diritto Amministrativo Europeo

Prof. De Lucia

Studente: Aniello Spina – 1220300118

1. LA COMUNITÀ EUROPEA COME ORDINAMENTO GIURIDICO

È da tempo recepito in giurisprudenza e dottrina l'assunto per cui la Comunità sia un ordinamento giuridico, intendendo per tale *"un insieme organizzato e strutturato di norme giuridiche provvisto di fonti proprie, di organi e procedure idonee a emetterle, interpretarle, farne constatare e, se del caso, sanzionarne le violazioni"*.

L'ordinamento giuridico comunitario è retto da una serie di principi contenuti nei Trattati, ai quali se ne sono aggiunti altri il cui sviluppo coerente è opera della Corte di giustizia che ha assunto un ruolo sostanzialmente creativo tramite una serie di peculiari tecniche interpretative. Oltre che a presiedere all'assetto comunitario, i principi regolano i rapporti con i sistemi giuridici degli Stati membri e, soprattutto, sono alla base dei diritti conferiti direttamente ai singoli.

È stata la Corte di giustizia che ha elaborato la tesi della Comunità come distinto ordinamento giuridico: secondo una sentenza guida (*Van Gena & Loos*, 5.2.1963, causa 26/62) *"la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati ai loro poteri sovrani; ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini"*. Di poco successiva è un'altra sentenza celebre della Corte (*Costa*, 15.7.1964, causa 6/64), con cui venne sviluppata la tesi dell'originalità dell'ordinamento comunitario: *"a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare"*.

L'ordinamento comunitario è da considerarsi un ordinamento di nuovo genere con caratteristiche autonome nei rispetti sia dell'ordinamento internazionale che di quello degli Stati. Questi ultimi hanno trasferito alla Comunità una parte della propria sovranità, inizialmente in campi circoscritti e di seguito in settori sempre più ampi; gli Stati membri, inoltre, non possono più esercitare i loro poteri nei settori trasferiti, se non nei limiti ed alle condizioni previste dal diritto comunitario, e si devono astenere

da qualsiasi iniziativa che possa compromettere lo sviluppo della Comunità.

In tale contesto sono tre i principi caratterizzanti l'ordinamento comunitario che rilevano ai nostri fini: **la preminenza del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale; la diretta applicabilità di una parte degli atti comunitari; l'efficacia diretta, ancora di una parte degli atti comunitari.** I primi due principi attengono ai rapporti tra le fonti dell'ordinamento comunitario e degli ordinamenti nazionali, fondando il sistema unitario o monistico, cui si riferisce costantemente la Corte di giustizia. Il principio dell'efficacia diretta, invece, attiene alla qualità che hanno certi atti comunitari di fondare direttamente situazione giuridiche soggettive di vantaggio che gli interessati possono far valere davanti ai giudici nazionali o comunitari, a seconda del caso. Per quanto chiaramente distinti in linea teorica, i tre principi sono in concreto molto meno distinguibili, anche perché rappresentano l'espressione di una medesima posizione del diritto comunitario nei rispetti dei diritti nazionali e delle posizioni dei singoli.

2. LA PREMINENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SUL DIRITTO NAZIONALE

Per quanto riguarda il rapporto con gli ordinamenti nazionali, il diritto comunitario si impone al diritto degli Stati membri, secondo il criterio detto della preminenza del diritto comunitario sulle disposizioni nazionali eventualmente contrarie. Il principio è stato posto in termini chiarissimi nella più volte citata sentenza *Costa* del 15.7.1964, e successivamente ribadito senza eccezioni. La preminenza del diritto comunitario rappresenta uno dei caratteri genetici del sistema comunitario: il diritto comunitario è interpenetrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri e rappresenta per essi un imperativo incondizionato.

Il diritto comunitario implica in particolare che non vi possano essere iniziative degli Stati membri capaci di attentare alla piena efficacia delle disposizioni comunitarie. Tale principio risulta anche dal collegamento individuato dalla Corte tra "preminenza" e "diretta applicabilità" del diritto comunitario.

La conseguenza giuridica maggiore è che il diritto comunitario prevale sulle norme interne che siano in contrasto con esso, vuoi anteriori che posteriori.

In caso di norme nazionali anteriori, l'applicazione del principio di supremazia non è particolarmente innovativa anche sulla sola base del criterio della successione di leggi nel tempo tipico degli ordinamenti nazionali. Per l'Italia il principio è formalizzato all'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al codice civile; ma, come detto, lo stesso principio è proprio di tutti i Paesi dell'Unione europea.

Nuovo e diverso è il caso della non applicazione di norme nazionali successive alla disciplina comunitaria, che allude al criterio della competenza nella produzione delle fonti del diritto, ed in particolare all'attribuzione alla Comunità di una competenza primaria in determinati settori, ove di conseguenza gli Stati membri hanno una formale limitazione di sovranità, tra cui un potere normativo esercitabile solo secondo i limiti del diritto comunitario e nel rispetto dei suoi caratteri.

Il principio è stato considerato dalla Corte di giustizia come inerente al diritto comunitario: "scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità" (sentenza *Costa*, cit.).

In effetti, assumendo per proprio il punto di partenza della Corte di giustizia tutti gli svolgimenti giurisprudenziali che si sono determinati risultano coerenti con il principio di supremazia ed il carattere monistico del sistema complessivo. È sul piano nazionale, invece, che non trova ancora una convincente spiegazione il criterio della disapplicazione delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario.

3. LA DIRETTA APPLICABILITÀ DELLE NORME COMUNITARIE

Passando alla diretta applicabilità, si tratta di una nozione che ha un espresso fondamento nel Trattato CE. All'art. 249 [ex art. 189], infatti, si prevede che "*il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri*".

Su tale base, è stato chiarito dalla giurisprudenza che gli atti direttamente applicabili non necessitano di alcun ulteriore atto degli Stati per assumere vigenza negli ordinamenti nazionali e, a condizione di avere diretta efficacia, possono essere

fatti valere da chi ne abbia interesse. In particolare, l'entrata in vigore del regolamento e la sua applicazione nei confronti dei soggetti interessati non abbisogna di alcun tipo di ricezione nel diritto nazionale. Anzi gli Stati membri sono tenuti, in forza degli impegni da essi assunti con la ratifica del Trattato, a non ostacolare la diretta applicabilità dei regolamenti e delle altre norme comunitarie, che è condizione essenziale per la loro applicazione simultanea ed uniforme nell'intera Comunità. Gli Stati membri devono altresì astenersi dall'adottare provvedimenti atti a sminuire la competenza della Corte a pronunciarsi su qualsiasi questione di interpretazione del diritto comunitario o di validità degli atti emanati dalle istituzioni.

La nostra Corte costituzionale ha per la sua parte sempre garantito questi principi, contribuendo a bloccare una iniziale prassi di riprendere il contenuto sostanziale di regolamenti comunitari con norme legislative nazionali dello stesso tenore.

Così intesa, la diretta applicabilità può essere ben distinta dalla efficacia diretta, malgrado le frequenti commistioni anche nella stessa giurisprudenza comunitaria. La nozione di diretta applicabilità rileva infatti, da un lato, nei rapporti tra il legislatore comunitario ed il legislatore nazionale, quale criterio ordinario delle fonti; dall'altro, quale criterio di disciplina dei rapporti tra individui, avendo valore *erga omnes*.

Le due caratteristiche in esame delle norme comunitarie non sempre si accompagnano: mentre tutti gli atti direttamente applicabili hanno di norma anche il carattere della efficacia diretta, non è vero il contrario; come dimostra il caso delle direttive.

I giudici nazionali si riferiscono ormai costantemente al carattere di diretta applicabilità dei regolamenti comunitari per interpretarli ed applicarli nei casi loro sottoposti. Ove non vi siano dubbi sulla loro interpretazione, circostanza che impone di utilizzare la procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, i giudici nazionali usano di conseguenza i regolamenti comunitari come diretta disciplina del caso.

4. L'EFFICACIA DIRETTA DELLE NORME COMUNITARIE

L'efficacia diretta (o effetto diretto), invece, evidenzia la capacità di alcuni atti

comunitari di fondare direttamente situazioni giuridiche soggettive dei singoli che i giudici nazionali devono tutelare. Lo sviluppo del principio dell'efficacia diretta è principalmente dovuto all'esigenza di garantire pienamente le situazioni giuridiche soggettive scaturenti dal diritto comunitario. Ma riconoscendo ai singoli talune situazioni giuridiche direttamente tutelabili davanti ai giudici nazionali, si affianca un nuovo strumento di integrazione agli strumenti di controllo sull'applicazione del diritto comunitario.

Di regola, il principio consente di compensare le mancanze degli Stati membri, ma può rilevare anche nei confronti delle carenze delle istituzioni comunitarie, come vari casi giurisprudenziali hanno evidenziato.

Come è stato ben sintetizzato dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Simmenthal* (sentenza 9.3.1978, cit.), i principi ora esaminati comportano che:

a) le norme comunitarie esplicano la pienezza dei loro effetti in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, e sono pienamente e uniformemente applicate per tutto il tempo della loro vigenza;

b) dette norme sono fonte immediata di diritti ed obblighi per tutti coloro che esse riguardano, Stati membri e singoli;

c) i giudici hanno il compito di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario;

d) sono inapplicabili le disposizioni nazionali preesistenti in contrasto con gli atti comunitari;

e) è impedita la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, ove incompatibili con le norme comunitarie.

A parte le disposizioni dei Trattati, normalmente gli atti comunitari che sono direttamente applicabili hanno anche il carattere della diretta efficacia. Ciò vale per i regolamenti, del tutto simili alle normali fonti nazionali, e ben definiti all'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE in modo da far concludere alla Corte di giustizia che il regolamento "*in ragione della sua stessa natura e della sua funzione nell'ambito delle fonti del diritto comunitario, ha efficacia diretta ed è perciò atto ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici devono tutelare*". Peraltro, sono frequenti i regolamenti comunitari che rimandano ad atti nazionali di attuazione e completamento, e che pertanto assumono

efficacia diretta al verificarsi di tali situazioni, dai regolamenti stessi previste come condizioni.

Anche le decisioni hanno efficacia diretta, senza che vi sia in principio differenza tra le decisioni che hanno per destinatari i singoli e quelle che si rivolgono agli Stati. Nel secondo caso, infatti, valgono le considerazioni già esaminate per le disposizioni del Trattato, e la giurisprudenza comunitaria ha correttamente stabilito che sarebbe incompatibile con la forza obbligatoria conferita alle decisioni dall'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE negare ai singoli di far valere i diritti che loro conseguono dalla decisione, pur formalmente indirizzata ad uno Stato: *"Gli effetti di una decisione possono non essere identici a quelli di una disposizione contenuta in un regolamento, ma tale differenza non esclude che il risultato finale, consistente nel diritto del singolo di far valere in giudizio l'efficacia dell'atto, sia lo stesso nei due casi"* (sentenza *Grad*, 6.10.1970, causa 9/70).

Ma lo stesso criterio vale anche per le direttive quando le disposizioni di una direttiva risultino, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise. Una norma comunitaria è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione; né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri. E poi sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice, allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci.

Rispetto ai regolamenti, la cui efficacia ha rilievo sia verticale che orizzontale, ovvero tanto nei rapporti tra i singoli e le pubbliche autorità quanto nei rapporti tra i singoli, le direttive si differenziano secondo la Corte di giustizia per l'efficacia solo di tipo verticale e possono essere fatte valere solo nei confronti dello Stato, da intendersi in senso molto più ampio di Stato-persona (sentenze *Marshall*, 26.2.1986, causa 152/84; *Foster*, 12.7.1990, causa C-188/89 e di recente *Kampelmann*, 4.12.1997, cause C-253, 258/96). Sulla loro base, quindi non si possono creare di per sé obblighi a carico di un singolo, né la direttiva può essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso, persona fisica o giuridica.

Il carattere della diretta applicabilità è stato riconosciuto dalla giurisprudenza nazionale anche alle cd. statuizioni interpretative della Corte di giustizia, ovvero alla normativa comunitaria nella interpretazione datane da quest'ultima. Emblematica è la

posizione della nostra Corte costituzionale che, dopo aver accettato (sent. n. 170/1984) che il criterio della diretta applicabilità porta alla prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale eventualmente con esso contrastante, ha affermato che il principio vale non soltanto per i regolamenti comunitari, ma anche per le statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia. Con una prima sentenza (n. 113/1985) si è fatto riferimento alle statuizioni interpretative della Corte pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 [ex art. 177] Tr. CE. Successivamente, con la sentenza n. 389/1989 analoga efficacia è stata riconosciuta anche alle norme comunitarie come interpretate dalla Corte in sede contenziosa ai sensi dell'art. 226 [ex art. 169] Tr. CE. Ed infine, con sentenza n. 168/1991, si è coerentemente ritenuto che la medesima conclusione possa raggiungersi anche in riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulle direttive comunitarie direttamente applicabili. "È proprio nel sistema delle fonti del medesimo ordinamento comunitario che vanno verificate - secondo la sentenza della Corte costituzionale da ultimo citata - le condizioni per l'immediata applicabilità, nei singoli ordinamenti degli Stati membri, della normativa in esso prodotta".

Le tre nozioni di supremazia del diritto comunitario, di diretta applicabilità e di efficacia diretta - da sole considerate o in combinazione tra loro - assicurano ancora un costante sviluppo del sistema comunitario, come si constata in ogni nuova fase, della integrazione giuridica europea, alla cui base stanno sempre le fondamentali idee guida poste dalla Corte di giustizia fin dall'inizio degli anni Sessanta.

5. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

I caratteri dell'ordinamento giuridico comunitario sono ben evidenziati anche dalla disciplina dei diritti fondamentali.

I Trattati istitutivi non contengono alcun *Bill of Rights* né richiami generali ai diritti fondamentali; allo stesso modo non prevedono forme di tutela giurisdizionale basate sui diritti fondamentali. Le sole "libertà" costituzionali previste dai Trattati sono le quattro economiche fondamentali, ma con un significato ed una portata diversa da quella tradizionalmente assicurata nelle costituzioni nazionali.

La mancanza di questa disciplina nei Trattati costituisce una evidente lacuna per

chi li interpreta come "costituzione comunitaria" (cfr. Cap. V, par. 4); tanto più rilevante se si considerano gli sviluppi intervenuti in tema di ordinamento comunitario e dell'Unione, di cittadinanza europea, di tutela dei diritti.

Per comprendere i caratteri della questione, merita richiamare le principali tappe sia dell'evoluzione giurisprudenziale che del diritto primario della Comunità.

La prima occasione in cui la Corte affermò che *"i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza"*, fu la sentenza *Stauder* del 12.11.1969, causa 29/69.

Su questa base si è poi sviluppata un'ampia giurisprudenza che ha riconosciuto piena tutela avverso le misure della Comunità in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri; ha dato rilievo ai trattati internazionali in materia; ha esteso la tutela dei diritti fondamentali anche nei rispetti degli atti degli Stati membri in attuazione del diritto comunitario.

Il tema dei diritti fondamentali ha acquisito diretta rilevanza nel diritto primario della Comunità e dell'Unione, a partire dal Trattato di Maastricht. Nel Trattato UE il terzo considerando del Preambolo conferma l'attaccamento *"ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto"*. L'art. 6 [ex art. F], c. 2, TUE prevede poi che *"l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea [...] del 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario"*. Infine, l'art. 177 [ex art. 130U], c. 2, Tr. CE prevede che la politica della Comunità nel campo della cooperazione allo sviluppo *"contribuisce all'obiettivo generale di sviluppo e consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*.

Per quanto le richiamate previsioni del Trattato di Maastricht abbiano rappresentato un evidente avanzamento della rilevanza costituzionale comunitaria dei diritti fondamentali, esse sono risultate ancora compromissorie principalmente a causa della limitata giustiziabilità di questa parte del Trattato UE.

Nel processo evolutivo della questione è poi intervenuto il fondamentale parere della Corte di giustizia n. 2/94, richiesto dal Consiglio sulla proposta di adesione della Comunità alla citata Convenzione del 1950. Non senza ragione, la Corte ha

considerato che allo stato del diritto comunitario non vi è competenza per aderire alla Convenzione, che rappresenta un ben distinto sistema giuridico internazionale. Nell'occasione la Corte ha peraltro ribadito che: *a*) il rispetto dei diritti fondamentali è condizione della legittimità degli atti della Comunità; *b*) i diritti fondamentali formano una parte sostanziale dei principi generali, la cui osservanza è assicurata dalla Corte stessa. A tal fine la Corte trae ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dagli indirizzi forniti dai trattati internazionali per la protezione dei diritti umani, cui aderiscono gli Stati membri. Tra questi atti internazionali, la Corte ha sempre riconosciuto un particolare significato alla Convenzione del 1950, più volte citata.

6. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE

I principi dell'ordinamento comunitario ora richiamati hanno portato ad importanti conseguenze anche per quanto riguarda l'interpretazione del diritto nazionale. I giudici, ma anche le pubbliche amministrazioni e, in generale, tutti coloro che sono tenuti all'applicazione del diritto comunitario hanno l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità al diritto comunitario, comprensivo sia del diritto scritto che dei principi generali di diritto elaborati dalla Corte di giustizia.

Tale criterio interpretativo riecheggia in modo diretto l'analogo obbligo di interpretazione del diritto nazionale secondo costituzione, rafforzando il carattere costituzionale del sistema comunitario.

Al riguardo, anche la nostra Corte costituzionale non ha mai avuto dubbi, affermando già prima della Corte di giustizia che tra le varie possibili interpretazioni della norma deve essere privilegiata quella più conforme sia alle prescrizioni degli organi costituzionali, sia ai principi del nostro ordinamento che garantiscono l'osservanza del Trattato e delle norme da esso derivate.

L'applicazione generalizzata dell'obbligo di interpretazione conforme, quale ulteriore espressione della diretta applicabilità degli atti comunitari da valere

principalmente nei casi in cui sia dubbia la loro efficacia diretta, non può tuttavia portare alla violazione di principi generali comuni sia al diritto comunitario che ai diritti nazionali. Un profilo di particolare rilievo è stato esaminato dalla Corte di giustizia (sentenza *Kolpinghuis*, 8.10.1987, causa 80/86) in un caso ove una direttiva non ancora trasposta in diritto nazionale avrebbe portato ad aggravare dal punto di vista penale la posizione della persona coinvolta, che aveva agito in violazione della direttiva stessa, con la violazione del principio *nulla poena sine lege* e del criterio generale per cui lo Stato non può, neanche indirettamente, beneficiare della situazione di inadempimento al diritto comunitario da esso stesso determinata. La conclusione della Corte è stata che una direttiva non può, di per sé e indipendentemente dalle norme di trasposizione, avere l'effetto di aggravare la responsabilità penale dei soggetti coinvolti.

7. LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

Dalla configurazione del sistema comunitario come ordinamento giuridico con proprie peculiari caratteristiche derivano sviluppi di grande portata anche relativamente ad istituti finora caratterizzati in senso unicamente nazionale. Uno dei casi più rilevanti è quello della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, ove la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza che ha assunto caratteri di vero e proprio sistema organico, e che la nostra Corte costituzionale considera vera e propria fonte di diritto tale da integrare le direttive comunitarie.

Il punto che qui merita sottolineare è che:

a) i recenti sviluppi sono fondati dalla Corte di giustizia sul diritto comunitario stesso, e non sui principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, come recita l'art. 288 [ex art. 215], c. 2;

b) si tratta di conseguenze dei principi di supremazia del diritto comunitario e di effetto diretto che non trovano equivalente nel diritto internazionale, ove, non per

caso, la responsabilità degli Stati è ancora ad uno stadio assai insoddisfacente;

c) a differenza che per l'obbligo di interpretazione del diritto nazionale in conformità ai principi comunitari, che lascia ai giudici nazionali tale incombenza, la nuova giurisprudenza fonda un vero e proprio rimedio comunitario.

Una prima giurisprudenza della Corte di giustizia aveva riguardato la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni e degli organi comunitari; l'unica che, come detto, trova espresso riferimento nel Trattato. I presupposti di tale responsabilità sono ovviamente di carattere generale a tutti gli ordinamenti (comportamento *contro ius*, verificarsi del danno, ecc.). ma nelle varie giurisdizioni variano molto le condizioni particolari per la configurabilità della responsabilità aquiliana e per la possibilità di far valere in giudizio le proprie ragioni a tal fine. La previsione del secondo comma del citato art. 288 [ex art. 215] Tr. CE aveva inizialmente rappresentato un innegabile progresso rispetto ad ogni precedente disciplina sovranazionale, riferendosi ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri"; tanto che, non per caso, è su questa disposizione che si è sviluppata la giurisprudenza della Corte di giustizia sui principi generali di diritto comunitario. Ma i "principi generali comuni" potevano anche essere intesi, in senso letterale, come un minimo comune denominatore a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, limitando fortemente la portata della previsione del Trattato in tema di responsabilità. Assumendo invece la prospettiva dell'effetto utile, la Corte ha utilizzato i principi degli ordinamenti nazionali, anche se non veramente comuni a tutti gli ordinamenti, che apparivano di volta in volta funzionali alla migliore soluzione in senso comunitario della fattispecie in esame.

Per quanto riguardava gli Stati membri, fin dalla prima giurisprudenza comunitaria (come la sentenza *Humblet*, 16.12.1960, causa 6/60), si è affermata l'idea che fosse configurabile anche la loro responsabilità, in base alla circostanza che la responsabilità dei pubblici poteri per la riparazione degli effetti illeciti determinati è principio caratterizzante tutti i sistemi giuridici, e che dunque potesse verificarsi anche quando l'illecito consiste nella violazione di norme comunitarie. Sino alla sentenza *Francovich* del 1991, tuttavia, la Corte ha ritenuto che le condizioni della responsabilità degli Stati fossero determinate dalle disposizioni nazionali sulla responsabilità extracontrattuale delle rispettive istituzioni, secondo la logica del principio di autonomia procedurale (sentenze *Russo*, 22.1.1976, causa 60/75;

Granaria, 13.2.1979, causa 101/78): in caso di pregiudizio subito da un singolo per intervento di uno Stato membro incompatibile con il diritto comunitario, incombe allo Stato di riparare le conseguenze "nel quadro delle disposizioni nazionali relative alla responsabilità dello Stato".

Una vera e propria svolta giurisprudenziale si è determinata nel 1991, con la sentenza *Francovich* (19.11.1991, cause C-6 e 9/90), quando la Corte ha esaminato un caso di possibile responsabilità dello Stato italiano per mancato recepimento di una direttiva (80/987/CEE) concernente un sistema di garanzie per i lavoratori subordinati in caso di insolvenza dei propri datori di lavoro, che non aveva carattere *self-executing*.

Il punto della sentenza che qua interessa è quello relativo alla definizione dei fondamenti comunitari della responsabilità dello Stato per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario. La risposta positiva -che va in senso contrario a quanto sostenuto da alcuni Stati intervenuti nel giudizio, secondo cui la Corte non avrebbe competenza a giudicare oltre ai limiti, di stretta interpretazione, posti dall'art. 288 [ex art. 215] cit., e comunque in un caso, come la responsabilità degli Stati, nel quale il diritto al risarcimento non può mai scaturire dal diritto comunitario, ma solo dal diritto nazionale è stata questa volta argomentata sulla base dei caratteri generali dell'ordinamento comunitario, come progressivamente messi a fuoco a partire dalla sentenza *Van Gena & Loos* del 1963.

Tali caratteri comporterebbero, infatti, che i diritti che il sistema comunitario attribuisce ai singoli possono sorgere non soltanto in relazione alle disposizioni ad effetto diretto, ma anche in relazione agli obblighi che il Trattato CE impone agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie. Ora, il diritto al risarcimento di tali danni da parte degli Stati membri scaturirebbe dall'art. 10 [ex art. 5] del Trattato CE, che, prevedendo per essi l'obbligo di adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario, comporterebbe anche l'obbligo di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario. Oltre a tale previsione specifica, la Corte ritiene che "è inerente al sistema del Trattato" il principio della responsabilità extracontrattuale dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili. Si estende così la portata dei principi già affermati dalla Corte di giustizia, per i casi di disposizioni comunitarie ad effetto diretto (sentenze *Rene*.

16.12.1976, causa 33/76; *Cornei*, 16.12.1976, causa 45/76; *S. Giorgio*, 9.11.1983, causa 199/82), ove sono i giudici nazionali che devono assicurare ai singoli la protezione giuridica delle situazioni soggettive scaturenti dal diritto comunitario.

Con la nuova giurisprudenza viene dunque creato un rimedio diretto contro gli Stati come materia di diritto comunitario per violazione di obblighi da esso scaturenti; e la questione della responsabilità viene **così** portata sul terreno prettamente comunitario, trovandosi lì le condizioni ed i principi per la configurabilità della responsabilità dello Stato per casi di mancata tempestiva trasposizione in diritto nazionale di direttive non direttamente efficaci.

Con la rilevanza delle posizioni giuridiche dei singoli e con gli strumenti direttamente loro offerti per la relativa tutela, l'ordinamento comunitario si conferma del tutto peculiare rispetto alle connotazioni dell'ordinamento internazionale: come ben sottolineato dalla sentenza *Francovich* (punti 33-34) "sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario".

Dal combinarsi del principio di effettività della tutela delle posizioni dei singoli, di "effetto diretto" del diritto comunitario, e di quello che può essere indicato come "effetto indiretto" (ovvero il ruolo dei giudici e delle autorità nazionali nella protezione degli individui) risulta così rafforzata sia la garanzia delle posizioni dei singoli che la possibilità di una più completa attuazione delle direttive e degli altri atti comunitari necessitanti attuazione da parte degli Stati, in una parola l'efficacia delle regole comunitarie.

Così come i principi sulla responsabilità degli Stati membri sono desunti dal diritto comunitario, anche le condizioni, in cui essa fa sorgere un diritto al risarcimento del danno, sono dalla Corte di giustizia desunte dal diritto comunitario; in particolare, dalla natura "sufficientemente seria" della violazione del diritto comunitario che è

all'origine del danno provocato. Nel caso dell'omessa trasposizione di una direttiva, il diritto al risarcimento va riconosciuto, secondo la Corte, al verificarsi di tre condizioni: a) che la direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; b) che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; e) che vi sia **un** nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi. Tali condizioni corrispondono a quelle da tempo individuate (sentenza *Zuckerfabrik Schòppenstedt*, 2.12.1971, causa 5/71) in riferimento alla responsabilità della Comunità, ai sensi dell'art. 288 [ex art. 215] Tr. CE, per esercizio del potere legislativo.

Se dunque il diritto al risarcimento del danno trova, alle condizioni dette, il suo fondamento direttamente nel diritto comunitario, è nell'ambito del diritto nazionale relativo alla responsabilità dello Stato che vengono definite le modalità per il risarcimento; come l'individuazione del giudice competente e le modalità procedurali. Per un più ampio esame di questi profili si rinvia al Capitolo XI.

Sulla base delle conclusioni della sentenza *Franco* era da aspettarsi che, sorte altre questioni di violazione da parte degli Stati di obblighi comunitari, diverse dalla mancata trasposizione di direttive, la Corte sviluppasse i propri principi sulla responsabilità, ponendo le basi di un vero e proprio regime comunitario generale della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario. In effetti, un'articolata serie di successive sentenze ha precisato ulteriormente le condizioni della responsabilità ed individuato nuovi casi di responsabilità extracontrattuale.

La sentenza *Dillenkofer* (8.10.1996, cause C-178, 179, 188, 189, 190/94) riprende il tema già trattato in *Franco*. Secondo la Corte, il diritto al risarcimento del danno può sorgere anche a fronte di una semplice trasgressione del diritto comunitario quando il margine di discrezionalità del legislatore a fronte della direttiva comunitaria è considerevolmente ridotto o insussistente.

Con le sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame Ltd.* (5.3.1996, cause C-46/93 e C-48/93) si è poi affermata la responsabilità dello Stato per scorretta trasposizione di una direttiva in diritto nazionale.

Circa il recepimento delle direttive, con la già citata sentenza *Dillenkofer*, la Corte si è attribuito il potere di verifica sulla qualità della normativa nazionale che per essere comunitariamente ineccepibile deve avere "efficacia cogente, incontestabile,

specificità, precisione e chiarezza necessarie per garantire la certezza del diritto”.

Con la sentenza *Lo/nas* (23.5.1996, causa C-5/94), infine, sviluppando il punto centrale della sentenza *Francovich* che non distingue tra violazioni connesse ad atti legislativi od amministrativi, la stessa responsabilità dello Stato è stata configurata per i danni cagionati da un provvedimento amministrativo di un organo statale adottato in violazione del diritto comunitario. In tali casi, infatti, l’amministrazione non dispone di significativi margini discrezionali, come può accadere per il legislatore, e la semplice trasgressione del diritto comunitario consente di accertare l’esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta.

Gli sviluppi di cui ora si è detto sono dovuti alla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza si manifesta ancora una volta come la base per “il quadro costituzionale di una struttura di tipo federalistico in Europa”.

8. QUESTIONI DELLA PREMINENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SUL DIRITTO ITALIANO

La preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale è principio fondamentale posto fin dalla già ricordata sentenza *Costa* del 1964, secondo cui *“scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità”*.

La Corte costituzionale ha per molto tempo respinto questo assunto. L’evoluzione seguita dalla giurisprudenza costituzionale è riassumibile in tre fasi.

In una prima fase, la Corte costituzionale ha sostenuto la tesi che: a) l’ordinamento giuridico comunitario è del tutto autonomo ed estraneo a quello nazionale, con le rispettive giurisdizioni situate “in orbite giuridiche separate”; b) le fonti comunitarie sono caratterizzate per propri elementi, in un rapporto con le fonti nazionali ispirato al criterio della competenza.

Più in particolare, con la sentenza n. 14/1964, si affermò che l’adesione alla Comunità non determina *“alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine all’efficacia*

nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il Trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte del diritto". Ne consegue la conclusione che ogni ipotesi di conflitto tra le norme interne e quella di esecuzione del Trattato non può dare origine né a questioni di costituzionalità, né tantomeno a rinvii alla Corte comunitaria, perché rimane ben saldo "l'imperio delle leggi posteriori a quella di esecuzione del Trattato".

L'intera costruzione era basata su principi di diritto nazionale, ed in particolare sul rilievo dell'art. 11 Cost. *"L'Italia consente, in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo"*.

In verità anche in questa prima fase la Corte implicitamente ammetteva varie forme di integrazione tra i due ordinamenti, che così apparivano meno distinti e separati rispetto alle affermazioni generali. In tal senso basti ricordare i principi della diretta applicabilità dei regolamenti nell'accezione data dalla giurisprudenza comunitaria, e della abrogazione delle leggi anteriori per effetto di successivi regolamenti comunitari; il divieto di provvedimenti interni, anche di solo carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque condizionare l'applicabilità della normativa comunitaria; il principio della necessaria interpretazione del diritto nazionale in senso conforme ai principi comunitari.

In una seconda fase, aperta dalla celebre sentenza n. 170/1984, la Corte accoglie molta parte delle posizioni della Corte comunitaria a cominciare dal primato del diritto comunitario, ma resiste su alcuni aspetti più di principio che di concreta rilevanza.

Il dato più rilevante a partire dalla sentenza n. 170/1984 è che la Corte costituzionale, pur continuando a riferirsi all'art. 11 Cost., accetta quale implicito presupposto della nuova impostazione un quadro di riferimento prettamente comunitario e quindi una forte integrazione tra i due ordinamenti.

Da un lato, la sentenza n. 170/1984 ribadisce che le fonti comunitarie appartengono al loro ordinamento e sono disciplinate dai principi di questo; dall'altro, se ne riconosce la diretta applicabilità negli Stati membri e l'effetto invalidante sul

contrastante diritto nazionale, precedente e successivo, fino poi a concludere per il potere/dovere dei giudici di disapplicare il diritto nazionale difforme da quello comunitario. Lo stesso potere/dovere è stato poi coerentemente esteso anche a tutte le pubbliche amministrazioni (sentenza n. 389/1989).

Se a questi risultati si aggiunge poi che la Corte costituzionale aderisce progressivamente ai più radicali sviluppi della giurisprudenza comunitaria, possiamo verificare lo spostamento del parametro di riferimento della Corte dai principi costituzionali a quelli comunitari, con adesione implicita al criterio della integrazione tra ordinamenti.

La nostra Corte apparentemente resiste su alcuni ultimi capisaldi, quali la propria insuperabile competenza per la tutela dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione italiana e la spiegazione del potere/dovere di disapplicazione delle norme interne. Ma si tratta di posizioni con scarsa motivazione già prima dei recenti sviluppi, e che con l'entrata in vigore dei nuovi principi dovrebbero essere finalmente superate.

In verità, la nostra Corte ha dimostrato che "ciò che è sommamente improbabile è pur sempre possibile". Con la sentenza n. 232/1989 si è individuato un caso in cui il diritto comunitario aveva posto in discussione uno dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento, quale il diritto alla difesa nel profilo della garanzia del poter agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

In una terza fase, infine, la Corte costituzionale ha precisato meglio l'ambito del proprio ruolo con due importanti sentenze relative ai giudizi di costituzionalità delle norme regionali promossi in via principale, così come di norme statali sempre quando promossi in via principale.

Con la sentenza n. 384/1994, la Corte ha affermato la propria competenza sui conflitti relativi a delibere legislative regionali che il governo abbia impugnato per questioni di legittimità comunitaria. La motivazione di questa nuova posizione è in principio condivisibile, in quanto basata sull'esigenza di contribuire all'affermazione della certezza del diritto, prevenendo l'entrata in vigore di leggi regionali che altrimenti, ove in contrasto con il diritto comunitario, dovrebbero poi essere disapplicate. Speculare alla sentenza ora esaminata è anche la successiva n. 94/1995, relative all'affermazione della Corte costituzionale anche per le questioni di legittimità costituzionale di norme nazionali per contrasto con norme comunitarie, se impugate

in via principale dalle regioni. Identica è la motivazione connessa all'esigenza di assicurare la certezza del diritto.

9. LA NON APPLICAZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE CONTRASTANTE CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Uno dei corollari più significativi del principio di preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale è che nell'applicazione del diritto comunitario non è opponibile alcuna norma interna che vi contrasti.

Il principio, che la Corte di giustizia definisce di "disapplicazione" delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario, era già contenuto nelle prime sentenze guida degli anni Sessanta e ha avuto poi sistemazione definitiva nella più volte citata sentenza *Simmenthal* del 1978. È ivi previsto un preciso obbligo per il giudice nazionale - poi esteso a tutte le pubbliche amministrazioni e, in genere, a tutti coloro che sono tenuti all'applicazione del diritto comunitario - di "*applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria*".

Anche su questo tema, la Corte costituzionale mantiene una posizione in parte diversa da quella della Corte di giustizia

Il potere di disapplicazione delle norme incompatibili con quelle comunitarie è stato esplicitamente previsto per la prima volta nella sentenza n. 163/1977, ma in riferimento alle sole leggi anteriori ai regolamenti e da questi "implicitamente abrogate". Ma già in precedenza, con la sentenza n. 205/1976 aveva riconosciuto ai giudici una potestà di apprezzamento della situazione di contrasto del diritto nazionale sopravvenuto in riferimento alla procedura di rinvio alla Corte di giustizia. Per il resto la Corte era ferma nel ritenere che le norme contrarie al diritto comunitario non fossero né nulle né inefficaci, ma costituzionalmente illegittime e denunziabili alla Corte stessa.

La svolta radicale si ha con la citata sentenza n. 170/1984 che, pur ribadendo l'autonomia dei due ordinamenti, afferma che l'ordinamento italiano consente alle fonti comunitarie di operare come tali. Il giudice italiano "*accerta che la normativa*

scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale".

In verità, i rapporti tra norme comunitarie e norme nazionali, anche nella lettura della nostra Corte, possono trovare una completa spiegazione soltanto in riferimento a parametri comunitari. L'art. 11 Cost., per quanto interpretato in modo evolutivo, non consente di spiegare l'effetto abrogante delle norme comunitarie, così come i caratteri della diretta applicabilità e della efficacia diretta. Il sistema può invece ricomporsi armoniosamente se si abbandonano gli ultimi residui nazionali (del resto recessivi nell'ottica già assunta per molti aspetti qualificanti dalla Corte costituzionale) a favore della centralità dei principi sulle fonti comunitarie.

Al processo di integrazione il Trattato di Maastricht dà un contributo decisivo. Anzitutto, il quadro delle competenze è completamente rivisto; pur mantenendo l'impostazione funzionale, le competenze comunitarie sono ora classificate in esclusive e concorrenti. Esse risultano poi assai ampliate specie considerando come la Comunità continui ad espandere anche la portata delle originarie competenze attraverso le varie tecniche dell'effetto utile, dei poteri impliciti, della procedura *ex art. 308* [ex art. 235] Tr. CE. In secondo luogo, il principio di sussidiarietà (art. 2 [ex art. B], c. 2, Tr. UE; art. 5 [ex art. 3B], e 2, Tr. CE) determina una presenza generalizzata delle istituzioni comunitarie in tutti gli affari a rilevanza europea, in una prospettiva di integrazione tra ordinamenti. Siamo di fronte al perfezionamento del principio di cooperazione previsto dall'art. 10 [ex art. 5] del Trattato di Roma, che implica il potere-dovere delle autorità comunitarie di offrire alle autorità nazionali e regionali tutti i mezzi necessari per lo sviluppo delle politiche comunitarie, nonché di intervenire direttamente ogni qualvolta sia funzionale agli interessi comunitari.

10. VERSO UNA NUOVA DISCIPLINA DEI RAPPORTI TRA ORDINAMENTO ITALIANO ED ORDINAMENTO COMUNITARIO

Sul piano nazionale, appare inappropriato il riferimento all'art. 11 Cost. per valutare gli sviluppi del diritto comunitario e la loro compatibilità con i principi costituzionali nazionali. L'art. 11 è stato essenziale per consentire inizialmente la

nostra partecipazione alla Comunità europea, ma già dagli anni Sessanta è risultato superato in relazione agli sviluppi della Corte di giustizia sui caratteri originali dell'ordinamento giuridico comunitario. In particolare, sulla base dell'art. 11 Cost. potevano essere motivate alcune limitazioni della sovranità, ma non dei veri e propri trasferimenti di competenza come richiesti dal processo di integrazione europea.

In sostanza, la Comunità è risultata un ordinamento caratterizzato dalla irresistibile progressione verso l'integrazione con gli Stati membri, con la conseguente riduzione della tradizionale sovranità statale (si è vista nel Capitolo I la distinzione tra vecchia e nuova sovranità) e un complessivo riassetto sia delle istituzioni che della posizione dei singoli nel nuovo insieme.

Pare perciò alquanto strano che in dottrina solo poche voci abbiano richiamato l'attenzione sull'art. 10 Cost., e sulla sua possibile rilevanza per la questione in esame. Pur sapendo bene che questo articolo (secondo cui l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute) si riferisce al classico diritto internazionale, inappropriato in riferimento al diritto comunitario che ha una propria natura giuridica, l'art. 10, molto meglio dell'art. 11, consente l'entrata continuativa delle norme comunitarie nel diritto nazionale. Se proprio si doveva ricostruire la problematica dei rapporti tra i due ordinamenti sulla base delle disposizioni della Costituzione del 1948, non sarebbe stato dunque azzardato riferirsi più all'art. 10 che all'art. 11.

Pare in ogni caso venuto il tempo per una riscrittura degli artt. 10 e 11 Cost. per adeguarli alla reale dimensione assunta dall'ordinamento comunitario, come è stato realizzato in Germania con l'art. 23 del GG, ed anche in altri ordinamenti costituzionali di Stati membri.

La Corte costituzionale, sentenza dopo sentenza, ha accettato la delineazione dell'ordinamento giuridico comunitario come ordinamento diverso da quello internazionale e gli altri principali caratteri successivi. Con i risultati finora acquisiti la Corte ha così valutato pienamente compatibile il sistema comunitario con i tratti di fondo del nostro sistema costituzionale. Si tratta adesso, a seguito delle ulteriori innovazioni previste dal Trattato di Maastricht e della chiarificazione generale delle posizioni che ne consegue, di portare coerentemente a termine un percorso ormai sostanzialmente pregiudicato nel senso della integrazione tra i due ordinamenti, e

della nuova "sovranità condivisa". Del resto, già nella sentenza n. 183/1973, la Corte riconosceva che le limitazioni di sovranità connesse all'integrazione europea erano consistenti, ma che erano liberamente assunte e trovavano "corrispettivo nei poteri acquisiti in seno alla più vasta Comunità di cui l'Italia è parte". Seguendo questo insegnamento, si tratta di recuperare in sede comunitaria la sovranità perduta in sede nazionale, dando vita alla nuova forma di "sovranità condivisa", di cui si è parlato nel Capitolo I, paragrafo 8.

Innovazioni molto interessanti erano previste per tutto il problema dei rapporti tra i due ordinamenti nel progetto di revisione costituzionale elaborato nel 1997-98 dalla Commissione bicamerale del Parlamento per la riforma della Costituzione. Le norme (artt. 114-116) del capo relativo alla "partecipazione dell'Italia alla Unione europea" rappresentavano una delle migliori parti del testo riformatore, che però sono state travolte dal fallimento generale della proposta. Il carattere *bipartisan* dei nuovi principi lascia sperare gli inguaribili ottimisti che vi possa essere una prospettiva di riforma costituzionale anche dei soli temi europei, condizione essenziale per una più significativa nostra partecipazione al processo di integrazione europea.

1. LA COMUNITÀ EUROPEA QUALE COMUNITÀ DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Passiamo a individuare la parte del diritto comunitario che disciplina l'organizzazione ed il funzionamento dell'amministrazione comunitaria ed i suoi rapporti con i soggetto comunitari, ovvero il diritto amministrativo europeo.

Non vi è un comune modo di intendere i caratteri del diritto amministrativo europeo, ed anzi si dibatte sulla sua stessa configurabilità unitaria. Manuali recenti affermano infatti che *"ancora oggi non esiste un unico diritto amministrativo della Comunità europea. Ciò può non meravigliare, visto che il diritto comunitario viene applicato direttamente dalle amministrazioni della Comunità solo in alcuni settori"* (Beutler e altri, 1998). Per contro, opere seminali considerano da tempo che il diritto amministrativo sia il cuore dell'intero sistema giuridico comunitario, realizzandone gli obiettivi ed assicurando la connessione tra le tante branche del diritto comunitario (Monaco, 1975).

La disputa ha sicura consistenza per quanto riguarda le connotazioni del diritto amministrativo europeo, appare invece sbagliato contestare la configurabilità stessa del diritto amministrativo europeo, ma, in ogni caso, è stata poi superata dall'evoluzione del processo di integrazione e dalle innovazioni giuridico - istituzionali che ne sono derivate.

Vediamo i principali elementi che confermano la configurabilità del diritto amministrativo europeo e le ragioni per cui l'opinione contraria non appare fondata. Nel primo senso, occorre anzitutto richiamare due principi caratterizzanti l'ordinamento giuridico comunitario: il primo, per cui ne sono soggetti i singoli, persone fisiche e giuridiche, e non solo gli stati; il secondo, relativo alla diretta applicabilità ed all'efficacia diretta di vari atti comunitari. Conseguenze da questi principi che il diritto comunitario rileva direttamente per tutti i propri soggetti, conferendo loro nuove situazioni giuridiche soggettive comunitarie ed assicurando strumenti giuridici

per far valere queste situazioni tanto in sede nazionale quanto in sede comunitaria.

Nel sistema comunitario i singoli vengono dunque direttamente considerati dal diritto della Comunità, come nell'ambito del diritto di quell'ordinamento giuridico. Si ha un effetto giuridico conformativo diretto delle situazioni giuridiche dei singoli ad opera del diritto comunitario, così come per converso i singoli hanno una serie di opportunità per partecipare ai procedimenti comunitari e, in generale, per un rapporto diretto con gli organi della Comunità e con le amministrazioni nazionali che operano in funzione comunitaria.

Inoltre, la realizzazione delle politiche comunitarie è affidata ad un corpo di norme cui è pacificamente attribuibile la connotazione di diritto amministrativo. Si tratta, infatti, di norme che spaziano dall'organizzazione dei pubblici uffici, comunitari e nazionali in funzione comunitaria alla disciplina dei procedimenti amministrativi sia in termini di principi (ad esempio, di legittimo affidamento e di proporzionalità) sia di contenuto sostanziale innovativo (come nel settore degli appalti pubblici); alla garanzia delle posizioni giuridiche degli interessati, tanto nello svolgersi dell'azione amministrativa quanto per l'eventuale reazione giurisdizionale nei rispetti dei provvedimenti assunti.

Un terzo elemento è dato dallo svolgersi dell'attività comunitaria in un contesto caratterizzato dal primato del diritto. Ciò comporta che le relazioni con i soggetti dell'ordinamento comunitario e il modo di realizzazione delle politiche comunitarie siano improntati a principi generali di diritto che la Corte di giustizia ha in parte desunto dalle esperienze costituzionali comuni degli Stati membri, in altra parte meglio definito in riferimento allo stesso sistema comunitario. Tali principi generali sono di immediata rilevanza per il diritto amministrativo: basti pensare ai principi di legalità dell'azione amministrativa, di motivazione obbligatoria, di trasparenza ed accesso, di affidamento legittimo, di imparzialità, di buona amministrazione.

Per converso, le ragioni addotte per negare l'esistenza del diritto amministrativo europeo non si dimostrano convincenti.

L'argomento più ricorrente è che l'esecuzione del diritto comunitario è ancora di tipo indiretto, in quanto affidata di regola alle amministrazioni nazionali, le quali operano secondo il proprio diritto nazionale.

Il criterio della esecuzione indiretta è certamente ancora quello di riferimento per

l'esecuzione del diritto comunitario, pur se si sono ampliati gli interventi diretti della Comunità, specie in settori di grande rilevanza come l'industria e la concorrenza.

Questo criterio va però inteso come riferito al modello di amministrazione e non al diritto applicabile: è rivolto dunque a prevenire la crescita di un'organizzazione diretta della Comunità non a garantire che le amministrazioni nazionali operino ancora secondo il diritto nazionale. Lo sviluppo del diritto comunitario evidenzia infatti che è stato possibile tener fermo il criterio base dell'esecuzione indiretta solo perché si è espanso enormemente il diritto comunitario che deve essere osservato dalle amministrazioni nazionali e grazie all'affermazione anche nei loro confronti del potere/dovere di disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello comunitario. In buona sostanza, di "indiretto" nel modo di esecuzione del diritto comunitario c'è solo il sistema organizzativo, che di regola rimane quello incardinato nel sistema nazionale; mentre il diritto comunitario funzionalizza progressivamente l'attività di tutte le amministrazioni pubbliche nazionali, a tal punto che si parla di amministrazioni comuni europee.

Altro argomento spesso utilizzato è la mancanza di una chiara sistemazione delle funzioni pubbliche comunitarie e dei relativi atti giuridici. Nel sistema comunitario non si rinviene, in effetti, un modello corrispondente a quello proprio degli Stati in cui funzione legislativa, funzione di governo e funzione amministrativa (e gli atti in cui si esprimono) sono distinte tanto in termini di costituzione formale che di costituzione materiale. Tale circostanza è però eccessivamente enfatizzata e comunque appare fuorviante: enfatizzata perché si sta delineando una distinzione tra funzione normativa e funzione amministrativa. Fuorviante perché intende vincolare l'interpretazione del sistema giuridico comunitario ai principi sulle funzioni e sugli atti elaborati per il diritto degli Stati, che solo in parte sono utilizzabili nel contesto comunitario che da oltre un trentennio la Corte di giustizia si affanna a qualificare come ordinamento di terzo tipo, diverso tanto dall'ordinamento internazionale quanto da quello tipico degli Stati.

Una variante di questa lettura evidenzia poi l'inesistenza di un esecutivo comunitario e di una chiara distinzione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo. Ma, di nuovo, in senso contrario si può constatare che la Commissione rappresenta più che un embrione di esecutivo comunitario.

Un terzo elemento negativo per la tesi sostenuta sarebbe individuabile nella

carenza di una giurisdizione amministrativa, o comunque specializzata per il contenzioso amministrativo. Si tratta dell'argomento più debole, dato che dimentica come anche precedentemente all'istituzione del Tribunale di primo grado, vero e proprio giudice amministrativo, una delle molte sembianze della Corte di giustizia è stata sicuramente quella di organo di giustizia amministrativa.

Al di là dell'assorbente considerazione del dato normativo sul modello giurisdizionale comunitario, la lettura in esame dimentica che è stata proprio la Corte di giustizia ad edificare in via giurisprudenziale il sistema dei principi generali di diritto comunitario, gran parte dei quali sono principi di diritto amministrativo.

Vi sono dunque buoni motivi per ritenere che il diritto amministrativo europeo è configurabile con precisione in riferimento tanto allo sviluppo della normazione della Comunità, quanto al diritto di formazione giurisprudenziale. La forte connotazione amministrativa del sistema giuridico comunitario porta anzi ad accettare la lettura della Comunità europea quale Comunità di diritto amministrativo.

2. I CARATTERI PRINCIPALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

I caratteri del diritto amministrativo europeo sono in parte simili a quelli dei diritti amministrativi nazionali, e per altra parte peculiari al nuovo sistema giuridico sovranazionale, circostanza spiegabile sulla base del processo circolare di esperienze giuridiche tra Stati membri e Comunità, ma anche delle specificità giuridiche del sistema comunitario.

Per quanto riguarda le similitudini, anche nel quadro comunitario il diritto amministrativo è retto da una serie di principi, scritti e giurisprudenziali. Alcuni principi "costituzionali" sono contenuti nei Trattati, come il principio di cooperazione (art. 10 [ex art. 5] Tr. CE) e quello di sussidiarietà (art. 2 [ex art. B] Tr. UE e art. 5 [ex art. 3B] Tr. CE). Altri si ritrovano in regolamenti e direttive contenenti una disciplina generale dei settori considerati e perciò considerata espressione di principi generali del diritto amministrativo.

Molti altri principi generali sono poi stati elaborati dalla Corte di giustizia e costituiscono parte essenziale *dell'Acquis* comunitario. Adesso si discute se consolidare

una parte dei principi generali in diritto scritto, primario e derivato, al fine di assicurare meglio i principi di certezza del diritto ed effettività del diritto comunitario.

Quale che sia l'esito di queste discussioni sulla possibile codificazione dei principi generali e la redazione di testi unici per le maggiori materie comunitarie, anche in sede comunitaria, è constatabile come il diritto amministrativo si sia eminentemente sviluppato e tuttora si espanda ad opera primaria della giurisprudenza. È una caratteristica comune ai diritti amministrativi nazionali, tanto della famiglia continentale che di quella di *common law*.

Una seconda similitudine con i diritti amministrativi nazionali sta nell'ampliamento della prospettiva del diritto amministrativo da regola del rapporto tra potere pubblico e sfera dei privati - il binomio autorità/libertà - a disciplina dell'attività che l'amministrazione svolge per la realizzazione di finalità sociali. In tale diversa prospettiva, assumono rilievo molteplici interessi primari, così come si assicura un ruolo attivo ai privati, cui vengono offerte occasioni di partecipazione al farsi dell'attività amministrativa, con finalità in parte di garanzia e per altra parte di concorso nel determinare l'esito del procedimento, anche con accordi, e comunque la funzionalità complessiva del sistema amministrativo. Tale ultimo profilo è divenuto sempre più rilevante nel sistema comunitario dove le opportunità offerte ai singoli rappresentano uno dei maggiori strumenti di affermazione dell'effettività del diritto comunitario.

Accanto alle similitudini con i diritti nazionali, vi sono poi varie peculiarità del diritto amministrativo europeo.

Prima di tutto l'influenza particolare che su di esso svolgono alcuni principi guida del sistema comunitario come il funzionalismo e la sussidiarietà. Il funzionalismo ha assunto nuovo rilievo a seguito del Trattato sull'Unione europea.

Il principio di sussidiarietà implica una stretta integrazione in termini sia di ordinamento che di amministrazione. Se ben intesa la sussidiarietà è alla base di una concorrenza generalizzata tra amministrazioni, definibile in termini di organizzazione e di procedimento come amministrazione composta. Nello stesso senso opera il profilo amministrativo del principio di mutuo riconoscimento, che dà rilievo giuridico comunitario a fatti e situazioni amministrative proprie in origine solo di un determinato ordinamento giuridico nazionale.

Per quanto riguarda i compiti e gli obiettivi, già si è detto che il diritto europeo appare assai peculiare in quanto, da un lato, le funzioni sono state definite nel Trattato CE secondo il criterio delle competenze di attribuzione, e tali formalmente rimangono anche nel Trattato sull'Unione europea; ma il loro ambito si è talmente ampliato da mettere in crisi questo criterio. Dall'altro, nel quadro comunitario l'intero impianto è visto in termini funzionali più che per materie e competenze, e quindi come sistema dinamico finalizzato al perseguimento di obiettivi, a loro volta non statici.

Dal primo punto di vista, la contrapposizione tra esecuzione diretta ed indiretta appare superata da un più complesso assetto di relazioni segnate dall'apporto congiunto sia di istituzioni ed organismi comunitari che di amministrazioni nazionali, che in tal modo divengono parti della complessiva amministrazione europea integrata.

Dal punto di vista dell'organizzazione, aumentando le funzioni comunitarie in quantità e spessore, ne è derivata la necessità di istituire nuovi organismi cui si affida la cura di tali funzioni. In effetti, è così puntualmente avvenuto con l'aumento delle direzioni generali della Commissione, la creazione di numerosi organismi atipici (quali i servizi della Commissione con particolare autonomia, ed i comitati) e, di recente, con l'istituzione di varie agenzie dotate di propria personalità giuridica e con larga autonomia funzionale, talora centro di riferimento di amministrazioni a rete di carattere europeo, ed in altri casi - quando è loro attribuito un potere regolativo o di aggiudicazione - variabile europea della figura delle amministrazioni indipendenti.

Dunque, notevole dilatazione dell'organizzazione amministrativa diretta ed indiretta della Comunità, ma anche influenza sulla organizzazione interna degli Stati membri. Come aspetto della integrazione amministrativa si può infatti constatare un sempre più frequente intervento della Comunità affinché siano istituite nuove amministrazioni nazionali quali terminali locali o compartecipati dell'amministrazione europea; oppure siano riformate amministrazioni già esistenti per adattare alle nuove responsabilità che discendono dalla integrazione dei due piani europeo e nazionale. Tale effetto ha portata generale, ma è particolarmente avvertibile in tema di agricoltura, ambiente e concorrenza.

3. LA DIMENSIONE EUROPEA DELLE SCIENZE GIURIDICHE E LE PECULIARITÀ DELLA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Si è finora discusso del diritto amministrativo come parte del diritto europeo relativo alla pubblica amministrazione; vediamo adesso i caratteri della branca della scienza giuridica che è particolarmente interessata a tale disciplina.

La situazione è, al momento, insoddisfacente vuoi per una perdurante "nazionalità" metodologica degli studi amministrativistici, vuoi per le difficoltà di costruire una dogmatica nuova che corrisponda ai particolari caratteri dell'amministrazione europea.

Esaminiamo le ragioni che hanno finora reso difficile l'elaborazione scientifica di questa branca del diritto, iniziando da un'osservazione generale sulla "europeità" che è invece propria di molte altre parti della scienza giuridica.

La prospettiva europea caratterizza tradizionalmente larga parte delle scienze giuridiche. Nel contesto del diritto comune nell'Europa continentale il processo di creazione ed applicazione del diritto ed il suo studio scientifico assumevano carattere circolare tra i vari Paesi, coinvolgendo organismi politici, corti giudiziarie e giureconsulti dei vari ordinamenti, tra loro strettamente comunicanti. Il diritto elaborato localmente era di limitata portata, ed appariva naturale utilizzare i principi generali elaborati dalla dottrina e dai tribunali di altri Paesi. Per quanto in linea generale il diritto comune avesse solo un'autorità di carattere sussidiario rispetto al diritto locale, la connessione tra le due dimensioni era strettissima.

La circolarità dell'esperienza giuridica non si esauriva nell'ambito continentale, coinvolgendo anche l'altra grande famiglia giuridica: quella di *common law*. Si usa distinguere tra il *civil law*, detto anche *jus commune europaeum*, proprio del continente, e il *common law* inglese e dei Paesi che sono stati influenzati dal Regno Unito, ma la differenza appare essere stata eccessivamente enfatizzata per ragioni di carattere politico, più che giuridico. In effetti il *civil law* e il *common law* sono stati per secoli due componenti di uno stesso contesto culturale non ancora influenzato dal nazionalismo giuridico e dal positivismo.

La scienza giuridica era strutturalmente europea nel senso di una comune formazione in università sorte molto prima degli Stati nazionali e impregnate delle medesime idee, indipendentemente dalla loro collocazione nei diversi Paesi, e per una circolazione delle persone e delle idee senza uguali sino ai tempi più recenti.

Per tali motivi, si è oggi sostanzialmente d'accordo nel sottolineare il particolare rilievo che la dottrina accademica ha avuto per la formazione del nostro comune patrimonio giuridico: "sono stati i giuristi europei a precedere il diritto europeo".

A questa strutturale "europeità" delle scienze giuridiche nei secoli considerati non poteva partecipare il diritto amministrativo perché ancora non esisteva. Nell'accezione di branca del diritto caratterizzata da proprie specifiche regole, e quindi distinta dal diritto comune e non confusa con le norme genericamente applicabili alle amministrazioni pubbliche, come tali sempre rinvenibili anche nelle più lontane epoche, il diritto amministrativo si origina proprio con la rottura del diritto comune, e rappresenta un'espressione giuridica del formarsi di Stati-nazione tendenzialmente chiusi. È un diritto disciplinato da atti giuridici prettamente nazionali, ed in particolare dalla legge; a sua volta espressione di organismi costituzionali diversi nei vari ordinamenti. È un diritto progressivamente controllato da giudici, il più delle volte distinti dai giudici ordinari e che non si rifanno a regole e principi generali anche di altri ordinamenti, ma, di nuovo, a carattere nazionale. In tal senso, si connette strettamente agli sviluppi statuali del diritto e alla sovranità dei rispettivi ordinamenti.

Nel continente le prime cattedre universitarie di diritto amministrativo sono istituite all'inizio dell'Ottocento e solo alla conclusione dello stesso secolo, si può parlare di un compiuto sviluppo della materia.

Sappiamo che in una delle due fondamentali famiglie giuridiche in cui si è manifestato il diritto europeo, quella di *common law*, il diritto amministrativo non è stato riconosciuto sino a tempi recenti.

Il diritto amministrativo è dunque, nella sua accezione di branca della scienza giuridica, una tipica manifestazione della nazionalizzazione della cultura giuridica, che anche nell'ambito continentale caratterizzato in precedenza dallo *jus commune* assume tratti assai diversi, tanto che è risultato difficile ordinare i vari modelli nazionali per gruppi omogenei.

In conclusione la dimensione europea è per il diritto amministrativo una recente acquisizione, che non si riporta a periodi risalenti, né a precedenti istituti giuridici od alle connesse elaborazioni dottrinali generali.

Malgrado il ridimensionamento delle distinzioni reso possibile dagli ultimi studi, non è dubbio che l'elaborazione dei diritti amministrativi nazionali evoca l'idea di

sistemi progressivamente chiusi, tesi ad esaltare le proprie peculiari radici.

Nel pieno dispiegarsi del diritto comunitario, con il connesso sviluppo di intere parti di disciplina amministrativa comune agli Stati membri e di nuovi principi generali elaborati dalla Corte di giustizia, la posizione richiamata manifestava, da un lato, la difficoltà ad abbandonare la tradizionale prospettiva nazionale del diritto amministrativo, per la quale, al massimo, sembra possibile giungere a forme di comparazione e di reciproca imitazione e trasposizione di istituti; dall'altro, l'inadeguatezza della tradizionale dicotomia autorità/libertà per spiegare i nuovi caratteri del diritto comunitario, proteso in nuove direzioni, come la realizzazione di un mercato aperto e competitivo tramite originali forme di regolazione gestite da organismi giuridici non conosciuti in passato, quali le autorità indipendenti. Un diritto che solo in casi particolari limita ed obbliga, mentre normalmente si caratterizza per gli obiettivi da perseguire e quindi come "funzione".

4. DALLE DIVERGENZE ALLE CONVERGENZE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

La situazione si è di recente modificata con un nuovo interesse per la comparazione nel diritto amministrativo e con frequenti trapianti di istituti giuridici da un ordinamento all'altro, accompagnati anche dal fenomeno delle imitazioni tra i vari sistemi. Nell'insieme, il progressivo affermarsi di un approccio aperto contribuisce alla convergenza dei vari modelli amministrativi e del relativo approccio scientifico.

Per quanto riguarda la comparazione, si è finalmente compreso che tale metodo è non soltanto utilizzabile con profitto anche nel diritto amministrativo ma contribuisce anche al fenomeno della convergenza. In tal modo la comparazione è un potente ausilio alle riforme del diritto.

L'uso attuale della comparazione in diritto amministrativo non è, in verità, un'assoluta novità dato che nell'Ottocento; si era ricorso ad essa sia per le soluzioni dottrinarie sia per le indicazioni giurisprudenziali. Anche nel momento dell'affermarsi delle scuole nazionali del diritto pubblico non mancavano autori che seguivano con molta attenzione gli sviluppi di altri ordinamenti, apparentemente distanti e diversi.

In effetti, la comparazione non si esaurisce nell'esame della legge e del diritto

scritto, ma dà rilievo alla giurisprudenza, alle norme organizzative, all'effettività dei vari sistemi giuridici; tale approccio rappresenta uno dei principali valori della comparazione, più che un suo limite, specie per il diritto amministrativo.

Più di recente, quando gli studi si sono staccati da una visione esclusivamente Statocentrica e si è recuperato un approccio giuridico più aperto, la comparazione in diritto amministrativo ha rappresentato un potente fattore di innovazione in quanto aiuto a comprendere la varietà e la natura delle soluzioni proprie di altri ordinamenti e la loro potenziale trasferibilità in diversi contesti.

La maggiore conoscenza di altri sistemi ha portato anche al fenomeno dei trapianti di istituti giuridici da un ordinamento all'altro ed all'imitazione delle soluzioni normative e giurisprudenziali per problemi simili che emergono nei diversi contesti. Ciò implica ancora un approccio dualistico si "trapiantano" appunto istituti tra un ordinamento ed un altro, che sono ancora distinti ma a lungo andare porta a superare le ragioni di fondo della separatezza.

I diversi fenomeni ora descritti determinano nell'insieme una evidente convergenza tra i principali sistemi di diritto amministrativo. Per convergenza si intende il fenomeno complessivo, per cui, da un lato, si attenuano, in certi casi addirittura si eliminano, le principali caratteristiche che differenziano i vari sistemi amministrativi; e, dall'altro, i modelli nazionali si indirizzano in modo centripeto verso istituti e soluzioni giuridiche simili.

Così, nei sistemi a tradizione di diritto comune, si ampliano in senso quantitativo e qualitativo le deroghe pubblicistiche alla disciplina generale, e viceversa nei sistemi "a diritto amministrativo" si infittiscono le occasioni in cui l'amministrazione viene disciplinata da regole e principi del diritto comune.

Lo stesso può dirsi per molti altri aspetti, ma basti qua pensare alle similitudini nelle varie forme di partecipazione nel procedimento amministrativo, vuoi che la relativa disciplina discenda dal diritto scritto vuoi dai principi giurisprudenziali; così come allo sviluppo di autorità amministrative indipendenti che esprimono nuove forme di attività amministrativa regolativa e contenziosa; ma anche nell'amministrazione che opera in modo giustiziale, assicurando provvedimenti che sono il frutto di procedimenti aperti al contraddittorio, e sempre fondati su motivazioni specifiche.

Le ragioni di recenti sviluppi verso la convergenza dei sistemi amministrativi sono

principalmente rinvenibili nella progressiva omogeneità delle questioni su cui intervengono le pubbliche amministrazioni. Temi sostanzialmente simili non possono trovare risposte amministrative molto differenziate. Il fenomeno ha anche un'evidente rilevanza giuridica, dato che alla sempre maggiore omogeneità nelle questioni che si pongono nei diversi Paesi, si risponde con soluzioni giuridiche che appaiono sostanzialmente simili.

Il fenomeno generale trova un preciso riscontro nel diritto amministrativo, anche per essere questa branca del diritto tra le più connesse ai caratteri dello sviluppo economico e tecnologico.

Nel quadro dell'Unione europea, le condizioni per una vera armonizzazione dei diritti nazionali e per la creazione di un nuovo diritto comune sono ben maggiori. La Comunità europea, istituita con il primo obiettivo di rimuovere le condizioni economiche e giuridiche che rendevano i mercati degli Stati membri chiusi e protetti, e di creare un nuovo mercato comune, ha riconosciuto al diritto un ruolo probabilmente senza eguali negli ordinamenti contemporanei.

Gli effetti giuridici della globalizzazione e l'incidenza unificante della Comunità europea si sono intrecciati strettamente e rappresentano il più potente fattore di superamento della dimensione nazionale dei diritti, anche e soprattutto del diritto amministrativo del quale stanno venendo meno le differenti fondamenta locali.

Siamo di fronte ad una vicenda apparentemente irreversibile per cui il diritto amministrativo che si è originato quale disciplina giuridica espressiva delle peculiarità dei vari ordinamenti e della loro storia complessiva, si apre all'influenza di altri sistemi, attenua le diversità dei vari modelli nazionali, e soprattutto si omogeneizza nel quadro europeo quale parte di un sistema giuridico più vasto ed integrato.

5. LA CRITICA AL FENOMENO DELLA CONVERGENZA ED I SUOI LIMITI

Il fenomeno della convergenza dei sistemi amministrativi nazionali, particolarmente avvertibile nell'ambito europeo, è considerato in modo diverso dagli studiosi.

Da una parte, vi sono coloro che considerano il fenomeno come inevitabile in

quanto svariati fattori oggettivi determinano un moto circolare di persone, principi ed istituti più forte di quello che aveva a lungo caratterizzato altre branche del mondo giuridico. L'intreccio delle società e delle economie, e gli sviluppi tecnologici rendono a loro volta omogenee le questioni cui la pubblica amministrazione e il suo diritto devono rispondere.

Dall'altra parte, stanno invece coloro che reputano con scetticismo il processo di convergenza o addirittura lo osteggiano in quanto fattore di distruzione delle tradizionali diversità delle culture giuridiche nazionali, una ricchezza ormai a rischio.

Nel gruppo di critici esistono, a ben vedere, distinte posizioni. Per taluni il diritto avrebbe un carattere autopoietico, sviluppandosi necessariamente in modo distinto da un ordinamento all'altro, ma non nel sistema comunitario, per i caratteri particolari del processo di integrazione e, in specie, del formarsi di un diritto comune agli Stati membri. Le culture giuridiche nazionali possono contribuire alla edificazione di questo diritto comune, come è ben avvertibile anche per recenti sviluppi giurisprudenziali (ad esempio per la responsabilità extracontrattuale dei pubblici poteri) e del diritto scritto (come per gli appalti pubblici), e mantengono un rilevante ruolo nell'adattamento delle soluzioni comunitarie allo specifico diritto nazionale.

Per altri studiosi, è la "mentalità" complessiva che qualifica differenzialmente il diritto da un ordinamento all'altro. Se il diritto non è solo un complesso di regole ed istituti, ma espressione della generale cultura, allora le differenze esistono e non possono essere superate.

Se queste sono le maggiori posizioni, è facile notare che larga parte delle critiche alla convergenza derivano da assunti generali che esasperano i pericoli connessi al preteso annullamento della diversità; in altra parte dimenticano l'effettiva evoluzione del diritto positivo, ormai nettamente avviata alla convergenza.

Tale effettiva evoluzione del diritto positivo è, nel contesto europeo, rappresentata da due fenomeni: l'estendersi della disciplina amministrativa comune prodotta dalla Comunità e lo scambio reciproco di esperienze e soluzioni, favorito dall'essere parti di un ordinamento giuridico complessivo che è ispirato a valori e principi comuni.

Al dato di fondo della convergenza non sembrano contrastare le valenze diverse assunte da soluzioni apparentemente identiche. Così, il difensore civico e le autorità

amministrative indipendenti hanno da un ordinamento all'altro, natura e ruolo diversi, pur essendo il frutto di imitazioni e sollecitazioni reciproche. Ma questo dato, lungi dal mettere in crisi la tesi della convergenza, serve invece a dimostrare come la ricerca di soluzioni comuni o simili non rappresenti l'annullamento delle diversità degli ordinamenti e delle relative culture giuridiche.

Ai potenziali pericoli di un'eccessiva omogeneizzazione del diritto amministrativo, si può rispondere valorizzando una serie di principi sul pluralismo giuridico già presenti nel diritto comunitario, da un lato; e ripensando alcuni principi guida elaborati e fatti valere dalla Corte di giustizia, dall'altro.

Le diversità ed il pluralismo sono sicuramente valori imprescindibili, ma nel contesto del complessivo ordinamento europeo segnato da principi comuni e nel quale gli ordinamenti nazionali sono irreversibilmente inseriti. In tal senso, si tratta di assicurare che la rete dei pubblici poteri e le tecniche di sviluppo e di garanzia del diritto siano organizzate in modo da combinare le esigenze di sviluppo dell'insieme con l'apporto delle varie componenti giuridico-istituzionali dell'Unione.

6. ALCUNE CONCLUSIONI

Secondo quanto si è esposto nei precedenti paragrafi, per il diritto amministrativo nell'ambito europeo, si manifestano due fenomeni di grande rilievo:

a) è in atto una vistosa tendenza alla convergenza di principi generali, istituti giuridici e soluzioni di natura organizzativa e procedimentale tra i diritti amministrativi degli Stati membri;

b) si è da tempo definito il diritto amministrativo europeo, che ha assunto un particolare rilievo nel quadro giuridico della Comunità.

I due fenomeni interagiscono strettamente, dato che il quadro istituzionale dell'Unione europea e della Comunità offre un ambiente giuridico quanto mai propizio allo scambio di esperienze e di soluzioni. Proprio perché rappresenta un vero e proprio "spazio giuridico europeo" - rafforzato anche dalle iniziative del Consiglio d'Europa - tale ambiente non è solo più favorevole di altri contesti alla comparazione giuridica, ma tramite l'istituto del mutuo riconoscimento rende direttamente rilevanti in tutti gli

Stati membri talune situazioni conformate dal diritto amministrativo di un determinato Stato.

Tale interazione "orizzontale" tra i diritti amministrativi nazionali è più forte nel quadro comunitario che altrove, dato che l'azione comunitaria tende direttamente e indirettamente a rendere omogenee le condizioni giuridiche e di vita per i soggetti pubblici e privati che ivi sono operanti. All'interazione orizzontale si somma poi l'incidenza diretta, o "verticale" del diritto amministrativo comunitario che opera in settori sempre più ampi.

Così, intere parti del diritto amministrativo sono ormai disciplinate dal diritto amministrativo comunitario che stabilisce tanto i nuovi principi della materia, quanto specifiche regole dell'azione amministrativa, soluzioni organizzative e strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale.

I due fenomeni della convergenza dei diritti amministrativi e dell'incidenza del diritto amministrativo europeo sono, come detto, una peculiarità unica del contesto giuridico europeo, in quanto sfruttano gli effetti determinati da altri principi del diritto comunitario quali la supremazia del diritto comunitario sui diritti nazionali e l'efficacia diretta di varie previsioni del diritto comunitario. La connotazione fortemente integrata dell'insieme comunitario e degli Stati membri è così un'ulteriore occasione di sviluppo dell'interazione tra i diritti amministrativi.

La medesima integrazione giuridica che connota complessivamente l'ordinamento giuridico europeo suggella il definitivo distacco del diritto amministrativo dalla referenza statale.

L'effetto complessivo che ne deriva è certamente una forte omogeneizzazione degli strumenti giuridici e delle culture europee. Per il diritto amministrativo si tratta di una vicenda senza precedenti, dato che, come si è visto, la sua origine si può collocare nell'Ottocento ed in stretta aderenza con il diritto degli Stati. Il diritto amministrativo non aveva dunque partecipato, proprio perché ancora non c'era, alla gloriosa vicenda dello *jus commune* che invece aveva caratterizzato altre più antiche branche del diritto. Con la nuova dimensione europea ed integrata, il diritto amministrativo - inteso sia come ramo del diritto sia come scienza giuridica di quel ramo - trova il suo posto nel complessivo sistema giuridico, da sempre contrassegnato da una spiccata "europeità".

Che tale sviluppo, in cui certamente talune particolarità nazionali si perderanno, sia un'acquisizione positiva od una disgrazia è giudizio soggettivo di valore. Rimane però fermo il dato di diritto positivo della tendenza irresistibile verso la "europeizzazione" del diritto amministrativo.

1. LE PECULIARITÀ DELLE FONTI NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

I tratti particolari assunti dall'ordinamento giuridico comunitario e dai suoi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri sono ben riflessi nel sistema delle fonti del diritto comunitario e nella loro incidenza sulle fonti nazionali.

Per fonte di diritto si intende ogni atto o fatto giuridico da cui l'ordinamento fa discendere effetti giuridicamente vincolanti per i propri soggetti. Tutti gli ordinamenti giuridici hanno un proprio sistema di fonti, in quanto non può mancare la disciplina delle forme di produzione del diritto e del valore dei vari atti riconosciuti come fonti.

Storicamente, il sistema delle fonti è tipico degli ordinamenti giuridici statali; ma con la formazione delle organizzazioni internazionali anche talune di queste hanno un loro proprio sistema di fonti. Al riguardo si distingue tra fonti primarie e fonti secondarie, intendendo per fonti primarie l'atto istitutivo e lo statuto di ciascuna organizzazione; e per fonti secondarie gli atti assunti dalle organizzazioni secondo le regole previste nell'atto istitutivo e nello statuto, ed in conformità ai principi generali applicabili.

Nell'ordinamento comunitario esistono comunque fin dai Trattati istitutivi delle evidenti peculiarità. Così ad esempio, se le organizzazioni internazionali hanno un certo potere di interpretazione delle fonti primarie, è solo nella Comunità europea che si rinviene il potere esclusivo di interpretazione affidato alla Corte di giustizia (art. 234 [ex art. 177] Tr. CE), con un'ampiezza senza eguali nei rispetti anche delle Corti costituzionali e dei giudici degli Stati membri. Le fonti comunitarie, poi, non si rivolgono esclusivamente agli Stati membri ma anche ai loro cittadini, che adesso sono anche cittadini europei.

A questi primi tratti peculiari, altri se ne possono aggiungere: il valore dei Trattati come norma di riferimento per la disciplina derivata e parametro di legittimità degli atti delle istituzioni (cfr. art. 230 [ex art. 173] Tr. CE, "la violazione del presente Trattato"), è la base della configurazione dei Trattati come costituzione comunitaria; il

principio della diretta applicabilità di certi atti comunitari (principalmente i regolamenti, ai sensi dell'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE), che pone in termini del tutto originali il rapporto con le fonti nazionali del diritto; il carattere aperto del sistema delle fonti, come ricavabile dalla posizione della Corte di giustizia circa la non esaustività dell'elenco degli atti normativi comunitari contenuto nell'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE; il principio sui "poteri utili" di cui all'art. 308 [ex art. 235] del medesimo Trattato, che consente alle istituzioni comunitarie, secondo una determinata procedura, ogni iniziativa utile al perseguimento di uno degli scopi della Comunità; un rilievo dei principi generali di diritto che non ha paralleli nelle altre organizzazioni internazionali.

Il tema delle fonti comunitarie risente direttamente della progressiva definizione ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia dei caratteri autonomi dell'ordinamento giuridico comunitario nei rispetti tanto degli Stati che delle tipiche organizzazioni internazionali.

2. IL QUADRO DELLE FONTI COMUNITARIE

Per definire il sistema delle fonti comunitarie sono stati utilizzati diversi criteri, tutti per una parte validi, ma allo stesso tempo non capaci di offrire una coerente visione di insieme. Le ragioni di questa difficoltà stanno nel carattere aperto ed evolutivo dell'ordinamento comunitario, che proprio nella sua asistematicità, ha trovato una delle condizioni per il suo straordinario sviluppo.

Un primo criterio definitorio distingue tra diritto primario e diritto derivato. Il diritto primario è costituito dai Trattati istitutivi, dai successivi Trattati che hanno integrato e modificato i primi, e da altri atti internazionali che hanno contribuito a connotare l'ordinamento comunitario.

Il diritto derivato comprende a sua volta tutti gli atti normativi assunti dalle istituzioni comunitarie sulla base delle previsioni primarie sopra ricordate. Il carattere "derivato" di questi atti si riferisce all'essere previsti dal diritto comunitario primario, che ne stabilisce le procedure di adozione, la forza ed il valore giuridico. Nella distinzione è implicito un criterio di gerarchia tra i due plessi normativi, con primazia del diritto primario.

Un secondo criterio è quello che distingue tra diritto posto dagli Stati in forma di atti internazionali e diritto proprio delle istituzioni comunitarie. In tal senso, i Trattati, pur se costituiscono la normativa di riferimento del sistema comunitario, rimarrebbero soggetti ai criteri propri degli atti internazionali; a differenza degli atti comunitari, il cui valore giuridico è tutto definito nello specifico contesto comunitario.

Un terzo criterio è poi quello che distingue a seconda del modo di produzione delle fonti del diritto comunitario. Abbiamo così, da un lato, il diritto scritto che è formato secondo procedure formalizzate negli stessi Trattati o in altri atti primari e derivati; dall'altro, il diritto di formazione giurisprudenziale, particolarmente rilevante nel sistema comunitario per l'opera pretoria della Corte di giustizia, da cui sono scaturiti i principi generali di diritto comunitario.

Sono stati poi proposti numerosi altri criteri, tra i quali merita ricordare quello che distingue tra le fonti tipiche, che nel sistema comunitario risultano formalizzate sia come tipi di atti che come relativo procedimento di formazione, e definite nella loro valenza giuridica; e le fonti atipiche, che ricomprendono atti del più svariato genere, parte rilevante delle quali definite con il termine volutamente ambiguo di soft law.

Di recente è apparsa la nozione di norma comunitaria di ordine pubblico, in precedenza conosciuta solo negli ordinamenti nazionali. Tale sarebbe, tra le altre, la disposizione di cui all'art. 81 [ex art. 85] Tr. CE, in quanto "*disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità*".

3. I TRATTATI COMUNITARI

Si è ricordato già più volte che i Trattati istitutivi della Comunità europea ed i molti successivi Trattati comunitari sono atti di natura internazionale, conclusi e ratificati secondo le procedure proprie degli atti internazionali. Ma si è altresì avvertito che i Trattati rappresentano la base fondamentale del sistema comunitario in quanto indicano gli obiettivi della Comunità e dell'Unione europea, connotano le competenze delle istituzioni, i loro poteri ed i reciproci rapporti, prevedono le forme di controllo giurisdizionale ed altri aspetti a rilevanza costituzionale, come le forme di loro revisione.

Così i Trattati svolgono un ruolo sostanzialmente costituzionale per l'ordinamento comunitario che ne discende ed impongono un metodo di interpretazione proprio delle norme costituzionali.

Sta diventando grave il problema del numero e della diversità dei Trattati comunitari, con una tendenza alla complicazione che a partire dall'Atto unico del 1986, si è fortemente accentuata. Il culmine di questa tendenza è stato raggiunto con il Trattato di Amsterdam del 1997, caratterizzato da una miriade di microinnovazioni che hanno generato un sistema di quasi impossibile interpretazione anche per i giuristi professionali. Né pare un particolare miglioramento la prassi della Commissione di dar vita dopo ogni nuovo Trattato ad un testo coordinato. Si tratta infatti di un documento il cui valore non è ufficiale; che lascia fuori previsioni contenute in atti diversi, ma a carattere sostanzialmente equipollente a quello dei Trattati; che soprattutto si limita ad assemblare disposizioni che hanno progressivamente disperso una coerenza istituzionale complessiva.

L'unica vera innovazione è stata la rinumerazione complessiva degli articoli del Trattato CE, prevista dal Trattato di Amsterdam e, a seguito della sua entrata in vigore dal 1° maggio 1999, numerazione ormai ufficiale.

4. I TRATTATI COME "COSTITUZIONE" COMUNITARIA

Dopo aver precisato i limiti degli attuali Trattati e richiamato i connotati internazionalistici di origine, va detto che essi hanno da tempo assunto il ruolo di costituzione comunitaria sia dal punto di vista funzionale, in quanto operano come vera e propria costituzione del proprio ordinamento giuridico, e sono percepiti come tale; sia da quello formale, quale complesso di norme supreme dell'ordinamento comunitario e sovraordinate anche rispetto alle norme degli ordinamenti degli Stati membri.

È la Corte di giustizia che ha contribuito in modo decisivo alla configurazione dei Trattati - costituzione. Nei Trattati stessi non si rinviene nessun riferimento espresso al tema, che invece è stato progressivamente forgiato dalla Corte, che con franchezza ammette questa operazione nel parere 1/91: "*come risulta dalla giurisprudenza*

consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere”.

5. UNA “COSTITUZIONE IN TRASFORMAZIONE”

Come risulta dalla giurisprudenza, la Corte utilizza l'espressione “costituzione europea” per segnare l'avvenuto completamento di un processo di interpretazione giurisprudenziale dei Trattati e dei caratteri dell'ordinamento europeo, iniziato fin dai primi anni Sessanta. Il principio, costantemente ribadito dalla Corte, è che l'origine internazionalistica dei Trattati non ne preclude un'autonoma rilevanza nell'ordinamento comunitario cui presiedono, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato in settori sempre più ampi alla propria sovranità, del quale sono soggetti anche i cittadini degli Stati membri, e che ha per caratteristiche fondamentali la supremazia sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme.

I Trattati costituiscono dunque un diritto superiore rispetto a quello degli Stati membri, secondo il criterio del *higher law status*. Sulla base di questa preminenza è stato possibile stabilire che, diversamente dai normali atti internazionali, con i Trattati comunitari gli Stati membri hanno limitato la propria sovranità, ed accettato il criterio integrazionistico, da cui discende tra l'altro il peculiare principio della *preemption*, secondo cui la disciplina comunitaria di una certa area preclude nuovi interventi per gli Stati membri se non nella misura consentita dal diritto comunitari

La lettura dei Trattati come costituzione comunitaria riverbera anche sulla questione dei limiti e delle condizioni alla revisione dei Trattati, che la Corte ha impostato sulla base dell'art. 236 Tr. CE (poi abrogato dal TUE) in modo diverso dai criteri del diritto internazionale relativi alle modifiche dei normali trattati, e simile invece a quello della revisione costituzionale negli ambiti nazionali con costituzione rigida. Nei Trattati comunitari, a differenza dei trattati internazionali ed in modo simile, invece, a quanto previsto per le costituzioni nazionali, esisterebbero infatti dei “valori costituzionali” che limiterebbero la possibilità di revisione.

La Corte è stata particolarmente chiara nell'affermare il rilievo di questi principi taluni dei quali espressamente previsti nei Trattati, come i principi di Stato di diritto,

di pluralismo culturale e di cittadinanza; altri sono facilmente individuabili in via di interpretazione dei Trattati, come il principio democratico e quello di giustizia sociale; altri infine sono stati elaborati dalla Corte di giustizia quali principi generali comuni alle esperienze costituzionali degli Stati membri e, quindi, patrimonio costituzionale comune (sui principi generali cfr. il par. 6). Questi valori costituzionali rappresentano un nucleo rigido che si oppone ad ogni possibilità di modifica del Trattati ed ispirano l'interpretazione di tutto il diritto comunitario, contribuendo ad assicurarne la coerenza complessiva.

Oltre ad aver contribuito in modo decisivo alla configurazione dei caratteri costituzionali dei Trattati comunitari, la Corte ha sostanzialmente esercitato un controllo di legittimità costituzionale comunitaria utilizzando una variegata gamma di tecniche giuridiche: con la procedura di controllo giurisdizionale di tutti gli atti comunitari derivati, prevista dall'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE; con un uso quanto mai penetrante dei poteri di interpretazione del diritto comunitario risultanti dalla procedura di rinvio pregiudiziale, di cui all'art. 234 [ex art. 177] Tr. CE; con la tutela dei diritti fondamentali attraverso la comunitarizzazione di molti principi generali, pur non espressamente previsti nei Trattati; con la verifica consultiva preliminare sulla conformità ai principi comunitari degli accordi internazionali con gli Stati terzi. È soprattutto tramite la procedura di rinvio pregiudiziale, sollecitata da un numero sempre più ampio di organi giudiziari nazionali sensibili alla dimensione comunitaria delle questioni al loro esame, che la Corte di giustizia ha finito per esercitare indirettamente un vero e proprio controllo di costituzionalità comunitaria sulla legislazione nazionale, rafforzando in tal modo la supremazia del diritto comunitario e la posizione del Trattato come costituzione.

La dottrina ha poi arricchito alcuni aspetti dell'elaborazione giurisprudenziale in riferimento alla peculiare caratteristica dei Trattati come "tappe" di un continuo processo di integrazione.

Non mancano peraltro voci critiche sulla configurabilità dei Trattati come costituzione, o per ragioni di tipo giuridico-formale o per la carenza negli attuali Trattati di aspetti considerati essenziali ai fini della loro possibile qualificazione costituzionale. Dal primo punto di vista è considerata ostativa la circostanza che manchi un atto costituzionale formalmente definito come tale e frutto di un originale processo costituente. Circostanza indubbia, ma che non rende impossibile la

configurazione della costituzione europea, basti pensare al caso britannico, ove non c'è una costituzione scritta ed unitaria, ed il processo costituente non si è verificato nei modi consueti, ma con una formazione progressiva ed aperta.

Altri autori evidenziano che la nozione di costituzione sarebbe inappropriata rispetto alla vicenda comunitaria. Pur scontando la sua peculiare connotazione, mancherebbe infatti una serie di elementi qualificanti l'idea di costituzione, come i fini ordinamentali, il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali e la loro giustiziabilità. Soprattutto, non sarebbe rinvenibile un nuovo soggetto politico che, in virtù di un atto costituente, possa considerarsi detentore della sovranità europea.

Le critiche non convincono. L'esperienza europea si manifesta indubbiamente come diversa; ma ciò non significa escludere il carattere costituzionale dei Trattati, bensì solo evidenziarne le peculiarità rispetto alle esperienze nazionali, analogamente ad ogni altra caratteristica del sistema comunitario.

6. I PRINCIPI GENERALI

Sulla base di due scarse disposizioni del Trattato CE, la prima (art. 230 [ex art. 173]: "*violazione del presente Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione*") di carattere generico, e la seconda (art. 288 [ex art. 215]: obbligo di risarcimento "*conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*") apparentemente connessa allo specifico tema della responsabilità extracontrattuale della Comunità, la Corte di giustizia è riuscita a creare un vero e proprio corpo organico di principi generali che svolgono una funzione essenziale per la protezione dei diritti degli individui e per la tenuta dell'ordinamento giuridico comunitario.

Due sono le funzioni dei principi generali: colmare le lacune del diritto comunitario e contribuire all'interpretazione delle regole scritte che hanno un incerto significato. Nel primo caso, che ancora una volta segna una profonda differenza della Comunità dalle altre organizzazioni internazionali ove il problema delle lacune non può neanche porsi, i principi generali sono usati come integrazione del diritto esistente (criterio dell'analogia juris); mentre nel secondo caso sono uno strumento per interpretarlo (criterio dell'analogia legis).

In tema di lacune, la Corte ha affermato sin dalla sentenza Algera del 1957 (12.7.1957 cause 7/56 e 3-7/58), la necessità di dare una risposta ai problemi non ben definiti dal diritto comunitario. In quell'occasione la Corte esaminava il problema della revoca degli atti amministrativi per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna previsione specifica. La Corte decise di risolvere comunque il problema per assicurare i diritti degli interessati, ed a tal fine derivò gli elementi utili dalle regole scritte, dalla dottrina e dalla giurisprudenza degli Stati membri.

Se il diniego di giustizia a seguito della constatazione di lacune era apparso alla Corte inaccettabile, non poteva che conseguirne il principio del superamento delle lacune stesse attraverso un'opera di interpretazione delle regole esistenti e dei principi dell'ordinamento, normalmente individuati in via giurisprudenziale.

Una volta scelto questo metodo, la Corte si è però trovata a creare giurisprudenzialmente importanti principi generali, più che a colmare particolari lacune.

Si è usi parlare dei principi generali del diritto elaborati dalla Corte di giustizia quale categoria omogenea di principi giuridici della stessa natura. In verità esistono tra questi principi notevoli differenze: la più importante è quella tra principi a carattere davvero generale, che risultano sul piano comunitario l'equivalente dei principi costituzionali fondamentali delle esperienze nazionali, e principi di carattere più definito, o meno qualificante il sistema complessivo. I primi hanno un evidente valore normativo, rappresentando la base di altre disposizioni, mentre i secondi sono principi che presiedono ad uno specifico settore. Tra i principi generali, dunque, ce ne sono alcuni più generali di altri e con una diversa forza giuridica, dato che i principi fondamentali sono allo stesso tempo un parametro di giudizio di altre disposizioni e direttamente efficaci nei confronti dei soggetti dell'ordinamento.

Esempi di principi generali del primo tipo sono il principio di legalità, il diritto alla tutela giurisdizionale, il principio di non discriminazione, il principio di eguaglianza. Tra questi principi si può poi distinguere tra principi effettivamente comuni agli Stati membri, che manifestano la medesima utilità "costituzionale" anche nell'ordinamento comunitario, e principi elaborati con specifico riferimento alle esigenze comunitarie, come il principio di leale cooperazione, il principio dell'effetto utile, il principio di

equilibrio istituzionale. Buona parte di questa problematica rifluisce in quella dei diritti fondamentali.

Del secondo tipo di principi generali, di carattere più definito ed usualmente definiti come principi generali amministrativi, sono esempi il diritto al contraddittorio, il principio di legittimo affidamento, il principio di proporzionalità, il principio di non retroattività degli atti amministrativi. Solo alcuni di essi sono comuni per gli Stati membri, mentre altri (come la tutela dell'affidamento) derivano da particolari esperienze di alcuni Paesi, che la Corte ha inteso generalizzare come all'ordinamento comunitario nel suo insieme in quanto funzionali allo sviluppo della Comunità e, da ultimo, dell'Unione.

Dalla "costituzionalizzazione" comunitaria di alcuni principi, va distinta la vera e propria codificazione, ovvero la sistemazione in regolamenti e direttive dei principi stessi, articolati per materia. Qua vale ancora di più l'esigenza di mantenere al sistema la maggiore flessibilità possibile, essendo l'integrazione sul versante amministrativo ancora molto da sviluppare. L'unico passo al momento consigliabile sembra quello per un consolidamento della legislazione comunitaria esistente in testi coordinati, chiari e facilmente leggibili - come le già ricordate direttive-testi unici del 1993 in tema di appalti pubblici - lasciando da parte l'idea di una vera e propria codificazione di cui non sembrano esservi ancora i presupposti.

7. GLI ATTI DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE. I REGOLAMENTI

I Trattati istitutivi, ed in particolare il Trattato CE (art. 249 [ex art. 189] su cui concentreremo l'attenzione, prevedono alcuni atti con i quali il Parlamento europeo congiuntamente con il Consiglio, il Consiglio e la Commissione, alle condizioni contemplate dal Trattato, provvedono all'assolvimento dei loro compiti. L'originaria versione dell'art. 249 [ex art. 189] si riferiva solamente al Consiglio ed alla Commissione, ma i successivi sviluppi in tema di funzione di indirizzo politico comunitario e di funzione normativa hanno visto espandersi continuamente il ruolo del Parlamento. Di questa tendenza sono esplicita espressione le nuove formulazioni degli artt. 249-252 [ex artt. 189-189C] previste dal Trattato Unione europea e dal Trattato di Amsterdam.

A questi atti propri della Comunità si dà usualmente il nome di diritto derivato, per sottolinearne la specificità comunitaria e la espressa base giuridica nel Trattato. Essi rappresentano una importante conferma della differenza dell'ordinamento comunitario rispetto alle normali organizzazioni internazionali, nelle quali non si rinviene un sistema di fonti ed atti pubblici così articolato e, soprattutto, con analoga incidenza nei diritti degli Stati membri.

L'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE contempla assieme regolamenti e direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri, malgrado la natura sostanzialmente diversa degli atti normativi (come i regolamenti) e degli atti amministrativi (come le decisioni ed i pareri). Ciò corrisponde alla impostazione iniziale del Trattato ove risultava relativamente indistinto il ruolo delle diverse istituzioni (che nel testo originario erano solo il Consiglio e la Commissione), il tipo di procedura decisionale e la natura stessa degli atti sopra ricordati. Il diritto comunitario in questo senso si distingueva dalla impostazione propria delle costituzioni nazionali, ispirate ad una distinzione di funzioni tra le rispettive istituzioni e ad una chiara classificazione degli atti da queste assunti.

I regolamenti, i più chiari atti normativi comunitari, sono atti approvati secondo le varie procedure previste dagli artt. 250-252 [ex artt. 189A-189C] Tr. CE, che hanno "portata generale" nel senso che di regola valgono per l'intero ambito della Comunità e per tutti i soggetti dell'ordinamento comunitario, secondo il criterio ben noto negli ordinamenti nazionali degli atti generali. Sono anche obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri. Ciò comporta l'illegittimità di una applicazione parziale, incompleta o selettiva dei regolamenti così come del mancato rispetto del regolamento per qualche peculiarità del diritto interno. Il criterio dell'astrattezza, ovvero del riferimento dell'atto ad una serie di fattispecie indeterminate aventi le medesime caratteristiche, non è espressamente previsto all'art. 249 [ex art. 189], ma viene pacificamente considerato come tipico dei regolamenti.

Le caratteristiche dei regolamenti come tipici atti normativi comunitari sono state da tempo colte anche dalla nostra Corte costituzionale, che nella sentenza n. 183/1973 rilevava che *"con l'art. 189 [ora art. 249] è stato attribuito al Consiglio e alla Commissione delle Comunità il potere di emanare regolamenti con portata generale al pari delle leggi statuali, forniti di efficacia obbligatoria in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, cioè*

immediatamente vincolanti per gli Stati e per i loro cittadini, senza necessità di norme interne di adattamento o di recezione”.

Si è soliti distinguere i regolamenti in regolamenti generali, o regolamenti senza aggettivazione specificativa, e regolamenti di esecuzione. I secondi assumono il carattere di completamento e dettaglio dei regolamenti generali (detti anche di base), e sono di regola adottati dalla Commissione in virtù del potere di esecuzione proprio o delegato dal Consiglio. In quanto regolamenti di esecuzione di precedenti regolamenti non possono contenere previsioni difformi o contrastanti con essi: pur se nei due casi si tratta sempre di regolamenti, con i caratteri giuridici propri di tale tipologia ai sensi del Trattato CE, tra i regolamenti generali ed i regolamenti di esecuzione si determina una gerarchia interna, che può originare l'annullamento dei regolamenti esecutivi per contrasto con quelli generali.

Le caratteristiche dei regolamenti enunciate nel Trattato fanno di questi atti le più rilevanti fonti del diritto comunitario, in quanto capaci di disciplinare omogeneamente in tutto lo spazio comunitario i soggetti pubblici e privati ivi operanti senza necessità di alcun recepimento da parte del legislatore nazionale, cui anzi in linea di principio è precluso ogni intervento al riguardo, secondo la rigorosa interpretazione della Corte di giustizia del principio di diretta applicabilità.

Secondo i criteri ben noti ai sistemi nazionali delle fonti circa la pubblicazione e la vacante legis, i regolamenti sono pubblicati sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee ed entrano in vigore dalla data che vi è prevista, oppure, in mancanza, dal ventesimo giorno dalla loro pubblicazione. Un'entrata in vigore immediata del regolamento deve trovare espressa motivazione, secondo la Corte di giustizia (sentenza Neumann, 13.12.1967, causa 17/67). La retroattività è di regola esclusa, ma può essere prevista a condizione che siano rispettati i principi generali e che ciò sia strettamente necessario per il fine perseguito. Quando i regolamenti sono adottati secondo la procedura di codecisione, di cui all'art. 251 [ex art. 189B], per sottolineare l'apporto del Parlamento vengono firmati dal Presidente del Parlamento europeo e dal Presidente del Consiglio.

Tutti i regolamenti, indipendentemente dalla procedura decisionale seguita, sono motivati e fanno riferimento alle proposte od ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del Trattato. L'obbligo di motivazione degli atti normativi comunitari li

caratterizza rispetto agli atti normativi di molti Stati membri in cui la motivazione non è prevista. Certo è che in nessun ordinamento nazionale si ritrovano atti normativi con un preambolo così esteso e motivato. Nello stesso senso rileva la perdurante configurazione della Comunità quale ordinamento a fini attribuiti, che impone normalmente che sia indicata la base giuridica dell'atto che si assume.

Il numero dei regolamenti comunitari assunti nel tempo dalle istituzioni è certamente consistente, sì che si pone adesso il problema di una razionalizzazione normativa attraverso una revisione dei regolamenti vigenti, una loro codificazione e l'utilizzo di fonti alternative. In particolare, il principio di sussidiarietà implica che su ogni iniziativa normativa sia effettuato un test di conformità con il nuovo criterio, che nel caso dei regolamenti implica anche la valutazione circa l'opportunità di usare tale strumento normativo che, in principio, nei settori disciplinati non lascia margini alle decisioni degli Stati membri. Per tali motivi il numero dei regolamenti tende a decrescere, a favore di un utilizzo maggiore di diversi atti fonte, dei vari atti definibili come soft law, e di strumenti di coordinamento di natura amministrativa.

8. LE DIRETTIVE

Secondo l'art. 249 [ex art. 189], Tr. CE, comma 3 *"la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolto per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi"*.

A differenza dei regolamenti sopra esaminati, che esprimono la peculiarità dell'ordinamento comunitario anche dal punto di vista delle fonti, le direttive riecheggiano di più le tradizionali relazioni di diritto internazionale ove un'organizzazione pone agli Stati membri, e solo ad essi, obbligazioni di risultato indicate in determinati atti, senza incidere sulla loro autonoma determinazione circa la ripartizione delle competenze sul piano interno, i modi ed i mezzi necessari a tal fine. Le direttive comunitarie si legano poi ai principi in tema di cooperazione degli Stati membri per assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato CE, come quello previsto all'art. 10 [ex art. 5], e come da ultimo quello di sussidiarietà.

Le direttive possono essere adottate secondo una delle procedure di cui agli artt. 250-252 [ex artt. 189A-189C]. Quando adottate con la procedura di codecisione sono cofirmate dal Presidente del Parlamento europeo e dal Presidente del Consiglio. Quando sono indirizzate a tutti gli Stati membri sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. La stessa pubblicazione è prevista per le direttive del Consiglio e della Commissione che sono rivolte a tutti gli Stati membri. In ambedue i casi, le direttive entrano in vigore alla data da loro stabilita o altrimenti dopo venti giorni dalla pubblicazione. Da questo momento inizia a decorrere il termine assegnato agli Stati membri per assumere i necessari atti di propria competenza; in caso di direttive particolarmente innovative o incidenti su complesse discipline nazionali, il termine concesso agli Stati può essere addirittura di anni, con differenziazioni ulteriori a seconda degli Stati.

Prima delle riforme procedurali introdotte dall'art. G.63 TUE, comma 63, del Trattato UE, l'efficacia delle direttive era sempre subordinata alla loro notifica agli Stati destinatari. Questa previsione rimane ora valida (cfr. il terzo comma dell'art. 254 [ex art. 191]) solo nei casi diversi da quelli esaminati, ovvero quando si tratti di direttive non rivolte a tutti gli Stati membri.

Gli obblighi che scaturiscono per gli Stati devono essere adempiuti con atti giuridicamente rilevanti per il diritto degli Stati membri destinatari, senza che vi sia alcun vincolo circa l'atto specifico da adottare. La scelta dipenderà dunque dal tipo di impegno posto dalla direttiva e dalla strumentazione giuridica propria di ciascuno Stato; ma sempre assicurando che le disposizioni della direttiva siano attuate con un'efficacia cogente incontestabile, e con specificità, precisione e chiarezza (sentenza 30.5.199L causa C-59/89). Semplici comportamenti o prassi amministrative in conformità agli obiettivi della direttiva non sono considerati dalla Corte di giustizia sufficienti per far ritenere adempiuti gli obblighi scaturenti dalle ricordate disposizioni del Trattato, non fosse altro ai fini della certezza del diritto e della piena garanzia delle posizioni degli individui (sentenza 19.5.1999, causa C-225/77).

Pur se la configurazione formale delle direttive è rimasta inalterata sin dal Trattato istitutivo della CE, esse sono gli atti comunitari che nella sostanza più si sono modificati rispetto al modello originario. Il loro contenuto è divenuto sempre più puntuale e dettagliato, sì da lasciare spesso ben pochi margini agli Stati destinatari. Per la diffusa situazione di inottemperanza degli Stati alle indicazioni delle direttive,

tipica dei due primi decenni, alla Corte di giustizia, è stato possibile elaborare la tesi della loro efficacia diretta una volta scaduti i termini per il loro recepimento, ed a condizione che il loro contenuto sia sufficientemente dettagliato.

Su altro piano, invece, la Corte non ha per il momento accolto un ulteriore sviluppo delle medesime premesse generali, ovvero l'efficacia orizzontale delle direttive nelle relazioni interpersonali. Pur se questa esigenza è divenuta fortunatamente meno avvertita per l'operatività allo stesso fine sostanziale di altre tecniche giuridiche recentemente affermatesi, come la nuova dimensione della responsabilità extracontrattuale degli Stati, e per una minor frequenza del fenomeno dell'inottemperanza agli obblighi posti dalle direttive, la posizione della Corte appare incoerente con le premesse.

Con il completamento dei principali adempimenti per la realizzazione del mercato interno, e con l'introduzione del principio di sussidiarietà sembra che si sia esaurita la fase di utilizzo massiccio delle direttive, specie a carattere molto dettagliato.

9. GLI ALTRI ATTI DELLE ISTITUZIONI

È da tempo chiaro che la tipologia di atti delle istituzioni prevista all'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE non esaurisce gli atti che possono essere assunti dalle istituzioni stesse. In tale disposizione sono solo considerati gli atti tipici, che non sono necessariamente i pilì importanti ai fini del processo di integrazione come dimostrato dagli atti definiti "conclusioni del Consiglio europeo", ovvero le linee guida politiche per lo sviluppo dell'Unione, e dalle Relazioni che lo stesso organo presentato al Parlamento europeo, che sintetizzano i risultati dei vari Consigli europei ordinari e straordinari, ove si definiscono le linee di azione e gli orientamenti politici generali della Unione (art. 4 [ex art. D] TUE).

Gli sviluppi comunitari e dell'Unione europea hanno portato ad una quantità di atti atipici, la cui varietà e pervasività è tale da mettere in discussione la qualifica di "atipicità", specie considerando che questi atti tendono a ricomporsi in categorie. La Corte di giustizia aveva inizialmente assunto un atteggiamento rigoroso, affermando che la Commissione non potesse fare ricorso ad atti diversi da quelli contemplati nel Trattato, a garanzia dell'applicazione uniforme del diritto comunitario.

Successivamente, è però prevalso un approccio pragmatico che, nell'implicito assunto della adottabilità di atti atipici, ne esamina di volta in volta le caratteristiche e la legittimità.

Per atti interni delle istituzioni si intendono gli atti con cui le istituzioni regolamentano la propria organizzazione ed il modo di funzionamento, e che per tale motivo esauriscono di regola la propria rilevanza giuridica nell'ambito dell'istituzione stessa. Ciò corrisponde ad una situazione ben conosciuta negli ordinamenti nazionali, ove gli organi costituzionali od a rilevanza costituzionale hanno il potere di autorganizzazione tramite atti normalmente privi di rilevanza esterna. È intuibile peraltro che taluni di detti regolamenti rilevino anche direttamente per tutti gli interessati, come nel caso del regolamento di organizzazione della Corte di giustizia che condiziona indirettamente le forme di tutela assicurate da tale istituzione, incidendo anche sul regolamento di procedura. È poi ben possibile che siano annullati atti di istituzioni che sono stati assunti in violazione dei propri regolamenti (si veda il caso Regno Unito c. Consiglio, 23.2.1988, causa 68/86).

Tra gli atti interni delle istituzioni vanno poi annoverati i molteplici atti di organizzazione non regolamentari, quali ordini di servizio, direttive interne, programmi di azioni, che sono destinati unicamente alle proprie strutture.

Passando all'esame degli atti atipici a rilevanza giuridica esterna, la prima categoria è quella degli atti politici e di alta amministrazione. Per atti politici si intendono gli atti con i quali le istituzioni competenti contribuiscono alla definizione delle linee guida dell'indirizzo politico comunitario. Tali sono principalmente le già ricordate conclusioni del Consiglio europeo e gli accordi interistituzionali; ma analoga natura è da riconoscere di volta in volta ad atti dalla varia denominazione (risoluzioni, orientamenti, ecc.) che esprimono la posizione politica delle istituzioni. In non pochi casi, gli atti tipici delle istituzioni sono preceduti da una risoluzione, atto del Consiglio con cui si delinea il quadro generale delle future iniziative comunitarie sulla materia.

In altri casi, poi, con "decisioni" il Consiglio ha approvato accordi internazionali o talune sistemazioni istituzionali, come la "comitologia". Ovviamente si tratta di atti diversi dalle decisioni quali atti tipici previsti all'art. 234 [ex art. 189] Tr. CE, di cui si dirà avanti.

Gli accordi interistituzionali e le dichiarazioni comuni rappresentano a loro volta l'espressione della comune posizione delle istituzioni su temi di alta rilevanza per la costituzione dell'Unione e della Comunità, ed hanno sicuro carattere di atti politici.

Altri atti, pur avendo una notevole valenza politica, rappresentano maggiormente il punto di snodo tra l'indirizzo politico e l'attività amministrativa, per cui meglio loro si addice la qualifica di atti di alta amministrazione. Un esempio è rappresentato dai "programmi generali" di cui parla il Trattato CE per certe politiche comunitarie (cfr. artt. 44 e 52 [ex artt. 54 e 63]), e che racchiudono le linee guida per l'azione della stessa istituzione che li ha adottati, ed il quadro di riferimento per tutti gli altri soggetti coinvolti, comunitari e nazionali. Vi si possono assimilare anche le conclusioni e le risoluzioni del Consiglio.

Sia per gli atti politici che per gli atti di alta amministrazione il problema della impugnabilità si pone nel sistema comunitario in modo non differente dal diritto nazionale. Si tratterà dunque di volta in volta di verificare la portata concreta degli atti in questione, ovvero se hanno natura direttamente rilevante e, in tal caso, se sono possibili forme di impugnativa diretta. In linea generale si può dire che nessuno di tali atti è in principio privo di effetti giuridici per i destinatari, con maggiore pregnanza nel caso degli atti di alta amministrazione. Il problema è particolarmente avvertito per i programmi generali o per altri atti a carattere programmatico che condizionano lo scenario delle imprese interessate, in certi casi determinando affidamenti cui sembra difficile non riconoscere un preciso rilievo giuridico.

Il terzo tipo di atti comprende i numerosissimi atti assunti dalle istituzioni per realizzare concretamente i compiti loro propri, in connessione o indipendentemente dagli atti tipici esaminati ai precedenti paragrafi. La tipologia di questi atti è veramente ampia, sì che al momento è solo possibile indicarne alcune linee guida.

Si tratta di atti normalmente non vincolanti, perciò usualmente definiti con il termine di *soft law*, ma che possono anche esserlo. Anche nel caso di atti non vincolanti, come di regola sono le comunicazioni, ne derivano sempre influenze giuridiche per i destinatari. Non diversamente dalle circolari interpretative di molti diritti nazionali, le comunicazioni esprimono infatti la posizione dell'istituzione competente e dunque possono essere disattese solo in virtù di specifica ed accurata motivazione che dia conto delle diverse ragioni di pubblico interesse fatte proprie dalle

istituzioni. In caso contrario, gli atti finali possono essere impugnati davanti ai giudici comunitari o nazionali, a secondo del tipo di atto. Più in generale, per gli atti aventi carattere endoprocedimentale (come le iniziative, le proposte e le richieste) valgono le regole note nei diritti nazionali circa la loro impugnabilità solo in particolari circostanze, in cui si determina una immediata vincolatività per i soggetti terzi.

In questo quadro le comunicazioni hanno assunto un ruolo molto importante, dato che rappresentano lo strumento usato dalla Commissione per rendere note agli interessati le posizioni comunitarie. Per la primaria funzione di informazione, per la mancanza di una chiara base giuridica e per il vario contenuto effettivo che possono assumere, le comunicazioni trovano il loro più vicino riferimento nazionale nelle circolari.

Il motivo principale della grande diffusione degli atti di soft law consiste nella sempre maggiore integrazione che si verifica all'interno del sistema comunitario e dell'Unione, che rende necessarie nuove forme di coordinamento ed indirizzo espresse con atti diversi da quelli tipizzati nei Trattati, di carattere eminentemente amministrativo, rivolti ai vari organismi comunitari e/o alle amministrazioni nazionali operanti in senso comunitario.

10. LE PROPOSTE PER UNA SISTEMAZIONE DELLE FONTI

A conclusione di questo Capitolo dovrebbe risultare ben chiaro lo stato di confusione che contraddistingue l'intera problematica delle fonti.

Le proposte presentate si incentrano sulla introduzione nel sistema comunitario di un preciso criterio di classificazione degli atti, accompagnato da un corrispondente ordine gerarchico degli atti stessi, secondo quanto ipotizzato nella dichiarazione n. 16 annessa al Trattato UE e in armonia con alcune aperture della giurisprudenza comunitaria, ove si è fatto ricorso alla nozione di gerarchia delle norme per distinguere tra atti legislativi ed atti di attuazione (cfr. Tribunale di primo grado, sentenza 8.6.1995, causa T-9/93). Più in particolare, il sistema delle norme dovrebbe comprendere le leggi costituzionali, le leggi ordinarie o quadro, atti regolamentari a carattere esecutivo, secondo un disegno generale familiare ad una parte dei sistemi costituzionali degli Stati membri.

Pur condividendo l'intento dei proponenti per una adeguata chiarificazione del quadro complessivo, oggi palesemente inadeguato rispetto alle esigenze di certezza del diritto, di conoscibilità delle regole, di trasparenza e responsabilità, è facile comprendere perché non ci sono ancora le premesse per l'affermazione di queste proposte.

Si consideri anzitutto che vi sono Stati membri ove non esiste una chiara classificazione delle fonti e degli atti pubblici, e tanto meno un loro criterio ordinatore gerarchico. In secondo luogo, molti ritengono che siano tuttora attuali le ragioni originarie per la configurazione volutamente ambigua degli atti comunitari, in particolare il bilanciamento tra le diverse istituzioni ed il sovrapporsi delle funzioni. In terzo luogo, molti oppositori si rifanno alla necessità di non valorizzare nessun elemento dell'ordinamento comunitario che porti a rafforzarlo rispetto agli Stati membri, contribuendo di fatto e di diritto allo sviluppo di principi federalistici.

Il motivo assorbente sta comunque nell'impossibilità di realizzare la riforma del sistema delle fonti prima o al di fuori di una revisione istituzionale generale del sistema comunitario e dell'Unione. È ovvio infatti che il quadro degli atti pubblici di qualsivoglia ordinamento sia una parte strettamente compenetrata agli altri snodi costituzionali del sistema, e non certo una variabile indipendente. Una chiara classificazione degli atti comunitari sarà dunque possibile solo quando troverà una compiuta sistemazione il modello istituzionale complessivo della Comunità.

1. IL MODESTO RILIEVO INIZIALE DELLA TEMATICA DEL PROCEDIMENTO

La rilevante influenza del diritto amministrativo di alcuni Stati membri nella fase di avvio della Comunità ha determinato la trasposizione nel nuovo ordinamento dell'approccio tradizionale, secondo cui ciò che giuridicamente rileva è il provvedimento che conclude il procedimento segnando il rapporto amministrazione-singolo, e rispetto al quale sono esperibili i rimedi giurisdizionali. Le varie evenienze che precedono la conclusione del procedimento rimangono in una dimensione pregiuridica o, al più, sono rilevanti solo in modo indiretto, ed in ogni caso filtrate dal provvedimento finale.

Questo tipo di approccio risentiva anche dell'influenza del diritto privato per cui anche gli atti amministrativi sono da distinguere in "meri atti" ed "atti negoziali", a seconda se endoprocedimentali o conclusivi del procedimento e quindi a diretta rilevanza esterna, con la conseguenza che di regola non sono giuridicamente rilevanti le fasi preliminari alla conclusione provvedimento del procedimento.

Anche quando gli atti amministrativi sono stati considerati con nuovi strumenti concettuali pubblicistici, il loro procedimento di formazione è stato a lungo ritenuto marginale in quanto afferente a criteri di buona organizzazione più che a problematiche giuridiche.

La giurisprudenza amministrativa aveva da tempo indicato che nello svolgimento del procedimento si potevano determinare illegittimità di vario tipo, dando così implicitamente rilievo giuridico al procedimento stesso ed alle sue fasi.

Il particolare rilievo del provvedimento amministrativo nella scienza giuridica e nella giurisprudenza accomunava, grosso modo, tutti gli ordinamenti degli Stati fondatori della Comunità e dunque si trasferì facilmente anche nel nuovo contesto. Lo stesso Trattato di Roma risente di questo approccio.

Altri e più rilevanti motivi erano collegati ai tratti specifici dell'ordinamento comunitario nella sua fase iniziale, di cui merita richiamarne almeno tre: la

configurazione del sistema comunitario quale ordinamento con fini particolari; la tendenziale indistinzione tra atti normativi ed amministrativi; il generale modesto rilievo delle problematiche amministrative.

Per quanto riguarda il criterio delle competenze di attribuzione, che come è intuibile come rilevi in modo diretto sull'intera problematica amministrativa, e quindi anche sui procedimenti amministrativi: il ruolo dell'amministrazione è infatti direttamente proporzionale all'espandersi delle competenze, così come alla "forma di Stato" comunitaria. In un sistema inizialmente configurato come variante di un'organizzazione internazionale, con una struttura amministrativa propria estremamente ridotta ed incentrata sul principio della esecuzione indiretta, era naturale che i procedimenti amministrativi non avessero un particolare rilievo.

I medesimi caratteri originari della Comunità spiegano anche la ragione della apparente indistinzione tra gli atti normativi e gli atti amministrativi. Del resto, il principio della esecuzione indiretta delle politiche comunitarie attraverso le amministrazioni degli Stati membri portava a considerare come eccezionali i procedimenti amministrativi comunitari, ed a rimandare l'approccio scientifico per le problematiche comunitarie ai modelli propri degli ordinamenti nazionali; in tal modo non favorendo un'autonoma riflessione sul tema dei procedimenti.

2. LE RAGIONI DELLA SUCCESSIVA EVOLUZIONE

Il quadro ora descritto è però progressivamente mutato, sia negli ordinamenti nazionali che nel sistema europeo.

Nell'ambito nazionale il tema del procedimento amministrativo si è affrancato dalle influenze privatistiche, ed è apparsa in tutta evidenza la differenza tra le manifestazioni della autonomia privata e le attività amministrative con cui si perseguono gli interessi pubblici. Di seguito, nella prospettiva amministrativa compiutamente acquisita, il procedimento si è imposto tra i problemi giuridici di maggior rilievo in quanto cruciale tanto per l'interesse pubblico quanto per quello dei privati, ribaltando l'iniziale prospettiva.

Anche nel diritto positivo vi è stata una notevole evoluzione, con vari Stati che hanno approvato leggi sul procedimento, sia di carattere organico e molto dettagliato come in Germania con la legge sulla procedura amministrativa del 1978; sia con leggi di principi, come in Spagna con la legge sulla procedura amministrativa comune del 1992, ed in Italia con la legge n. 241/1990. Addirittura, alcune recenti costituzioni prevedono principi in tema di procedimenti: così, la Costituzione spagnola all'art. 105, circa il diritto degli interessati ad essere ascoltati; la Costituzione portoghese agli artt. 267-268, sulla partecipazione dei cittadini alla procedura amministrativa e sulla pubblicità della stessa; la Costituzione greca del 1975 sul principio di *audi alteram partem*.

Negli Stati che hanno inteso mantenere un tipo di disciplina del procedimento sostanzialmente giurisprudenziale, come in Francia e in Inghilterra, il tema del procedimento è risultato egualmente centrale nel dibattito sull'amministrazione, per le medesime ragioni generali sopra evidenziate. La diversità è dunque solo nella tecnica giuridica utilizzata.

Una decisa evoluzione si è avuta anche nell'ambito comunitario. I fini dell'ordinamento comunitario si sono velocemente espansi sia in modo esplicito - specie con l'Atto unico europeo ed il Trattato sull'Unione europea - che attraverso una serie di tecniche espansive, confermate o addirittura create dalla Corte di giustizia.

Allo stesso risultato porta la crisi del principio dell'esecuzione indiretta, almeno nella sua accezione più rigida che porta a considerare eccezionali gli interventi diretti comunitari ed a delineare una chiara distinzione tra le due sfere, comunitaria e nazionale. Una delle maggiori conferme dell'improprietà della distinzione tra le due forme di esecuzione è data dalla diffusione dei procedimenti composti. Con questo termine si intendono quei procedimenti che si svolgono in parte nella sfera comunitaria ed in altra parte nella sfera nazionale, finalizzati al perseguimento di obiettivi comunitari. I settori ove maggiormente si hanno questi procedimenti composti sono la concorrenza e gli aiuti di Stato. Un forte aumento di questi procedimenti deriva dall'attuazione del principio di sussidiarietà e del connesso criterio delle competenze concorrenti.

Vi sono poi altri sviluppi che si riferiscono specificamente al tema dei procedimenti amministrativi. Così, l'interpretazione di una serie di disposizioni generali dei Trattati come riferibili anche ai procedimenti; la progressiva distinzione tra atti e procedimenti normativi ed amministrativi; la disciplina di alcuni importanti aspetti come il diritto di accesso; la consolidazione in diritto derivato di interi procedimenti amministrativi di settore, come nel caso degli appalti pubblici; la rilevanza generale di queste discipline di settore che, pur essendo riferite alle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, sono considerate applicabili anche agli analoghi contratti da concludersi dalla Commissione e dagli organismi comunitari, nonché contenenti principi rilevanti anche per altri procedimenti.

Il fattore più rilevante per il nuovo ruolo assunto dai procedimenti amministrativi è stata comunque la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'elaborazione dei principi generali di diritto comunitario, molti dei quali sono specificamente principi sul procedimento.

Se i principi generali acquisiti dall'esperienza di uno o più Stati membri rappresentavano l'espressione dell'influenza originaria dei diritti amministrativi nazionali sulla Comunità, i nuovi principi rifluiscono sui sistemi nazionali secondo un moto circolare che tende oggi a spostare verso la Comunità il principale centro motore delle innovazioni.

Un importante contributo per la rilevanza giuridica del procedimento è derivato anche dal Consiglio d'Europa, che ha promosso una serie di risoluzioni e

raccomandazioni in tema di garanzia del giusto procedimento e di prevenzione procedimentale della *maladministration*.

L'art. 6, c. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile...") è stato poi inteso dalla Corte di Strasburgo in senso assai estensivo, sì da ricomprendere ogni tipo di procedura il cui esito si riflette su diritti di carattere privato. Il concetto di "tribunale" è stato interpretato come inclusivo anche di organi amministrativi; così come il "diritto di carattere civile" non è stato ristretto ai casi strettamente privatistici di controversie tra persone o tra persone e pubbliche autorità che agiscono come persone private, ampliandosi a ricomprendere fattispecie come l'esercizio delle professioni, la gestione di cliniche private, i procedimenti disciplinari, l'esercizio di attività commerciali soggette ad autorizzazione. L'influenza di questa giurisprudenza è risultata particolarmente rilevante anche per quanto attiene lo sviluppo di forme procedurali a carattere giustiziale in molti Paesi.

Dalla somma dei vari fattori ora esaminati, univocamente scaturenti dalle risultanze del diritto comparato, dalle esperienze dei vari Stati membri, dagli sviluppi propri del sistema comunitario e dalle iniziative di altri organismi internazionali come il Consiglio d'Europa, risulta conclusivamente che il procedimento amministrativo è tematica di assoluta centralità anche nell'ordinamento comunitario.

3. LE DISPOSIZIONI DEI TRATTATI RILEVANTI PER IL PROCEDIMENTO

In questo paragrafo si esaminano i principi dei Trattati che rilevano per la tematica del procedimento amministrativo.

Viene per primo in evidenza il **principio di legalità**, implicitamente previsto agli artt. 220 [ex art. 164] e 230 [ex art. 173] Tr. CE, e considerato dalla giurisprudenza principio inerente al complessivo sistema comunitario, quale "Comunità di diritto".

Per la circostanza che il principio di legalità è l'unico principio veramente comune a tutti gli Stati membri, e per la sua centralità nella costruzione dell'ordinamento comunitario, è dato per pacificamente acquisito.

Questa posizione è condivisibile in quanto, da un lato, il principio di legalità è ormai inteso, anche negli Stati membri, come sottoposizione dell'amministrazione al diritto in generale, e non specificamente alla legge; dall'altro, implica che l'attività amministrativa debba sempre trovare una base giuridica nei Trattati e nel diritto derivato. Come è stato precisato nella sentenza *Höchst AG* (21.9.1989, cause 46/87 e 227/88), in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei poteri pubblici nella sfera dell'attività privata di qualsiasi persona, fisica o giuridica, devono essere fondati sulla legge e giustificati dai motivi contemplati dalla legge. Il principio di legalità diviene, in tal modo, il principio primigenio da cui tutti gli altri finiscono per derivare.

Altro rilevante **principio** è quello **di eguaglianza**, spesso considerato in termini di divieto di discriminazioni e quindi riferito all'art. 12 [ex art. 6] Tr. CE (divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità) od all'art. 141 [ex art. 119] Tr. CE (criterio della parità di retribuzione tra uomini e donne) o ad altre simili disposizioni dei Trattati; ma che la più attenta giurisprudenza connette all'esigenza generale che l'amministrazione operi in modo corretto ed imparziale, prendendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti, ogni volta che disponga di un potere discrezionale.

Come per il principio di legalità, anche per il principio di eguaglianza il Trattato CE non aveva un'espressa previsione. Ma la comune esperienza costituzionale ed amministrativa degli Stati membri nel riconoscerlo come principio fondamentale ha fatto sì che si desse sempre per implicita una siffatta configurazione anche nell'ordinamento comunitario.

In riferimento al profilo, che qui più interessa, dell'eguaglianza nell'applicazione del diritto, secondo la lettura datane dalla giurisprudenza il principio implica che non si trattino diversamente situazioni analoghe o che non si trattino allo stesso modo situazioni diverse. Importanti svolgimenti giurisprudenziali del principio si sono avuti nei procedimenti relativi al personale comunitario, alla concorrenza ed al mercato, alle cd. azioni affermative.

Con il Trattato di Amsterdam il principio di eguaglianza è stato inserito tra i principi generali del diritto comunitario primario, almeno nell'accezione di non discriminazione. Per il nuovo comma dell'art. 3 (numerazione non modificata) Tr. CE, "l'azione della Comunità a norma del presente articolo mira a eliminare le

ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne". Per il nuovo art. 13 [ex art. 6A] dello stesso Trattato, poi, il Consiglio con determinate procedure può prendere i provvedimenti opportuni "per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".

Con il Trattato sull'Unione europea del 1992 è divenuto **principio** generale "costituzionalizzato" anche quello **di proporzionalità**, o, meglio, una delle accezioni di questo complesso principio. L'art. 5 [ex art. 3B] Tr. CE prevede infatti all'ultimo comma che "l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato". Vuoi per il limitato interesse di questa accezione del principio di proporzionalità per la tematica del procedimento, vuoi per il carattere spiccatamente giurisprudenziale che ancora è proprio in generale del principio, lo si esaminerà meglio di seguito, nel contesto dei principi elaborati dalla Corte di giustizia che sono direttamente riferibili al procedimento (cfr. par. 4).

Anche l'art. 10 [ex art. 5] Tr. CE, cui si è fatto già molteplice riferimento per vari altri profili, ha una diretta rilevanza per la materia esaminata. In effetti il principio di leale cooperazione fra Stati membri e istituzioni comunitarie è una delle più innovative disposizioni tra quelle dell'originario Trattato CE, che ha consentito alla Corte di giustizia di trarne una serie impressionante di corollari quale criterio generale della condotta tenuta dagli Stati membri e dalle istituzioni comunitarie. Basti ricordare la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello comunitario da parte delle amministrazioni nazionali, e la responsabilità degli Stati membri per omessa o ritardata trasposizione del diritto comunitario.

Le implicazioni maggiori del principio stanno proprio sul versante amministrativo, in quanto su tale base è stato possibile alla Commissione di prescrivere una serie di adempimenti e indirizzi per le amministrazioni nazionali coinvolte nei procedimenti a rilevanza comunitaria. Ciò è particolarmente rilevante nella prospettiva dei procedimenti amministrativi perché determina un ulteriore attenuarsi della distinzione tra esecuzione diretta e indiretta, a favore di un modo di esecuzione congiunto degli impegni comunitari, ora confermato dal criterio del "fare assieme" che è uno dei maggiori significati del principio di sussidiarietà.

Per quanto riguarda appunto la **sussidiarietà** prevista dall'art. 2 [ex art. B] Tr.

UE e dall'art. 5 [ex art. 3B] Tr. CE, ai nostri fini tale principio diviene un essenziale riferimento per i procedimenti composti. Tali procedimenti hanno per caratteristica di combinare fasi sia comunitarie che nazionali, con un ordine che dipende dalle singole fattispecie e che prevede una conclusione con atti nazionali o comunitari, a seconda del tipo di competenza e dell'interesse perseguito.

Se l'accezione istituzionale o, altrimenti detta, "verticale" del principio di sussidiarietà è di diretta valenza per il tema qua esaminato, meno finora studiata, ma probabilmente ancora più ricca di significato, è l'accezione "orizzontale" dello stesso principio. Si tratta della valenza della sussidiarietà ai fini della possibile delimitazione della sfera pubblicistica a fronte di quella privata, che con altri fattori è alla base delle tendenze nazionali alla progressiva liberalizzazione di attività altrimenti soggette ad un forte condizionamento pubblico, ed anche, in una più ridotta dimensione, delle tendenze alla semplificazione dei procedimenti amministrativi. Il tema è, come noto, particolarmente sviluppato in Italia a partire dalla legge n. 241/1990.

Anche la problematica dei diritti fondamentali ha una diretta incidenza sul procedimento amministrativo. I diritti fondamentali, già da tempo richiamati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, hanno fatto il loro ingresso espresso nel diritto comunitario in occasione del Trattato sulla Unione europea (art. F [ora art. 6], c. 2), per quanto in modo ambiguo relativamente alla loro giustiziabilità (cfr. infatti l'art. L [ora art. 46] sulle limitate competenze della Corte di giustizia). Con il recente Trattato di Amsterdam si è, da un lato, fortemente rafforzato il richiamo ai principi fondamentali nell'art. 6 [ex art. F], c. 1, TUE riformulato ("l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri"); dall'altro, si è assicurata la loro tutela giurisdizionale con la modifica dell'art. 46 [ex art. L] TUE, ora richiamato. Per quanto rileva ai fini del procedimento amministrativo, basti richiamare il principio del giusto procedimento e tutte le sue implicazioni.

Vanno infine richiamate altre disposizioni dei Trattati a carattere più particolare, ma egualmente di rilevante importanza per la tematica qua in esame. Così, in particolare, il principio circa l'obbligo di motivazione degli atti comunitari, di cui all'art. 253 [ex art. 190] Tr. CE; ed il principio circa l'obbligo per il Consiglio o la Commissione di consultare in certi casi organismi a rilevanza costituzionale comunitaria, come il Comitato economico sociale (art. 262 [ex art. 198] Tr. CE) e il

Comitato delle regioni (art. 265 [ex art. 198C] Tr. CE).

Per quanto riguarda l'obbligo di motivazione, l'art. 253 [ex art. 190] Tr. CE è direttamente rivolto agli atti tipici e vincolanti previsti negli articoli precedenti dello stesso capo, ma una volta riconosciuti legittimi anche gli atti atipici la disposizione è stata estesa a tutti gli atti comunitari, come espressione di principio generale.

Nel quadro del procedimento amministrativo, "l'obbligo di motivare le decisioni individuali ha il duplice scopo di permettere, da un lato, agli interessati di conoscere le giustificazioni del provvedimento adottato al fine di difendere i loro diritti e, dall'altro, al giudice comunitario di esercitare il suo sindacato sulla legittimità della decisione" (Tribunale di primo grado, sentenza 17.6.1998, causa T-174/95; Corte di giustizia, sentenza 14.2.1990, causa C-350/88).

Infine, per quanto riguarda l'espressione dei pareri obbligatori da parte del Comitato economico-sociale e del Comitato delle regioni, essi possono essere previsti tanto in procedimenti normativi, quanto in procedimenti amministrativi, che qui più direttamente interessano. La loro funzione è del tutto simile a quanto avviene negli ordinamenti nazionali per analoghi organismi, che per natura giuridica e funzioni non solo di carattere consultivo sfuggono ad una qualificazione direttamente amministrativa, pur se partecipano in modo obbligatorio a procedimenti di tal genere. Un ruolo specificamente amministrativo è proprio invece dei numerosi comitati, detti appunto consultivi, previsti da regolamenti e direttive quali strumento di assistenza (e di condizionamento) della Commissione da parte degli Stati membri, nonché quale occasione di partecipazione dei rappresentanti delle categorie interessate e di utilizzazione di esperti indipendenti (cfr. Cap. VIII, par. 3).

4. I PRINCIPI GENERALI ELABORATI DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

Si esaminano adesso i principi generali che sono il frutto della giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia e che non sono stati finora recepiti nei Trattati, se non per profili particolari come nel caso del principio di proporzionalità e di quello di buona amministrazione.

Tra i molti principi generali rilevanti per il procedimento amministrativo, vanno

ricordati i **principi di certezza del diritto, di proporzionalità, di legittimo affidamento, di buona amministrazione, sul diritto ad essere ascoltati**. Alcuni di questi principi comunitari derivano direttamente da un particolare ordinamento nazionale (è il caso, ad esempio, della proporzionalità propria in origine dell'ordinamento tedesco), altri sono di generale accettazione negli Stati membri (come il principio di certezza del diritto). Ma anche nei casi di principi apparentemente "nazionali", possiamo constatare che in forme più o meno simili sono conosciuti anche da molti altri ordinamenti.

Passando ad esaminare singolarmente alcuni principi generali di carattere esemplare, quello di **certezza del diritto** implica che i soggetti dell'ordinamento comunitario siano garantiti circa il quadro giuridico della loro azione e dei rapporti con le istituzioni e gli organismi comunitari. In particolare, il principio è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario (Tribunale di primo grado, sentenza 25.3.1997, causa T-37/97). Si tratta di un tipico svolgimento dell'idea generale di Stato di diritto che si lega strettamente ad altri principi, come la tutela del legittimo affidamento.

È tipico il caso della revoca degli atti amministrativi illegittimi, che fin dalla prima giurisprudenza comunitaria ha fatto discutere circa il fondamento ed i limiti di questo potere. Mutuando l'impianto dai diritti amministrativi nazionali, la posizione della giurisprudenza comunitaria è nel senso di ammettere la revoca solo entro un termine ragionevole, ed alle condizioni che non siano in gioco situazioni giuridiche soggettive costituite da un atto individuale valido, e che non sia violata la tutela del legittimo affidamento. Il principio della irrevocabilità degli atti amministrativi è infatti un fattore di certezza del diritto e di stabilità delle situazioni giuridiche (Corte di giustizia, sentenza *BASF* del 27.2.1992, causa cit.).

Sono invece di regola vietati atti amministrativi con efficacia retroattiva, ovvero anteriore al momento in cui è stato assunto od alla data della sua notificazione o pubblicazione. Ma si ammette la retroattività quando ciò sia necessario per il fine perseguito e sia rispettato il principio del **legittimo affidamento**.

Vi è una vasta giurisprudenza anche in tema di rapporto tra recupero di aiuti di Stato dichiarati incompatibili e principio di affidamento legittimo. La posizione che si è saldamente affermata è nel senso che, in materia di aiuti, il legislatore comunitario

non ha fissato alcun termine di prescrizione per l'azione della Commissione, né tale termine è deducibile in via analogica; e che il beneficiario può vantare un legittimo affidamento solo quando l'aiuto sia stato concesso nel rispetto delle norme del Trattato (Tribunale di primo grado, III sez., sentenza 15.9.1998, cause T-126, 127/96; ma vedi, adesso, il regolamento 22.3.1999, n. 659).

Come si vede, è continuo il collegamento tra il principio di certezza del diritto e quello di legittimo affidamento, che in modo diretto mira a proteggere le situazioni consolidate, ad esempio a fronte di revoche illegittime, soprattutto in presenza di circostanze di fatto che giustificano un ragionevole affidamento ingenerato nei destinatari da parte di organi comunitari.

Un altro principio cui la giurisprudenza comunitaria ha fatto largo ricorso è quello di **proporzionalità**. Il principio è conosciuto specificamente in alcuni ordinamenti nazionali, come Germania e Francia, ed in modo parzialmente diverso in molti altri ordinamenti. Si tratta di un principio ad ampio spettro di applicazione, incentrato sul rispetto dell'equilibrio tra obiettivi perseguiti e mezzi utilizzati, che riguarda in egual modo l'azione della Comunità e l'azione degli Stati membri. In tal senso, le pubbliche autorità non possono stabilire obblighi e restrizioni alla libertà degli interessati in misura diversa da quella necessaria nel pubblico interesse per raggiungere lo scopo cui è preposta l'autorità responsabile; e sempre ovviamente che si tratti di provvedimento davvero necessario.

I settori ove più è stato utilizzato il principio di proporzionalità sono quelli degli aiuti di Stato, dell'organizzazione dei mercati, delle sanzioni per violazione di disposizioni comunitarie.

Va comunque sin d'ora precisato che nel diritto comunitario sono distinti il vizio di sviamento di potere (di cui all'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE) e la violazione del principio di proporzionalità. Un'importante applicazione recente è data dal caso della "mucca pazza", ove i provvedimenti della Commissione in tema di protezione contro l'encefalopatia spongiforme bovina sono stati considerati validi tanto in riferimento allo sviamento di potere, quanto al principio di proporzionalità (Corte di giustizia sentenza 5.5.1998, causa C-157/96). Nell'occasione, la Corte ha ribadito che il principio di proporzionalità richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente

perseguiti dalla normativa di cui trattasi.

Il diritto ad essere ascoltati nel corso del procedimento amministrativo è un altro principio generale elaborato dalla Corte di giustizia fin dalla sentenza *Alvis* (4.7.1963, causa 32/63), svolgendo le varie implicazioni dello Stato di diritto e dunque riconoscendolo come principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità, che risponde alle esigenze della giustizia e della buona amministrazione.

Il principio è stato individuato in riferimento specifico ai procedimenti afflittivi, al fine di consentire agli interessati di poter esporre le proprie ragioni ed avere al riguardo una risposta motivata da parte degli organismi cui compete la responsabilità del procedimento, così rafforzando la loro tutela. Si sono anche avute applicazioni del principio nel diritto della concorrenza e per le questioni del pubblico impiego comunitario.

La complessità e varietà dei procedimenti amministrativi suggerisce di introdurre una previsione generale sul diritto ad essere ascoltati nel diritto scritto della Comunità, assicurando così maggiore chiarezza operativa ad un principio di cui nessuno contesta la particolare rilevanza. In tal modo potrebbe anche essere risolta un'ambiguità dell'attuale giurisprudenza, che mentre da un lato afferma il carattere fondamentale del principio, dall'altro sostiene che per aversi l'annullamento di un provvedimento per violazione del principio stesso va dimostrato che, in mancanza di tale irregolarità, la procedura avrebbe potuto portare ad un diverso risultato.

Per quanto riguarda infine il principio di **buona amministrazione**, sino al Trattato UE è stato discusso se i molti richiami ad esso nella giurisprudenza comunitaria si riferissero ad un vero e proprio principio generale o non soltanto ad una variante del principio di legalità. Non mancava addirittura chi metteva in discussione la giuridicità del principio.

In verità, siamo di fronte ad uno svolgimento del principio di legalità che non assume caratteri nettamente distinti. L'unico tratto peculiare è l'enfasi posta sul rispetto dei criteri di efficienza e di efficacia, e quindi di ogni parametro di buona amministrazione ivi comprese regole tecniche ed interne. Alla "buona amministrazione" si è così fatto riferimento per assicurare la tempestività dell'azione amministrativa e la capacità funzionale dell'amministrazione. Difficilmente la

giurisprudenza comunitaria ha fatto esclusivo richiamo alla buona amministrazione per affermare l'illegittimità di certi atti, accompagnando preferibilmente la conclusione al principio del legittimo affidamento o ad altri principi di più chiara configurazione.

5. LE FASI DEL PROCEDIMENTO

Dopo aver considerato i principi generali che rilevano per la disciplina del procedimento amministrativo, possiamo esaminare l'articolazione delle varie fasi del procedimento stesso, distinguendo tra **procedimenti comunitari**, espressione della cd. esecuzione diretta; **procedimenti nazionali a rilevanza comunitaria**, espressione della cd. esecuzione indiretta; e **procedimenti composti**, che sono l'espressione della integrazione funzionale tra le due amministrazioni.

I procedimenti amministrativi comunitari sono abbastanza limitati dal punto di vista quantitativo e, come detto, non hanno una disciplina generale. Dalle norme particolari che sono previste per determinate procedure e dalla giurisprudenza in materia risulta che l'articolazione dei procedimenti comunitari non si discosta significativamente dal modello generale dei procedimenti nazionali, sia per quanto attiene alla sequela delle varie fasi che ai caratteri delle stesse.

Circa l'inizio del procedimento, l'iniziativa può derivare dall'amministrazione responsabile della decisione finale, da altra amministrazione o dagli interessati. La peculiarità comunitaria sta nella previsione di un speciale mezzo di ricorso per i casi in cui vi sia da parte del Consiglio e della Commissione la violazione di un obbligo di provvedere. Si tratta del **ricorso in carenza** di cui all'art. 232 [ex art. 175] Tr. CE, che si riferisce tanto alla mancata conclusione di un procedimento quanto, come qui interessa, anche al suo mancato inizio (situazione più frequente della prima). Nel caso in cui la contestazione muova dagli Stati membri o dalle altre istituzioni della Comunità per violazione di un obbligo di provvedere previsto dal Trattato, il ricorso è ricevibile solo se l'istituzione in causa sia stata preventivamente richiesta di agire. Alle medesime condizioni, il ricorso può essere proposto anche da ogni persona, fisica o giuridica, per contestare ad una delle istituzioni della Comunità di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere (art. 232 [ex art. 175], ult. comma). Il rimedio ora descritto avverso l'inerzia delle

istituzioni comunitarie è speculare a quello di cui all'art. 226 [ex art. 169] Tr. CE per l'inerzia degli Stati membri, che sarà tra breve esaminato.

Una volta iniziato il procedimento, ne sono informati i diretti interessati nelle forme consuete, ovvero per notifica diretta o per pubblicazione. Il punto non è oggetto di una previsione generale analoga a quella che in Italia è data nell'art. 7 della legge n. 241/1990, ma da una miriade di previsioni particolari con modalità diverse; ciò malgrado, è considerato espressione di un principio generale di informazione e partecipazione degli interessati.

Circa l'ambito dei soggetti interessati, di regola i diritti procedurali sono assicurati ai diretti interessati ed ai portatori di interessi collettivi, ma in vari casi sono stati riconosciuti i medesimi diritti anche ai portatori di interessi diffusi. Tali fattispecie sono al momento di stretta interpretazione e quindi da considerarsi tassative. Gli interessati hanno titolo per conoscere gli atti del procedimento ed esprimere, anche per scritto, il proprio punto di vista.

Circa poi la fase dell'istruttoria, che del procedimento è il cuore, l'attuale disciplina è assai carente sia per la limitatezza delle previsioni, sia perché tali previsioni non esprimono alcun criterio generale.

Per la tematica dell'istruttoria procedimentale non rileva neanche il potere generale di raccogliere informazioni previsto all'art. 284 [ex art. 213] Tr. CE. Si tratta infatti di un potere finalizzato alla migliore conoscenza da parte della Commissione sui fatti affidati alla sua cura, con carattere preliminare rispetto all'apertura di successivi ed eventuali procedimenti. E comunque implicito nell'art. 284 [ex art. 213] che quanto ivi previsto possa essere posto in essere anche nel corso di procedimenti della Commissione e degli altri organismi comunitari.

Nel diritto derivato vi è invece un preciso riferimento alla istruttoria nella disciplina dei comitati, secondo la decisione sulla "comitologia" n. 87/373, che, per quanto fortemente criticata, dà ancora indicazione sulle **quattro forme procedurali** dette a **comitato consultivo**, a **comitato di gestione**, a **comitato di regolamentazione**, a **procedura di salvaguardia**. La Corte di giustizia è molto attenta a delimitare il ruolo dei comitati affinché non sia alterato l'equilibrio istituzionale previsto dai Trattati. In particolare, si è ritenuto che i comitati consultivi e di gestione non partecipino al processo decisionale comunitario e che l'eventuale

manca del parere del comitato di gestione non influisca sulla validità del provvedimento della Commissione.

Diversamente dai comitati ora esaminati, di carattere amministrativo, i comitati previsti dai Trattati quali organi a rilevanza costituzionale comunitaria hanno un particolare ruolo nel contesto di procedure normative o di alta amministrazione. Tale è sicuramente il caso del **Comitato economico e sociale** e del **Comitato delle regioni**, le cui funzioni consultive sono finalizzate all'esercizio delle attribuzioni conferite alle istituzioni. Anche per questi due Comitati, comunque, vi possono essere richieste di parere di natura amministrativa, con un subprocedimento per la relativa espressione disciplinato dall'art. 262 [ex art. 198] Tr. CE, per il Comitato economico e sociale, e dall'art. 265 [ex art. 198C] Tr. CE, per il Comitato delle regioni. Nei Trattati sono altresì considerati altri comitati con funzioni eminentemente amministrative, come il comitato consultivo trasporti (art. 79 [ex art. 83] Tr. CE). Pur avendo un rilievo costituzionale, questi comitati sono vicini ai comitati amministrativi consultivi e di gestione, che sopra abbiamo esaminato, in quanto prendono parte ai procedimenti amministrativi nelle politiche di afferenza.

Al di là della disciplina dei comitati, la cd. comitologia, i principi in tema di istruttoria sono al momento di carattere principalmente giurisprudenziale. Il principale è quello relativo all'obbligo dell'amministrazione procedente di accertare tutte le circostanze di fatto che sono necessarie per la decisione da assumere, con specifica attenzione alle particolarità del caso (giurisprudenza costante dal caso *Hoogovens*, sentenza 12.7.1962, causa 14/61). Gli unici limiti nell'attività di accertamento e di acquisizione di notizie sono connessi al rispetto della riservatezza e della proporzionalità.

La conclusione del procedimento avviene di regola in modo espresso, con atti normalmente assunti dalla Commissione (ma non sono infrequenti atti amministrativi del Consiglio). Nel caso di mancata conclusione espressa del procedimento (il cd. silenzio dell'amministrazione), solo in casi particolari si prevede il suo valore giuridico, di regola a carattere negativo (cfr. ad esempio l'art. 35, e 3, Trattato CECA, "decisione implicita di rifiuto che si presume risulti da questo silenzio").

Ove manchi un'espressa disciplina, la giurisprudenza configura il silenzio dell'amministrazione come decisione implicita a carattere negativo e passibile di

ricorso giurisdizionale. Prevale comunque un atteggiamento giurisprudenziale di tipo casistico; così, in giudizi promossi da dipendenti comunitari, è stato affermato che il silenzio dell'amministrazione sull'istanza dell'interessato non può intendersi come confermativo di quest'ultima, né può determinare la stabilizzazione di situazioni contrarie al diritto (Tribunale di primo grado, sentenza *Chomel*, 27.3.1990, causa T-123/89). Ma in taluni casi il principio è stato considerato recessivo rispetto a quello di legittimo affidamento (Corte di giustizia, sentenza *RSV*, 24.11.1987, causa 223/85), ed esistono fattispecie di silenzio assenso.

La varietà delle posizioni giurisprudenziali e la mancanza di chiari riferimenti generali fanno del silenzio della amministrazione comunitaria - situazione per la verità assai particolare rispetto a quanto avviene in molti Stati membri - una questione aperta che dovrà essere presto disciplinata.

Per quanto riguarda il silenzio nei procedimenti nazionali a rilevanza comunitaria, nell'occasione in cui è stato affrontato in modo diretto il problema la Corte di giustizia (sentenza 28.2.1991 causa 360/87) ha manifestato forti perplessità sulle capacità di apprezzare gli interessi pubblici rilevanti nella fattispecie con una procedura di carattere semplificato.

Occorre però ridimensionare la portata di questa sentenza, in quanto si riferisce ad una disposizione nazionale nel quadro della esecuzione indiretta e non al problema del silenzio nel contesto delle procedure dirette della Comunità. Inoltre, la sentenza ha considerato una forma di silenzio assenso connessa al mero decorso di un termine e non alla sola conclusione tacita del procedimento, per il resto regolarmente realizzato; e non tiene conto delle più raffinate forme di silenzio assenso previste da legge nazionali recenti, come le citate leggi sul procedimento amministrativo in Italia e Spagna, ove a determinate condizioni il silenzio può essere una forma normale di conclusione del procedimento.

Nell'ordinamento comunitario, del resto, esistono talune fattispecie di silenzio assenso (ad esempio nel procedimento per l'assegnazione del marchio di qualità ecologica, di cui al regolamento n. 880/92, e nella disciplina della concorrenza), impostate analogamente ai similari procedimenti nazionali a conclusione per silenzio assenso, e dunque con l'obbligo di svolgere comunque le fasi del procedimento, ed in particolare l'istruttoria. Ciò dimostra che l'ordinamento comunitario non rifugge in via

di principio dall'istituto del silenzio assenso, considerato in determinate circostanze un utile strumento di semplificazione amministrativa e di economia nell'azione dell'amministrazione.

Per quanto attiene ai tempi di conclusione del procedimento, le discipline di settore prevedono di regola dei termini per il compimento del provvedimento; per i restanti casi è considerato principio generale che il procedimento si concluda entro termini certi e pronti.

Una volta assunto il provvedimento, questo deve osservare certe forme la cui inosservanza non produce però necessariamente la nullità dell'atto. I requisiti attengono alla indicazione dell'autorità che assume l'atto, alla qualificazione del tipo di atto in questione, al numero progressivo dell'atto ed alla sua data. Tanto la Commissione che il Consiglio hanno regole di procedura che prevedono tali requisiti.

6. IL DIRITTO DI ACCESSO

L'intero procedimento è aperto alla conoscenza da parte degli interessati; in certe materie poi, come l'ambiente, chiunque può prendere visione della documentazione rilevante. Il diritto di accesso era inizialmente previsto dal diritto comunitario, come del resto era normale nel diritto amministrativo degli Stati membri in quel periodo. Successivamente, vuoi per l'evoluzione generale verso un'azione amministrativa trasparente e conoscibile, vuoi anche per taluni eccessi comunitari in senso opposto, con procedimenti amministrativi di regola segreti anche in assenza di valide ragioni di pubblico interesse, si è addivenuti al progressivo riconoscimento del diritto di accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni. Un importante esempio si è avuto, in materia ambientale con la direttiva CEE del Consiglio 7.6.1990, n. 90/313.

Un vero e proprio salto di qualità nella disciplina comunitaria si è verificato con il Trattato sull'Unione europea, Dichiarazione n. 17, secondo cui la trasparenza del provvedimento decisionale rafforza il carattere democratico delle istituzioni e la fiducia del pubblico nell'amministrazione. Di conseguenza, si è impegnato la Commissione a sottoporre entro il 1993 le misure necessarie per aumentare le forme di accesso alle informazioni di cui dispongono le istituzioni. L'impegno è stato ribadito dal Consiglio europeo nel 1992 ed in successivi vertici.

In effetti, la Commissione ha pubblicato nel giugno 1993 la comunicazione 93/C 156/05 relativa all'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni, ed una seconda comunicazione 93/C 166/04 relativa alla trasparenza nella Comunità. Nel dicembre 1993, Consiglio e Commissione hanno approvato un codice di condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione, sviluppato poi con la decisione del Consiglio 93/731/CE e con la decisione della Commissione 94/90/CE. Le due decisioni sono state adottate sul fondamento delle disposizioni del Trattato CE che prevedono il potere di autoregolamentazione delle istituzioni (art. 207 [ex art. 151] e art. 218 [ex art. 162], rispettivamente per il Consiglio e la Commissione). Tale base giuridica è stata confermata dalla Corte di giustizia con la sentenza 30.4.1996, causa C-58/94.

Gli indubbi progressi così realizzati per garantire l'accesso agli atti delle istituzioni non avevano ancora un chiaro quadro giuridico di riferimento, discutendosi se l'accesso fosse implicitamente compreso tra i diritti che esprimono il principio democratico consacrato nell'art. 6 [ex art. F] TUE, oppure solo un risvolto delle misure organizzative adottate dalle istituzioni.

Da ultimo, il Trattato di Amsterdam risolve il dilemma con due previsioni inequivocabili: da un lato, riformulando l'art. A [ora art. 1] TUE con l'inciso: "Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini"; dall'altro, con il nuovo art. 255 [ex art. 191A] Tr. CE, specificamente dedicato a garantire il diritto di accesso ("1. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi ed alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3. 2. I principi generali e le limitazioni a motivo di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'art. 251 [ex art. 189B] entro due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. 3. Ciascuna delle suddette istituzioni definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti").

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e la successiva definizione di procedure specifiche da parte del Consiglio, il diritto di accesso agli atti delle istituzioni diviene dunque assai ampio e garantito.

Nel recente periodo i giudici comunitari hanno esaminato numerosi ricorsi in materia, con significative anticipazioni del regime generale dell'accesso. Di questa giurisprudenza i punti più rilevanti sono tre: la legittimazione a ricorrere avverso il diniego di accesso; i parametri di legittimità dei provvedimenti delle istituzioni in tema di accesso; il significato generale del diritto di accesso nel contesto dell'azione amministrativa comunitaria.

Circa la legittimazione, il giudice comunitario ritiene che le due decisioni sopra esaminate del Consiglio e della Commissione diano titolo a chiunque di richiedere l'accesso a qualsiasi atto non pubblicato, senza che sia necessario motivare la domanda (Tribunale di primo grado, sentenza 6.2.1998, causa T-124/96). Pertanto, una persona alla quale sia stato negato l'accesso a un documento od a una parte di un documento ha, per ciò solo, un interesse all'annullamento della decisione di diniego.

Circa poi i parametri di legittimità dei provvedimenti sulle richieste di accesso, i giudici comunitari hanno finora evitato di esaminare il problema dell'accesso come principio fondamentale, trovando già confortevoli risposte nelle decisioni più volte citate del Consiglio e della Commissione, e nella disposizione del Trattato CE relativa all'obbligo di motivazione degli atti (art. 253 [ex art. 190]). Nel primo senso, le condizioni poste all'accesso sono state considerate restrittivamente al fine di non privare di efficacia concreta l'applicazione del principio generale sull'accesso sancito dalle due decisioni (Tribunale di primo grado, sentenza 5.3.1997, causa T-105/95), e verificando che i provvedimenti contestati abbiano effettivamente posto a confronto l'interesse del cittadino ad ottenere l'accesso e l'interesse dell'istituzione a tutelare la segretezza delle proprie deliberazioni (Tribunale di primo grado, sentenza 19.10.1995, causa T-194/94). Nel secondo senso, poi, si è affermato che dall'art. 253 [ex art. 190] Tr. CE consegue l'obbligo di esporre analiticamente i motivi specifici per cui si ritiene che la divulgazione dei documenti richiesti rientri in una delle eccezioni previste (Tribunale di primo grado, sentenza 5.3.1997, causa T-105/95).

Infine, per quanto riguarda il significato generale del diritto di accesso, i giudici comunitari hanno affermato in piena sintonia con le istituzioni che i recenti sviluppi hanno per scopo di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all'informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nell'amministrazione (Tribunale di primo grado, sentenza 17.6.1998, causa T-174/95).

Una volta entrato in vigore il Trattato di Amsterdam, queste già significative posizioni giurisprudenziali vengono rafforzate dalla "costituzionalizzazione" del diritto di accesso e dalla conseguente possibilità di utilizzare come parametro di legittimità il nuovo art. 255 [ex art. 191A] Tr. CE.

Rimane da dire che il diritto di accesso riguarda per il momento gli atti delle tre citate istituzioni comunitarie, e che neanche il citato nuovo art. 255 [ex art. 191A] Tr. CE precisa se gli atti dei numerosi altri organismi comunitari sono soggetti alla medesima disciplina. Una parte di essi sta autonomamente provvedendo ad assumere codici di condotta, simili a quelli di Consiglio e Commissione (è il caso, ad esempio, del Comitato delle regioni e di alcune agenzie); ma altri organismi non sembrano essersi attivati in tal senso, sì che il diritto di accesso ai loro atti rimane per il momento una mera aspirazione, con effetti assai negativi per la qualità della partecipazione alla vita comunitaria e per la fiducia nel sistema istituzionale europeo. Ciò è particolarmente avvertibile per il sistema dei comitati, ovvero per una fase cruciale della elaborazione degli atti comunitari, in seguito difficilmente modificabili in modo significativo.

7. PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI E INFLUENZA COMUNITARIA

Per quanto riguarda i procedimenti nazionali influenzati dal diritto comunitario e la parte nazionale dei procedimenti composti, merita anzitutto rilevare che secondo una cospicua giurisprudenza comunitaria, che si rifà soprattutto al principio di leale cooperazione, gli Stati membri hanno l'obbligo di assicurare procedimenti nazionali capaci di dare esecuzione piena ed incondizionata alle regole comunitarie. In particolare, i procedimenti nazionali devono essere organizzati in modo efficace e verificabile, assicurando le stesse garanzie di effettività previste per le disposizioni nazionali, come nel caso del sistema sanzionatorio. In secondo luogo, è affermazione costante dei giudici comunitari che "il rispetto dei principi generali del diritto comunitario si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario" (per tutte, cfr. la sentenza *Hauptzollant Hamburg-Jonas*, 26.4.1988, causa 316/86).

Vi sono poi discipline comunitarie che riguardano in modo diretto i procedimenti nazionali. L'influenza comunitaria è particolarmente avvertibile in certi settori che sono direttamente connessi alle libertà economiche comunitarie e alla piena

realizzazione del mercato interno. Tale è il caso degli appalti pubblici, ove la disciplina comunitaria dei procedimenti di aggiudicazione, pur se contenuta in direttive, è così pervasiva da non lasciare spazi significativi agli Stati membri. Altri settori in cui la Comunità ha influito in modo rilevante sui procedimenti nazionali sono *l'import-export* e le connesse imposizioni fiscali, e la tutela dell'ambiente.

In generale si può dire che la Comunità è intervenuta in modo sistematico e con normative ad alta innovazione nei settori che sono stati considerati rilevanti per il funzionamento dell'ordinamento comunitario, poco curando invece del resto

L'asimmetria della disciplina è ancora più forte quando un determinato settore rimane soggetto al diritto nazionale, oppure diviene di competenza comunitaria, a seconda che si superi o meno un certo dato stabilito. Emblematico è il caso degli appalti pubblici dove l'applicabilità del diritto comunitario non è per settore organico, ma risulta collegata ad una soglia convenzionale di valore. In tali casi, più che un'asimmetria di disciplina si ha il concreto rischio di ingiustificate differenziazioni di disciplina, a seconda del diritto applicabile.

Merita inoltre notare che la Comunità, così attenta a garantire l'effettivo funzionamento del mercato interno da parte degli Stati membri, non ha per molto tempo applicato alle sue istituzioni le stesse regole prescritte alle amministrazioni nazionali. Il caso più eclatante è ancora quello degli appalti pubblici, ove le procedure ad evidenza pubblica previste dalle direttive comunitarie e vincolanti per gli Stati non sono tali per le istituzioni, i cui appalti non hanno in effetti finora brillato per trasparenza e garanzie di un mercato aperto e competitivo. Solo da ultimo, in considerazione dell'insostenibilità della posizione comunitaria, che non applicava alle sue istituzioni ciò che prescriveva agli altri, la Commissione ha avviato la procedura per adeguare la propria disciplina contrattuale alle medesime regole di cui alle direttive sugli appalti gestiti negli Stati membri.

Nell'ultimo decennio si è avuto un vero e proprio salto di qualità nell'applicazione nei procedimenti nazionali delle regole e dei principi comunitari, a seguito della posizione combinata assunta dalla Corte di giustizia (sentenza *Fratelli Costanzo*, 22.6.1989, causa 103/28), e dalla Corte costituzionale (sentenza n. 389/1989) in tema di disapplicazione anche da parte delle amministrazioni pubbliche del diritto procedimentale nazionale in contrasto con il diritto comunitario, e di diretta rilevanza

di nuovi istituti comunitari del procedimento. Anche altre sentenze della Corte di giustizia confermano l'applicabilità dei principi generali ai procedimenti nazionali a rilievo comunitario. Tale è il caso (cfr. le sentenze 27.11.1991, causa C-199/90, e 2.10.1991, causa C-7/90) del principio di proporzionalità, per cui le sanzioni irrogate dalle amministrazioni nazionali per violazione delle norme comunitarie devono essere commisurate alla gravità delle irregolarità commesse. Analogamente è stato previsto per l'obbligo di motivazione di cui all'art. 253 [ex art. 190], quando le autorità nazionali operano nel quadro del diritto comunitario ed anche se il diritto nazionale non lo preveda (sentenza 15.10.1987, causa 222/86).

E però da notare che la giurisprudenza della Corte di giustizia privilegia progressivamente i principi funzionali agli interessi della Comunità, anche se in tal modo si riduce l'ambito di principi generali - come il legittimo affidamento - che sono di particolare importanza per i soggetti interessati e per il sistema giuridico di alcuni Stati membri. Questa posizione è divenuta evidente nei giudizi sui casi, sempre più frequenti, di aiuti erogati dagli Stati in contrasto con il diritto comunitario. Preoccupata dagli effetti negativi di queste decisioni per gli interessi finanziari della Comunità, la Corte di giustizia ha dato particolare enfasi al principio di effettività, considerando essenziale la piena attuazione del diritto comunitario. A tal fine, la Corte (sentenza *Alkan II*, 20.3.1997, causa C-24/95) ha fatto prevalere l'interesse all'annullamento dei provvedimenti di aiuto, rispetto alla tutela dell'affidamento. La conclusione è di particolare importanza per gli ordinamenti nazionali, come quello tedesco, che conoscono tradizionalmente i principi ora ridimensionati dai giudici comunitari. Siamo infatti di fronte ad un'altra forma di comunitarizzazione della disciplina dei procedimenti e dei provvedimenti, con un bilanciamento della rilevanza dei vari principi che privilegia quelli funzionali agli interessi comunitari.

Più contrastato è il caso dei procedimenti portati alla decisione dei soli giudici nazionali, ove l'applicazione dei principi generali comunitari è alquanto aleatoria a causa del persistente atteggiamento di molti giudici a riferirsi più o meno esclusivamente al diritto nazionale, oppure a dare un rilievo riduttivo ai principi comunitari.

Per il nostro ordinamento, i principi in tema di procedimento amministrativo elaborati dalla giurisprudenza e quelli previsti dalla legge n. 241/1990 sono idonei ad assicurare un'efficace osmosi con i principi comunitari, risultando poi in certe parti più

incisivi.

Il principio di legalità cui si richiama la legge n. 241 (art. 1: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge"), quelli di buona amministrazione, di pubblicità, del contraddittorio, di motivazione e molti altri, richiamati ancora dalla legge n. 241 od affermati dalla giurisprudenza, mostrano in effetti una sostanziale corrispondenza con i similari principi comunitari, sì da rendere funzionante la interazione. Anche nel caso di principi comunitari che non si ritrovano in modo diretto nella legge n. 241, come quello di proporzionalità, si può ritenere che siano impliciti nel contesto dei vari principi sulla congruità dell'azione amministrativa; ma il punto è controverso.

Più in generale si può notare che la legge n. 241/1990 ha origini essenzialmente nazionali, senza che abbiano esercitato un ruolo particolare gli sviluppi comunitari. Ma giungendo a risultati molte simili a quelli del diritto comunitario e di molti altri Stati membri, la legge richiamata e la lettura datane della giurisprudenza amministrativa confermano l'esistenza di principi comuni che costituiscono il "diritto" di cui parla l'art. 220 [ex art. 164] Tr. CE.

8. I PROCEDIMENTI COMPOSTI

Gli sviluppi più innovativi in tema di diritto del procedimento amministrativo si stanno avendo per i procedimenti composti. Il numero di questi procedimenti tende a dilatarsi rapidamente. Si tratta di una tendenza che, come sopra esaminato, trova preciso riferimento in principi della costituzione comunitaria, come il principio di sussidiarietà, e che corrisponde alla impostazione monistica del sistema comunitario in riferimento agli ordinamenti nazionali ed alla conseguente integrazione delle amministrazioni nazionali in una complessiva "amministrazione comune".

Le manifestazioni di questo nuovo genere di procedimenti amministrativi composti sono oggi moltissime, spaziando dai procedimenti per la composizione di organi a rilevanza costituzionale comunitaria ai procedimenti per l'erogazione di benefici finanziari e per la relativa verifica ed eventuale sanzione, alle politiche regionali. In questi casi è evidente la connessione tra le autorità amministrative nazionali e comunitarie, secondo un modulo relazionale che è stato definito quale

coamministrazione.

Dai procedimenti composti derivano delicati problemi in ordine alla tutela giurisdizionale dei soggetti interessati. Anzitutto, l'ampliamento e la complicazione dei procedimenti porta a rimettere in discussione la netta distinzione tra fasi ed atti endoprocedimentali e provvedimento finale. La circostanza che vi siano fasi con caratteristiche ben determinate affidate ad autorità assai diverse porta infatti a considerare distintamente gli atti relativi, specie quando hanno valore condizionante sul seguito della procedura. In secondo luogo, si evidenziano molte situazioni in cui la legittimazione a ricorrere risulta difficile o impossibile applicando i principi tradizionali, che però sono stati elaborati in riferimento a procedimenti assai più semplici vuoi nell'articolazione per fasi, vuoi per tipo di interessi pubblici perseguiti.

La giurisprudenza comunitaria riflette lo stato ancora inappagante della disciplina. Così abbiamo sentenze come *Oleificio Borelli* (3.12.1992, causa C-97/1991), che ha esaminato il caso dell'impugnativa di una decisione della Commissione che non aveva accolto una domanda di contributo comunitario a seguito di un parere negativo su di essa espressa da una regione italiana. Verificato che l'atto nazionale, inserito in un iter decisionale comunitario, vincola l'organo comunitario e determina i termini dell'emananda decisione, la Corte di giustizia ha affermato che "è compito dei giudici nazionali statuire, se necessario previo rinvio pregiudiziale alla Corte, sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo che, emanato dalla stessa autorità nazionale, possa recare pregiudizio a terzi, e di conseguenza considerare ricevibile il ricorso presentato a tale scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere". Con ciò viene assicurata dunque una particolare rilevanza agli atti del procedimento, autonomamente impugnabili alle condizioni predette.

Ma con altre sentenze i giudici comunitari hanno dato una lettura restrittiva delle regole sulla legittimazione, che anche sul piano comunitario erano state inizialmente previste in relazione a situazioni più unitariamente definite. È il caso, ad esempio, deciso dal Tribunale di primo grado con ordinanza del 29.9.1995 (causa T-381/94) circa la composizione del Comitato economico-sociale. Nell'occasione, il Tribunale ha dichiarato la irricevibilità del ricorso proposto da un sindacato italiano avverso la nomina di un membro del Comitato in rappresentanza dell'Italia, in quanto il

ricorrente non ha un interesse differenziato da quello della generalità, e comunque può trovare tutela in sede nazionale (dove peraltro, il TAR Lazio ha considerato inammissibile il ricorso con sentenza della I sez., n. 1904/98, perché trattasi di questione comunitaria).

Con altre sentenze (*Texilwerke Deggendorf*, 9.3.1994, causa C-188/92) la Corte ha affermato che in caso di ricorso al giudice nazionale avverso un atto dell'amministrazione nazionale che esegue una decisione della Commissione che si reputa illegittima, ma che non è stata oggetto del ricorso diretto ex art. 230 [ex art. 173] Tr. CE, pur sussistendone i presupposti, il giudice nazionale è vincolato dalla decisione comunitaria ormai definitiva e quindi non può attivare il procedimento di rinvio pregiudiziale. La sentenza, pur non riguardando in modo diretto il tema dei procedimenti composti, ma quello dell'attuazione del diritto comunitario, ben evidenzia come non sia semplice garantire un pieno sindacato giurisdizionale di qualsiasi decisione di un'autorità nazionale, affermato in principio dalle sentenze *Johnston*, 15.5.1986, causa 222/84, e *Heylens*, 15.10.1987, causa 222/86.

I profili della tutela rappresentano il più delicato risvolto dei procedimenti composti, e perciò saranno meglio approfonditi nel successivo Capitolo XI, cui si rinvia.

9. IL DIBATTITO SULLA CODIFICAZIONE DEL PROCEDIMENTO

Dall'esame compiuto nei precedenti paragrafi risulta che, allo stato, la disciplina del procedimento amministrativo nel sistema comunitario è lacunosa ed inidonea a fornire un adeguato quadro di riferimento per i sempre più rilevanti procedimenti eseguiti direttamente dagli organismi comunitari, oppure dalle amministrazioni degli Stati membri; oppure ancora nella forma che si è definito composta in quanto realizzata congiuntamente dalle due sfere.

I punti di riferimento maggiore per il procedimento amministrativo sono da ritrovarsi ancora nella giurisprudenza del giudice comunitario, ed in particolare nei principi generali di diritto comunitario che sono stati progressivamente forgiati. Dato che molti di questi principi generali sono da tempo parte essenziale *dell'acquis* comunitario, si discute se codificarli in tutto o in parte, al fine di dare maggiori

certezze circa la loro vigenza e l'ambito di applicazione.

La tesi favorevole alla codificazione di questi principi generali ritiene maggioritariamente che non vi sia bisogno di una loro costituzionalizzazione nei Trattati, vuoi perché taluni principi sono già in essi presenti, vuoi perché, non potendosi inserire tutti i principi nei Trattati, significherebbe dare solo ad una parte di essi un particolare posizione, creando così una scala di valore tra i principi generali. Varie voci invece auspicano un nuovo regolamento comunitario per la disciplina dei maggiori principi generali, che risulti l'equivalente sul piano comunitario della nostra legge n. 241/1990.

La tesi contraria alla codificazione fa principalmente leva sulle diversità ancora sussistenti tra le discipline nazionali del procedimento e le relative culture del diritto amministrativo. Allo stato del processo di integrazione europea, una codificazione avrebbe il significato di annullare indebitamente le diversità tra i vari diritti, che sono una delle ricchezze dell'Unione europea e non un valore negativo da superare.

In conclusione, si può prevedere che almeno per un certo periodo ancora il diritto comunitario del procedimento amministrativo rimanga un diritto "leggero", solo in parte codificato in atti normativi e principalmente affidato all'opera sistematizzatrice della giurisprudenza.

10. DISCIPLINA COMUNITARIA E MODELLI DI PROCEDIMENTO

A conclusione dell'esame dei procedimenti amministrativi comunitari, si conferma la tesi già richiamata che la relativa disciplina risulta, allo stato, assai lacunosa e frammentaria.

Ci si può in ogni caso chiedere a quale dei modelli generali di procedimento corrisponda l'attuale sistema comunitario, pur nella sua incompletezza. Come è noto, i principali modelli di procedimento sono due, con varianti dovute al loro intrecciarsi ed alla molteplicità degli interessi perseguiti. Il primo modello è quello "giustiziale", ove l'amministrazione esercita il potere conferitole, facendo uso di regole tecniche e di buona amministrazione, sotto il controllo esterno degli interessati.

Il secondo modello è noto per il particolare rilievo dato alle forme partecipative

ed alla rappresentanza degli interessi nel corso del procedimento. L'amministrazione infatti compie un'istruttoria aperta alla partecipazione ed agli apporti degli interessati; sì che favorisce la più ampia presentazione dei dati da parte degli interessi privati e determina la propria posizione dopo aver acquisito e considerato tutte le prospettive possibili. In questa prospettiva la legge non è vista come l'esito conclusivo dei procedimenti politici, dopo i quali si ha solo una corretta esecuzione, ma come una fase di una più ampia funzione decisionale che comprende anche il procedimento amministrativo.

Ci si riferisce normalmente all'Austria come ordinamento di origine del primo modello, ed agli Stati Uniti per il secondo.

Gran parte dei sistemi ha carattere misto, unendo elementi sia dell'uno che dell'altro modello. Così, è diffuso il criterio della necessaria informativa agli interessati circa l'avvio del procedimento, e della loro partecipazione al procedimento stesso tramite una costante informazione, la possibilità di presentare documenti e memorie, e di chiedere di essere ascoltati sulle decisioni in elaborazione. Rimane comunque fermo che l'amministrazione non è terza rispetto alle parti in causa, ma è essa stessa responsabile di un certo risultato, rispetto al quale è aperta alla considerazione di ciò che i privati intendano eventualmente rappresentare.

11. GLI ATTI AMMINISTRATIVI COMUNITARI. LE DECISIONI

Dopo aver esaminato le principali questioni relative ai procedimenti, passiamo ad esaminare gli atti che vi si manifestano, tanto nello svolgersi delle sue fasi quanto come loro esito. La corrispondenza con l'analoga problematica dei diritti nazionali consente di utilizzare, anche nel diritto comunitario, le nozioni di atto del procedimento, o endoprocedimentale, e di provvedimento.

La categoria degli atti amministrativi comunitari comprende sia atti previsti dai Trattati, come per l'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE, le decisioni ed i pareri, sia atti previsti nel diritto derivato con varie denominazioni e caratteristiche, e frequentemente utilizzati dalle istituzioni comunitarie e dalla Commissione in particolare. Al riguardo merita ricordare che l'elencazione degli atti comunitari di cui all'art. 249 [ex art. 189] citato non è tassativa, sì che il loro ambito, specie per gli atti

amministrativi, ha carattere aperto (cfr. Cap. V).

La mancanza di un quadro adeguatamente definito delle fonti e degli atti comunitari rende anzitutto non sempre agevole stabilire se effettivamente siamo di fronte all'atto comunitario tipico che ne porta formalmente il nome, non essendo in principio sufficiente il dato della qualificazione formale dell'atto. Per la Corte di giustizia la natura di un atto è determinata dai suoi caratteri sostanziali e non semplicemente dalla forma. Così, quando una decisione si indirizza ad una pluralità non determinabile di soggetti, ha efficacia generale ed è assimilabile ad un atto normativo. In tali casi la Corte di giustizia parla di decisioni di "natura normativa". Altri atti, come i pareri, possono avere una valenza amministrativa quale tipica espressione della funzione consultiva propria di certi organi comunitari, e sono destinati ad inserirsi nel contesto di un procedimento amministrativo; ma possono avere anche una valenza prettamente politica, quali i pareri del Parlamento europeo previsti dagli artt. 250-252 [ex artt. 189A-189C] Tr. CE nel quadro del procedimento normativo comunitario.

Il recente sviluppo di atti atipici ha evidenziato nuovi tipi di atti che non è facile collocare né tra gli atti normativi, né tra quelli amministrativi, con intuibili incertezze sul loro valore giuridico e pericoli per la tutela dei soggetti interessati. A questa terza categoria di atti, gergalmente nota come *soft law*, è stato dedicato il paragrafo 9 del Cap. V.

Iniziando l'esame degli atti amministrativi previsti dal Trattato CE, rilevano anzitutto **le decisioni**, previste all'art. 249 [ex art. 189]. Si tratta di una categoria di atti assunti dal Consiglio o dalla Commissione, con carattere "obbligatorio in tutti gli elementi per i destinatari designati". L'elemento distintivo delle decisioni è di essere provvedimenti decisorii con contenuto concreto e non astratto, e di riferirsi con carattere obbligatorio ad uno o più destinatari individuati dall'atto stesso. Più in particolare, si tratta di "atti emanati dall'organo competente, destinati a produrre effetti giuridici, che costituiscono lo stadio finale dell'iter interno". (Corte di giustizia, sentenza 16.6.1966, causa 54/65).

Per quanto la giurisprudenza comunitaria, ai fini di delimitare l'ambito dei soggetti legittimati a ricorrere contro gli atti delle istituzioni (art. 230 [ex art. 173] Tr. CE), incentri la definizione di decisione sulla "limitatezza dei destinatari ai quali è

diretta" (sentenza 14.12.1962, cause riunite 16-17/62), ovvero sul dato soggettivo dei destinatari (individualità dell'atto, in opposizione alla generalità), non pare dubbio che caratteri essenziali della decisione siano anche l'oggetto delimitato e la statuizione particolare, distinguendosi in ciò dagli atti astratti che riguardano fattispecie tipo non individuate singolarmente.

La definizione delle **decisioni comunitarie** corrisponde a quella degli atti amministrativi diffusa nei diritti amministrativi nazionali degli Stati fondatori; ovvero **atti di carattere individuale e particolare, con cui si curano in modo puntuale interessi concreti, così disciplinando una determinata fattispecie.**

Peraltro, come sempre nella problematica degli atti comunitari, occorre evitare di assumere una visione troppo rigorosa delle decisioni come atti amministrativi comunitari. Basti pensare che talune delle decisioni assunte dal Consiglio nei confronti di Stati membri possono avere per contenuto l'obbligo di adozione di provvedimenti normativi; avvicinandosi così alle direttive, ma senza assumere carattere normativo.

Per quanto in linea di principio sia chiara la **specificità** delle decisioni rispetto agli atti normativi comunitari, si è discusso sul carattere normativo od amministrativo di vari atti delle istituzioni, non considerandosi decisiva la forma con cui l'atto è stato assunto dalle istituzioni, bensì i caratteri oggettivi dell'atto stesso.

È affermazione costante in giurisprudenza che "la Corte non può arrestarsi alla denominazione ufficiale dell'atto, bensì deve tener conto in primo luogo del suo oggetto e del suo contenuto" (cfr. sentenza 14.12.1962, cause riunite 16-17/62, cit.). La distinzione sembra comunque potersi individuare in modo relativamente agevole sulla base del carattere normativo o meno degli atti considerati, intendendosi con ciò la presenza dei caratteri della generalità e della astrattezza come desumibili da tutti gli elementi dell'atto.

Se il carattere dell'obbligatorietà accomuna le decisioni ai regolamenti, da cui le prime si distinguono per il motivo ora rilevato della mancanza del carattere normativo, lo stesso carattere le differenzia da altri atti amministrativi comunitari, come i pareri. Peraltro, in coerenza con l'approccio sostanzialistico sopra ricordato, la Corte ha affermato che un atto, pur formalmente qualificato come parere, si deve intendere come decisione se risulta provvedimento incidente in modo diretto su situazioni giuridiche di determinati soggetti (sentenza 15.3.1967, cause 8-11/66).

Quali atti amministrativi, le decisioni sono normalmente assunte dalla Commissione che, come detto, rappresenta tendenzialmente l'esecutivo comunitario. Ma anche qua si avverte il carattere pragmatico del sistema delle competenze comunitarie, ben potendo le decisioni essere assunte anche dal Consiglio (ed è il caso normale delle decisioni indirizzate agli Stati), oppure delegate dal Consiglio alla Commissione.

Relativamente al procedimento per l'adozione delle decisioni, le istituzioni che ne hanno la competenza assumono le decisioni secondo le regole generali di procedura e le eventuali norme regolamentari specifiche. Il Trattato CE, art. 253 [ex art. 190], prevede pure per le decisioni l'obbligo di motivazione e il riferimento necessario alle proposte ed ai pareri obbligatoriamente richiesti. Alle decisioni si applicano, ovviamente, anche i principi generali di diritto comunitario eventualmente rilevanti. Perché le decisioni assumano giuridica efficacia, è necessario che siano notificate ai loro destinatari; non è invece necessaria la pubblicazione, a differenza di altri atti comunitari, con l'eccezione delle decisioni adottate con la procedura di codecisione, che di norma amministrative non sono.

La motivazione è di particolare rilievo per le decisioni, dato il loro carattere di atti che incidono direttamente ed in modo obbligatorio su particolari persone e questioni. Fin dalla prima giurisprudenza della Corte si è così affermato che la motivazione delle decisioni deve indicare in modo chiaro e non equivoco le ragioni sulle quali l'atto è fondato.

Per quanto attiene alla possibile efficacia diretta delle decisioni, occorre distinguere a seconda che destinatario sia uno Stato membro o un singolo, persona fisica o giuridica. Nel primo caso, si è discusso se per le decisioni valga il criterio della efficacia diretta, ovvero della possibilità per qualsiasi soggetto di far valere gli obblighi scaturenti dalla decisione. La questione è assai sentita nel caso delle decisioni, che per il loro oggetto specifico anche quando sono indirizzate a Stati membri coinvolgono indirettamente i soggetti interessati agli adempimenti così prescritti.

Al riguardo la Corte ha affermato che sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita alla decisione dall'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE che l'obbligo imposto dalla decisione stessa potesse essere fatto valere solo dalle istituzioni comunitarie e non anche dagli interessati: "in particolare, nei casi in cui le autorità

comunitarie abbiano, mediante decisione, obbligato uno Stato membro o tutti gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario. Gli effetti di una decisione possono non essere identici a quelli di una disposizione contenuta in un regolamento ma tale differenza non esclude che il risultato finale, consistente nel diritto del singolo a far valere in giudizio l'efficacia dell'atto, sia lo stesso nei due casi".

Il carattere dell'efficacia diretta non è invece mai stato posto in dubbio ove i destinatari della decisione siano dei singoli, in ciò consistendo appunto il carattere dell'obbligatorietà.

Pur se incidono direttamente nella sfera dei singoli soggetti le decisioni rimangono ad ogni effetto atti comunitari la cui osservanza è responsabilità delle istituzioni comunitarie, e possono essere oggetto di ricorso esclusivamente avanti alla Corte di giustizia.

Essendo direttamente obbligatorie per i destinatari non necessitano normalmente di misure di applicazione da parte degli Stati membri. Un caso di intervento delle autorità nazionali, frequente in alcuni settori come la concorrenza, è previsto per le decisioni a carattere sanzionatorio pecuniario che necessitano di essere eseguite in forma coercitiva nei confronti di singoli. In tali circostanze l'art. 256 [ex art. 192] Tr. CE prevede la possibilità che possa essere richiesta l'esecuzione forzata delle decisioni senza un previo giudizio nazionale, all'unica condizione dell'apposizione della formula esecutiva da parte dell'autorità nazionale (in Italia, il Ministero degli esteri), a seguito della verifica dell'autenticità del titolo. Una volta avutosi il titolo esecutivo questo può essere fatto valere davanti ai giudici nazionali secondo le norme di procedura propria di ciascun Stato, ma la eventuale sospensione del titolo può essere richiesta solo alla Corte di giustizia.

12. RACCOMANDAZIONI E PARERI

L'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE, oltre agli atti obbligatori di cui finora si è parlato (le decisioni), prevede anche due tipi di **atti** definiti come **non obbligatori: le raccomandazioni ed i pareri**. Dei due atti non si dà la definizione né si indicano gli

elementi essenziali; peraltro in altre disposizioni del Trattato ci si riferisce alle raccomandazioni ed ai pareri, considerati espressione del potere della Commissione di assicurare il funzionamento e lo sviluppo della Comunità (art. 211 [ex art. 155], 2° alinea: "formula raccomandazioni o pareri nei settori definiti dal presente Trattato, quando questo esplicitamente lo preveda ovvero quando la Commissione lo ritenga necessario").

I caratteri delle raccomandazioni e dei pareri esprimono ancora una volta l'impossibilità di utilizzare nel diritto comunitario le categorie definitorie degli atti pubblici tipiche dei diritti nazionali. Se infatti normalmente sono atti rilevanti nel contesto di procedimenti a carattere amministrativo, vi sono casi in cui le raccomandazioni o i pareri sono espressi in procedimenti di altro tipo. Basti ricordare i pareri del Parlamento europeo, che si inseriscono in uno dei procedimenti normativi comunitari, recessivo rispetto allo stadio attuale raggiunto dal Parlamento nel progresso verso una disciplina del procedimento decisionale in senso genuinamente sovranazionale.

Esaminando specificamente le raccomandazioni, in mancanza di una definizione generale, risulta che le raccomandazioni sono atti con i quali le istituzioni prospettano ai destinatari la soluzione di un determinato problema che risulta preferibile in senso comunitario, indicando loro i comportamenti attivi od omissivi che risultano appropriati nelle circostanze.

Destinatari delle raccomandazioni possono essere le altre istituzioni comunitarie, gli Stati membri, ma anche soggetti pubblici e privati degli ordinamenti nazionali. Ciò rappresenta una vistosa diversità nei confronti delle raccomandazioni proprie del diritto internazionale, ove i destinatari sono esclusivamente gli Stati membri di determinate organizzazioni.

Le indicazioni che formano oggetto delle raccomandazioni non hanno carattere vincolante per i destinatari, come detto; ma non sono prive di rilevanza giuridica. Come nel caso delle direttive amministrative nel diritto nazionale, atti di indirizzo non strettamente vincolanti, anche le raccomandazioni possono essere disattese solo con una congrua motivazione che esplicita le ragioni di pubblico interesse che portano a ritenere preferibile altra soluzione. Inoltre le raccomandazioni possono essere oggetto di rinvio pregiudiziale ed i giudici nazionali devono tenerne conto ai fini dell'interpretazione di norme nazionali o di altri atti comunitari vincolanti; in

particolare, sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire l'attuazione di norme comunitarie o di completare norme comunitarie aventi natura vincolante.

Le raccomandazioni non sono in linea di principio impugnabili dai destinatari, mentre possono essere impugnabili gli atti di questi ultimi, nel caso in cui abbiano disatteso immotivatamente le raccomandazioni stesse.

L'istituzione che più frequentemente fa uso delle raccomandazioni è la Commissione, per la quale l'art. 211 [ex art. 155] Tr. CE prevede espressamente il potere di formulare tali atti. Oltre alla Commissione, anche le altre istituzioni indicate al primo comma dell'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE hanno il potere di formulare raccomandazioni, ma l'effettivo uso di tale potere è alquanto limitato. Quando la base giuridica non sia l'art. 211 [ex art. 155] Tr. CE, si richiama solitamente l'art. 308 [ex art. 235] dello stesso Trattato; la Corte ha ritenuto corretto tale metodo nella citata sentenza *Grimaldi*: "le raccomandazioni sono in genere adottate dalle istituzioni comunitarie quando queste non dispongono, in forza del Trattato, del potere di adottare norme obbligatorie o quando ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti".

Le raccomandazioni sono, di regola, atti giuridicamente rilevanti in modo autonomo, ovvero non endoprocedimentali. Si esauriscono infatti nella indicazione ai destinatari del comportamento ritenuto comunitariamente appropriato, senza che di regola seguano altre fasi conseguenti o connesse, oppure provvedimenti successivi da esse dipendenti. Anche l'eventuale atto assunto dai destinatari in osservanza della raccomandazione appare infatti giuridicamente da esse autonomo e frutto di un distinto procedimento. La raccomandazione si distingue in tal modo dall'iniziativa procedimentale, che del procedimento stesso è fase originaria e parte strutturale.

Per quanto riguarda specificamente i **pareri**, si tratta di atti che anche nel pur peculiare contesto comunitario mantengono le caratteristiche generali degli atti consultivi note negli ordinamenti nazionali. Si tratta infatti di **atti che contengono dichiarazioni di giudizio di carattere giuridico - amministrativo oppure tecnico-specialistico, destinati ad offrire agli organi decidenti maggiori lumi per l'esercizio della loro amministrazione attiva.**

I pareri delle istituzioni comunitarie non sono vincolanti, secondo l'art. 249 [ex

art. 189], ultimo comma, Tr. CE; ma non sono certo senza rilievo nei confronti dei destinatari. In taluni casi, è lo stesso Trattato CE che prevede l'effetto della mancata conformazione al parere da parte dei soggetti interessati, come per la procedura di infrazione prevista all'art. 226 [ex art. 169]. Si tratta però di un caso molto particolare, e perciò non generalizzabile.

Se, come detto, le raccomandazioni non sono di norma impugnabili per il loro carattere non obbligatorio, pur se atti giuridicamente rilevanti in modo autonomo, i pareri non sono impugnabili in quanto atti tipicamente endoprocedimentali e quindi non produttivi di effetti diretti nei confronti dei destinatari finali degli atti delle istituzioni e degli organi comunitari.

Per ambedue i tipi di atti qui considerati non vi sono requisiti procedurali generali, sì che saranno assunti secondo le regole di procedura proprie dei vari organismi che li assumono.

Dal punto di vista sostanziale, merita sottolineare che anche per le raccomandazioni ed i pareri vale la regola della motivazione

Gli atti della Commissione denominati "comunicazioni" sono stati esaminati per linee generali al Capitolo V. In tale occasione se ne è messo in evidenza il carattere disomogeneo, potendo tali atti assumere i più diversi contenuti.

Interessano qua le comunicazioni con cui la Commissione definisce taluni obblighi degli Stati membri, non limitandosi ad una mera ricognizione del diritto esistente od a preannunciare future iniziative da realizzarsi con atti tipici. Questo tipo di comunicazioni, denominate additive sono qualificabili come atti amministrativi comunitari in quanto definiscono giuridicamente la fattispecie considerata. La Corte ha in vari casi confermato implicitamente questa interpretazione, considerando le comunicazioni additive come atti impugnabili (ad esempio, sentenza 16.6.1993, causa C-325/91).

13. L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI COMUNITARI

Anche per gli atti amministrativi comunitari si pone il problema della possibile invalidità, quando vi siano violazioni dello schema normativo di riferimento o si rilevi un uso della discrezionalità amministrativa in contrasto con i principi che la regolano.

Si distingue anzitutto tra le situazioni in cui si evidenziano vizi dell'atto di particolare gravità, e le situazioni in cui i vizi, pur sussistenti, non assumono tale carattere. Nel primo caso si parla di atto inesistente, che dunque non produce giuridicamente alcun effetto e che in ogni momento può essere dichiarato tale a seguito di rilevazione d'ufficio del giudice o su istanza di qualsiasi interessato, o dalla stessa amministrazione comunitaria. Nel secondo caso, invece, atti annullabili che continuano ad esercitare i loro effetti giuridici fino all'eventuale annullamento su ricorso o in via di autotutela, alle condizioni procedurali e sostanziali precisate da una vasta giurisprudenza dei giudici comunitari.

La terminologia usata al riguardo nei Trattati e nella giurisprudenza comunitaria può indurre in confusione: si parla infatti di "inesistenza" per casi di nullità dell'atto, dato che, gli atti così caratterizzati sono pur sempre esistenti, ma non producono effetti giuridici. Per converso quando nell'art. 231 [ex art. 174] Tr. CE si dispone che "se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato", è corretto ritenere che si tratti di atti annullabili e non nulli, e che la relativa sentenza abbia carattere costitutivo e non dichiarativo.

La Corte di giustizia ha delimitato le situazioni di "inesistenza" dell'atto alla verifica di vizi particolarmente evidenti (sentenza 26.2.1987, causa 15/85), al fine di evitare i pericoli per la certezza delle posizioni e per la realizzazione delle politiche comunitarie che derivano dal concetto di atto inesistente. Come è stato indicato dalle conclusioni dell'avvocato generale Mischo, nella sentenza ora citata, "siffatta patente di irregolarità sembra ricorrere in casi estremi come la manifesta usurpazione di poteri o di funzioni, l'assoluta mancanza di firma, l'irrealità, l'incertezza o l'illiceità dello scopo dell'atto, che vanno di gran lunga al di là della normale irregolarità dovuta all'erronea valutazione dei fatti o alla violazione di legge". La Corte ha confermato questa visione della "inesistenza" come situazione eccezionale in un importante caso (sentenza *BASF*, 15.6.1994, causa C- 137/92), ove è stato ribaltato il giudizio del tribunale circa la non esistenza dell'atto impugnato; peraltro ritenuto illegittimo e quindi annullato.

Speculare alla situazione di inesistenza dell'atto è quella di semplice irregolarità, che si ha quando il contrasto dell'atto con lo schema normativo di riferimento ha carattere marginale e non inficia comunque la sua sostanza. Per tale motivo, anche in diritto comunitario si dubita che l'irregolarità rappresenti una forma di invalidità degli atti.

Per quanto riguarda i vizi di legittimità che possono determinare l'annullamento degli atti amministrativi comunitari, l'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE prevede quattro figure: **incompetenza; violazione delle forme sostanziali; violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione; sviamento di potere.** Come nel nostro diritto nazionale, tale elencazione ha carattere tassativo e quindi i vizi degli atti amministrativi comunitari sono da considerare tipici.

L'incompetenza si riferisce alla sfera dei poteri del soggetto che ha assunto l'atto, caratterizzando la situazione in cui si è determinata una violazione delle previsioni normative circa la potestà a provvedere. Nel quadro comunitario, l'incompetenza si può avere per violazione della sfera di attribuzioni di un'istituzione da parte di altra istituzione, oppure per violazione della sfera di attribuzione di uno dei molti organi amministrativi comunitari o dei soggetti del sistema comunitario dotati di propria personalità. Il caso si verifica con una certa frequenza nelle relazioni Consiglio-Commissione per quanto riguarda le funzioni di esecuzione, a causa della non chiara ripartizione di poteri cui in varie occasioni si è fatto cenno; così ancora nelle varie procedure della "comitologia". L'incompetenza si può avere pure all'interno di una stessa amministrazione per violazione dell'ordine dei poteri, come ad esempio quando non sia stata rispettata l'articolazione della competenza delle direzioni generali della Commissione.

A questa forma di incompetenza "relativa" (per usare un linguaggio usuale nel diritto amministrativo nazionale), si contrappone l'incompetenza "assoluta" o "esterna", nei casi in cui la Comunità abbia assunto un atto in campi non ad essa attribuiti. Il caso è davvero eccezionale, dato che il criterio delle competenze di attribuzione è stato in molti modi attenuato, ma si ricordano casi in cui la Corte ha riconosciuto sussistente questo tipo di .

La violazione delle forme sostanziali è una forma di illegittimità non conosciuta in tutti gli Stati membri (ad esempio, in Italia), e di difficile distinzione dalla forma d'illegittimità che l'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE definisce "violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione".

In effetti, i casi che i giudici comunitari hanno riportato alla "violazione delle forme sostanziali" riguardano la violazione di principi generali di diritto comunitario,

come il principio *dell'audi alteram partem* e quello della motivazione. Tali principi generali sono però riconducibili alle regole di diritto relative all'applicazione del Trattato, ed in parte sono stati costituzionalizzati nei Trattati. Tanto è che in altri casi i giudici comunitari hanno considerato in violazione di regole di diritto degli atti contrari ad altri principi generali, come la proporzionalità. La differenza sembra consistere nella violazione, nel primo caso, di previsioni particolarmente rigorose; ma è evidente il carattere puramente descrittivo di questo criterio discriminatore.

La determinazione della linea di demarcazione avviene di fatto solo attraverso la giurisprudenza comunitaria; i cui margini sono ampi anche per la non identica formulazione dell'art. 230 [ex art. 173] in alcune versioni: non pare infatti che lo "*Infringement of an Essential Procedural Requirement*" della versione inglese corrisponda esattamente alla "violazione delle forme sostanziali" della versione italiana.

Lo sviamento di potere, infine, connota il vizio della funzione come nell'ordinamento amministrativo francese, e solo in parte corrisponde al nostro eccesso di potere. Gli atti amministrativi comunitari sono viziati in tal modo quando, sulla base di indizi oggettivi e pertinenti, risultano adottati sulla base di un potere che è nella titolarità dell'amministrazione agente, ma per raggiungere scopi diversi da quelli dichiarati e imposti dall'ordinamento giuridico. Al riguardo, anche nella giurisprudenza comunitaria si sta formando una casistica di figure sintomatiche di sviamento di potere, come negli ordinamenti continentali. Si ricordano in particolare l'inosservanza di codici di condotta e il richiamo di elementi limitati e superati nella motivazione dell'atto. Il settore ove finora è stato maggiormente rilevante questo vizio è il pubblico impiego comunitario.

I presupposti e le modalità con cui gli interessati possono far valere la pretesa illegittimità degli atti amministrativi comunitari sono esaminati nel Capitolo seguente, dedicato alla tutela giurisdizionale.

14. L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI IN CONTRASTO CON IL DIRITTO COMUNITARIO

In conseguenza della sempre più frequente attività amministrativa esercitata

dalle pubbliche amministrazioni nazionali in funzione comunitaria e, in parallelo, dell'estendersi della normativa comunitaria, si pone il problema di quale sia il regime degli atti amministrativi nazionali che siano stati assunti in contrasto con il diritto comunitario.

Al riguardo vi è sostanziale unanimità nel ritenere che in tal caso si abbia una nuova forma di invalidità degli atti amministrativi, ma si controverte circa i suoi caratteri: in una lettura, questa invalidità rimane soggetta ai principi generali di diritto interno, mentre in altra la rilevanza comunitaria dei vizi in esame configurerebbe una diversa invalidità rendendo applicabile un particolare regime.

La situazione di contrasto col diritto comunitario si può determinare in due modi: quando l'atto amministrativo nazionale viola un atto normativo comunitario, come un regolamento o una direttiva; oppure quando tale atto viola un atto amministrativo comunitario, come una decisione o una comunicazione. Ma queste due modalità principali possono a loro volta articolarsi variamente, con soluzioni non necessariamente simili. Si consideri ad esempio, il caso delle direttive, che possono essere recepite in diritto nazionale, correttamente o scorrettamente; ma anche non recepite entro i termini previsti; e per le quali, in carenza di recepimento, rileva il possibile carattere di effetto diretto.

A fronte della varietà di situazioni in cui gli atti amministrativi nazionali possono essere in contrasto con il diritto comunitario, è necessario esaminare distintamente i principali casi su cui si sta formando una interessante giurisprudenza.

Un atto amministrativo nazionale può in primo luogo essere stato assunto in violazione di un regolamento comunitario. Dato che il regolamento ha carattere obbligatorio in tutti i suoi elementi ed è direttamente applicabile in ciascun ordinamento giuridico degli Stati membri, è pacifico che l'atto amministrativo nazionale eventualmente assunto in sua violazione sia invalido, non diversamente dall'atto amministrativo comunitario eventualmente assunto dalle istituzioni o da organi della Comunità per darvi attuazione per la loro parte, ma che risulti in contrasto con il regolamento in questione. In tali casi, il regolamento comunitario, quale tipico atto normativo, rappresenta il diretto parametro della legittimità per ogni conseguente atto amministrativo, tanto comunitario quanto nazionale.

I regolamenti comunitari non abbisognano, in principio, di atti normativi nazionali

per poter giuridicamente operare negli ordinamenti degli Stati membri. Ciò in virtù della loro peculiare caratteristica di essere direttamente applicabili. Ma, di fatto, le autorità nazionali adottano spesso atti normativi per assicurare le migliori opportunità di applicabilità dei regolamenti comunitari, ad esempio con modificazioni alle organizzazioni pubbliche e private che operano nel settore disciplinato dal regolamento, oppure con nuovi procedimenti, talora direttamente rilevanti per i singoli. In questi casi, pur ammessa la possibilità di limitati interventi nazionali per adeguare il sistema interno alla nuova disciplina comunitaria, gli atti normativi così assunti possono in concreto essere lesivi delle previsioni regolamentari comunitarie. Ove ciò effettivamente si verifici, gli atti normativi nazionali sono invalidi e di conseguenza non possono giuridicamente rappresentare un valido fondamento per gli atti amministrativi assunti su tali basi dalle autorità amministrative nazionali

Nel caso delle direttive, una prima situazione di contrasto si può avere quando la direttiva è stata recepita in modo parziale o erroneo, e l'atto amministrativo nazionale è conforme alla fonte di recepimento. Il contrasto è qui nel raffronto tra l'insieme atto amministrativo ed atto normativo nazionale, a sua volta invalido per violazione della direttiva in questione, e direttiva stessa; che dà origine ad una situazione giuridicamente simile alla precedente.

Una seconda situazione è quella in cui, non essendo stata tempestivamente recepita la direttiva, l'autorità amministrativa nazionale la considera priva di effetto diretto e di conseguenza assume atti che non ne fanno riferimento o che sono ad essa contrari anche quando in verità la direttiva ha efficacia diretta secondo i noti parametri individuati dalla Corte di giustizia.

Come si può vedere, nei diversi casi ora indicati, l'atto amministrativo nazionale può essere in rapporto diretto con gli atti normativi comunitari (regolamenti e direttive ad efficacia diretta), oppure indiretto in quanto filtrato da atti normativi nazionali (atti di recepimento di direttive e atti di esecuzione di regolamenti, nei limiti consentiti dalla loro diretta applicabilità). Non diverso è il caso degli atti amministrativi nazionali assunti in esecuzione di decisioni comunitarie non normative, dato che si tratta di atti vincolanti le autorità nazionali competenti cui sono diretti (art. 249 [ex art. 189] Tr. CE), indipendentemente dalla esistenza o meno nel sistema nazionale di atti normativi con esse contrastanti.

Pur con le diverse modalità descritte sussiste una situazione di incompatibilità dell'atto amministrativo nazionale con il diritto comunitario, e perciò dottrina e giurisprudenza sono orientate a riconoscere una nuova forma di invalidità degli atti amministrativi per contrasto con il parametro normativo di riferimento

Per la prima tesi, il regime dell'invalidità degli atti amministrativi così assunti deve riportarsi ai principi generali di diritto nazionale sulla invalidità degli atti amministrativi; per la seconda, invece, la rilevanza comunitaria della fattispecie introduce un particolare regime di invalidità di questi atti, in termini di piena nullità. In dottrina le opinioni sono equamente divise, mentre nella giurisprudenza prevale finora il primo approccio.

Le conseguenze che derivano dall'accettare l'una o l'altra delle tesi citate sono assai diverse. Per effetto dell'applicazione del regime nazionale dell'invalidità degli atti amministrativi, il caso dell'incompatibilità di un atto nazionale col diritto comunitario ha di particolare solamente il parametro normativo di riferimento, che non è un atto normativo nazionale, come di usuale, bensì un atto comunitario. Per il resto rimangono fermi i principi generali sulla invalidità degli atti amministrativi, vuoi in termini di configurazione dei vizi degli stessi, che di disciplina processuale per far valere tali vizi. In tal senso, varrebbero gli usuali termini di impugnativa degli atti per cui si richiede l'annullamento e le altre regole del processo amministrativo, che qui specialmente rilevano per quanto attiene alla necessità di puntuali gravami sull'anticomunitarietà dell'atto (altrimenti non rilevabile d'ufficio dal giudice) e di una sentenza di annullamento per privare l'atto della sua efficacia. Portando alle sue ultime conclusioni l'assunto dell'applicabilità al caso considerato del normale regime nazionale della invalidità degli atti amministrativi, la tesi in esame accetta anche l'inoppugnabilità di siffatti atti in caso di mancata impugnativa; malgrado la possibile loro pacifica anticomunitarietà.

Ove invece si accolga la tesi che sostiene l'esistenza di un regime particolare di invalidità per gli atti amministrativi assunti in violazione del diritto comunitario, un suo primo profilo è la configurabilità di tale invalidità in termini di nullità assoluta, in quanto gli atti risulterebbero espressi in carenza di potere. Ciò varrebbe tanto nel caso di diretto contrasto dell'atto amministrativo nazionale con un atto comunitario, quanto in quello ove sia presente una norma italiana a sua volta incompatibile con il diritto comunitario e pertanto disapplicabile.

La seconda situazione appare certamente più plausibile: infatti, quale che sia l'esatta connotazione di quest'ultima, una legge disapplicabile non appare idonea a fondare il potere dell'autorità amministrativa in questione. Accogliendo questa interpretazione, conseguono anche altri effetti di particolare rilievo: la nullità può essere rilevata da chiunque e fatta valere dal giudice, indipendentemente dai motivi di ricorso; la medesima nullità inficia così radicalmente l'atto da precluderne ogni efficacia e valore giuridico, senza determinare alcun onere di impugnazione nei termini usualmente previsti dal diritto nazionale.

Le due tesi richiamate non appaiono convincenti. La prima, che tende a mantenere anche per questo caso il regime nazionale ordinario dell'invalidità degli atti amministrativi, porta a conclusioni palesemente inaccettabili dal punto di vista comunitario. Infatti, il diverso regime di invalidità proprio dei vari Stati membri attenterebbe al principio di necessaria uniformità del diritto comunitario; inoltre, per gli atti amministrativi nazionali avremmo molte più limitazioni che per gli atti normativi al fine di far valere la loro anticomunitarietà; ciò che rappresenta un evidente paradosso. In particolare, l'affermazione dell'inoppugnabilità di questi atti, ove non tempestivamente impugnati, riduce le occasioni dei privati quali garanti indiretti per l'effettività del diritto comunitario, e pone in una luce ambigua l'obbligo di disapplicazione di tali atti che incombe a tutte le autorità amministrative tenute ad applicare il diritto comunitario; dando vita ad un sistema asimmetrico e, per una parte, in palese violazione degli obblighi comunitari (art. 10 [ex art. 5] Tr. CE ed altri principi più volte richiamati). Ma lo stesso dicasi per l'affermato diniego del potere del giudice di rilevare d'ufficio vizi di legittimità comunitaria degli atti impugnati, che è in contrasto con lo stesso principio di leale cooperazione ora richiamato, ma più in generale con il principio di interpretazione del diritto nazionale in modo conforme al diritto comunitario, tanto per la parte del diritto sostanziale che per quella del diritto processuale (cfr. da ultimo la precisa indicazione della sentenza della Corte di giustizia, 4.3.1999, causa C-258/97).

Anche l'altra tesi, che propende per la radicale nullità degli atti amministrativi così assunti, mostra evidenti limiti nella misura in cui generalizza una situazione che invece sembra da individuare in particolari circostanze; e soprattutto perché determina un radicale sconvolgimento del sistema processuale nazionale, che allo stato dell'evoluzione del diritto comunitario non sembra giustificato. Se infatti la

Comunità sta inevitabilmente estendendo il proprio ambito di intervento anche sul diritto processuale, essenziale al fine di garantire il principio di uniformità del diritto comunitario, ciò avviene in modo incrementale attraverso un'espansione progressiva tanto di discipline scritte (ad esempio per i ricorsi in materia di appalti pubblici), quanto di sentenze dei giudici comunitari che introducono di volta in volta nuovi principi comuni. Nell'insieme, non vi sono ancora le condizioni per poter parlare di un diritto comune dei rimedi giuridici, né di un radicale sconvolgimento dei diritti processuali nazionali da affermarsi in sede giurisdizionale in virtù del solo riferimento alle esigenze comunitarie.

L'interpretazione più corretta circa i caratteri giuridici della invalidità degli atti amministrativi in esame è dunque, allo stato del diritto comunitario, quella che riconosce vigente la generale disciplina nazionale dei rimedi giuridici, ma alla condizione di apportarvi di volta in volta le deroghe che appaiono necessarie per assicurare il rispetto degli obblighi comunitari assunti dagli Stati membri.

L'esame di alcune siffatte situazioni aiuta a comprendere questa proposta interpretativa. Anzitutto, va richiamato il **principio di disapplicabilità** anche nel contesto del regime dell'invalidità degli atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario. In tal senso, la disapplicabilità risulta un potere/dovere generale esercitabile nei confronti degli atti amministrativi nazionali in contrasto con qualsiasi atto comunitario immediatamente applicabile, senza che al riguardo rilevi significativamente la diatriba sulla separazione o sulla integrazione tra sistema comunitario e sistemi nazionali (in questo libro più volte risolta nel senso dell'integrazione).

Il richiamo al principio di disapplicabilità di questi atti amministrativi consente di generalizzare la portata del principio stesso a tutte le situazioni di contrasto di atti giuridici nazionali, normativi ed amministrativi, con il diritto comunitario, che è esigenza inerente al sistema comunitario. Nel caso, abbiamo la rilevanza del principio di disapplicabilità sul versante amministrativo dell'azione pubblica, facendo qui valere gli stessi principi oggi pacificamente accolti sul versante normativo, e così assicurando una necessaria coerenza di insieme.

Va inoltre sottolineato come il pieno dispiegarsi del principio di disapplicazione degli atti nazionali in contrasto con il diritto comunitario abbia per gli atti

amministrativi un'efficacia ben maggiore che per gli atti normativi: togliere giuridica rilevanza in un caso concreto ad un atto normativo lascia, infatti, integra l'efficacia generale della norma per ogni caso diverso da quello esaminato; e il medesimo atto normativo viene giustamente percepito dai soggetti dell'ordinamento come ancora vigente. Per tale motivo, la possibilità di disapplicare una norma nazionale non elimina la violazione del diritto comunitario compiuta dallo Stato membro in questione, superabile solo con l'espressa abrogazione della norma nazionale anticomunitaria. Diversamente, per gli atti amministrativi, normalmente destinati alla disciplina di situazioni particolari, la possibilità di disapplicazione produce effetti più rilevanti in quanto consente di risolvere la questione nella sua integrità; rimanendo solo un incombenza formale l'annullamento dell'atto amministrativo anticomunitario.

Il riconoscimento del principio in esame nella sua integralità importa rilevanti conseguenze anche per il regime degli atti amministrativi in questione, in quanto consente alle parti ed al giudice di riferirsi ad esso in tutti i casi ove, per vari motivi, non sia possibile assicurare la conformità comunitaria della situazione determinatasi a seguito dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario.

Non accettando il regime di generale disapplicabilità per tali atti amministrativi si giungerebbe al paradosso di una loro particolare capacità di resistenza agli effetti comunitari, nel mentre gli atti normativi sarebbero cedevoli in ogni caso in cui si prospetti una loro anticomunitarietà. Con l'effetto di determinare un'inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento generale. La tesi contraria non convince neanche quando sostiene che la disapplicabilità comprometterebbe l'autorevolezza del provvedimento e l'attitudine degradatoria dei diritti soggettivi, nonché i criteri generali di riparto delle giurisdizioni. Se tali effetti, rapportati ai caratteri degli atti normativi, sono ormai pacificamente accolti per le leggi malgrado lo stravolgimento che ciò comporta per il sistema costituzionale delle fonti ed il relativo processo costituzionale, per coerenza deve riconoscersi che lo stesso regime non può non valere anche per gli atti amministrativi. A meno di non ipotizzare un'improbabile riserva di amministrazione rispetto all'influenza comunitaria, di cui mancano completamente i presupposti giuridico - istituzionali.

Allo stesso risultato si perviene cogliendo le particolarità della situazione di disapplicabilità rispetto a quella generale di invalidità. Le recenti direttive in tema di

rimedi per i pubblici appalti sono impostate in termini rispettosi delle tradizioni processuali nazionali, compreso il regime normale della illegittimità/annullabilità degli atti amministrativi nazionali comunitariamente illegittimi. Tale circostanza è stata malintesa come apparente conferma del sistema tradizionale dell'invalidità degli atti amministrativi, laddove vuole solo garantire una serie di principi comuni in tema di rimedi, al fine di eliminare dall'ordinamento giuridico nazionale un atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario nel modo più drastico e palese; ma senza certo precludere l'utilizzabilità di una serie di accorgimenti per assicurare l'effettiva tutela dei "diritti comunitari", anche se non previsti dall'ordinamento nazionale.

Così, del resto, si sta muovendo la Corte di giustizia, con una serie di sentenze assai innovative in tema di rimedi processuali, pur se giustamente caute nell'affermare nuovi principi generali (cfr. Cap. XI, par. 26). Una recente sentenza della Corte (29.4.1999, causa C-224/97) ha poi portato a compiuta definizione la posizione già espressa per gli atti normativi con la celebre sentenza *Simmenthal* del 1978, sostenendo in via generale la disapplicabilità generale di provvedimenti amministrativi in contrasto con il diritto comunitario.

Il caso è stato posto alla Corte dal Tribunale superiore amministrativo austriaco tramite la procedura di rinvio pregiudiziale, con un quesito diretto che non lasciava margini di ambiguità: se un divieto posto "non attraverso una norma generale ed astratta, ma attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, vada disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per inosservanza di tale divieto".

Il Tribunale austriaco ha chiesto di risolvere tale quesito perché in analoghe circostanze, ma segnate dall'inosservanza di norme generali ed astratte, avrebbe senz'altro disapplicato tali norme a vantaggio del diritto comunitario. Ciò che potrebbe valere per le stesse ragioni anche per i provvedimenti amministrativi individuali e concreti non conformi al diritto comunitario, problema su cui però non c'è una chiara giurisprudenza del giudice comunitario.

La risposta della Corte di giustizia è stata netta e definitiva. Anzitutto ha ricordato che "poiché le norme del Trattato CE sono direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascun Stato membro e il diritto comunitario prevale sul

diritto nazionale, queste disposizioni attribuiscono agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare e che, quindi, ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile nei loro confronti”.

Dopo aver poi ricordato vari passaggi della propria giurisprudenza sulla disapplicazione di tali disposizioni e sul ruolo che gli organi dell'amministrazione esercitano a tal fine, la sentenza ha tre passaggi fondamentali nelle affermazioni per cui: a) tra le disposizioni di diritto interno in contrasto con la disposizione comunitaria “possono figurare disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative”; b) è nella logica della giurisprudenza comunitaria “che le disposizioni amministrative di diritto interno di cui sopra non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti”; infatti, la tutela giurisprudenziale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta, e che è compito dei giudici nazionali garantire, “non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante con il diritto comunitario”; c) un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con il diritto comunitario, va disapplicato.

La conclusione raggiunta ora dalla Corte appare in piena coerenza con la sua giurisprudenza (in specie le sentenze *Simmenthal* e *Factortame*) e con i caratteri dell'istituto della disapplicazione, come da tempo si era proposto. Per il tipico effetto espansivo della giurisprudenza comunitaria, si attendono adesso altre sistemazioni finora solo accennate dalla Corte. In particolare, gli svolgimenti della posizione qua sostenuta portano dunque a ritenere comunitariamente necessario che, anche in deroga alle normali regole nazionali, il giudice possa rilevare d'ufficio vizi di legittimità comunitaria; che i termini di decadenza per l'impugnativa di atti amministrativi anticomunitari possano essere derogati in presenza di particolari circostanze; che il concetto di inoppugnabilità sia considerato contrastante con le esigenze del diritto comunitario, salvo un concreto bilanciamento con altri principi comunitari come la tutela dell'affidamento.

15. ALTRI ASPETTI DEL REGIME DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI SOTTO L'INFLUENZA COMUNITARIA

Oltre alla nuova configurazione della nozione di invalidità l'influenza comunitaria, sul regime degli atti amministrativi nazionali, ha molte altre occasioni di manifestazione. Se ne esaminano due, che hanno carattere esemplare: le possibili modificazioni del potere discrezionale e i nuovi caratteri del potere di autotutela.

Per quanto riguarda la discrezionalità amministrativa, il problema si pone principalmente perché tra il sistema comunitario e quello nazionale vi sono spesso diverse configurazioni degli interessi pubblici, e dei rapporti tra tali interessi e quelli privati. Ove tale differenza si concreti in una situazione di incompatibilità tra i due regimi, la soluzione è data dalla più volte citata regola della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale.

Più sottile è il caso in cui il contrasto sulla rilevanza dei vari interessi, pubblici e privati, caratterizzanti la fattispecie non giunga a tal punto; si pensi ad esempio ai servizi pubblici locali, all'ambiente, agli appalti pubblici, ove non sono direttamente in questione modelli organizzativi, procedure e istituti giuridici, quanto la rilevanza sostanziale degli interessi. È a tale riguardo che si pone il problema della possibile incidenza delle indicazioni comunitarie per l'esercizio della discrezionalità amministrativa delle amministrazioni nazionali competenti.

In questi casi l'autorità amministrativa nazionale non può che esercitare la propria discrezionalità nel rispetto primario delle indicazioni scaturenti dal diritto comunitario, secondo quello che si può definire il versante amministrativo del principio di supremazia del diritto comunitario. Trattasi di esercizio del potere discrezionale certamente ad alta complessità, in quanto si richiede all'amministrazione nazionale di calarsi nel diritto comunitario e di valutare le ragioni delle regole poste per il settore di riferimento. Gli interessi comunitari sono poi divenuti di difficile valutazione per il continuo loro ampliamento ed arricchimento: così, se nella fase iniziale della Comunità prevalevano gli interessi del mercato e della concorrenza, oggi assumono particolare rilievo anche gli interessi sociali e della coesione. Le discipline di settore devono essere interpretate alla luce di queste indicazioni generali, di carattere costituzionale europeo, confermando che si è di fronte ad un'operazione di alta complessità.

Una volta chiarito il rilievo diretto che per l'esercizio della discrezionalità hanno le scelte comunitarie sugli interessi caratterizzanti la fattispecie, si deve però precisare che gli interessi canonizzati dal diritto nazionale non devono essere pretermessi in

modo ineluttabile. Infatti, ove le istituzioni comunitarie avessero voluto definire compiutamente la fattispecie in questione con propri atti vincolanti ne avrebbero avuto piena facoltà, eliminando in radice il rilievo degli interessi, non omogenei a quelli comunitari, espressi dagli atti normativi nazionali. Non avendo compiuto tale scelta, il diritto comunitario lascia spazio ad una perdurante rilevanza per la configurazione nazionale degli interessi, almeno ad un secondo livello rispetto a quelli comunitari.

In breve, la nota distinzione tra interessi pubblici primari e secondari individuabili per ogni situazione di esercizio discrezionale del potere amministrativo, nel caso in cui siano presenti interessi di rilievo comunitario, fa sì che sia prospettabile una diversa configurazione gerarchica, ove primari divengano gli interessi comunitari, distinguibili in comunitari primari e secondari, e secondari quelli nazionali, a loro volta distinguibili in primari e secondari. Pur essendo improbabile, si potrà dunque in concreto avere una prevalenza degli interessi rilevanti per il diritto nazionale rispetto agli interessi comunitari; in tal caso ancora più rilevante di sempre risulterà la motivazione del provvedimento assunto dall'autorità nazionale.

Il secondo problema generale del regime degli atti amministrativi nazionali sotto l'influenza comunitaria è quello dei profili del potere di autotutela, connessi alla verifica di un contrasto di un atto amministrativo nazionale con il diritto comunitario. Malgrado una somiglianza di facciata, si è già detto che la disapplicabilità degli atti amministrativi non è correttamente rapportabile all'autotutela, così come configurata nel diritto nazionale, diversa nei principi che la ispirano e nelle manifestazioni. I profili qua in discussione riguardano la possibile configurabilità di un potere di autoannullamento in ogni circostanza in cui emerga un'anticomunitarietà di un atto amministrativo, senza limiti di tempo in ordine all'esercizio, senza necessità di particolari motivazioni e senza l'osservanza delle regole nazionali sulla competenza.

Malgrado alcune sentenze favorevoli alla più radicale interpretazione (Cons. St. Sez, IV, 18.1.1996, n. 54), la lettura più convincente appare quella che tiene fermo l'impianto tradizionale del potere di autotutela, anche se ovviamente l'interesse pubblico di riferimento è divenuto qua l'interesse comunitario. Di conseguenza mantengono una specifica rilevanza tanto il tempo in cui tale potere viene esercitato, quanto la comparazione dell'interesse all'annullamento con gli altri interessi presenti nella fattispecie. In tal senso spingono, del resto, vari principi generali di diritto

comunitario, come la tutela del legittimo affidamento, che non possono non valere anche per l'esercizio di poteri amministrativi a rilevanza comunitaria da parte delle amministrazioni nazionali.

La possibilità/obbligatorietà della disapplicazione dell'atto amministrativo in questione dovrebbe poi portare a dare dimostrazione nel caso concreto che l'annullamento dell'atto non è reso superfluo dalla sua disapplicabilità. Requisito che è proprio unicamente delle fattispecie a rilevanza comunitaria, non essendovi nel diritto nazionale un principio generale di disapplicabilità degli atti amministrativi illegittimi.

Sono sempre incombenti i rischi di una indebita confusione tra disapplicabilità, annullamento d'ufficio a carattere obbligatorio in caso di anticomunitarietà dell'atto amministrativo e annullamento in via di autotutela retto dai tradizionali principi. Un interessante esempio di questa confusione è dato dal parere del Consiglio di Stato (sez. I, 9.4.1997, n. 372/97) reso sul caso degli effetti della sentenza della Corte di giustizia (1.6.1995, causa C-40/93) che aveva condannato l'Italia per aver consentito indebitamente l'esercizio della professione di odontoiatra ai laureati in medicina, non specializzati in odontoiatria, immatricolati in anni per cui la disciplina comunitaria non lo consentiva. Il Consiglio di Stato ha ritenuto erroneamente applicabili alla fattispecie i principi nazionali sull'annullamento di un atto amministrativo in via di autotutela, quando il caso avrebbe imposto un annullamento senza ostacoli dalla presenza di interessi pubblici o privati.

1. LA RILEVANZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE NEL SISTEMA COMUNITARIO

L'ordinamento giuridico comunitario è fortemente caratterizzato da principi generali preposti alla tutela dei propri soggetti e da un sistema giudiziario pensato per assicurare effettività ai principi stessi. Inoltre le varie forme di tutela previste dal diritto comunitario rilevano direttamente per i giudizi nazionali ove si trattano di questioni a rilevanza comunitaria, e influenzano in senso riformatore i sistemi nazionali processuali anche per la parte ancora non direttamente coinvolta dal diritto comunitario.

La garanzia giurisdizionale delle posizioni dei soggetti dell'ordinamento comunitario è uno dei connotati più rilevanti della Comunità quale "Comunità di diritto". Tale garanzia è piena ed effettiva anche quando possa mettere a rischio alcune delle esigenze essenziali del sistema comunitario, come l'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati membri. In molte occasioni le azioni degli interessati per la tutela delle proprie posizioni finiscono per contribuire alla garanzia della corretta attuazione del diritto comunitario. Come rilevato dalla Corte sin dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 1963, la vigilanza dei singoli interessati alla salvaguardia dei propri diritti rappresenta un efficace controllo che si aggiunge a quelli previsti agli artt. 226 [ex art. 169] e 227 [ex art. 170] Tr. CE.

Il sistema di tutela giurisdizionale è articolato su due piani: quello comunitario e quello nazionale. Nella Comunità opera un sistema giurisdizionale formato dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia, vero architrave del sistema giuridico della Comunità e dell'Unione europea. Per una parte di competenze, tale sistema è a doppio grado; in particolare, ciò vale per il caso dei ricorsi proposti dalle persone fisiche e giuridiche. Alcune competenze di particolare rilievo per il diritto comunitario, come l'interpretazione dello stesso in via pregiudiziale, sono invece concentrate in modo esclusivo nella Corte di giustizia al fine di avere uniformità di interpretazione. Per quanto riguarda poi il piano nazionale, è stato da tempo chiarito

che i giudici nazionali nel trattare casi a rilevanza comunitaria, divengono giudici comunitari di diritto comune, e quindi parte di un sistema giudiziario integrato che ha il suo massimo punto di espressione nella procedura di cui all'art. 234 Tr. CE.

2. LA COMPOSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

La Corte è composta da quindici giudici ed è "assistita" da otto avvocati generali, secondo la felice formula dell'art. 224 [ex art. 168] Tr. CE. La figura degli avvocati generali è una peculiarità della giurisdizione comunitaria, senza vere analogie negli ordinamenti degli Stati membri. Infatti, anche le figure cui i redattori del Trattato si sono in qualche modo ispirati - ad esempio, per l'Italia il Procuratore generale presso la Cassazione nelle cause civili, e per la Francia il Commissario del Governo presso il Consiglio di Stato - non collimano con il modello assunto per gli avvocati generali e nelle rispettive esperienze non hanno avuto altrettanto rilievo per lo sviluppo della giurisprudenza degli organi ausiliari.

Gli avvocati generali presentano pubblicamente, *"con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sugli affari sottoposti alla Corte di giustizia, per assistere quest'ultima nell'adempimento della sua missione"* (art. 222 [ex art. 166], c. 2).

Per quanto riguarda i giudici, la Corte di giustizia era inizialmente composta da sette giudici, ovvero uno in più rispetto ai sei Stati fondatori, al fine di assicurare un numero dispari funzionale alla regola delle decisioni prese a maggioranza, in cui il presidente non ha un voto prevalente. La composizione della Corte si è nel tempo ampliata e oggi risulta composta da quindici giudici ed assistita da otto avvocati generali.

Il potere di nomina, la relativa procedura e la qualificazione richiesta per i nominandi sono previsti all'art. 223 [ex art. 167] Tr. CE, secondo cui i giudici e gli avvocati generali sono nominati di comune accordo, per un periodo di sei anni, dai governi degli Stati membri. Essi sono scelti tra personalità che offrono tutte le garanzie di indipendenza e che hanno le condizioni per l'esercizio nei propri Paesi delle più alte funzioni giurisdizionali, "ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza".

Questa disciplina esprime il tentativo di conciliare il criterio della rappresentatività per Paese con il principio dell'assoluta indipendenza ed imparzialità, unita alla qualificazione professionale. Pur se la designazione dei giudici spetta per prassi a ciascun Stato membro, la nomina avviene per decisione collegiale unanime e per candidati che hanno alte qualità personali e professionali. Nella prassi, le designazioni nazionali non sono mai state espressamente sindacate dagli altri Stati membri.

La presenza di un giudice per Stato ha varie conseguenze positive, in quanto per il lavoro della Corte assicura l'apporto delle varie culture giuridiche nazionali, arricchendo sia il quadro giuridico comparativo che quello propriamente comunitario. Per il versante nazionale, assicura una più facile osservanza della giurisprudenza comunitaria che, in linea di principio, avrà tenuto conto del contesto giuridico in cui è destinata ad operare.

Più in generale, la "rappresentatività" della Corte contribuisce a farla sentire meno lontana di una usuale giurisdizione internazionale e quindi adeguatamente legittimata nel contesto ordinamentale comunitario.

Circa la qualificazione professionale dei giudici, la condizione necessaria è che siano giuristi di notoria competenza; mentre le ulteriori condizioni dipendono dalla disciplina nazionale per l'esercizio della funzione giurisdizionale nelle giurisdizioni superiori. Così per l'Italia, sono nominabili giudici di carriera, professori universitari di materie giuridiche ed avvocati con particolare esperienza; per altri Stati, anche funzionari dei ministeri della giustizia ed altre determinate figure.

La nomina dei giudici è per un periodo di sei anni, confermabile senza limiti. Un rinnovamento parziale avviene ogni tre anni, alternativamente per otto o sette giudici e per quattro avvocati generali. Il criterio mira ad assicurare la continuità dell'organismo, di fatto rafforzato dalla non infrequente conferma di alcuni giudici ed avvocati generali. La possibilità della conferma, che come detto non è rara, è da molti considerata un potenziale attentato alla indipendenza dei giudici, i quali possono essere interessati a garantire gli interessi del proprio Stato, competente per una loro nuova designazione. Si tratta di un'eventualità assai ipotetica, ma non impossibile, che giustifica la proposta per estendere il termine dell'ufficio a nove o dodici anni, senza possibilità di rinnovo. Per un giudice è molto importante, come si sa, non solo

l'essere, ma anche l'apparire.

Durante il loro ufficio, i giudici non possono essere rimossi dalle funzioni se non per casi eccezionali, quali il venir meno delle condizioni per la loro nomina o per violazione grave dei propri doveri. La decisione è competenza degli altri membri della Corte, con decisione all'unanimità. Finora non si è mai verificato un caso del genere.

Il presidente della Corte è eletto dai giudici della Corte stessa (ma non dagli avvocati generali, che pure sono membri della Corte), per un periodo di tre anni, rinnovabile. L'elezione avviene con voto segreto ed a maggioranza assoluta; nel caso in cui non si raggiunga tale maggioranza, al secondo scrutinio è sufficiente la maggioranza semplice (art. 7 del reg. proc). L'elezione del Presidente da parte della stessa Corte è allo stesso tempo una conferma dell'indipendenza dell'organo ed un fattore di ulteriore suo sviluppo. I poteri del Presidente riguardano la presidenza delle sedute plenarie, la direzione generale dei lavori della Corte, la decisione su misure cautelari urgenti, la direzione dell'attività e degli uffici della Corte. Per la parte amministrativa del lavoro, al Presidente si affiancano il cancelliere ed il comitato esecutivo di presidenza, delegato dalla riunione generale.

Per quanto riguarda il Tribunale di primo grado, le regole sulla sua composizione e sulla durata dell'ufficio sono le stesse della Corte. Attualmente il numero dei giudici è quindici, con un giudice per ogni Stato membro; le medesime ragioni sopra dette per la Corte e un elevato contenzioso davanti al Tribunale giustificano richieste per l'aumento del numero dei giudici. Nel caso, l'attuale numero dei giudici sembra che possa essere ampliato senza particolari difficoltà, in connessione o meno con l'incremento del numero degli Stati membri, data la particolare natura delle questioni portate al suo esame ed il normale procedere per sezioni, anziché in seduta plenaria.

Presso il Tribunale non operano, come invece nella Corte, avvocati generali; ma il Presidente può affidare la medesima funzione, ove necessario (di fatto in rare circostanze), ad uno dei giudici del Tribunale che in tal caso non parteciperà, ovviamente, alla decisione finale. Il primo decennio di funzionamento del Tribunale ha visto una composizione professionale articolata, simile a quella della Corte, con le sole peculiarità dell'età relativamente più bassa dei giudici e della presenza di due donne (mentre nella ben più lunga esperienza della Corte si è avuto solo un giudice donna).

3. LA POSIZIONE DEI GIUDICI E L'ORGANIZZAZIONE DELLA CORTE E DEL TRIBUNALE

I giudici comunitari esercitano la loro funzione in modo indipendente ed imparziale. A tal fine, lo statuto prevede diritti ed obblighi per i giudici comunitari ispirati ai medesimi criteri previsti per i giudici nazionali, professionali e non; in riferimento all'Italia uno statuto molto simile è quello di giudice costituzionale. Così, durante il periodo di ufficio i giudici non possono esercitare alcuna altra funzione pubblica o privata, remunerata o meno, salve eccezionali circostanze. Essi sono tenuti al segreto d'ufficio, e quindi a non rivelare niente che sia relativo alle deliberazioni.

Una speciale garanzia di indipendenza è l'immunità dalla giurisdizione durante l'ufficio, per cui non possono essere oggetto di alcuna azione giudiziaria neanche per la loro vita privata. Solo la Corte è competente a togliere questa immunità in situazioni speciali; in tal caso il componente la Corte sarà giudicato nel proprio Stato secondo le regole previste per i giudici delle giurisdizioni superiori, se esistenti. Mai finora si sono avuti eventi di tal fatta.

Dal punto di vista economico, il trattamento dei giudici è elevato vuoi in termini assoluti vuoi per essere esente da ogni imposta nazionale.

Ciascun giudice ha un gabinetto composto da tre referendari (due per il Tribunale) ed altri funzionari, i quali svolgono attività di assistenza, preparazione documenti e dossier, redazione di bozze di decisioni.

I giudici svolgono la propria funzione in varia composizione, secondo le previsioni dell'art. 221 [ex art. 165] Tr. CE e del regolamento di procedura. Nella Corte i giudizi sono dati in seduta plenaria - a sua volta articolata in plenaria grande, composta da tutti i giudici, e plenaria piccola, composta da nove giudici - oppure in sezioni, che rappresentano un'articolazione della Corte senza una specifica competenza per materie. Le sezioni sono composte da tre, cinque o sette giudici.

Non ci sono regole generali circa la ripartizione del lavoro tra i due moduli organizzativi dopo che il Trattato UE ha eliminato la necessità della composizione plenaria per i casi contemplati nell'originaria versione dell'art. 221 [ex art. 165], c. 2, Tr. CE; anche il ricorso in carenza, che veniva giudicato in plenaria, dopo d Trattato UE viene di regola deciso in sezione. Rimane possibile Per gli Stati membri o

un'istituzione della Comunità, che sia parte nell'istanza, chiedere in modo vincolante la riunione della Corte in seduta plenaria (art. 221 [ex art. 165], c. 3, Tr. CE). La seduta plenaria viene utilizzata per i casi di maggior rilievo vuoi per le implicazioni giuridiche nuove e/o difficili, vuoi per le questioni politico-istituzionali eventualmente connesse; decisivo per la scelta è il ruolo del presidente, anche se la decisione è della Corte. Per la intuibile maggiore speditezza e specializzazione del lavoro per sezioni, i casi così decisi sono ormai i due terzi del totale.

Nel Tribunale vi è invece un'espressa preferenza per la trattazione delle cause per sezioni, composte da tre o cinque giudici e senza una rigida composizione per materia. In particolari casi le sezioni stesse possono chiedere un giudizio in plenaria.

Il primo responsabile del buon funzionamento amministrativo dei due organi giurisdizionali è il rispettivo cancelliere, scelto dai giudici (e nella Corte anche dagli avvocati generali) per un periodo di sei anni, rinnovabile. Questa figura è contemplata direttamente nel Trattato CE (art. 224 [ex art. 168]).

Il cancelliere ha uno *status* giuridico molto simile a quello dei giudici e degli avvocati generali, ispirato all'analoga figura presso la Corte internazionale di giustizia. Gode dei privilegi ed immunità dei membri della Corte; non può essere rimosso dall'ufficio se non per straordinarie ragioni; esercita le sue funzioni in piena imparzialità ed in tutta coscienza; assicura la segretezza delle deliberazioni della Corte. Il ruolo del cancelliere è di particolare importanza per il corretto svolgimento della procedura giurisdizionale ed anche per l'amministrazione della Corte, con poche similitudini negli ordinamenti nazionali: così per l'Italia, né le giurisdizioni superiori, né la Corte costituzionale conoscono una figura del genere.

Gli uffici della Corte sono molto complessi e vi sono addetti circa mille funzionari, tra cui trecento linguisti e traduttori per assicurare il pieno utilizzo della lingua madre nei procedimenti giurisdizionali, considerato condizione essenziale per il miglior esercizio della difesa e della funzione giurisdizionale.

4. L'ATTIVITÀ DELLA CORTE E DEL TRIBUNALE E LE PROSPETTIVE PER UNA DIVERSA ORGANIZZAZIONE GIURISDIZIONALE

La giurisprudenza comunitaria è assai cospicua, avendo la Corte di giustizia

deciso finora oltre quattromila sentenze e il Tribunale più di duemila.

Negli anni più recenti le cause decise dalla Corte si sono stabilizzate intorno alle 250, mentre quelle promosse intorno alle 400. Il Tribunale ha invece un andamento molto alterno. In ambedue i casi, le cause pendenti aumentano costantemente, con diretto riflesso sui tempi di decisione, nella Corte mediamente di venti mesi.

Il Tribunale risente non soltanto della crescente domanda di giustizia comunitaria nel campo tradizionale dei ricorsi diretti proposti dalle persone fisiche o giuridiche, ma soprattutto delle nuove competenze in tema di ricorsi relativi alla Banca centrale europea, controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, di procedure speciali relative ad esempio al marchio comunitario, di procedure relative alla privativa comunitaria per ritrovati vegetali. Materie assai recenti, in cui una volta che la disciplina comunitaria sarà pienamente operativa, si determineranno sicuramente molti casi contenziosi.

5. LA TUTELA DEGLI "AMMINISTRATI": ORDINE DEGLI ARGOMENTI

Il sistema di tutela giurisdizionale è particolarmente complesso. Ne fanno parte tanto procedure e forme di ricorso finalizzate ad assicurare i poteri propri delle istituzioni e degli Stati membri e, in definitiva, l'equilibrio istituzionale del sistema comunitario e dell'Unione; quanto garanzie dirette per i singoli, persone fisiche o giuridiche.

Se pure questa seconda parte interessa più direttamente la tematica in esame, in quanto relativa alla posizione degli "amministrati", è necessario sinteticamente dar conto anche delle altre principali procedure e forme di ricorso. I tratti particolari del sistema comunitario fanno sì, infatti, che anche da procedure interistituzionali o relative a Stati membri si determinino sviluppi di immediato interesse per i singoli. Inoltre, gli Stati e le diverse amministrazioni nazionali possono direttamente assumere la veste di "amministrati" nel contesto comunitario, confermando l'opportunità dell'esame delle procedure di tutela al riguardo previste.

6. L'AZIONE DI ANNULLAMENTO

Con l'azione di annullamento, i soggetti che ne hanno titolo in base al disposto dell'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE possono presentare un ricorso avverso un atto delle istituzioni comunitarie che è lesivo delle loro posizioni giuridiche e che si pretende viziato per uno dei motivi indicati al secondo comma dell'articolo ora citato.

Per il controllo giurisdizionale degli atti comunitari il Trattato CE prevede una competenza esclusiva degli organi giurisdizionali comunitari: il Tribunale di primo grado per quanto attiene i ricorsi dei singoli, persone fisiche o giuridiche; la Corte di giustizia relativamente agli appelli sulle sentenze del Tribunale ed in unica istanza sui ricorsi proposti dagli Stati membri, dal Consiglio e dalla Commissione, nonché dal Parlamento europeo e dalla Banca centrale europea per la salvaguardia delle proprie prerogative (art. 230 [ex art. 173] Tr. CE, come modificato dal Trattato UE).

Per il Parlamento l'iniziale formulazione dell'art. 230 [ex art. 173] ora citato non prevedeva la sua legittimazione attiva, e la Corte di giustizia aveva ritenuto non trattarsi di una lacuna del sistema, dato che è la Commissione che provvede a garantire il Trattato, ivi comprese le prerogative del Parlamento. Il diritto del Parlamento di presentare un ricorso a tutela delle proprie prerogative è da considerarsi insito nel principio istituzionale stabilito dai Trattati, secondo cui ogni istituzione esercita le proprie competenze nel rispetto di quelle degli altri, con la possibilità di richiedere un controllo giurisdizionale sull'effettivo esercizio delle competenze stesse, ai fini del rispetto delle proprie prerogative e competenze.

Iniziando dai ricorsi proposti dagli Stati membri, dal Consiglio e dalla Commissione, si tratta dell'azione loro riconosciuta in via generale avverso gli atti adottati congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio, gli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea, ad eccezione delle raccomandazioni e dei pareri, e gli atti del Parlamento destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Tali soggetti sono usualmente definiti ricorrenti privilegiati in quanto è loro riconosciuta una legittimazione generale, senza che sia necessario dimostrare uno specifico interesse ad agire, come invece è regola per i singoli. I ricorsi diretti proposti dalle istituzioni rappresentano negli ultimi anni circa l'otto per cento del contenzioso davanti alla Corte di giustizia.

Gli atti impugnabili sono, come detto, tutti gli atti delle istituzioni e della Banca

centrale europea con la sola esclusione delle raccomandazioni e dei pareri, e degli atti del Parlamento che non sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. La giurisprudenza ha dedotto da tale previsione che gli atti impugnabili sono quelli a carattere vincolante, ovvero in prima battuta i regolamenti, le direttive e le decisioni, definiti vincolanti dallo stesso Trattato CE (art. 249 [ex art. 189]), ma anche ogni altro atto delle istituzioni, anche atipico, da cui possano scaturire effetti lesivi. Ciò significa che, indipendentemente dalla natura e dalla forma voluta attribuire all'atto, questo sarà impugnabile se produce effetti giuridici vincolanti: *"l'azione di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla forma, che miri a produrre effetti giuridici"* (sentenza 9.10.1990, causa 366/88).

L'approccio sostanzialistico dei giudici comunitari ha il pregio di estendere l'ambito della tutela giurisdizionale, ma determina anche una serie di incertezze applicative, con il rischio che la mancata tempestiva impugnazione determini l'inopponibilità di tali atti.

Un secondo carattere degli atti impugnabili è stato individuato dalla giurisprudenza nella loro definitività, ovvero sono impugnabili gli atti conclusivi dei rispettivi procedimenti e non sottoposti a condizioni o termini di efficacia. Ciò porta ad escludere l'impugnabilità degli atti preparatori e di ogni altro atto che sia comunque inserito all'interno di una sequela procedimentale. I ricorsi avverso atti non definitivi sono irricevibili, circostanza rilevabile dal giudice anche d'ufficio. Stante la complessità di molti procedimenti comunitari e l'esigenza di assicurare comunque la più ampia tutela giurisdizionale, il principio della ricorribilità solo avverso atti definitivi è talora considerato dalla giurisprudenza in modo flessibile, con privilegio per il carattere effettivamente lesivo dell'atto in questione. Così, coerentemente con le premesse generali, viene considerato non impugnabile il parere motivato della Commissione nel quadro della procedura di infrazione ex art. 226 [ex art. 169] Tr. CE; mentre è impugnabile l'atto di avvio di una procedura di controllo su un aiuto di Stato in quanto, pur se non definitivo, è atto da cui scaturiscono direttamente degli effetti per i destinatari dell'aiuto di Stato, i quali non possono ottenere l'erogazione dell'aiuto stesso.

Per quanto riguarda i ricorsi dei singoli, il quarto comma dell'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE prevede che qualsiasi persona, fisica o giuridica, può proporre alle stesse

condizioni previste ai commi precedenti un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente. Questo tipo di ricorsi rappresenta una rilevante componente nell'attività del Tribunale, negli ultimi anni pari a circa il quaranta per cento dell'intero contenzioso.

Nella sua laconica formulazione, la disposizione ora citata pone vari problemi su cui si è formata una cospicua giurisprudenza. Il primo è relativo all'individuazione delle persone giuridiche legittimate al ricorso. La formulazione omnicomprensiva della norma è anzitutto tale da riferirsi tanto alle persone giuridiche private che alle pubbliche; per queste ultime debbono intendersi tutte le persone giuridiche riconosciute dall'ordinamento come pubbliche, vuoi di ambito operativo locale, regionale o nazionale, a carattere esponenziale o meno, con le più diverse missioni. È recente, ad esempio, una sentenza del Tribunale di primo grado (16.7.1998, causa T-81/97) che, su ricorso della Regione Toscana, ha annullato una decisione della Commissione che aveva disimpegnato certe somme relative a finanziamenti comunitari. Ne rimane escluso solo lo Stato, per il quale vale il procedimento "privilegiato" sopra indicato che è disciplinato dai primi due commi dell'art. 230 [ex art. 173] citato.

Più complesso è il caso delle persone giuridiche private, sia per l'ambito assai diverso che le caratterizza da un Paese all'altro, ad esempio in riferimento agli enti pubblici economici ed alle società miste; sia perché se considerate in modo letterale, escludono una vasta serie di centri di imputazione soggettiva che sono privi della formale personalità (è il caso ad esempio di associazioni non riconosciute, comitati, organismi politici e sindacali).

La giurisprudenza ha assunto anche a questo riguardo una concezione sostanzialistica in base alla quale sono legittimati a ricorrere, in quanto assimilabili alle persone giuridiche, tutti i centri di imputazione soggettiva, anche se privi della personalità, purché abbiano l'autonomia necessaria per agire come entità responsabile nei rapporti giuridici.

Un secondo problema riguarda la individuazione degli atti impugnabili. Mentre i ricorsi diretti degli Stati membri e delle istituzioni possono di regola avere ad oggetto

tutti gli atti comunitari, i ricorsi promossi dai singoli riguardano unicamente le decisioni, ovvero la particolare categoria di atti prevista all'art. 249 [ex art. 189], c. 4, Tr. CE. Tale schema normativo incentrato sull'atto comunitario dal profilo più spiccatamente amministrativo corrisponde al carattere amministrativo dell'azione di annullamento in esame, ove i singoli fanno valere un loro interesse personale che si sostiene essere stato leso dal provvedimento in questione.

Le decisioni comunitarie impugnabili dai singoli davanti al Tribunale sono dunque il corrispondente comunitario dei provvedimenti amministrativi nazionali. La condizione dell'impugnabilità è che si tratti di decisioni prese negli specifici confronti di tale persona o che, anche apparentemente assunte nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente.

Come per gli atti impugnabili con ricorso diretto degli Stati o delle istituzioni, anche nel caso in esame la giurisprudenza della Corte ha assunto una prospettiva sostanzialistica, poi condivisa pienamente dal Tribunale. È dunque principio costante che il giudice non può arrestarsi alla denominazione ufficiale dell'atto, bensì deve tener conto del suo oggetto e del suo contenuto. Ciò vale in primo luogo per gli svariati atti atipici assunti dagli organi comunitari, che dunque saranno impugnabili una volta che concretamente si manifestino come destinati a produrre effetti giuridici sfavorevoli nei confronti di determinati soggetti. L'esito complessivo è sicuramente rafforzativo delle esigenze garantistiche dei soggetti interessati, ma è molto legato alla casistica e non consente una convincente razionalizzazione generale del principio.

I motivi di ricorso, previsti al secondo comma del più volte richiamato art. 230 [ex art. 173] Tr. CE. sono **l' incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, la violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, lo sviamento di potere.**

I quattro motivi di ricorso sono stati esaminati nel Capitolo precedente, paragrafo 13, trattando degli atti amministrativi e dei loro possibili vizi. Merita comunque ricordare che la incompetenza cui ci si riferisce nell'art. 230 [ex art. 173], c. 2, è di tipo relativo o funzionale, ovvero attiene allo sconfinamento di una istituzione nei poteri di altra istituzione, mentre l' incompetenza assoluta, nei casi di difetto di attribuzione dell'ordinamento comunitario nel suo complesso, impedisce addirittura la configurabilità giuridica dell'atto in questione, e quindi la stessa configurabilità come

decisione impugnabile. Si applica qua la distinzione tra le due forme di incompetenza, conosciuta in molti diritti amministrativi nazionali, con la particolarità che la forma di incompetenza assoluta è riferita all'ordinamento comunitario nel suo insieme e non alle attribuzioni di uno dei "poteri" comunitari, del resto non configurabili con chiarezza. L'incompetenza è quasi sempre rilevata anche come violazione di legge, secondo lo stesso approccio proprio dei diritti processuali amministrativi nazionali.

La violazione delle forme sostanziali allude ai vari casi di irregolarità nella forma o nella procedura seguita che determinano violazioni dei diritti degli interessati. È il caso ad esempio della carenza di motivazione o della mancata consultazione di un organo consultivo nei casi in cui il parere sia previsto come obbligatorio. Si richiama questo tipo di vizio anche per contestare la base giuridica di determinati atti, quando ciò sia rilevante per le condizioni di adozione dell'atto (es. tipo di procedura da seguire, maggioranze richieste per la decisione; competenze delle istituzioni).

Per quanto poi riguarda la violazione del Trattato e di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, si tratta di una categoria residuale di vizi mirata a ricomprendere ogni violazione che non sia riconducibile alle categorie più precise che finora si sono esaminate. La sua utilità è evidente per le molte situazioni peculiari del diritto comunitario in cui non sarebbe altrimenti facile ipotizzare un motivo di ricorso: tale è il caso, in particolare, dei principi generali di diritto elaborati dalla Corte di giustizia, come il principio di legittimo affidamento ed il principio di proporzionalità. In questa categoria si ascrivono poi le violazioni delle norme internazionali applicabili alla Comunità.

Infine, lo sviamento di potere si riferisce ai casi in cui una istituzione usa i suoi poteri per un fine diverso da quello per cui sono stati conferiti. La giurisprudenza - non copiosa - ha cercato di oggettivizzare questa situazione, in riferimento ai casi in cui lo sviamento risulti da indizi obbiettivi, pertinenti e concordanti.

7. IL REGIME PROCESSUALE

Il termine per l'impugnazione degli atti comunitari è previsto dall'art. 230 [ex art. 173], c. 5, in due mesi dalla pubblicazione dell'atto, oppure dalla sua notificazione al ricorrente; oppure ancora, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto

conoscenza. Nei ricorsi di annullamento promossi dai privati ai sensi dell'art. 230 [ex art. 173], c. 5, Tr. CE, il criterio della conoscenza dell'atto, ai fini dell'individuazione del *dies a quo*, è sussidiario rispetto a quello della pubblicazione o della notifica dell'atto (Corte giustizia, sentenza 10.3.1998, causa C-122/95).

Il termine di due mesi è meno preciso di quello riferito a dei giorni determinati, ad esempio sessanta giorni come è regola generale nel nostro diritto processuale amministrativo, ma esprime allo stesso modo l'esigenza di definire sollecitamente il regime degli atti impugnabili per intuibili ragioni di pubblico interesse e di certezza delle posizioni giuridiche.

A seguito della scadenza di tale termine senza che l'azione di annullamento sia stata esercitata, l'atto in questione diviene inoppugnabile. Ciò comporta che i soggetti che avrebbero avuto titolo all'impugnazione di tale atto non possono più far valere la pretesa illegittimità con tale procedura né con altre forme ordinariamente disponibili. Fa eccezione il solo caso di nullità assoluta o di inesistenza giuridica dell'atto, quando l'interessato può far valere in ogni tempo tale circostanza.

Un recente caso ha fatto emergere una grave lacuna nel sistema comunitario di tutela giurisprudenziale. Una società francese ha presentato ricorso alla Corte di giustizia avverso una ordinanza del Tribunale che aveva dichiarato irricevibile per tardività l'originario ricorso. Secondo la società la tardività era stata causata dalla mancanza di indicazioni nell'atto impugnabile circa i ricorsi giurisdizionali esperibili ed i termini per il loro esercizio; ciò in violazione di vari principi generali di diritto comunitario, ad iniziare dalla certezza del diritto. La Corte, pur riconoscendo che un obbligo di informazione è previsto nella maggior parte degli Stati membri, non riconosce che analogo obbligo, non previsto dal diritto scritto della Comunità, possa dedursi dai principi generali. Quindi solo un esplicito intervento del legislatore comunitario può risolvere il problema. Conclusione che potrebbe anche condividersi, laddove l'elaborazione dei principi generali ha visto delle vere e proprie creazioni originali della Corte e del Tribunale. Il *self-restraint* della Corte è, in questo caso, particolarmente negativo per le conseguenze che produce sul diritto alla difesa.

Il processo davanti alla Corte di giustizia ed al Tribunale di primo grado è sostanzialmente simile. Le uniche particolarità sono quelle previste dagli artt. 49 e 64 dello Statuto del Tribunale, ed un notevole potere di impulso da parte del giudice.

Davanti ad ambedue gli organi giurisdizionali il ricorrente può chiedere la sospensione dell'atto impugnato, quando dalla sua esecuzione possa derivare all'interessato un danno grave ed irreparabile nelle more della decisione del ricorso. È infatti principio generale, stabilite addirittura nel Tr CE (art. 242 [ex art. 185]) che i ricorsi proposti alla Corte (ed ora anche al Tribunale) non hanno effetto sospensivo.

La richiesta cautelare in sede comunitaria è configurata in modo simile a quanto previsto nel nostro ordinamento, e quindi presuppone non solo il cd. *periculum in mora*, ma anche l'apparenza del diritto, il cd. *fumus boni juris*. Il provvedimento cautelare può essere concesso dalla Corte "quando reputi che le circostanze lo richiedano" (art. 242 [ex art. 185 cit.]), ovvero valutati tali presupposti ed anche, comparativamente, le ragioni di pubblico interesse coinvolte.

Una particolarità rispetto al sistema italiano è data dalla necessaria accessorietà dell'istanza cautelare all'azione principale, e quindi alla sentenza richiesta. Non è dunque possibile in sede comunitaria proporre un'azione cautelare *ante causam*. Curiosamente, per le procedure nazionali a rilevanza comunitaria si prevede un potere cautelare come attribuzione autonoma. Un esempio di particolare rilievo è rappresentato dalla direttiva 89/665 (sui ricorsi in tema di appalti pubblici), che nell'interpretazione della Corte di giustizia (sentenza 19.9.1996, causa C-236/95) conferisce ai giudici nazionali "la facoltà di adottare, indipendentemente da ogni azione previa, qualsiasi provvedimento provvisorio".

Nelle previsioni processuali contenute nel Trattato non è stabilito solo il potere dei giudici comunitari di sospensione dell'atto impugnato, ma anche quello di ordinare "i provvedimenti provvisori necessari". I giudici comunitari stanno facendo ampio ed innovativo uso dei poteri cautelari, non limitandosi alla sospensione degli atti impugnati quando ciò è considerato necessario per la piena garanzia delle posizioni giuridiche degli interessati, ed anche se ciò possa portare limiti al pieno dispiegarsi del diritto comunitario.

Del processo comunitario basti qua ricordare alcuni caratteri essenziali, come la presentazione del ricorso al cancelliere dell'organo adito, il quale provvede alla notifica alle parti interessate, e la immodificabilità dei motivi di ricorso dopo la scadenza del termine di sessanta giorni, ed anche in appello. La Corte può comunque d'ufficio rilevare l'incompetenza e la violazione di forme sostanziali. Il procedimento è

eminentemente scritto e prima della eventuale discussione orale si conclude con la relazione di udienza preparata dal giudice relatore sul caso.

Gli avvocati generali presentano al giudice comunitario le proprie conclusioni sul caso, come apporto personale elaborato in piena indipendenza, tenendo conto degli elementi di fatto e di diritto coinvolti nel caso.

Per la posizione di indipendenza e la particolare qualità dei loro apporti, le conclusioni degli avvocati generali hanno una grande influenza sulla giurisprudenza della Corte ed anche quando non sono da questa seguite determinano una più ampia e ragionata motivazione.

Il giudizio si conclude o con sentenza che respinge il ricorso perché infondato, oppure con sentenza che accoglie il ricorso in quanto fondato. In questo secondo caso, per l'art. 231 [ex art. 174] Tr. CE la Corte - ed ora anche il Tribunale - dichiara "nullo e non avvenuto l'atto impugnato". Trattasi invero di un effetto di annullamento, più che di nullità, conforme al carattere costitutivo dell'azione di annullamento. L'annullamento ha effetto normalmente retroattivo, e quindi fin dal momento dell'adozione dell'atto annullato, e nei confronti di tutti. La sentenza è efficace dal giorno della pronuncia ed ha l'effetto della cosa giudicata. Stante la pluralità delle procedure con cui può essere contestato un atto comunitario, si dà il caso in cui il medesimo atto esca indenne da un ricorso diretto e sia successivamente contestato con altro procedimento.

La pronuncia dei giudici comunitari si riferisce ai motivi di ricorso secondo il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Può darsi così che l'annullamento coinvolga tutto l'atto impugnato, oppure una parte di esso nei casi in cui è possibile una considerazione distinta delle sue varie parti. Peraltro, nel solo caso dei regolamenti, l'art. 231 [ex art. 174], c. 2, Tr. CE prevede che la Corte, ove lo reputi necessario, precisi gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi. Ciò ha reso possibili sentenze con cui la Corte ha stabilito l'annullamento di certe parti di un regolamento solo *ex nunc*, ed anche la conservazione dei suoi effetti fino a nuovo provvedimento.

La Corte ha ampliato il potere di precisare gli effetti dell'annullamento, attribuito in via espressa per i soli regolamenti e nel contesto dell'azione di annullamento, anche al caso di annullamento di direttive ed alla conclusione del procedimento di ricorso

pregiudiziale di cui all'art. 234 [ex art. 177]. Pur condividendo le esigenze sostanziali che hanno portato la Corte ad assumere questa impostazione, ovvero l'omogeneità tra regolamenti e direttive ed i loro effetti molto spesso simili per i giudici ed i singoli, va rilevato che le norme processuali non possono essere modificate in via giurisprudenziale, pena il vanificarsi proprio dei principi di certezza del diritto che pure la Corte ha inteso privilegiare. Stante poi la continua modifica anche di questa parte dei Trattati, talora con espressa costituzionalizzazione delle soluzioni giurisprudenziali intervenute, è con tale procedura che deve essere definita la questione.

L'istituzione da cui emana l'atto è tenuta, ai sensi dell'art. 233 [ex art. 176] Tr. CE, a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte o del Tribunale importa. Tale obbligo non pregiudica l'eventuale obbligo al risarcimento del danno risultante dalla applicazione dell'art. 288 [ex art. 215], c. 2, Tr. CE relativo alla responsabilità extracontrattuale della Comunità.

La sentenza, del Tribunale di primo grado può essere appellata alla Corte di giustizia per i soli motivi di diritto ed alle condizioni stabilite dallo statuto; ovvero, anzitutto, alla condizione che non si modifichi l'ambito del contendere con nuovi motivi. Nella prima esperienza del Tribunale, le sue sentenze appellate sono circa un quinto del totale, e l'accoglimento dell'appello assai raro.

L'appello va presentato nel termine di due mesi dalla notifica della sentenza impugnata. I motivi di diritto su cui l'appello può essere **fondato** sono l'incompetenza del Tribunale, l'irregolarità della procedura seguita e, più in generale, ogni violazione del diritto comunitario in cui il Tribunale possa essere incorso. La presentazione dell'appello non ha effetto automaticamente sospensivo della sentenza di primo grado, ma alla Corte può essere richiesta una misura cautelare.

La Corte può rigettare il ricorso anche se uno o più motivi sono accoglibili, ma l'atto egualmente può mantenere i suoi effetti. In taluni casi particolari, la Corte interviene nel merito stesso dell'atto, pur senza che in sede comunitaria sia espressamente previsto un equivalente della nostra giurisdizione amministrativa di merito, ed in ogni caso determinando un'alterazione del principio di doppio grado di giurisdizione. Quando invece la Corte ritiene il ricorso fondato, può annullare la sentenza di primo grado e statuire definitivamente sul caso; oppure può rinviare la questione al Tribunale con vincolo sul punto di diritto deciso, come nel caso di

annullamento di una sentenza di irricevibilità del ricorso e, in genere, di carattere procedurale.

8. L'ECCEZIONE DI INVALIDITÀ

Con questo particolare istituto processuale di origine francese, previsto all'art. 241 [ex art. 184] Tr. CE, le parti di un procedimento giurisdizionale davanti alla Corte di giustizia od al Tribunale di primo grado che coinvolga un regolamento delle istituzioni comunitarie o della Banca centrale possono invocare l'illegittimità e la conseguente inapplicabilità di tale atto al caso in esame, avvalendosi dei motivi previsti all'art. 230 [ex art. 173], c. 2, anche dopo lo spirare del termine di due mesi previsto dall'articolo ora citato.

Si offre così ai singoli l'opportunità di contestare un atto normativo comunitario che è a base di una successiva decisione di applicazione, ancorché con effetti direttamente rilevanti per il solo procedimento in cui l'eccezione è sollevata. L'intento è palesemente quello di ampliare l'effettività della tutela delle posizioni giuridiche dei soggetti interessati, anche rispetto agli atti normativi per i quali non è ordinariamente previsto alcun potere di impugnativa diretta.

L'eccezione ha carattere **incidentale** nel quadro di ogni azione di fronte ai giudici comunitari, ma di fatto è esperibile nel contesto del ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE, ove l'atto di cui si richiede l'annullamento ha il giuridico presupposto nel regolamento ritenuto illegittimo. Pertanto, l'eccezione non può essere proposta autonomamente quale espressione di uno specifico diritto di azione, né dà vita ad un procedimento autonomo (sentenza 16.7.1981, causa 33/80).

I soggetti che possono sollevare l'eccezione sono le parti del procedimento principale; ma la Corte ha riconosciuto che l'eccezione è sollevabile anche da parte delle istituzioni e degli Stati membri. Le situazioni in cui vi potrà essere interesse in tal senso sono di fatto limitate all'impugnativa di regolamenti di esecuzione di altri regolamenti, ove questi ultimi appaiano illegittimi.

Gli atti che secondo l'art. 241 [ex art. 184] citato possono essere oggetto dell'eccezione sono i regolamenti delle istituzioni comunitarie e della Banca centrale.

Tuttavia la Corte di giustizia ha ritenuto che, indipendentemente dalla forma degli atti, l'eccezione possa essere proposta contro tutti gli atti che producono effetti analoghi ai regolamenti e che non sono direttamente impugnabili. La disposizione in esame esprime, infatti, un principio generale per cui qualsiasi parte ha il diritto di contestare la validità di precedenti atti comunitari che costituiscono il fondamento della decisione impugnata, qualora nei loro confronti non si abbia il potere di proporre un ricorso diretto (sentenza 6.3.1979, causa 92/78).

La finalità dell'eccezione è, come detto, la tutela soggettiva delle parti processuali interessate, ma si è voluto anche scorgervi una seconda finalità di tutela obbiettiva della legalità sulla scorta di alcune indicazioni giurisprudenziali circa l'opportunità di evitare che un determinato regolamento possa costituire la base giuridica di altri atti. La tesi non convince per il modo inequivoco in cui l'art. 241 [ex art. 184] Tr. CE ha configurato l'eccezione in esame, affidata unicamente alla volontà delle parti e nel contesto di un procedimento principale ad altro direttamente finalizzato. Ulteriori conferme derivano, da un lato, dalla circostanza che l'eccezione di invalidità è irricevibile nel caso in cui l'azione principale stessa sia dichiarata irricevibile, che sottolinea il carattere fortemente soggettivo della tutela in tal modo garantita; dall'altro, dalla ferma posizione della Corte che contrasta l'utilizzazione della eccezione di invalidità rispetto ad atti che avrebbero potuto essere tempestivamente impugnati con un ricorso diretto per annullamento (sentenza 9.3.1994, causa C-188/92).

Alla presentazione dell'eccezione segue la verifica dei presupposti di legge, ed in particolare il controllo della rilevanza del regolamento contestato per la decisione del ricorso. In caso di accoglimento dell'eccezione, il giudice comunitario dispone per l'inapplicabilità del regolamento nel procedimento principale, e non per il suo annullamento. La sentenza vale soltanto per il caso di specie e quindi non ha il normale carattere di cosa giudicata, sì che il regolamento rimane vigente e direttamente applicabile in ogni altro caso. Le istituzioni hanno comunque sempre provveduto ad emendare od abrogare l'atto dichiarato inapplicabile, stante la illegittimità verificata dal giudice comunitario la cui rilevanza non può sostenersi esaurita nel solo caso che ha dato origine alla sentenza.

9. IL RICORSO IN CARENZA

Il ricorso in carenza, previsto all'art. 232 [ex art. 175] Tr. CE, consente agli interessati di far constatare dai giudici comunitari l'illegalità di un'azione del Consiglio, della Commissione o del Parlamento, e più di recente anche della Banca centrale, in tal modo ponendo fine all'inattività illegittima delle istituzioni per contrasto con un obbligo di provvedere previsto dai Trattati.

I legittimati a promuovere il ricorso in carenza sono da un lato le stesse istituzioni, che intendono sollecitare un'altra istituzione a realizzare gli atti obbligatori previsti dai Trattati cui abbiano interesse; dall'altro i singoli, persone fisiche e giuridiche. Nel primo caso il giudice competente è la Corte; nel secondo il Tribunale.

L'omissione contestata riguarda un obbligo di provvedere previsto dal Trattato, e quindi non ha a che fare con l'esercizio di poteri discrezionali. Gli atti da assumere non necessariamente sono i provvedimenti definitivi, potendo consistere anche nel semplice avvio di una procedura quando ciò non abbia alternative e quindi la mancanza osti allo svolgimento di qualsiasi ulteriore fase; oppure anche atti del procedimento, a loro volta necessari all'ulteriore sviluppo del procedimento stesso. Per i singoli è stato poi precisato che deve trattarsi di atti che producono effetti diretti e vincolanti nei loro confronti, ovvero normalmente di decisioni. In linea di principio tale requisito può anche applicarsi ai regolamenti ed alle direttive, ma è ben raro che simili atti abbiano un carattere chiaramente provvedimentale, tanto da essere immediatamente lesivi per l'interessato.

Il ricorso in carenza ha gli stessi caratteri generali e le medesime finalità del ricorso diretto previsto dall'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE, consentendo di mettere fine ad un comportamento illegale delle istituzioni comunitarie. Il suo presupposto è una pura omissione, debitamente contestata con richiesta di agire, sì che ogni altra determinazione delle istituzioni dovrà eventualmente essere contestata nelle forme del ricorso diretto. Ciò avviene ad esempio quando a seguito della richiesta ad agire l'istituzione in questione assuma la determinazione di non accogliere la richiesta, oppure quando l'atto finalmente assunto abbia forme e/o contenuti diversi da quelli richiesti. Vi sono peraltro casi in cui, con scarsa coerenza di principi, la Corte ha ammesso il ricorso in carenza in presenza di un rifiuto esplicito di provvedere da parte dell'istituzione richiesta (sentenza 27.9.1988, causa 302/87), in tal modo avvicinando il ricorso in esame all'azione di adempimento del diritto tedesco. Rispetto al modello del ricorso in carenza previsto dal Trattato CE e dal Trattato Euratom, il Trattato CECA

(art. 35) configura un sistema simile a quello francese ed italiano di impugnativa del silenzio rifiuto: infatti dopo che il termine per provvedere seguente alla diffida è decorso inutilmente, gli interessati possono ricorrere contro la decisione implicita di rifiuto, e non per far constatare l'omissione.

In riferimento ai singoli, il ricorso può essere promosso, come detto, tanto dalle persone fisiche quanto da quelle giuridiche entro un termine ragionevole dal momento in cui si è manifestata, o appaia altamente probabile, la violazione dell'obbligo di provvedere da parte della istituzione coinvolta (sentenza 6.7.1971, causa 59/70). Condizione di ricevibilità del ricorso è che sia stata previamente notificata all'istituzione una richiesta a provvedere e sia ulteriormente decorso un termine di due mesi dalla notifica stessa senza che l'istituzione abbia comunque "preso posizione".

Questo ambiguo dettato dell'art. 232 [ex art. 175] citato non consente di stabilire con certezza se è sufficiente che l'istituzione adita, per superare l'inadempimento, attivi entro il termine dei due mesi il procedimento richiesto, oppure se sia necessario definire quest'ultimo completamente assumendo il provvedimento finale. La prima lettura sembra preferibile, dato che l'obiettivo del ricorso in parola è di por fine all'illegittima inazione delle istituzioni, e che dopo l'inizio della procedura sono comunque disponibili nuovi rimedi in caso di blocco sopravvenuto o di provvedimenti illegittimi. Affinché la violazione dell'obbligo di provvedere sia dichiarata dal giudice comunitario, la situazione di carenza deve mantenersi sino alla conclusione della procedura; in caso contrario, la stessa diviene senza oggetto.

Per le relazioni interistituzionali e con gli Stati il ricorso in carenza ha un carattere eminentemente politico manifestando soprattutto la endemica tensione tra i profili sovranazionali e quelli interstatuali. Per i singoli, i problemi di una tutela effettiva contro il silenzio delle istituzioni sono ancora più gravi che nel caso del silenzio delle attività nazionali secondo il diritto dello Stato. Gli esiti dei rari ricorsi dei singoli non sono poi esaltanti, dato che solo un recente ricorso è andato a buon fine.

10. L'AZIONE DI DANNO PER RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE. QUESTIONI GENERALI

Conformemente ai principi giuridici comuni agli Stati membri in tema di

inadempimento e fatti illeciti, anche il diritto comunitario conosce la distinzione tra responsabilità da inadempimento di un'obbligazione e responsabilità per fatto illecito: la prima, normalmente connessa all'inadempimento di un contratto, sanziona la violazione di un dovere specifico nei confronti di uno o più soggetti; la seconda sanzione invece la violazione del dovere generale di non recare ad altri un danno ingiusto.

Le azioni di responsabilità per gli inadempimenti di un'obbligazione, e specificamente la responsabilità contrattuale, da parte della Comunità sono di regola affidati alle giurisdizioni nazionali che giudicheranno secondo i principi sostanziali e le norme di procedura proprie dei rispettivi Stati. Tale è il significato principale dell'art. 240 [ex art. 183] Tr. CE secondo cui *"fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dal presente Trattato, le controversie nelle quali la Comunità sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali"*. In modo più diretto l'art. 288 [ex art. 215], c. 1, Tr. CE prevede che *"la responsabilità contrattuale della Comunità è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa"*. Ciò rappresenta un'ulteriore particolarità delle Comunità europee rispetto alle organizzazioni internazionali, che normalmente sono immuni dalle giurisdizioni nazionali anche per questo tipo di responsabilità, secondo le regole di diritto internazionale applicabili agli Stati.

Circa poi i casi di inadempimento del generale dovere di non recare ai terzi un danno ingiusto, il sistema comunitario non poteva non contemplare il caso della responsabilità extracontrattuale per i danni cagionati dai suoi organi.

Le ragioni del diverso regime rispetto alla responsabilità contrattuale stanno principalmente: nelle più marcate differenze dei sistemi nazionali al riguardo; nella circostanza che nella maggior parte dei casi emerge l'illegittimità di un atto comunitario; nella possibilità che la contestazione riguardi direttamente l'azione o l'omissione delle istituzioni, che sarebbe sconveniente portare davanti ad una giurisdizione nazionale.

Alle peculiarità comunitarie va poi aggiunto che una parte delle questioni per responsabilità extracontrattuale sono comunque conosciute dalle giurisdizioni nazionali in quanto determinate da organi delle amministrazioni nazionali, che attuano il diritto comunitario secondo lo schema dell'esecuzione indiretta.

Malgrado che l'evoluzione del diritto della responsabilità extracontrattuale sia ancora largamente insoddisfacente, il numero delle azioni di responsabilità tende ad aumentare costantemente.

11. LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE DELLA COMUNITÀ

Secondo l'art. 235 [ex art. 178] Tr. CE "la Corte di giustizia è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'art. 288 [ex art. 215], c. 2", ovvero dei danni cagionati dalle istituzioni della Comunità o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Siamo dunque di fronte ad un caso di giurisdizione esclusiva dei giudici comunitari - oggi anche il Tribunale di primo grado, secondo le competenze attribuitegli con la decisione n. 350/93 - in quanto è apparso coerente con i caratteri distinti dell'ordinamento giuridico comunitario e del suo diritto concentrare in esso le questioni di responsabilità dei soggetti comunitari.

Con l'azione di responsabilità gli interessati - intesi nel modo più ampio, come tutte le persone fisiche o giuridiche, e gli Stati membri, che ritengono di aver subito un danno ingiusto - chiedono ai giudici comunitari la condanna della Comunità al risarcimento del danno, previo accertamento della sua responsabilità extracontrattuale.

I soggetti che possono originare i danni risarcibili, sono tutti coloro che agiscono in nome e nell'interesse della Comunità, conformemente all'ampia previsione dell'art. 288 [ex art. 215], c. 2. Per configurare una possibile responsabilità comunitaria, detti soggetti devono aver agito nell'esercizio delle loro funzioni, ovvero quando si tratti dell'esecuzione delle finalità affidate all'istituzione coinvolta.

L'atteggiamento della Corte di giustizia è stato finora assai cauto nel definire i casi in cui si configura questo tipo di responsabilità, limitati alle situazioni che rappresentano una necessaria estensione dei doveri propri di una istituzione. In tal senso, è stata esclusa la responsabilità della Comunità per l'incidente causato da un dipendente che nell'esercizio delle sue funzioni guidava una automobile privata (sentenza 10.7.1969, causa 9/69). La questione è complicata anche dalla circostanza che l'art. 12 del Protocollo sui privilegi e le immunità delle Comunità europee stabilisce che i dipendenti comunitari siano immuni da procedimenti legali riferiti ad atti

compiuti nell'esercizio delle loro funzioni. Per il combinarsi dei due fattori, l'ambito della responsabilità comunitaria risulta effettivamente ridotto rispetto ad analoghe situazioni negli Stati membri.

Sta adesso emergendo il problema della configurabilità della responsabilità extracontrattuale della Comunità per i danni causati da soggetti diversi dalle istituzioni e dai suoi agenti. È il caso delle nuove agenzie europee e di altri organismi dotati di autonoma personalità giuridica, che pur essendo costituiti con atti comunitari non fanno parte, a stretto rigore, dell'organizzazione della Comunità se non in modo indiretto. L'interpretazione più corretta sembra quella che, ai fini della responsabilità, assimila gli organismi ora richiamati alla posizione delle istituzioni e degli agenti comunitari quando svolgono funzioni che siano imputabili alla Comunità; altrimenti risponderanno direttamente secondo la legge nazionale applicabile.

Il fatto che può originare la responsabilità è tanto un'azione che un'omissione a carattere antiggiuridico, nel senso che contravviene al diritto comunitario applicabile alla fattispecie oppure applica un diritto comunitario illegittimo. Casi del genere sono rinvenibili nei generali illeciti civili che possono essere commessi dagli organi comunitari, oppure in situazioni prettamente comunitarie come la violazione di superiori norme di diritto, di principi generali di diritto comunitario, di norme interne poste anche a garanzia dell'interesse dei singoli; come, ancora, l'arbitraria applicazione di atti comunitari o l'inadeguata organizzazione amministrativa per la realizzazione dei propri compiti.

Il fatto illecito deve aver prodotto un danno effettivo a colui che ha attivato l'azione di responsabilità, e ciò si configura quando il danno è chiaramente individualizzabile rispetto ad un danno generico, connesso ad esempio alla realizzazione delle generali politiche comunitarie.

Circa poi i danni risarcibili, il loro ambito comprende ogni tipo di danno, materiale e morale, a carattere emergente o di lucro cessante, con l'eventuale incidenza della svalutazione monetaria e degli interessi moratori. La prova del danno compete all'attore, che deve anche allegare la certezza e l'attualità del danno stesso. Sono pochi i casi in cui il danno è stato quantificato dai giudici comunitari, dato che normalmente la sentenza si limita ad accertare la responsabilità dei soggetti comunitari, i quali poi concordano con l'attore la precisa quantificazione.

Una prima situazione in cui si può manifestare la responsabilità dei soggetti comunitari è l'applicazione di un atto normativo comunitario considerato illegittimo. L'applicazione fattane è in sé corretta, ma il danno prodotto al terzo è egualmente ingiusto per illegittimità dell'atto normativo stesso. I giudici comunitari hanno ritenuto che per configurare la responsabilità deve trattarsi di una grave violazione di una norma giuridica superiore intesa a tutelare i singoli; ciò può verificarsi quando l'istituzione contestata ha disconosciuto in modo palese e grave i limiti che si impongono all'esercizio dei suoi poteri. Ciò avviene in particolare quando la norma ha violato previsioni del Trattato finalizzate alla protezione dei singoli, oppure quando la violazione riguarda certi principi generali di diritto con la medesima finalizzazione.

Vi sono poi casi in cui l'azione per il risarcimento del danno trova la sua base in un atto amministrativo comunitario. In tali situazioni si determinano possibili sovrapposizioni con l'azione di annullamento prevista dall'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE in quanto l'azione di responsabilità potrebbe pensarsi ammissibile solo successivamente ad una azione di annullamento dell'atto illegittimo. La Corte di giustizia in un primo momento (sentenza 15.7.1963, causa 25/62) assunse una posizione restrittiva, affermando l'irricevibilità di un'azione di risarcimento basata sulla illegittimità di un atto che non era stato tempestivamente oggetto di un'azione di annullamento, in quanto altrimenti si sarebbe potuto conseguire con diversa procedura un risultato che il sistema comunitario vincola a precisi termini e condizioni.

In seguito però la Corte ha costantemente seguito un diverso indirizzo di principio, secondo cui l'azione di responsabilità rappresenta una forma di azione indipendente con proprie condizioni di esercizio e distinte finalità (sentenza 28.4.1971, causa 4/69), nell'ambito della quale può essere verificato che il danno è stato causato da un atto che non è già stato annullato e del quale dunque il giudice comunitario accerta incidentalmente la illegittimità. Il carattere incidentale di tale accertamento fa sì che riguardi solamente le parti della causa, senza altrimenti mettere in discussione l'atto contestato. In particolare, secondo la Corte l'azione di danni è *"rimedio autonomo dotato di una particolare funzione nell'ambito del regime delle impugnazioni, subordinato, quanto al suo esercizio, a condizioni attinenti al suo oggetto. Essa si differenzia, in particolare, dal ricorso di annullamento in quanto è diretta non all'eliminazione di un determinato provvedimento, ma al risarcimento del danno causato dall'illecita attività o inattività di un'istituzione"* (sentenza 17.5.1990,

causa C-87/89).

Di fatto, la giurisprudenza manifesta una precisa attenzione della Corte a non ammettere azioni di responsabilità che mascherano azioni di annullamento di decisioni non tempestivamente impugnate (cfr. sentenza 5.12.1979, causa 143/77) e più in generale ogni volta che esista un'azione parallela di legittimità che consenta di ottenere la medesima soddisfazione.

Si discute la configurabilità in diritto comunitario di una responsabilità per fatti leciti, sulla base della formulazione letterale dell'art. 288 [ex art. 215] Tr. CE che, a differenza dell'art. 40 Tr. CECA, non richiede espressamente "l'errore di servizio" o "l'errore personale". Finora la posizione della Corte è stata negativa, considerando come requisito essenziale per l'azione di responsabilità che sia in gioco un comportamento illecito della Comunità od un atto normativo comunitario che ha violato una superiore norma di diritto.

L'azione di responsabilità è soggetta alle regole processuali stabilite all'art. 43 dello Statuto della Corte. Il dato più interessante è che l'azione si prescrive nel termine di cinque anni a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine, come nel diritto italiano. Il momento di decorrenza è stato inteso come quello da cui sorge il diritto al risarcimento, e quindi quando si ha l'effettiva realizzazione del pregiudizio. La prescrizione è interrotta dalla presentazione dell'istanza alla Corte, oppure dalla preventiva richiesta che il danneggiato può rivolgere all'istituzione competente della Comunità. Questa preventiva richiesta è configurata come semplice facoltà per l'interessato, e non dunque come onere processuale preventivo; ha il pregio di consentire talora un accordo tra le parti, ma in caso di diniego espresso della istituzione si determina l'onere della impugnativa del provvedimento negativo con la procedura di cui all'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE.

Legittimata passivamente è la Comunità come tale, rappresentata davanti alla Corte o al Tribunale dalla istituzione dal cui fatto si è originata la responsabilità. Secondo la Corte è ammissibile anche l'azione presentata direttamente nei confronti dell'istituzione interessata. Per converso non è necessario agire nei confronti dei funzionari comunitari che possono aver personalmente commesso il fatto.

12. LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE DEGLI STATI MEMBRI

Come sappiamo, gran parte del diritto comunitario è eseguito dagli Stati membri tramite le rispettive amministrazioni. Ai fini qua in esame, tale situazione può dare origine a due diverse forme di responsabilità: per attività od inattività degli Stati membri in violazione del diritto comunitario che stanno applicando; oppure per fatti degli Stati stessi che rappresentano una corretta attuazione del diritto comunitario. Nel primo caso la fonte della responsabilità sta nel fatto nazionale, mentre nel secondo nello stesso diritto comunitario.

Quando il fatto illecito è puramente nazionale, nel senso di essere ascrivibile senz'altro all'amministrazione nazionale, come nel caso di scorretta esecuzione del diritto comunitario, l'azione di responsabilità non trova fondamento nell'art. 288 [ex art. 215], c. 2, Tr. CE e dovrà essere eventualmente attivata davanti ai giudici nazionali i quali giudicheranno secondo il diritto dello Stato, senza necessità di coinvolgere i giudici comunitari (sentenza 13.2.1979, causa 101/78). Pur se i criteri ora richiamati, ed in specie il criterio dell'applicabilità del diritto nazionale all'azione di responsabilità avverso lo Stato membro, appaiono ineccepibili il risultato è la mancanza di uniformità nell'applicazione e nella garanzia del diritto comunitario, ovvero uno dei difetti che più attentano all'idea stessa della Comunità come ordine giuridico omogeneo.

Diverso è il caso in cui si contesti il diritto comunitario che è stato eseguito correttamente dall'amministrazione nazionale. L'azione sarà egualmente presentata al giudice nazionale, ma questo - ove sia dubbia l'interpretazione del diritto comunitario in questione - potrà richiedere una preliminare interpretazione di tale diritto alla Corte di giustizia, secondo la procedura di rinvio pregiudiziale prevista all'art. 234 [ex art. 177] Tr. CE.

Accanto ai due casi esemplari esistono però sempre più numerose circostanze in cui l'esecuzione del diritto comunitario è necessariamente congiunta, ovvero realizzata in parte dalla Comunità in parte dagli Stati. Basti pensare al caso in cui la Commissione ha espressamente approvato talune decisioni nazionali illegittime, oppure quando la Commissione non ha esercitato in tutto o in parte i suoi poteri di controllo preventivo sulle attività nazionali. Il caso più chiaro è quello dei procedimenti

composti nei quali è assai difficile distinguere il ruolo di volta in **volta svolto** dai soggetti, nazionali e comunitari, coinvolti. Quando ciò si verifici, la responsabilità assume carattere concorrente tra la Comunità e lo Stato, con una serie di complicazioni di tipo procedurale e sostanziale che rendono assai problematica la tutela del soggetto danneggiato. Basti pensare alla necessità di adire tanto il giudice comunitario quanto quello nazionale, ed alla complessa definizione del reciproco grado di responsabilità.

In particolare, sembra necessario dare sistematicità al principio della "competenza efficiente" al fine di assicurare al soggetto interessato le condizioni di maggiore tutela.

13. I RECENTI SVILUPPI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE DEGLI STATI MEMBRI PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO

Negli ultimi anni la Corte di giustizia ha sviluppato una giurisprudenza sistematica in tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazione del diritto comunitario. Le sentenze della Corte rappresentano un'ulteriore applicazione del principio dell'effettività del diritto comunitario, e dunque sono finalizzate alla garanzia del rispetto degli impegni comunitari da parte degli Stati membri, anche se ne deriva una più ampia tutela degli interessati; per altra parte, sono invece specificamente rivolte ad assicurare effettività alla tutela dei diritti dei singoli, indipendentemente dalla circostanza che vi possa essere un concomitante effetto utile per il diritto comunitario, oppure che si possa determinare qualche contrasto con le esigenze del suo sviluppo.

La responsabilità extracontrattuale degli Stati non trova espressa base giuridica nell'art. 288 [ex art. 215] Tr. CE, né in altre disposizioni collegate, ma, come avvenuto in vari Stati membri è il frutto di una interpretazione sistematica che la giurisprudenza ha compiuto dell'ordinamento comunitario. Partendo da alcune specifiche disposizioni, come l'art. 10 [ex art. 5] Tr. CE sull'obbligo degli Stati di assumere tutte le misure atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi comunitari e quindi anche l'eliminazione delle conseguenze illecite di una violazione del diritto

comunitario, nonché dal principio generale della effettività della tutela dei diritti dei singoli, la Corte ha considerato che il principio della responsabilità dello Stato per i danni da esso prodotti ai singoli in violazione del diritto comunitario è inerente al sistema del Trattato.

Il riferimento agli Stati deve intendersi come comprensivo di tutti i pubblici poteri dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro che possono causare un danno ingiusto per violazione del diritto comunitario. Per l'Italia, ad esempio, sono da ritenere incluse le regioni cui ora compete il recepimento diretto delle direttive comunitarie (cfr. art. 13, legge n. 128/1998) e che adottano una quantità di atti amministrativi a base e rilevanza comunitaria.

Anche a questo riguardo la Corte di giustizia sta rafforzando i profili più direttamente comunitari. Con sentenza 1.6.1999, causa C-302/97, è stato affermato che negli Stati membri a struttura federale al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro interessato siano adempiuti. Infatti, il diritto comunitario non impone agli Stati membri alcuna modifica della ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti pubblici territoriali esistenti sul loro territorio, purché le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quello derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno.

I casi esaminati dalla Corte di giustizia attengono a tre diverse fattispecie: il mancato o tardivo recepimento di una direttiva da parte di uno Stato membro, oppure il suo recepimento improprio; la mancata abrogazione di leggi nazionali in contrasto con il diritto comunitario; attività delle amministrazioni nazionali in violazione del diritto comunitario.

Per quanto riguarda il mancato o tardivo recepimento di direttive comunitarie si tratta di una situazione non infrequente in riferimento sia a taluni Stati membri che hanno difficoltà specifiche nel recepimento, sia a certi problemi di armonizzazione. La scarsa rilevanza delle sanzioni previste dai Trattati a carico degli Stati inadempienti ha portato la Corte ad elaborare la giurisprudenza sugli effetti diretti delle direttive che,

decorso il termine per il loro recepimento, apparissero capaci di fondare diritti per gli interessati in quanto sufficientemente precise e dettagliate. Pur essendo ovvia la grande importanza di questo principio per la garanzia degli interessati, il suo effetto primario è quello di agevolare l'effettività del diritto comunitario e la sua uniforme applicazione in tutti gli Stati membri, anche in presenza di omissioni o scorretti comportamenti degli Stati membri.

Il primo filone della recente giurisprudenza - iniziato con la sentenza *Francovich* del 19.11.1991, cause C-6 e C-9/90 - rappresenta uno sviluppo delle precedenti posizioni sull'effetto diretto del diritto comunitario e sulle garanzie della sua effettività.

La sentenza *Francovich* del 1991 ha destato grandissima eco per la novità della soluzione data al problema della responsabilità extracontrattuale dello Stato per mancato recepimento di una direttiva, e per aver fortemente comunitarizzato una problematica sino ad allora riferita al diritto nazionale. Il passo cruciale della sentenza circa l'inerenza al diritto comunitario della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni di diritto comunitario ad esso imputabili detta: *"sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro [...] La possibilità di risarcimento a carico di uno Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata ad un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario"*.

La vicenda trae origine dal mancato recepimento in Italia di una direttiva (80/987/CEE) che obbliga gli Stati membri ad istituire a favore dei lavoratori un sistema di garanzie minime per i crediti retributivi da essi maturati nei confronti dei propri datori di lavoro, poi resisi insolventi. Il giudice nazionale competente, nel corso di un giudizio attivato da alcuni lavoratori trovatisi in tali non felici circostanze, utilizzando la procedura di rinvio pregiudiziale aveva posto alla Corte il quesito se da detta direttiva potessero scaturire diritti per gli interessati anche in difetto di recepimento, e se comunque lo Stato potesse essere considerato responsabile del danno subito dai lavoratori in conseguenza del mancato recepimento stesso.

La Corte ha dato risposta negativa al primo quesito, dato che la direttiva in questione non possiede i caratteri di sufficiente dettaglio e precisione che sono necessari per configurarla ad effetto diretto. I singoli non possono dunque basare direttamente su essa alcuna azione per far valere i propri diritti nei confronti dello Stato membro. Sul secondo quesito, al contrario, la Corte è pervenuta al risultato già accennato, secondo cui lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato dalla violazione del diritto comunitario ad esso imputabile, che nel caso consiste nella violazione dell'obbligo di recepire tempestivamente le direttive previsto dall'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE.

La conclusione è stata accompagnata dalla definizione delle condizioni per la configurazione della responsabilità degli Stati. La prima è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; la seconda è che il contenuto di tali diritti sia individuabile sulla base delle disposizioni della direttiva; la terza è che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi.

Al verificarsi di tali condizioni sorge nei singoli il diritto al risarcimento del danno, che trova per la Corte il suo fondamento nel diritto comunitario. Tale diritto va comunque fatto valere davanti ai giudici nazionali.

La sentenza *Francovich* ha sollevato un ampio dibattito dato che, oltre alla rilevanza specifica per il tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati, lascia emergere una sempre più spiccata comunitarizzazione di molte cruciali problematiche pur in carenza di una precisa base normativa comunitaria.

La sentenza *Dillenkofer* (8.10.1996, cause C-178, 179, 188, 189, 190/94), ha di nuovo esaminato il primo tema, questa volta in riferimento al mancato recepimento in Germania della direttiva sui viaggi "tutto compreso", che tra l'altro garantisce agli acquirenti di pacchetti turistici il rimborso delle spese sostenute ed il rimpatrio, qualora si trovino all'estero, in caso di insolvenza degli operatori turistici. Pur ribadendo il principio della precedente sentenza *Francovich*, nell'occasione la Corte ha meglio precisato che le condizioni per la configurazione della responsabilità dipendono anche dalla natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato. Nel caso del recepimento di direttive, occorre esaminare se lo Stato abbia un margine consistente di discrezionalità; in tal caso per aversi responsabilità occorre

che la violazione sia grave e manifesta. Quando invece il margine di discrezionalità è ridotto o inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può considerarsi sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta. Tanto più chiara in tal senso è la situazione delle direttive che sono finalizzate ad attribuire diritti ai singoli, e che perciò consentono di far valere la responsabilità senza prelieve procedure di accertamento dell'inadempimento.

Nella medesima sentenza, la Corte ha altresì aperto un nuovo indirizzo al riguardo della possibile valutazione sulla qualità del recepimento nazionale di direttive comunitarie, là dove ha previsto che il recepimento debba avvenire con efficacia cogente, incontestabile, e con la specificità, la precisione e la chiarezza necessarie per dare pienamente la certezza del diritto. Il punto era stato già sommariamente esaminato nella sentenza *British Telecommunications* pressoché coeva (26.3.1996, causa C-392/93), ove si era concluso per la insussistenza di responsabilità del Regno Unito per la qualità del recepimento di una direttiva in tema di telecomunicazioni.

A questo primo gruppo di sentenze che, come detto, principalmente ancora sviluppano il tema della effettività del diritto comunitario, anche se al contempo portano a rafforzare decisamente le garanzie dei singoli, si è nello stesso periodo affiancato un altro lotto di sentenze più direttamente focalizzate sulla garanzia del principio di effettività della tutela per i soggetti comunitari. La prima sentenza (*Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, 5.3.1996, cause C-46/93 e C-48/93) esamina il problema dei danni causati dal legislatore nazionale in violazione di norme comunitarie. La seconda sentenza (*Lomas*, 23.5.1996, causa C-5/94) esamina invece il caso di danni causati da atti amministrativi nazionali in contrasto con norme comunitarie.

In *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame* erano in questione due leggi nazionali considerate in violazione del diritto comunitario e causa di danni per i soggetti interessati: nel primo caso, la legge tedesca sulla purezza della birra, di antichissima origine, ostacolava il commercio intracomunitario in violazione dell'art. 28 [ex art. 30] Tr. CE; nel secondo caso, una legge inglese sull'immatricolazione delle navi rendeva ardua la possibilità di immatricolazione di pescherecci da parte di armatori spagnoli, con violazione di varie norme del Trattato CE, a partire da quella relativa al diritto di stabilimento (art. 43 [ex art. 52]).

Al riguardo, la Corte di giustizia ha ripreso con particolare vigore il tema dell'appartenenza al diritto comunitario della responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazione degli obblighi comunitari, affermando con ragione che la configurabilità e le condizioni di tale responsabilità attengono in definitiva all'interpretazione del diritto comunitario, competenza esclusiva della Corte. Ha poi sviluppato il principio affermato con la sentenza *Francovich*, ritenendo che la responsabilità dello Stato secondo l'art. 288 [ex art. 215] può determinarsi per qualsiasi violazione del diritto comunitario commessa da qualunque organo dello Stato interessato, e quindi anche per fatto del legislatore che approva o non abroga una legge contraria al diritto comunitario. Ove tale trasgressione determini un danno agli interessati, secondo la Corte può configurarsi la responsabilità dello Stato in quanto neanche il legislatore può compromettere le esigenze di tutela dei diritti dei singoli che fanno valere il diritto comunitario.

Circa le condizioni per far valere la responsabilità la sentenza riprende ed affina, in relazione al particolare caso, quanto già indicato nelle sentenze precedenti; con l'importante applicazione nel caso britannico del criterio che il diritto nazionale non può prevedere nelle questioni a base comunitaria condizioni che rendano eccessivamente complesso l'ottenimento del risarcimento. Tale è per la Corte la previsione propria del diritto inglese in tema di abuso di potere nell'esercizio di funzioni pubbliche, che dunque non risulta applicabile nelle azioni per risarcimento del danno di rilevanza comunitaria. Quanto detto dimostra, da un lato, l'incidenza della giurisprudenza comunitaria in esame sul diritto nazionale; dall'altro e più in generale, come la progressiva definizione delle condizioni per la configurazione della responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario dia vita ad un vero e proprio rimedio di diritto comunitario.

Il terzo indirizzo giurisprudenziale riguarda la responsabilità extracontrattuale degli Stati per danni causati da attività amministrativa in violazione del diritto comunitario. La sentenza di riferimento è la già citata *Lomas* del 1996, in cui venne esaminato il diniego da parte dell'amministrazione britannica di autorizzare l'esportazione verso la Spagna di ovini vivi, motivato dalle condizioni di esercizio dei mattatoi spagnoli che non rispetterebbero alcune norme contenute in una direttiva comunitaria in tema di macellazione di animali.

Il diniego di autorizzazione è stato considerato dalla Corte illegittimo in quanto

non giustificato dalla direttiva invocata dall'amministrazione britannica e, di conseguenza, lesivo dell'art. 29 [ex art. 34] Tr. CE. Circa la responsabilità per i danni causati agli esportatori britannici da tale illegittimo divieto, la Corte ha esteso all'attività amministrativa degli Stati membri le conclusioni già raggiunte per i loro atti normativi; ovvero che nell'applicazione del diritto comunitario l'amministrazione nazionale non dispone di margini significativi di discrezionalità e la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare la esistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta.

Data la frequenza di atti amministrativi nazionali in applicazione del diritto comunitario, la conclusione della sentenza *Lomas* apre ampi spazi per il risarcimento dei danni indebitamente subiti dagli interessati; ma solo l'esperienza dirà se in concreto le nuove opportunità diverranno effettive, dato che a fronte di attività amministrative non è agevole individuare il grado di causalità diretta tra l'atto o l'omissione ed il danno per gli interessati.

14. LA RICADUTA DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SUL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE NEI DIRITTI NAZIONALI

Lo sviluppo della giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario è risultato così rapido e pervasivo per le diverse ipotesi di violazione da determinare molte reazioni negative.

Il problema più delicato è che le condizioni per la configurazione della responsabilità degli Stati finiscono per essere restrittivamente interpretate in sede nazionale. I giudici nazionali, prendendo spunto da alcune necessarie vaghezze della giurisprudenza comunitaria (come ad esempio il concetto di "*violazione sufficientemente grave e manifesta*") passibili di varie letture, concludono spesso per la insussistenza della responsabilità dello Stato, anche quando ciò sembrerebbe possibile nella prospettiva comunitaria.

Ma il difficoltoso adeguamento della tradizionale disciplina della responsabilità extracontrattuale ai nuovi principi connessi alla violazione del diritto comunitario non sembra molto diverso da quanto verificatosi in precedenza per altri sviluppi innovativi

del diritto e della giurisprudenza comunitaria, come nel caso della tutela cautelare "positiva" per situazioni giuridiche soggettive a rilevanza comunitaria. Quando tali asimmetrie o contrasti tra i due diritti si sono manifestati, è stata l'occasione per una razionalizzazione della branca del diritto in questione, anche se ciò ha messo in discussione od anche superato tradizionali e consolidati principi.

15. GLI SVILUPPI IN ITALIA DEL CASO FRANCOVICH

È proprio per l'Italia che si manifestano alcune delle maggiori difficoltà di adeguamento ai nuovi indirizzi giurisprudenziali comunitari, vuoi per il filone aperto dalla sentenza *Francovich* sulla responsabilità dello Stato legislatore, vuoi per l'altro indirizzo sulle conseguenze dell'attività amministrativa in violazione del diritto comunitario, che si è imbattuto nella secolare controversia sulla risarcibilità delle lesioni agli interessi legittimi.

Per quanto riguarda gli sviluppi del caso *Francovich*, lo Stato italiano - già condannato dalla Corte di giustizia (sentenza 2.2.1989, causa C-23/87) per inadempimento dell'obbligo di attuare la direttiva 80/987/CEE - ha finalmente attuato tale direttiva con la legge 29.12.1990, n. 428, art. 48, ed il successivo d.lgs. 27.1.1992, n. 80. I punti principali della nuova normativa consistono nella previsione del pagamento dei crediti di lavoro rimasti inadempiti da parte del fondo di garanzia istituito presso l'INPS; nella limitazione dei crediti agli ultimi tre mesi del rapporto, a loro volta rientranti nei dodici mesi precedenti; nella prescrizione annuale del diritto. Queste regole trovano applicazione anche per la "*determinazione dell'indennità eventualmente spettante [...] per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva (CEE) n. 987/80*".

I punti più controversi sono stati la determinazione del giudice competente e della connessa procedura, la congruità dell'individuazione dell'INPS quale organismo tenuto alla garanzia, l'entità del risarcimento previsto e le modalità procedurali per il suo ottenimento. Al riguardo, si sono determinati due contestuali sviluppi non ancora opportunamente riaccorpati ad unità: il primo è dato da nuove sentenze della Corte di giustizia, adita secondo la procedura di rinvio pregiudiziale, che sulla base dei principi della sentenza *Francovich* ha avuto modo di perfezionare le proprie posizioni. Il

secondo, dato invece dalla giurisprudenza nazionale che, nelle espressioni della Cassazione, ha finora completamente mancato di recepire la problematica comunitaria.

Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria, in tre diversi procedimenti, alcuni lavoratori interessati ad utilizzare le previsioni di detta direttiva si opponevano all'INPS circa la legittimazione passiva di quest'ultimo e l'ambito del risarcimento del danno a seguito della tardiva attuazione della direttiva. Con le sentenze *Bonifaci* (10.7.1997, cause riunite C-94/95 e 95/95), e *Maso*, (10.7.1997, causa C-373/95), la Corte ha affermato che per quanto riguarda la portata del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento per mancata attuazione della direttiva entro il termine prescritto, l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva ai lavoratori vittime dell'attuazione tardiva consente, in linea di massima, di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della violazione del diritto comunitario, a condizione che la direttiva sia regolarmente recepita, e sempre che gli interessati non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva. Al contempo, è compatibile con la direttiva che lo Stato preveda limitazioni dell'obbligo di pagamento dell'organismo di garanzia, ma - precisa ancora la Corte - spetta al giudice nazionale, alla luce dei principi che discendono dalla giurisprudenza comunitaria, far sì che il risarcimento del danno subito dai beneficiari sia adeguato.

Con la sentenza *Palmesani* (11.7.1997, causa C-261-95), la Corte ha poi ritenuto compatibile con il diritto comunitario che l'Italia abbia previsto un termine di decadenza di un anno per la proposizione dei ricorsi diretti al risarcimento dei danni subiti a seguito della tardiva attuazione della direttiva in questione, quale applicazione del principio della certezza del diritto.

Al di là di alcuni punti trattati in modo analitico ed in coerenza con le premesse sul regime della responsabilità extracontrattuale, le sentenze della Corte di giustizia ora citate lasciano aperta la questione sui rapporti tra disciplina comunitaria e disciplina nazionale della responsabilità per violazione del diritto comunitario: se infatti, da una parte, viene ribadito che è inerente al sistema comunitario il principio di responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario; dall'altra, le condizioni effettive per assicurare il risarcimento del danno sono rimesse al regime nazionale, su cui la sentenza *Palmesani*, in particolare, rimane estremamente prudente: "la Corte

non dispone di tutti gli elementi necessari per valutare più specificamente se un'azione per risarcimento danni intentata da un singolo ai sensi dell'art. 2043 cc. italiano possa essere diretta contro pubblici poteri per un'omissione o per un atto illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà di imperio. Spetta pertanto al giudice proponente procedere a tale esame".

È poi intervenuta più volte la Corte di cassazione con decisioni difformi e che mancano di cogliere la specifica e nuova connotazione comunitaria della questione. Secondo la sentenza 11.10.1995, n. 10617, nel nostro ordinamento non è configurabile un diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo, e di conseguenza non è importabile allo schema dell'art. 2043 cc. la mancata trasposizione di una direttiva comunitaria da parte del legislatore, e la relativa pretesa di risarcimento ha in verità carattere indennitario consentendo solo un adeguato ristoro. L'apoditticità della posizione della Cassazione dimostra la mancata considerazione delle posizioni comunitarie, ben espresse dalla sentenza *Brasserie du Pêcheur* e dalle conclusioni dell'avvocato generale Tesouro secondo cui nel sistema comunitario *"una pretesa e generale irresponsabilità del legislatore nazionale sarebbe priva di giustificazione. L'idea stessa della responsabilità dello Stato legislatore in rapporto agli obblighi imposti dal diritto comunitario, è invece perfettamente coerente e per ciò stesso inerente ai caratteri fondamentali e tipici del sistema giuridico comunitario"*.

Merita infine segnalare che, sulla questione dell'attuazione della direttiva 80/987 in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, è intervenuta di recente anche la Corte costituzionale (sentenza 16.12.1998, n. 409). Chiamata a giudicare sull'eventuale incostituzionalità del decreto legislativo di recepimento di detta direttiva in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost. la Corte ha dichiarato infondata la questione in riferimento alla mancata copertura del caso dei datori di lavoro non assoggettabili a procedure concorsuali. Il ragionamento della Corte costituzionale appare sicuro in riferimento ai dati nazionali, ma la questione avrebbe potuto avere conclusione del tutto diversa ove il giudice remittente avesse adito la Corte di giustizia.

16. LA QUESTIONE DELLA RISARCIBILITÀ DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

Gli sviluppi del diritto comunitario in tema di responsabilità extracontrattuale influenzano anche un'altra problematica del diritto nazionale: quella della risarcibilità del pregiudizio patrimoniale sofferto dal titolare di un interesse legittimo. A ciò concorrono tanto le numerose sentenze assunte dal giudice comunitario a partire dal caso *Francovich*, quanto varie previsioni contenute nelle recenti direttive sugli appalti pubblici che assicurano un risarcimento del danno connesso a violazioni delle nuove procedure per l'affidamento degli appalti pubblici a rilevanza comunitaria.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che abbiamo esaminato due sono i punti che maggiormente rilevano a questo fine: da un lato, l'affermazione che qualsiasi violazione del diritto comunitario da parte dello Stato, inteso nel senso più lato come sopra detto, determina la responsabilità nei confronti di coloro che a cagione di ciò abbiano subito dei danni; dall'altro, lo specifico riferimento alla responsabilità per i danni causati dall'illegittima attività amministrativa. Dalla posizione della Corte di giustizia consegue che sono risarcibili anche i danni per negato rilascio di un'autorizzazione amministrativa, ovvero a fronte degli interessi che la nostra dottrina ha definito pretensivi, in quanto incentrati sulla pretesa ad ottenere dall'amministrazione delle specifiche utilità. Inoltre, che l'ampliamento delle ipotesi di risarcimento alle varie possibili violazioni del diritto comunitario non è tanto determinato dalla esigenza di riaffermare l'effettività del diritto comunitario quanto di assicurare la piena tutela delle posizioni degli interessati.

Il combinarsi delle novità comunitarie tanto di diritto scritto che giurisprudenziale, convergenti nell'ampliare la portata del principio di responsabilità anche per la violazione di situazioni qualificabili in termini nazionali come interessi legittimi, non poteva non contribuire ad alimentare il dibattito sulla risarcibilità degli interessi legittimi, già molto vivo per ragioni di carattere interno.

Il danno ingiusto, che per l'art. 2043 ce. è a fondamento della responsabilità di chi lo ha prodotto, non potrebbe dunque configurarsi che nei casi in cui l'ordinamento protegga direttamente e personalmente un bene della vita; ovvero, in termini di situazioni giuridiche soggettive, quando l'interessato è titolare di un diritto soggettivo. Nei casi di interesse legittimo la tutela è data solo dai poteri esercitabili dal giudice amministrativo, e quindi normalmente con l'annullamento del provvedimento amministrativo contestato.

La dottrina è per lo più su posizioni diverse, riconoscendo che non vi sono ragioni di diritto positivo, né di tipo concettuale, per escludere che il risarcimento possa configurarsi anche a fronte di interessi legittimi. Le disposizioni costituzionali sugli interessi legittimi non prevedono espressamente tale circostanza ma neanche escludono la generalizzazione della tutela risarcitoria; semmai, la considerazione congiunta dei diritti e degli interessi negli artt. 111 e 113 Cost. dimostra la necessità di assicurare in entrambi i casi la medesima tutela sostanziale. Così avviene del resto in Spagna, ove l'art. 24 della Costituzione, identico all'articolo di pari numero della nostra Costituzione, è stato inteso come una tutela anche per le situazioni diverse dal diritto soggettivo e fino ad allora ad incerta garanzia.

Lo stesso dicasi per la normativa ordinaria, a partire dal fondamentale art. 2043 cc, che è stato volutamente scritto a maglie molto larghe onde non comprimere l'evoluzione dei casi di responsabilità, neanche quando autore del danno sia una pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri pubblicistici.

Che le lesioni degli interessi legittimi siano non risarcibili è dunque solo il frutto di una tenace giurisprudenza della Cassazione civile, con una interpretazione del rilievo giuridico delle situazioni giuridiche soggettive e della natura dei rapporti tra pubblica amministrazione e soggetti dell'ordinamento del cui fondamento sia generale che specifico si può a ragione dubitare.

La posizione tradizionale è però in fase di evoluzione. Così è da qualche tempo affermata in giurisprudenza una diversa soluzione a seconda che trattasi di interessi legittimi a carattere pretensivo oppure a carattere oppositivo.

Nel primo caso, si ha un interesse del soggetto ad acquisire beni, situazioni o *status* giuridici attraverso l'azione dell'amministrazione. Tali interessi si denominano, dunque, pretensivi in quanto mirano ad ottenere dall'amministrazione un provvedimento amministrativo che attribuisce nuove utilità che ancora non si hanno. Nel secondo caso, invece, il soggetto intende demolire un provvedimento che gli ha tolto o compresso un bene od un diritto che in precedenza vantava: si pensi, come esempi, all'annullamento della concessione edilizia o di una licenza di pubblico esercizio, ed al ritiro di un'abilitazione.

Mentre in passato la conclusione era per la irrisarcibilità in ambedue i casi di illegittimità provvedimento, la più recente giurisprudenza ammette la soluzione

positiva in base alla teoria della riespansione del diritto soggettivo a seguito dell'annullamento del provvedimento amministrativo che lo aveva illegittimamente compresso od eliminato. Il cd. affievolimento del diritto è giuridicamente da ritenersi come mai avvenuto, e pertanto il provvedimento illegittimo lede un diritto soggettivo. In questa ricostruzione giurisprudenziale, non si tratta perciò di un riconoscimento della risarcibilità degli interessi, ma della riconduzione delle situazioni giuridiche soggettive a base degli interessi oppositivi nell'ambito del diritto soggettivo; l'esito è comunque l'ampliamento della tutela a fronte dell'illegittimo esercizio di attribuzioni amministrative.

Per gli interessi pretensivi, invece, la posizione della Cassazione rimane negativa, dato che l'unica utilità riconosciuta consiste nell'ottenere in sede di giudizio amministrativo l'annullamento del provvedimento illegittimo e, di conseguenza, eventualmente ripetere l'iter amministrativo necessario all'ottenimento del provvedimento cui il soggetto ha interesse.

Nello stesso più recente periodo è inoltre più volte intervenuto il legislatore con nuove disposizioni che espressamente prevedono casi di risarcimento del danno derivanti dall'emanazione di atti o provvedimenti illegittimi, oppure dall'illegittimo silenzio della pubblica amministrazione. È il caso in particolare delle procedure per il rilascio delle concessioni edilizie, di aggiudicazione di appalti e di affidamento e gestione dei servizi pubblici. Le innovazioni più nette sono comunque derivate dalla trasposizione delle direttive comunitarie in tema di ricorsi e tutela per appalti pubblici, che prevedono espressamente il risarcimento del danno. La prima e più nota normativa di origine comunitaria è quella di cui all'art. 13 della legge n. 142/1992 secondo cui *"i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno"*. Altre analoghe sono seguite ancora in tema di appalti pubblici.

Per quanto le innovazioni legislative siano ora frequenti e di portata difficilmente delimitabile ai casi espressamente considerati la Cassazione le intende come eccezioni rispetto alla regola da essa determinata, e quindi di stretta interpretazione. Non ci sarebbe bisogno, secondo la Corte, di espresse previsioni di legge per riconoscere la risarcibilità degli interessi legittimi se il principio fosse inerente al nostro ordinamento.

Al più si potrebbe parlare secondo la Cassazione (SS.UU. civili, 5.3.1993, n. 2667), di *"linea di tendenza diretta alla introduzione della tutela risarcitoria della lesione di interessi legittimi, tutela che, allo stato, non esiste"*.

A nulla è valso il tentativo di far intervenire la Corte costituzionale che è stata invocata due volte in modo analogo, ma in ambedue i casi è riuscita a defilarsi dal difficile dilemma sia in termini procedurali, sia in virtù di alcune sintetiche espressioni usate come *obiter dicta*. Tanto la sentenza n. 85/1980 quanto la ordinanza n. 165/1998 hanno constatato che il problema della responsabilità civile della pubblica amministrazione per il risarcimento dei danni per lesioni di interessi legittimi è *"problema di indubbia gravità [...] che richiede prudenti soluzioni normative [...] non solo nella disciplina sostanziale, [...] ma anche nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione"*. In buona sostanza, la Corte costituzionale questa volta non ha inteso intervenire direttamente per porre fine al secolare problema, lasciando la responsabilità al legislatore, riconoscendo così che nel frattempo non è rimasto inerte, anche se intervenuto solo con "interventi settoriali".

In parallelo con la nostra Corte costituzionale, anche la Corte di giustizia ha finora evitato di farsi coinvolgere nella disputa nazionale sulla configurazione delle situazioni giuridiche soggettive da parte del diritto nazionale.

La posizione della Corte di giustizia è coerente con i principi del diritto comunitario, secondo i quali la configurazione delle situazioni giuridiche soggettive rientra tra i poteri degli Stati ed è indifferente ai fini comunitari nella misura in cui non metta a repentaglio la tutela dei "diritti" conferiti direttamente dal diritto comunitario, oppure non dia a questi ultimi un trattamento giuridico peggiore di quello assicurato alle equipollenti situazioni nazionali. Non sembra dunque molto produttivo insistere nel richiedere alla Corte la soluzione diretta di una questione che, allo stato, è comunitariamente irrilevante e comunque da impostare, come ora si dirà, in modo diverso secondo le generali indicazioni della recente giurisprudenza comunitaria sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati.

In effetti, tanto il diritto comparato quanto il diritto comunitario offrono preziose indicazioni per un definitivo superamento della posizione della Cassazione circa la

irrisarcibilità, in via di principio, degli interessi legittimi.

Dal punto di vista comparatistico, vari ordinamenti conoscono la dizione interesse legittimo o sue varianti linguistiche; il caso più simile è quello, già citato, della Spagna, ove - nella Costituzione del 1978 - l'art. 24 riproduce alla lettera l'articolo dallo stesso numero della nostra Costituzione. Ma l'espressione è ora molto diffusa anche in Inghilterra, specie a seguito della particolare procedura di controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa introdotta nel 1978. Non è vera dunque la tesi che l'interesse legittimo sia una nozione sconosciuta ad ogni altro ordinamento diverso da quello italiano; è vero invece che solo il nostro ordinamento basa sulla distinzione diritti soggettivi/interessi legittimi il criterio qualificatorio della giurisdizione e varie altre conseguenze importanti, come appunto quella in esame sulla risarcibilità dei soli diritti (almeno, come detto, secondo la interpretazione della Cassazione). Negli altri Paesi, l'emergere dell'interesse legittimo è collegato alla varietà dei rapporti che si determinano con l'amministrazione e rispetto ai quali la sola nozione di diritto soggettivo sembra limitativa; ma sempre al fine di assicurare in tal modo la rilevanza giuridica e la piena tutela anche a situazioni giuridiche soggettive in precedenza non tutelate adeguatamente. L'interesse legittimo è dunque un'occasione per ampliare le garanzie dei soggetti dell'ordinamento, anche dal punto di vista della responsabilità extracontrattuale.

Da qui una serie di conseguenze. Primo, la questione della responsabilità extracontrattuale per fatto degli Stati (intesi nel modo ampio che si è detto) in violazione del diritto comunitario è ormai questione comunitaria. Secondo, quale questione comunitaria, le posizioni al riguardo assunte dalla giurisprudenza hanno uno speciale valore nei confronti dei diritti nazionali, orientandone l'interpretazione ed eventualmente determinandone anche la disapplicazione ove contrastante. Terzo, sono oggetto di "diritti" risarcibili anche situazioni giuridiche che nel nostro diritto risultano sicuri esempi di interessi legittimi a carattere pretensivo: il più netto esempio, in diritto comunitario, è dato dalla disciplina della partecipazione delle imprese alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, che in caso di violazioni di tali regole prevede espressamente il diritto al risarcimento per il soggetto leso. Il "danno ingiusto" in diritto comunitario non si limita, dunque, alle lesioni dell'equipollente del nostro diritto soggettivo, ma copre anche la parte degli interessi legittimi a carattere pretensivo, per cui anche la più liberale dottrina italiana ha

perplexità nel riconoscere il diritto al risarcimento. Quarto, i principi comunitari della responsabilità hanno ormai assunto una connotazione tipicamente garantista degli interessi dei soggetti comunitari, quale espressione tipica dell'altro grande principio comunitario per una tutela piena ed effettiva dei diritti degli interessati. Quinto, l'espresso riconoscimento del risarcimento a fronte di interessi pretensivi, come nel caso delle procedure di appalto pubblico, apre la via ad una qualificazione del ristoro patrimoniale per il danneggiato in termini indennitari o reintegrativi, più che strettamente risarcitori.

Alla luce di questi principi, la conclusione non può che essere per la decisiva rilevanza del diritto comunitario in tema di responsabilità extracontrattuale al fine di risolvere l'annosa questione nazionale della risarcibilità degli interessi legittimi.

Una realistica considerazione sulla capacità del nostro sistema di recepire presto ed adeguatamente le indicazioni comunitarie ora dette, senza necessità di modifiche legislative generali, porta però ad auspicare una più rapida soluzione tramite l'intervento del legislatore per la modifica dell'art. 2043 ce, nel senso di aggiungervi l'inciso, tanto breve quanto dirimpante per la posizione tradizionale, che "è ingiusto anche il danno derivante dalla lesione di interessi legittimi".

17. CASI DI GIURISDIZIONE PIENA DI MERITO DEL GIUDICE COMUNITARIO

Dopo aver esaminato alcune delle principali conseguenze che il diritto comunitario della responsabilità amministrativa determina per il nostro diritto nazionale, conviene ritornare alle azioni proponibili davanti ai giudici comunitari e concluderne l'esame.

In tal senso, rimangono da considerare principalmente le azioni avverso le sanzioni che le istituzioni comunitarie possono irrogare per violazioni del diritto comunitario, ed il contenzioso del pubblico impiego comunitario.

L'azione di impugnazione di sanzioni comunitarie è prevista all'art. 229 [ex art. 172] Tr. CE e all'art. 36 Tr. CECA. Secondo la prima disposizione, i regolamenti possono attribuire alla Corte di giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste dai regolamenti stessi. Si tratta

dunque di una mera eventualità, connessa a quanto stabilito dai regolamenti e, più precisamente, dai regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio e da quelli adottati dal solo Consiglio. Diversa e più precisa è la previsione del Trattato CECA, dato che essa si riferisce alle sanzioni pecuniarie ed alle penalità inflitte anche secondo le disposizioni di quel Trattato, e l'azione è qualificata come "ricorso di piena giurisdizione".

Il caso più rilevante di regolamento che ha previsto un ricorso avverso le sanzioni irrogate dalle istituzioni comunitarie è quello sulle infrazioni alle regole sulla concorrenza (reg. del Consiglio n. 17/62 del 6.2.1962), secondo cui avverso le sanzioni per tali infrazioni è ammesso ricorso in esito del quale il giudice comunitario può sopprimere, ridurre o maggiorare l'ammenda o la penalità di mora inflitta.

L'altro importante caso di giurisdizione piena di merito è il contenzioso del pubblico impiego comunitario, previsto dall'art. 236 [ex art. 179] Tr. CE e dall'art. 152 Tr. CECA. Tali controversie sono ora esaminate in primo grado dal Tribunale, della cui attività tendono ad essere una parte rilevante: nell'ultimo periodo, da una media di novanta casi per anno, si è passati a circa centocinquanta casi per anno, su un totale di seicento ricorsi.

I limiti e le condizioni della giurisdizione in esame sono più dettagliatamente previsti dallo statuto del personale, con la particolarità di un necessario previo ricorso amministrativo quale condizione di ricevibilità del ricorso giurisdizionale. Il termine per il ricorso giurisdizionale è di tre mesi, dalla notifica della decisione sul previo ricorso amministrativo o dal formarsi della decisione implicita. Le domande proponibili sono le più diverse, al fine di garantire in principio la piena tutela delle posizioni giuridiche degli interessati: la casistica mostra azioni di annullamento di atti, azioni di accertamento, azioni di condanna ed anche azioni costitutive.

18. LA QUESTIONE DI VALIDITÀ DEGLI ATTI COMUNITARI TRAMITE LA PROCEDURA DI RINVIO PREGIUDIZIALE

Il Trattato CE si è preoccupato di completare le forme di tutela degli interessati aggiungendo alle vie di ricorso ed all'azione di responsabilità un'ulteriore possibilità di contestare in via incidentale la validità di un atto delle istituzioni comunitarie o della

Banca centrale europea. Si tratta della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'art. 234 [ex art. 177], la quale consente appunto ai giudici nazionali di sottoporre alla Corte di giustizia la questione di validità degli atti compiuti dalle istituzioni o dalla BCE.

La medesima procedura è altresì finalizzata a richiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione del Trattato e degli atti comunitari. In tal caso, il rilievo primo della sentenza della Corte è nella definizione del significato e della portata del diritto comunitario, mentre rimane proprio del giudice nazionale valutare la compatibilità del diritto nazionale con gli atti comunitari così interpretati.

Merita iniziare l'esame della procedura di rinvio pregiudiziale dalla parte relativa alla questione di validità degli atti comunitari, che si lega strettamente ai problemi di tutela degli interessati esaminati nei paragrafi precedenti.

L'applicazione del diritto comunitario è, nella gran parte dei casi, affidata alle autorità nazionali il cui operato può formare oggetto di controversia giurisdizionale, civile od amministrativa. Nel corso di tali controversie le parti ed anche, d'ufficio, il giudice possono rilevare la possibile illegittimità dell'atto comunitario che è direttamente applicabile nella fattispecie o che è giuridicamente alla base del contestato comportamento nazionale. Stante la già nota esclusività della Corte di giustizia per ogni questione relativa al controllo di legittimità degli atti comunitari, è coerente con la premessa generale che il giudice nazionale debba, in tale caso, sospendere il giudizio e rinviare alla Corte la questione pregiudiziale circa la validità dell'atto comunitario di cui si contesta la legittimità.

I presupposti ed i motivi del rinvio sono gli stessi che valgono per l'azione di annullamento di cui all'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE, ma con la differenza rilevante che in sede nazionale le opportunità di tutela giurisdizionale degli interessati sono maggiori di quelle offerte ai singoli dall'azione di annullamento, di cui all'art. 230 [ex art. 173] citato; in particolare, per la configurazione della legittimazione processuale dei ricorrenti in modo più ampio che nel sistema comunitario. Se maggiori sono le occasioni nazionali di azione a tutela dei propri diritti, correlativamente maggiori risultano le occasioni per sollevare incidentalmente la questione di invalidità degli atti comunitari. Rimangono esclusi da tale opportunità solo coloro che, essendo destinatari diretti ed individualmente considerati di un atto, non lo abbiano tempestivamente

impugnato in modo diretto (sentenza 9.3.1994, causa C-188/92).

La sentenza della Corte di giustizia ha diversi effetti a seconda che abbia concluso per la validità o per l'invalidità dell'atto comunitario sottoposto. Nel primo caso, la sentenza ha effetto solo per il caso deciso e quindi la questione può essere di nuovo sottoposta con nuove argomentazioni ed in diverso contesto. Quando invece la conclusione sia stata per la invalidità dell'atto, si determina l'effetto sostanziale della cosa giudicata e quindi una situazione di fatto simile a quella dell'annullamento, in esito all'azione di cui all'art. 230 [ex art. 173] Tr. CE. È evidente infatti che la sentenza della Corte - pur avendo carattere dichiarativo della invalidità di un atto, e non di annullamento dello stesso - non può valere esclusivamente per il giudice che ha rimesso la questione, ma per ogni altro soggetto, anche pubblica amministrazione, che possa avere il problema di applicare l'atto in questione.

Per quanto attiene agli effetti nel tempo della sentenza pregiudiziale, nulla è detto nell'art. 234 [ex art. 177], a differenza che nell'art. 231 [ex art. 174] per le sentenze di annullamento. In principio, la sentenza pregiudiziale sulla validità, per il suo carattere dichiarativo, ha valore retroattivo *ex tunc*. La Corte ha comunque elaborato una propria posizione, estendendo alle sentenze assunte su rinvio pregiudiziale la facoltà di limitare nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità.

19. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO ATTRAVERSO LA PROCEDURA DI RINVIO PREGIUDIZIALE

L'esigenza di un'interpretazione uniforme del diritto è un essenziale profilo del principio di certezza del diritto, e dunque è propria di qualsiasi ordinamento giuridico. Nel caso europeo assume tuttavia uno speciale valore, date le caratteristiche del sistema comunitario ed i suoi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri. Da qui la previsione nei Trattato CE di un particolare procedimento per assicurare l'interpretazione uniforme, basato sulla cooperazione delle autorità giudiziarie nazionali con la Corte di giustizia.

Il meccanismo è definito dall'art. 234 [ex art. 177] come procedimento di rinvio pregiudiziale, in quanto prevede che i giudici nazionali nell'applicare il diritto comunitario pongano alla Corte di giustizia, prima di decidere il caso, la questione

dell'interpretazione del diritto comunitario rilevante per la decisione stessa, ma di cui non sia chiaro il corretto significato. In tali casi, la Corte - e solo essa, dato che è prevista al riguardo una sua competenza esclusiva - stabilisce l'interpretazione del diritto comunitario che vincolerà il giudice che ha rimesso la questione e, alle condizioni che vedremo, anche gli altri soggetti tenuti all'applicazione del diritto comunitario.

Occorre prestare attenzione alla diversità tra la procedura in esame e quella, propria di molti Stati membri, come anche l'Italia, in cui esiste un controllo di costituzionalità concentrato nella Corte costituzionale. In questo secondo caso viene chiesto alla Corte costituzionale di accertare la compatibilità o meno di una determinata norma con la Costituzione; quando si verifica l'incostituzionalità della norma, questa è direttamente annullata dalla Corte. Nel caso del rinvio pregiudiziale ai fini di interpretazione, invece, ciò che il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia è l'interpretazione del diritto comunitario rilevante per la causa che sta trattando, e non il giudizio sulla compatibilità del diritto nazionale applicabile con il diritto comunitario; profilo che rimane di competenza del giudice del rinvio, una volta che la Corte avrà emesso la sua sentenza interpretativa degli atti comunitari richiamati.

Inoltre, la Corte di giustizia non interpreta solamente il diritto "costituzionale" comunitario, e quindi principalmente i Trattati, ma il complessivo ordinamento comunitario, secondo un concetto di "legalità" estremamente ampio che ricomprende il diritto derivato ed anche gli atti comunitari atipici.

La procedura ha assunto nel tempo un ben più significativo valore quale procedura chiave per lo sviluppo della giurisprudenza comunitaria che ha "creato" il sistema giuridico comunitario. In una feconda interazione tra le Corti nazionali e la Corte comunitaria, è da questa procedura che sono derivate le sentenze celebri della Corte di giustizia in tema di caratteristiche dell'ordinamento comunitario, di definizione dei soggetti comunitari, di effettività del diritto comunitario, di efficacia diretta delle direttive, e di molte altre questioni che si sono esaminate nel corso dei precedenti Capitoli.

La competenza della Corte per giudicare su questioni pregiudiziali di interpretazione è stata affermata anche per il Trattato CECA (sentenza 22.2.1990, causa C-221/88), considerando che l'art. 41 di quel Trattato mentre riconosce

espressamente il sindacato sulla validità degli atti, non può non essere interpretato anche come comprensivo del potere interpretativo pregiudiziale.

L'oggetto della pronuncia pregiudiziale può essere, come detto, tanto il diritto comunitario primario che quello derivato, e quindi tutti gli atti capaci di produrre effetti giuridici, comprese le decisioni. Per la ricordata rilevanza dei principi generali di diritto comunitario (cfr. Capp. Ili e V), la Corte ha esteso il proprio raggio di riferimento interpretativo anche a tali principi. È proprio in riferimento ai principi generali che si sono avuti i più rilevanti sviluppi del diritto comunitario sia per le sue connotazioni caratterizzanti che per i diritti fondamentali.

20. LE "GIURISDIZIONI" COMPETENTI PER IL RINVIO PREGIUDIZIALE

La questione sull'interpretazione del Trattato e degli atti comunitari deve essere sollevata davanti ad una giurisdizione nazionale ove si faccia applicazione della norma comunitaria dall'incerta interpretazione. In tale caso, la giurisdizione adita se non è di ultima istanza ha la facoltà di domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione, se reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su quel punto. Ove invece la giurisdizione adita sia di ultima istanza, ovvero sia una giurisdizione avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo è tenuto a rivolgersi alla Corte.

La ragione di questo diverso trattamento è duplice: da un lato, l'interesse comunitario alla interpretazione uniforme deve tener conto del rischio di sommergere la Corte con una massa di rinvii ove tutti i giudici fossero indiscriminatamente tenuti in tal senso; dall'altro, l'obbligatorietà del rinvio per i giudici di ultima istanza assicura comunque l'intervento interpretativo della Corte, che si inserisce poi nel contesto delle sentenze nazionali più influenti.

Questa regola prevista all'art. 234 [ex art. 177], in modo apparentemente rigido, è stata però intesa in senso flessibile dai giudici nazionali, con una serie di tecniche interpretative mirate ad utilizzare il rinvio solo a particolari circostanze. Tali tecniche sono state sostanzialmente confermate dalla Corte di giustizia, anche per mancanza di strumenti coercitivi nei confronti dei giudici nazionali recalcitranti, con una giurisprudenza che è principalmente interessata a porre alcuni limiti alle facoltà dei

giudici nazionali.

La dizione di "giurisdizione" nazionale usata dall'art. 234 [ex art. 177] richiama immediatamente le nozioni di organo e di funzione giurisdizionale, che pur nelle diverse previsioni nazionali, sono fortemente omogenee in tutto lo spazio giuridico europeo. In tal senso, qualsiasi organo giurisdizionale cui possa riconoscersi la qualità di giudice secondo il diritto dello Stato membro di riferimento ha il potere/dovere di rinvio pregiudiziale.

Casi relativi all'Italia hanno confermato che così sono da intendere anche il giudice istruttore, il giudice cautelare ed il giudice dell'ingiunzione. Se in taluni di detti casi manca il contraddittorio, ciò non è da solo ragione ostativa all'utilizzo del rinvio, data la pacifica funzione giurisdizionale svolta dall'organo in questione. E stata invece considerata irricevibile la ordinanza di rinvio attivata da un tribunale nel quadro di un procedimento di volontaria giurisdizione. Nel nostro ordinamento si pone poi il problema se i giudici di ultima istanza cui incombe l'obbligo del rinvio siano i soli due giudici di vertice della giurisdizione ordinaria e amministrativa (rispettivamente, la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato), oppure tutti i giudici che, quale che sia la loro posizione nell'ordinamento giudiziario, assumono atti che in quel particolare procedimento non sono oggetto di ricorsi giurisdizionali. L'art. 234 [ex art. 177] indica con precisione che il giudice tenuto al rinvio non è solo quello di vertice ma anche quello contro le cui sentenze non è esperibile ricorso giurisdizionale.

Sempre per l'Italia si è posto il problema se la Corte costituzionale possa configurarsi organo giurisdizionale di ultima istanza. In un primo tempo la stessa Corte costituzionale è stata favorevole, anche se ponendosi il problema solo in via di principio (sentenza 168/1991). Successivamente, la Corte è giunta all'opposta conclusione che in essa "non è ravvisabile quella giurisdizione nazionale alla quale fa riferimento l'art. 177 [ora art. 234] del Trattato" (ordinanza n. 536/1995).

La Corte di giustizia ha poi esteso l'ambito dei soggetti legittimati al rinvio ben oltre gli organi propriamente giurisdizionali, al chiaro fine di valorizzare al massimo le opportunità offerte dalla procedura di rinvio pregiudiziale. Secondo una copiosa giurisprudenza formatasi nel tempo, per "giudice" ai fini dell'art. 234 [ex art. 177] deve intendersi qualsiasi organo che possieda i seguenti elementi: origine legale, carattere permanente, obbligatorietà della sua funzione aggiudicativa, natura

contraddittoria del procedimento (qui requisito essenziale, a differenza che nei casi precedenti), applicazione di norme giuridiche, indipendenza (tra la recente giurisprudenza della Corte che ha ribadito tali elementi, cfr. la sentenza 17.9.1997, C-54/96). L'approccio è di tipo sostanzialistico e finisce per comunitarizzare la nozione di "giurisdizione" rilevante ai fini del rinvio pregiudiziale, in senso anche difforme dalla disciplina nazionale.

Sono state dunque considerate "giurisdizioni" gli ordini professionali in sede di decisioni contenziose, l'organo nazionale di controllo sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, il Tribunale spagnolo della competenza, vari organismi arbitrali con competenza obbligatoria. Di recente, è stato altresì considerato "giurisdizione" ai fini dell'art. 234 [ex art. 177] il nostro Consiglio di Stato in sede consultiva, quando emette un parere nell'ambito della procedura di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, che secondo il diritto italiano ha carattere giustiziale, ma non certo giurisdizionale; a dimostrazione non tanto della relatività delle qualificazioni giuridiche, quanto della diversa rilevanza che le tradizionali qualifiche hanno quando sono in gioco interessi comunitari. Una completa sistemazione della materia è stata data dalla Corte con la sentenza 4.2.1999, causa C-103/97, relativa alla configurazione come "giurisdizione", ai sensi dell'art. 234 [ex art. 177] Tr. CE, dell'Ufficio delle aggiudicazioni degli appalti del Tirolo.

Sono stati invece esclusi dal novero delle "giurisdizioni" di rinvio altri organi come i collegi arbitrali a base convenzionale, numerosi collegi od autorità amministrative nazionali del settore fiscale e valutario, nonché taluni degli stessi organi già considerati "giurisdizione" nell'esercizio di talune funzioni aggiudicative, quando esercitano diverse funzioni (è il caso ad esempio degli ordini professionali nell'ordinaria amministrazione della professione). Per il ricordato caso dei collegi arbitrali, si è ritenuto che la libera scelta delle parti per una soluzione arbitrale, alternativa alla risoluzione giurisdizionale della controversia, porti ad escludere la qualifica in questione; a differenza dunque dei casi di arbitrato obbligatorio per legge. Per le varie figure di organi amministrativi contenziosi, anche in presenza di garanzie del contraddittorio e di altri caratteri giustiziali, si è considerato negativamente assorbente la circostanza che si tratta di organi per definizione interessati alla decisione, e quindi non terzi rispetto alle parti.

La giurisprudenza della Corte non è peraltro sempre molto coerente con la

premessa generale, lasciandosi condizionare dalle specifiche caratteristiche dell'organo del rinvio o da generali esigenze per soluzioni tempestive e ben motivate. Così per gli arbitrati nel settore degli appalti pubblici, la posizione negativa iniziale è stata temperata con la previsione che anche in tal caso trattasi di "giurisdizione" se le decisioni siano suscettibili di ricorsi di fronte ad organi giurisdizionali ordinari.

21. LE CONDIZIONI DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

La decisione sul rinvio, facoltativa od obbligatoria secondo i principi già richiamati, è assunta dal giudice che tratta la controversia in cui è emersa la questione di interpretazione della norma comunitaria. La decisione può essere proposta dalle parti con apposita domanda, o assunta d'ufficio dal giudice. Le parti che hanno sollevato la questione non hanno alcun diritto ad ottenere il rinvio pregiudiziale, dato che la richiesta deve comunque essere deliberata dal giudice della causa. Se viene assunta la decisione sul rinvio, è questo atto del giudice nazionale, assunto secondo il diritto interno, che avvia la procedura comunitaria.

La formulazione delle questioni su cui è richiesta l'interpretazione della Corte assume maggiore rilevanza in diritto comunitario di quanto sia in sede nazionale per l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione di costituzionalità. Il giudice comunitario è intuitivamente meno esperto delle particolarità del diritto nazionale e delle caratteristiche specifiche della fattispecie contenziosa, sì che la questione va opportunamente presentata dai giudici nazionali; a tal fine, la Corte emana periodicamente delle linee guida per le giurisdizioni nazionali, a mo' di indirizzo per la corretta formulazione dei quesiti. Sempre più spesso, poi, la Corte riformula direttamente i quesiti, talora con una lettura additiva rispetto all'apparente intenzione del giudice del rinvio, al fine di meglio evidenziare i punti chiave del diritto comunitario rilevanti e garantire anche in tal modo il principio di effetto utile.

Tanto i giudici non di ultima istanza quanto le giurisdizioni superiori nei confronti delle cui decisioni non vi sono possibilità di ricorso vedono attenuato l'obbligo di rinvio da alcuni criteri che sono stati elaborati per filtrare l'utilizzazione della procedura prevista dall'art. 234 [ex art. 177]. Così, l'obbligo di rinvio non sussiste quando il punto è già stato oggetto di precedenti ed univoche sentenze giurisdizionali (teoria

dell'atto acclarato); oppure quando l'atto comunitario è sufficientemente chiaro da poter essere applicato senz'altro dal giudice nazionale (teoria dell'atto chiaro).

Sono evidenti i pericoli che la teoria dell'atto chiaro può arrecare all'applicazione uniforme del diritto comunitario, principalmente per l'ampia soggettività della valutazione del giudice del rinvio da cui discende la disomogeneità nell'applicazione del diritto comunitario.

La Corte non aveva strumenti giuridici per opporsi all'applicazione della teoria dell'atto chiaro da parte dei giudici nazionali, ed ha dunque subito tale giurisprudenza cercando di limitare i danni attraverso la valorizzazione della cooperazione giudiziale e con la previsioni di una serie di condizioni. Di conseguenza, la violazione di queste condizioni potrebbe configurare un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, per fatto della giurisdizione nazionale in questione, per violazione del diritto comunitario. Trattasi per il momento di un'ipotesi teorica.

Per quanto riguarda infine la valutazione della rilevanza della questione posta dal giudice nazionale, il principio è che solo quest'ultimo è competente a determinare la rilevanza e la pertinenza per il caso che dovrà decidere. Tuttavia la Corte ha progressivamente assunto un ruolo di verificatore della rilevanza, in modo simile a quanto effettuato nel nostro ordinamento dalla Corte costituzionale in tema di valutazione dell'ammissibilità dell'eccezione di costituzionalità. Da qui varie decisioni di irricevibilità e di non luogo a provvedere per carenza dei presupposti, quali carenza nella motivazione di rinvio, confusione sui fatti presentati, incertezza sulla natura o sull'applicabilità degli atti comunitari, carattere meramente ipotetico delle questioni. In un caso celebre (le due sentenze *Foglia* 11.3.1980, causa 104/79, e 16.12.1981, causa 244/80), la Corte è giunta a sindacare la qualità del giudizio *a quo*, affermandone la natura puramente fittizia.

22. GLI EFFETTI DELLE SENTENZE PREGIUDIZIALI

Già abbiamo detto nel paragrafo 18 degli effetti delle sentenze della Corte di giustizia sulla validità di atti comunitari assunte a seguito di procedura di rinvio pregiudiziale. Esaminando adesso le sentenze interpretative, il più diretto effetto è quello di vincolare il giudice del rinvio all'applicazione dell'atto comunitario come

interpretato dalla Corte; con ogni conseguenza possibile, tra cui la eventuale disapplicazione del diritto nazionale contrastante con l'atto comunitario.

La particolare forza delle sentenze della Corte fa sì che la statuizione interpretativa assunta non abbia un valore limitato al caso che l'ha originata, e dunque essa varrà in ogni altro caso, giurisdizionale od amministrativo, in cui il medesimo atto risulti applicabile. Nello stesso senso vale il principio di leale cooperazione.

Come per le sentenze pregiudiziali sulla validità degli atti comunitari, anche per le sentenze interpretative - la cui efficacia è tipicamente *ex tunc* afferendo all'esatto significato di un atto comunitario - la Corte ha usato il criterio della possibile delimitazione nel tempo degli effetti della sentenza, in riferimento al principio di certezza del diritto. Ovviamente sono da intendersi comunque salvi i rapporti esauriti ed i diritti di coloro che hanno tempestivamente attivato azioni giurisdizionali a propria tutela. La Corte ha poi affermato che se una sentenza interpretativa non ha limitato gli effetti nel tempo, ciò non incide sul diritto di uno Stato membro di apporre proprie limitazioni ai fini interni, come nel caso di termini di decadenza previsti per azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione della disposizione comunitaria interpretata dalla Corte (sentenza 15.9.1998, causa C-231/96).

23. LA PROCEDURA DI RINVIO PREGIUDIZIALE E LA CREAZIONE DI UN SISTEMA GIUDIZIARIO EUROPEO

La procedura di rinvio pregiudiziale che abbiamo esaminato determina un rapporto circolare tra giudici nazionali e giudice comunitario, basato sul principio della cooperazione.

I presupposti del rinvio pregiudiziale e gli effetti delle sentenze comunitarie assunte ad esito di tale procedimento sono stati plasmati dalla Corte di giustizia come solo una corte suprema può stabilire.

La Corte di giustizia ha dunque rivestito un ruolo tanto di corte costituzionale quanto di corte di cassazione, secondo uno schema di integrazione giuridica e giudiziaria di tipo federale in cui la Corte è il vertice del sistema giudiziario composto dai giudici nazionali quali organi comuni del nuovo ordinamento.

Per quanto meglio precisatisi col tempo, la funzione della Corte quale organo di vertice di un sistema giudiziario composto era già ben definita nella più volte citata sentenza *Vari Gend & Loos* del 1963. In tale occasione, vertendosi sul contrasto con l'art. 12 [ora art. 25] Tr. CE di alcune disposizioni nazionali in tema di dazi doganali, era stato eccepito l'abuso di procedura di rinvio pregiudiziale in relazione ad una fattispecie concreta che avrebbe dovuto essere contestata solo tramite le procedure di infrazioni di cui agli artt. 169-170 [ora artt. 226-227] Tr. CE, e non tramite una sentenza che fittiziamente interpreta il Trattato. Ma la Corte aveva risposto che *"la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli artt. 169 e 170 [ora artt. 226 e 227] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri"*.

24. L'INFLUENZA SUL DIRITTO PROCESSUALE NAZIONALE

A seguito dell'ampliarsi della disciplina sostanziale comunitaria e delle forme di tutela comunitaria, si è posto il problema della armonizzazione dei sistemi processuali nazionali.

Nella fase istitutiva delle Comunità questo problema era stato lasciato da parte in quanto apparentemente improponibile a causa dei così diversi punti di partenza dei vari Stati membri e per l'evidente limitazione che ne sarebbe derivata per uno dei più tradizionali profili della sovranità. In effetti l'Europa non ha mai conosciuto un sistema processuale uniforme, neanche nei secoli di massimo sviluppo dello *jus commune*. Diverse sono state le regole di procedura proprie dei vari ordinamenti giuridici e diverso il modello del giudiziario.

La situazione appare oggi assai diversa. Vi sono esempi di direttive comunitarie a contenuto processuale e vari principi generali di diritto comunitario elaborati dalla Corte di giustizia che hanno diretta rilevanza processuale. I nuovi indirizzi esprimono un mutamento profondo del diritto comunitario che da diritto di risultati sta ampliandosi anche a diritto di mezzi (Caranta, 1993). In effetti, l'integrazione europea contiene le premesse per la creazione di principi e standard comuni di diritto processuale valevoli per gli Stati membri dell'Unione, parte essenziale *dell'acquis* comunitario che vincola gli Stati membri ed i vari Stati che progressivamente

decideranno di aderire all'Unione stessa.

Al riguardo le questioni principali da esaminare sono: 1. le ragioni per la creazione di un sistema processuale omogeneo; 2. le basi giuridiche degli interventi comunitari; 3. i caratteri dei principi giurisprudenziali e delle direttive rilevanti; 4. l'individuazione dei settori più coinvolti da questa tendenza.

Circa la prima questione, l'esigenza di creare un sistema processuale europeo deriva principalmente dal principio di uniformità, proprio del diritto europeo, e dalle tecniche giuridiche di integrazione seguite dalla Corte di giustizia e dalle altre istituzioni.

La necessità di rimedi giuridici armonizzati è dunque inerente al concetto di uniformità; in loro assenza, non sarebbe possibile una loro tutela uniforme nei vari Stati membri (van Gerven, 1995).

In questo senso, i recenti sviluppi erano già impliciti nella citata sentenza *Simmenthal*, quando la Corte affermò, da una parte, che le norme comunitarie devono esplicitare la pienezza dei propri effetti in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, in quanto fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro che sono interessati;

Alla stessa conclusione portano le varie tecniche di integrazione europea, quali lo strumento negativo dell'abolizione delle disposizioni interne che possono attentare alla piena espansione dei principi di diritto comunitario; in positivo, con l'instaurazione di un diritto comune agli Stati membri; in modo neutro attraverso il principio del mutuo riconoscimento.

Una volta verificato che lo sviluppo di un sistema processuale armonizzato corrisponde ad effettive esigenze del processo di integrazione europea, possiamo passare all'esame delle basi giuridiche degli interventi comunitari in materia.

È pacifico che nei Trattati istitutivi il tema non sia esaminato, né direttamente né indirettamente. Tale è stata anche la valutazione delle corti nazionali come ad esempio la Corte costituzionale italiana, secondo le quali la materia processuale è estranea ai Trattati.

E però altrettanto sicuro che non appena elaborati dalla Corte di giustizia i principi generali di diritto comunitario, ne siano scaturiti evidenti implicazioni per la sfera processuale. Come, ad esempio, dal principio di protezione effettiva per i diritti

derivanti dal diritto comunitario, che secondo la Corte (sentenze *Johnston* del 15.5.1986, causa 222/84, e *Heylens* del 15.10.1986, causa 222/86) è alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Inoltre era chiaro che, malgrado le molteplici diversità, esistevano altre tradizioni costituzionali comuni in tema processuale, riassunte nell'idea di "processo equo" di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950.

Tutto è poi divenuto più facile con l'Atto Unico del 1986 che ha introdotto il nuovo art. 100A [ora art. 95] Tr. CE, ove si prevedono "misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno". È su questa base legale che, tra l'altro, sono state approvate le citate direttive 89/665 e 92/13 in materia di appalti pubblici.

Più di recente, ad opera del Trattato sulla Unione Europea si è introdotta la cittadinanza europea che implica, tra l'altro, una sostanziale parificazione degli strumenti nazionali di tutela dei diritti. Lo stesso Trattato del 1992, inoltre, ha istituito il cd. terzo Pilastro, per cui la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri diviene uno degli obiettivi generali ai sensi dell'art. B [ora art. 2, modificato] TUE ("*...]* rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri mediante la istituzione di una cittadinanza dell'Unione; sviluppare una stretta cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni [...]"), che può realizzarsi in modo significativo solo se si dà vita ad un sistema omogeneo di tutela.

Per quanto poi riguarda i caratteri del diritto processuale comunitario, occorre distinguere tra le indicazioni scaturenti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e quelle scaturenti dalle prime direttive in materia.

La posizione generale della Corte è che, per la garanzia dei diritti basati sul diritto comunitario le regole di procedura sono determinate dal diritto nazionale, sia per quanto riguarda l'individuazione del giudice competente che le particolari modalità procedurali "*spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto*" (sentenza *Peterbroeck*, 14.12.1995, causa C-312/93; cfr. anche la sentenza *Upjohn*, 21.1.1999, causa C-

120/97).

Il principio è però sottoposto alla condizione che tali regole non siano meno favorevoli di quelle concernenti la tutela di posizioni di diritto nazionale, e che comunque non rendano impossibile o troppo difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario. Ne deriva che la Corte lascia spazio alla disciplina nazionale solo quando non sia intervenuta un'espressa disciplina comunitaria.

In effetti, il controllo effettuato dalla Corte di giustizia sulla compatibilità delle regole processuali nazionali con i principi di diritto comunitario ha portato ad una serie di importanti sviluppi il cui significato non sta tanto nell'aspetto negativo dell'eliminazione di regole nazionali in contrasto con il diritto comunitario, ma nelle indicazioni positive per un diverso modello europeo. Se poi si considera che alla Corte sono state portate le più cruciali questioni di procedura, si può comprendere che le sentenze della Corte, pur limitate nel numero ed occasionali in quanto connesse alle iniziative dei giudici nazionali, finiscono per assumere una rilevanza decisiva sia per i diritti nazionali direttamente coinvolti, sia per la edificazione del sistema processuale europeo.

È poi recente la corrente giurisprudenziale sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per l'omessa, incompleta o cattiva esecuzione del diritto comunitario (sentenze *Brasserie du Pêcheur*, e *Lomas*, citate), nonché l'affermazione (sentenza *Peter-broeck*, citata) che il giudice nazionale può, a certe condizioni, valutare d'ufficio la compatibilità comunitaria di provvedimenti nazionali anche quando il motivo comunitario non sia stato invocato dall'interessato entro un determinato termine.

È stata infine portata a compiuto sviluppo la posizione della Corte circa la generale disapplicabilità degli atti amministrativi nazionali che siano in contrasto con il diritto comunitario. Il punto poteva già ritenersi implicito nella sentenza *Simmenthal* del 1978, ma opportunamente la Corte ha voluto definire una discussione molto accesa.

Passando dal diritto giurisprudenziale al diritto scritto, si può constatare che in certi casi (come la cd. direttiva "ricorsi", 89/665, per gli appalti di lavori) il legislatore comunitario ha consolidato in un atto normativo i principi generali sulla tutela effettiva dei diritti garantiti dal diritto comunitario e alcuni strumenti particolari di garanzia,

come per la tutela cautelare. In altri casi, come nella direttiva 93/7 sulle azioni di restituzione dei beni culturali illecitamente trasferiti in altro Stato membro, il legislatore comunitario ha imboccato decisamente la via della creazione di nuove forme processuali comunitarie, senza precedenti e ricche di peculiarità.

È evidente il salto di qualità che così si determina: le direttive vincolano il legislatore nazionale ad una pronta e completa trasposizione e, a certe condizioni, possono considerarsi ad effetto diretto anche in carenza di trasposizione; ferma comunque la responsabilità degli Stati per omessa o parziale trasposizione, o cattiva esecuzione.

Merita considerare che le prime direttive in materia hanno caratteri diversi. Da un lato, la consolidazione in direttive di principi generali lascia agli Stati membri la possibilità di definire i relativi strumenti processuali nazionali in conformità con i caratteri del proprio ordinamento, secondo il modello originario di direttiva. Nel campo del diritto processuale, le direttive di "consolidazione" di principi generali appaiono appropriate in quanto bilanciano efficacemente le esigenze di uniformità con quelle di flessibilità richieste dagli Stati in relazione alla "sensibilità" del tema per la loro residua sovranità.

Dall'altro lato, altre direttive comunitarie introducono forme originali di azioni processuali **comuni** per il momento solo per settori, come i beni culturali, in cui la disciplina comunitaria è limitata e ove prevale la tecnica del mutuo riconoscimento che sarebbe vanificata dalla assenza di efficaci forme di tutela comune. Sembra dunque che a diritto sostanziale comunitario "debole", si accompagnino regole processuali "forti"; e viceversa.

La quarta questione attiene ai settori in cui maggiormente si afferma la tendenza alla armonizzazione delle regole processuali.

Seguendo le iniziative della Commissione, si potrebbe pensare che nel prossimo futuro vi sia la prospettiva di un genuino diritto processuale comune, come si ricava dalla proposta di direttiva sul processo civile.

Non pare comunque possibile giungere a breve termine ad un vero e proprio diritto processuale comune per l'Europa, formalizzato in una direttiva generale equivalente ad un codice nazionale di procedura. Anzitutto, come la storia giuridica degli ultimi tre secoli insegna, non è fortuito che alcuni Paesi non abbiano mai avuto,

né sembrano oggi desiderosi di averlo, un codice di procedura. In secondo luogo, occorre considerare che nell'ambito del diritto processuale molti Paesi hanno importanti distinzioni tra il processo civile e il processo amministrativo, con diversi giudici e diverse regole, difficili da armonizzare in modo sistematico. In terzo luogo, una completa armonizzazione non risulta necessaria né utile nel contesto europeo.

25. L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA E GLI STRUMENTI CAUTELARI

L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia per lo sviluppo delle tematiche processuali è risultata ancora più incisiva sviluppando il tema della effettività della tutela, intesa come tutela giurisdizionale efficace e soddisfacente.

A partire dalle due celebri sentenze *Johnston*, 15.5.1986, causa 222/84, e *Heylens*, 15.10.1987 causa 222/86, viene affermato che il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo è parte dei principi generali di diritto comunitario, e principalmente implica che sia garantito un ricorso efficace e quanto più rapido possibile; che siano assicurati poteri cautelari capaci di rispondere ad ogni istanza degli interessati; che siano risarcibili anche situazioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi secondo il diritto nazionale.

Il principio di effettività della tutela non è più solo inteso come strumento di affermazione del diritto comunitario nei rispetti dei diritti nazionali, ma come aspetto fondamentale di garanzia per le situazioni dei singoli nei confronti degli atti sia delle amministrazioni nazionali che delle stesse istituzioni comunitarie.

La tutela cautelare è in effetti uno dei settori processuali maggiormente influenzati dal diritto comunitario, sia per le novità direttamente apportate al nostro sistema sia per l'averne messo in luce i molti limiti attuali.

Nel Trattato CE il problema della tutela cautelare nei rispetti degli atti delle istituzioni comunitarie è espressamente considerato come detto, agli artt. 242-243 [ex artt. 185-186]. Il primo prevede che "*i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non hanno effetto sospensivo. Tuttavia, la Corte può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato*". Il secondo prevede che "*la Corte di giustizia, negli affari che le sono proposti, può ordinare i*

provvedimenti provvisori necessari” . Per l’art. 256 [ex art. 192], poi, la Corte può sospendere l’esecuzione forzata di un titolo esecutivo.

I poteri cautelari previsti dal Trattato per la Corte di giustizia sono stati estesi anche al Tribunale di primo grado. Le sentenze di questo Tribunale sono a loro volta sospendibili dalla Corte di giustizia.

Si tratta di un impianto di evidente influenza del diritto amministrativo continentale, che combina il potere di sospensiva tipico di molti giudici amministrativi nazionali con il più ampio potere cautelare del tipo a noi conosciuto secondo il modello dell’art. 700 c.p.c., che si concreta anche in misure innominate ed atipiche.

Ne consegue che la Corte può sospendere un atto o emanare un provvedimento d’urgenza, ed in particolare sospendere un atto, solo nel quadro di una controversia di merito che ha il potere conoscere. Per l’art. 83, c. 1, reg. proc. Corte, le domande mirate ad ottenere la sospensione dell’esecuzione di un atto delle istituzioni sono ricevibili se il richiedente ha impugnato tale atto con ricorso davanti alla Corte; ed analogamente nel caso di richiesta di altri provvedimenti provvisori.

Circa le condizioni generali di ammissibilità dei provvedimenti d’urgenza, nel diritto scritto della Comunità non è prevista alcuna indicazione. Hanno dunque sopperito le esperienze nazionali, univoche nel prevedere come condizioni di tali richieste la configurabilità del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*. La Corte di giustizia ha poi dato rilievo al criterio della necessaria valutazione degli interessi coinvolti.

Per quanto riguarda la tutela cautelare che i giudici nazionali possono assicurare in materie comunitarie, la questione si è meglio definita una volta che la Corte di giustizia ha elaborato il principio generale dell’effettività della tutela, nel senso sopra indicato. È divenuto infatti possibile ai giudici nazionali sottoporre in via pregiudiziale alla Corte stessa varie questioni sull’interpretazione del diritto comunitario in riferimento a disposizioni nazionali, anche in tema di tutela cautelare, che non paiono in armonia con tale principio.

Si è così assistito alla rapida elaborazione di una giurisprudenza comunitaria, in taluni casi tanto innovativa rispetto ai principi generali dell’ordinamento in questione da far parlare di una vera rivoluzione giuridica. Tale è il caso di origine britannica deciso dalla citata sentenza *Factortame* del 1990, ove la Corte ha affermato che il

diritto comunitario osta alla applicabilità di norme nazionali che non consentano al giudice di sospendere temporaneamente la vigenza di una legge nazionale nelle more di un giudizio di pregiudizialità comunitaria.

Per i giuristi britannici, usi al dogma della sovranità parlamentare e privi di una corte costituzionale, la possibilità che un giudice possa sospendere la vigenza di una legge, per di più con motivazione connessa a principi dell'ordinamento comunitario, è apparsa davvero una svolta epocale.

Vista invece nella prospettiva comunitaria, la sentenza *Factortame* appare uno sviluppo logico delle premesse sulla supremazia del diritto comunitario e sull'effetto utile dell'art. 234 [ex art. 177] Tr. CE: la piena efficacia del diritto comunitario **sarebbe** ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire ai giudici chiamati a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. In una situazione del genere il giudice è pertanto tenuto a disapplicare la eventuale norma di diritto nazionale che osti alla concessione di provvedimenti provvisori.

I successivi sviluppi hanno riguardato la sospendibilità di un atto amministrativo nazionale adottato dalla competente autorità amministrativa in esecuzione di un regolamento comunitario di cui si discute la validità comunitaria. È il celebre caso *Zuckerfabrik* del 1991 (21.2.1991, cause C-143/88 e C-92/89) anche se ciò può mettere a rischio uno dei dogmi del diritto comunitario, ovvero la applicabilità diretta dei regolamenti in ciascuno degli Stati membri. Per la prima volta la Corte ha affermato che *"il diritto alla tutela giurisdizionale sarebbe compromesso se in attesa della pronuncia giurisdizionale della Corte non fosse possibile paralizzare in via provvisoria gli effetti del regolamento"*.

Con la stessa sentenza *Zuckerfabrik*, la Corte ha poi posto in termini decisamente comunitari il problema delle condizioni per l'emanazione di provvedimenti cautelari. Al proposito si ricorda che i provvedimenti cautelari possono, per la Corte, essere assunti quando il giudice nazionale ha seri dubbi - da esprimere con idonea motivazione - sulla validità del regolamento comunitario su cui si basa l'atto amministrativo nazionale; e che in ogni caso deve essere preso in considerazione l'interesse della Comunità che un proprio atto non sia privato di tutto il suo effetto

utile.

In un terzo caso, la sentenza *Atlanta* (9.11.1995, causa C-465/93), la Corte ha poi definito il tema della tutela cautelare additiva, detta anche positiva, in cui l'interessato può ottenere un provvedimento cautelare diverso e più appropriato alle circostanze di quanto sia la semplice sospensiva dell'efficacia dell'atto. In particolare, secondo la Corte l'art. 249 [ex art. 189] Tr. CE deve essere interpretato nel senso che non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento della validità. È pertanto possibile che il giudice nazionale conceda qualsiasi provvedimento urgente, compreso il provvedimento positivo che renda provvisoriamente inapplicabile, a vantaggio del singolo, il regolamento la cui validità è contestata.

Le prime direttive a carattere processuale confermano come la posizione "pretoria" della Corte sia condivisa dalle altre istituzioni comunitarie.

L'art. 2 della direttiva n. 89/665 prevede che gli Stati membri assumano le misure necessarie affinché i giudici competenti possano "*prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici*". Una formula simile, benché ancora più ampia, è adottata pure all'art. 2 della direttiva n. 92/13 che parla di altri provvedimenti "*intesi ad impedire che dei danni siano causati agli interessi in gioco, in particolare la facoltà di imporre il pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata*".

Le due direttive sono state recepite dal nostro legislatore; in particolare nulla è stato detto per il potere cautelare nella prospettiva che già il nostro ordinamento disponesse di idonee forme di tutela. Ciò determina due questioni principali: primo, se sia costituzionale, in riferimento al principio di eguaglianza, ragionevolezza e certezza del diritto, che le innovazioni comunitarie siano applicabili ai soli casi in cui sono in gioco situazioni giuridiche a base comunitaria; secondo, se è possibile mantenere

invariata la disciplina attuale della materia, sulla quale si inserirebbe solo per la parte direttamente trattata la disciplina comunitaria, oppure se è necessaria una riforma generale della materia della tutela cautelare.

Nel primo senso, urta il senso comune di giustizia che casi in tutto identici, salvo il valore patrimoniale, siano trattati in modo così differente, a seconda che si applichi la tutela cautelare prevista dal diritto nazionale oppure dal diritto comunitario. Inoltre, se è vera la premessa **della Corte di giustizia che una tutela cautelale** effettiva è parte essenziale del più generale principio di tutela effettiva degli interessati, la portata del principio non può certo essere limitata ai profili già disciplinati dal diritto comunitario dovendo ricomprendere qualsiasi situazione analoga, indipendentemente dal valore.

Il potere di sospensiva proprio del giudice amministrativo, per quanto esteso intelligentemente dalla giurisprudenza, incontra insuperabili limiti negli aspetti positivi che gli sono palesemente estranei; inoltre, è vincolato all'esistenza ed al merito del ricorso, dato che il processo amministrativo non conosce misure cautelari scisse dal merito del ricorso già presentato. Se questa circostanza appare del tutto normale nel tipico processo impugnatorio, altrettanto non può dirsi nei casi di interessi pretensivi e di inerzie amministrative. Risulta inoltre inadeguata nei sempre più numerosi casi in cui la pubblica amministrazione agisce nelle forme di diritto comune.

La mancata modificazione nel nostro ordinamento della disciplina cautelare amministrativa è stata indirettamente sanzionata dalla Corte di giustizia con la sentenza 19.9.1996, causa C-236/1995 che ha deciso un ricorso della Commissione ai sensi dell'art. 226 [ex art. 169] Tr. CE per inadempimento della Repubblica ellenica nel recepire la direttiva n. 89/665 in riferimento alle misure cautelari. La Grecia sosteneva che non vi fosse necessità di modificazione della propria disciplina dei mezzi cautelari, in quanto il sistema greco già conosce il potere di sospensiva degli atti amministrativi impugnati e che, comunque, tale potere di sospensiva è stato inteso dal Consiglio di Stato ellenico in modo assai ampio, sì da non essere limitato alla mera sospensione.

Una situazione apparentemente del tutto simile a quella italiana, ma che la Corte di giustizia ha considerato in violazione del diritto comunitario per tre motivi: anzitutto, perché è insufficiente rispetto alle disposizioni della direttiva la sola

procedura di sospensione di un atto impugnato con ricorso di annullamento. In secondo luogo, perché la procedura di sospensione presuppone l'esistenza di un ricorso principale per l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, mentre ai sensi dell'art. 2 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti, più generalmente, a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, "indipendentemente da ogni azione previa", qualsiasi provvedimento provvisorio, anche oltre la sospensione. Infine, perché non costituisce un sistema di tutela provvisoria sufficiente ai sensi della direttiva che la giurisprudenza nazionale interpreti la legge conformemente alla direttiva, dato che secondo la costante posizione della Corte di giustizia una semplice giurisprudenza non può soddisfare le esigenze di certezza del diritto.

26. I NUOVI POTERI DEL GIUDICE NAZIONALE SULLE QUESTIONI COMUNITARIE

Un altro tema processuale a diretta influenza comunitaria è quello della possibile sollevabilità d'ufficio di motivi comunitari non presentati dalle parti, o presentati fuori termine.

Per quanto riguarda la questione specifica dei poteri del giudice, alcune importanti sentenze della Corte di giustizia (*Vari Schijndel*, 14.12.1995. cause C-430/93 e 431/93; *Kraaijeveld*, 24.10.1996, causa C-72/95; oltre alla già citata sentenza *Peterbroeck*) ne hanno dato una nuova lettura.

Il principio ivi affermato è quello della sollevabilità d'ufficio di motivi comunitari, ma le sentenze sono strettamente collegate ai dati delle diverse fattispecie, ciascuna molto particolare e non facilmente trasferibile in termini generali. Uno sviluppo cauto del principio non deve stupire, solo che si consideri l'impatto che potrebbe avere negli ordinamenti basati sul ben diverso modello del processo dispositivo, e corrisponde ad una tecnica giurisprudenziale tipica del diritto comunitario ove la Corte ha iniziato da sentenze apparentemente particolari per poi affermare il principio in via generale, come definitivamente acquisito.

Vi sono diverse possibili letture di queste sentenze. La prima è che rappresenti uno sviluppo giurisprudenziale così remoto rispetto alla possibile base giuridica

comunitaria, da rappresentare un infortunio della Corte. La seconda che invece, a determinate condizioni, il principio sia in linea con le premesse generali; in particolare nel richiedere come requisito essenziale che il ricorso sia procedibile, dopo di che sorgerebbe il potere/dovere del giudice di accertare comunque la legittimità o meno della pretesa. I limiti processuali nazionali non possono infatti impedire al giudice di contrastare condotte amministrative contrarie al diritto comunitario, a lui noto.

In verità, il principio della sollevabilità d'ufficio di motivi comunitari appare insito nel sistema e quindi non condizionato dallo stato non ancora compiuto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Vi sono infatti almeno due disposizioni del Trattato CE che rappresentano il fondamento di tale potere: l'art. 10 [ex art. 5] che prevede l'obbligo di leale cooperazione degli Stati e di tutti i loro organi, compresi i giudici, per la piena realizzazione degli obiettivi comunitari; l'art. 249 [ex art. 189], c. 3, che prevede l'obbligo per gli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti necessari per il raggiungimento dei risultati da raggiungere.

Certo è che accogliendo questa interpretazione vengono ad essere sostanzialmente alterati i poteri del giudice amministrativo; in particolare, si determinerebbe l'appropriazione da parte del giudice di tutta la sfera dell'accertamento del diritto oggettivo applicabile. Il giudice sarebbe, infatti, vincolato nel *petitum*, ma libero nella ricerca della norma rilevante per la decisione del caso.

Non è peraltro superfluo richiamare la doverosa cautela circa i modi di svolgimento dei percorsi richiamati. Se infatti la Corte è, da un lato, molto innovativa anche su questioni ove per tradizione appariva sedimentata; dall'altro, cerca di assicurare un certo *self restraint*.

27. LO SVILUPPO DI FORME DI TUTELA NON GIURISDIZIONALE

Si può ora passare all'ultimo problema che dimostra la progressiva influenza comunitaria sulla giustizia amministrativa. Si tratta della valorizzazione di forme di tutela non giurisdizionale, ovvero in via amministrativa o affidate ad organi esterni specializzati; così come della possibilità di tutela anche nei confronti di atti non formalmente illegittimi, ma segnati da profili di cattiva amministrazione.

Nell'affrontare il tema è bene ricordare che la valorizzazione di queste forme di tutela amministrativa non è alternativa alla tutela giurisdizionale: il primo significato del principio di effettività della tutela consiste nel diritto ad un giudice, ad un vero giudice indipendente ed imparziale, che non viene assolutamente posto in discussione. Si tratta invece di nuove forme di tutela pensate, da un lato, per deflazionare il carico di lavoro dei giudici, per consentire loro di concentrarsi sulle questioni più rilevanti e nuove in diritto, per assicurare tempi rapidi per le questioni che rimangono inevitabilmente loro proprie; dall'altro, però, per dare una tutela a tutta una serie di situazioni, in cui oggi i vizi di legittimità degli atti amministrativi non sembrano in grado di offrire un'adeguata copertura. Nei due sensi, comunque, un rafforzamento della tutela.

Sono dimostrazione di questa tendenza i lavori della speciale commissione di studio sui sistemi per la risoluzione delle controversie alternativi rispetto all'azione giurisdizionale; le procedure contenziose non giurisdizionali previste in tema di appalti pubblici dalla direttiva n. 92/13 del 1992 e l'inserimento nei Trattati comunitari del problema della *maladministration* e della figura del mediatore.

Le procedure contenziose non giurisdizionali per gli appalti sono un'esperienza tipica di altri Paesi dove esercitano un efficace ruolo di garanzia degli interessati, specie per le questioni dove il merito tecnico è particolarmente rilevante. Di recente, si segnalano le varie iniziative francesi per "*régler autrement les conflits*" ed il *Administrative Dispute Resolution Act* del 1990 negli Stati Uniti.

Da noi simili procedure non hanno tradizione e finora sono rimaste sostanzialmente sulla carta, mentre non vi è appalto la cui aggiudicazione non venga attaccata giurisdizionalmente, anche quando i profili di diritto sono del tutto secondari rispetto agli aspetti tecnici o sostanziali. La portata di queste innovazioni sembra essere stata colta finora solo in casi particolari, come per il tema delle ed. offerte anomale negli appalti, ove una recente sentenza della Corte costituzionale (29.4.1996, n. 132) ha ribadito che il diritto comunitario vieta in via generale l'automatica esclusione delle offerte anomale, senza che si proceda alla puntuale verifica in contraddittorio con l'offerente (principio puntualmente ribadito dalla Corte di giustizia con la sentenza *Hera* del 16.10.1997, causa C-304/96).

Ma va sottolineato, più in generale, che l'intero impianto della Comunità è

incentrato sul principio del contraddittorio, di cui sono tipiche espressioni la procedura di contestazione prevista all'art. 226 [ex art. 169] Tr. CE e le procedure di controllo sulla concorrenza di cui agli artt. 81-85 [ex artt. 85-89] dello stesso Trattato.

La valorizzazione delle istanze di tutela amministrativa si può cogliere anche dalla recente giurisprudenza comunitaria sulla definizione di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 234 [ex art. 177] Tr. CE, ovvero quali siano gli organi abilitati ad attivare la procedura di rinvio pregiudiziale ivi prevista. Come si è visto nel paragrafo 20 di questo Capitolo, la Corte ha esteso il concetto di giurisdizione nazionale sino a ricomprendere il Consiglio di Stato italiano in sede consultiva nella procedura di ricorso straordinario al Capo dello e la Commissione tedesca di controllo sugli appalti, tipico organo amministrativo contenzioso.

SOMMARIO

CAPITOLO III	1
I CARATTERI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO.....	1
1. La Comunità europea come ordinamento giuridico.....	1
2. La preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale	2
3. La diretta applicabilità delle norme comunitarie	3
4. L'efficacia diretta delle norme comunitarie	4
5. La tutela dei diritti fondamentali	7
6. L'interpretazione del diritto nazionale	9
7. La responsabilità extracontrattuale.....	10
8. Questioni della preminenza del diritto comunitario sul diritto italiano	15
9. La non applicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario	18
10. Verso una nuova disciplina dei rapporti tra ordinamento italiano ed ordinamento comunitario	19
CAPITOLO IV.....	22
DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO E DIRITTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI	22
1. La Comunità europea quale Comunità di diritto amministrativo.....	22
2. I caratteri principali del diritto amministrativo europeo	25
3. La dimensione europea delle scienze giuridiche e le peculiarità della scienza del diritto amministrativo.....	27
4. Dalle divergenze alle convergenze nel diritto amministrativo	30
5. La critica al fenomeno della convergenza ed i suoi limiti.....	32
6. Alcune conclusioni	34
CAPITOLO V.....	37
LE FONTI	37
1. Le peculiarità delle fonti nell'ordinamento comunitario	37
2. Il quadro delle fonti comunitarie.....	38
3. I Trattati comunitari	39
4. I Trattati come "costituzione" comunitaria	40

5. Una “costituzione in trasformazione”	41
6. I principi generali.....	43
7. Gli atti delle istituzioni comunitarie. I regolamenti.....	45
8. Le direttive.....	48
9. Gli altri atti delle istituzioni	50
10. Le proposte per una sistemazione delle fonti.....	53
CAPITOLO X	55
PROCEDIMENTI E ATTI AMMINISTRATIVI.....	55
1. Il modesto rilievo iniziale della tematica del procedimento	55
2. Le ragioni della successiva evoluzione	57
3. Le disposizioni dei Trattati rilevanti per il procedimento.....	59
4. I principi generali elaborati dalla giurisprudenza comunitaria	63
5. Le fasi del procedimento	67
6. Il diritto di accesso	71
7. Procedimenti amministrativi nazionali e influenza comunitaria	74
8. I procedimenti composti	77
9. Il dibattito sulla codificazione del procedimento.....	79
10. Disciplina comunitaria e modelli di procedimento	80
11. Gli atti amministrativi comunitari. Le decisioni	81
12. Raccomandazioni e pareri	85
13. L’invalidità degli atti amministrativi comunitari.....	88
14. L’invalidità degli atti amministrativi nazionali in contrasto con il diritto comunitario	91
15. Altri aspetti del regime degli atti amministrativi nazionali sotto l’influenza comunitaria.....	99
CAPITOLO XI.....	103
LA TUTELA GIURISDIZIONALE	103
1. La rilevanza della tutela giurisdizionale nel sistema comunitario	103
2. La composizione della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado.....	104
3. La posizione dei giudici e l’organizzazione della Corte e del Tribunale.....	107

4. L'attività della Corte e del Tribunale e le prospettive per una diversa organizzazione giurisdizionale	108
5. La tutela degli "amministrati": ordine degli argomenti	109
6. L'azione di annullamento	109
7. Il regime processuale	114
8. L'eccezione di invalidità	119
9. Il ricorso in carenza	120
10. L'azione di danno per responsabilità extracontrattuale. Questioni generali.....	122
11. La responsabilità extracontrattuale della Comunità.....	124
12. La responsabilità extracontrattuale degli Stati membri.....	128
13. I recenti sviluppi della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario	129
14. La ricaduta della giurisprudenza comunitaria sul regime della responsabilità extracontrattuale nei diritti nazionali	135
15. Gli sviluppi in Italia del caso Francovich	136
16. La questione della risarcibilità degli interessi legittimi	138
17. Casi di giurisdizione piena di merito del giudice comunitario	144
18. La questione di validità degli atti comunitari tramite la procedura di rinvio pregiudiziale	145
19. L'interpretazione del diritto comunitario attraverso la procedura di rinvio pregiudiziale	147
20. Le "giurisdizioni" competenti per il rinvio pregiudiziale	149
21. Le condizioni del rinvio pregiudiziale	152
22. Gli effetti delle sentenze pregiudiziali	153
23. La procedura di rinvio pregiudiziale e la creazione di un sistema giudiziario europeo	154
24. L'influenza sul diritto processuale nazionale	155
25. L'effettività della tutela e gli strumenti cautelari	160
26. I nuovi poteri del giudice nazionale sulle questioni comunitarie	165
27. Lo sviluppo di forme di tutela non giurisdizionale	166