



*Incontro di Studio*  
**L'azione amministrativa nel progetto di revisione  
della legge n. 241/1990**

Pescara 30 maggio 2003

INTERVENTO

**I principi del diritto comunitario**

di Gian Franco Cartei

Università di Firenze

1. Il riferimento ai *principi del diritto comunitario* quale parametro cui, ai sensi della norma di cui al primo comma dell'art. 1, come sostituito dal disegno di legge di iniziativa governativa n. 1281 approvato dal Senato il 10 aprile 2003, deve uniformarsi l'attività amministrativa, costituisce il riconoscimento che la tematica concernente il procedimento e l'attività amministrativa in ambito comunitario ha importanti riflessi anche nell'ordinamento italiano.

E' noto che in passato tali profili hanno ricevuto scarsa attenzione in ambito comunitario. E ciò a causa della modesta importanza attribuita a tutto ciò che non fosse costituito dal provvedimento finale, nonché dei caratteri propri di quell'ordinamento, inteso a lungo quale sistema a fini particolari, oltre che ad una generale modesta importanza delle problematiche caratteristiche del diritto amministrativo.

Il mutamento di tale prospettiva, riassumibile, sul piano generale, nella espansione delle competenze dell'ordinamento comunitario insieme con la sua configurazione quale ordinamento giuridico generale simile a quello degli Stati nazionali, e, sul piano specifico, nella consolidazione e nella rilevanza di procedimenti amministrativi di settore, ha avuto riflessi sulle tematiche connesse all'attività amministrativa e sull'importanza di cui oramai godono i principi che la disciplinano.

2. La base giuridica dei principi del diritto comunitario è, al pari di quella offerta dalle esperienze giuridiche nazionali, duplice, normativa e giurisprudenziale. L'importanza dell'opera di interpretazione e di integrazione dell'ordinamento comunitario mediante la formulazione dei principi non è certo scoperta recente, essendo già stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia con la pronuncia *Algera* del 1957.

Quanto alla base normativa, non mancano esempi di principi generali nel Trattato istitutivo: si pensi agli articoli 220 e 230 quali fondamento del principio di *legalità* dell'attività amministrativa, seppur in un'accezione più ampia e sfumata di quella tradizionalmente fatta propria dagli ordinamenti nazionali, per cui l'amministrazione appare sottoposta non specificamente alla legge, ma al diritto in generale ed ai medesimi principi generali non scritti.

Si richiamano, inoltre, gli articoli 3, secondo comma, 12 e 13, quali fondamento del principio di *non discriminazione*, equivalente al principio di eguaglianza, cui è affidato il compito di eliminare ogni fattore che costituisca un ostacolo alle libertà economiche previste dal Trattato.

Tra i principi fondamentali è ascrivibile, inoltre, il principio di *proporzionalità* che, alla luce dell'art. 5, costituisce un criterio di misura e di limite per ogni obbligo che ponga restrizioni agli amministrati. Sempre all'art. 5 è contemplato, altresì, il principio di *sussidiarietà*, che prevede, come noto, l'adozione della misura (normativa o amministrativa) da parte del potere pubblico più prossimo alla sfera soggettiva cui è rivolta l'applicazione.

Ricco di implicazioni sul versante amministrativo risulta, altresì, il principio di *leale cooperazione* fra Stati ed istituzioni comunitarie previsto dall'art. 10, da cui la Corte di Giustizia ha tratto i principi della disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello comunitario da parte delle amministrazioni nazionali e della responsabilità degli Stati membri per omessa o ritardata trasposizione del diritto comunitario. Proprio sulla base di tale principio si è sovente fondato il potere della Commissione di formulare prescrizioni ed indirizzi alle amministrazioni nazionali coinvolte nei procedimenti di rilevanza comunitaria con una considerevole attenuazione della differenze tra esecuzione diretta ed indiretta. Inoltre, significativa appare la norma di cui all'art. 253, in cui è previsto l'obbligo di *motivazione* degli atti comunitari, siccome espressione di un principio generale esteso a tutti gli atti comunitari, cui occorre riferire anche i provvedimenti amministrativi.

Sempre sul piano normativo merita richiamare le disposizioni di cui agli articoli 41, 42 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, con riguardo agli obblighi di *imparzialità*, *motivazione degli atti* e di *risarcimento*, ed ai diritti di *partecipazione*, *accesso e difesa*.

Ad ogni modo, appare indubbio che la mancanza di una disciplina organica sui principi ed i riferimenti sovente parziali contenuti nel Trattato spiegano l'azione operata in materia dalla giurisprudenza amministrativa.

E', infatti, proprio grazie agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, al loro carattere di fonte del diritto ed all'uso costante di taluni criteri interpretativi che numerosi risultano i principi di matrice pretoria riguardanti l'attività amministrativa che, al pari di quelli precedentemente elencati, entrano a far parte dell'*acquis* comunitario.

Si richiama il principio della *certezza del diritto*, secondo cui gli obblighi imposti ai soggetti privati devono essere chiari e precisi affinché costoro possano prevedere gli effetti giuridici della propria condotta, cui si ricollega il principio del *legittimo affidamento* dei soggetti privati, ovvero la garanzia che l'azione amministrativa si svilupperà negli esiti in modo da non ledere l'affidamento che i propri atti o comportamenti hanno prodotto nei destinatari.

Alla stessa matrice appartengono altri principi quali quello di *buona amministrazione* e di *imparzialità*, oppure altri più strettamente connessi alla figura del procedimento: il principio di *esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti, degli interessi coinvolti e degli elementi di diritto*, il principio del *contraddittorio*, in cui ricadono l'obbligo di comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento, il diritto di prendere visione degli atti endoprocedimentali ed il diritto di essere sentiti; il principio del *termine ragionevole* e della *conclusione espressa del procedimento*.

3. I principi sommariamente elencati, indipendentemente dalla loro matrice originaria, non esprimono un contenuto ed una struttura sempre immutabili: il loro significato sovente riflette, infatti, la fattispecie cui sono chiamati a dare applicazione, ed in particolare la configurazione normativa della situazione soggettiva coinvolta.

Anche per tale ragione talvolta i principi hanno contenuti non facilmente distinguibili gli uni dagli altri: commistioni o ibridazioni sono individuabili, ad esempio, nelle coppie legalità-certezza del diritto, certezza del diritto-legittimo affidamento, uguaglianza-imparzialità, imparzialità-buona amministrazione, proporzionalità-legalità.

Non sorprende, pertanto, che talora si sia dubitato dell'utilità dell'individuazione di un gruppo di principi di diritto comunitario concernenti l'attività amministrativa, osservandosi che i loro significati sono già presenti ed espliciti nel nostro tessuto ordinamentale, o che si sia rilevato che dal raffronto tra l'esperienza comunitaria e quella nazionale il dato che maggiormente affiorerebbe non sarebbe fornito dalle differenze tipologiche dei principi, ma al più dal loro ambito di applicazione e dalla loro struttura.

Tali rilievi appaiono senza dubbio pertinenti. Tuttavia, le difformità, seppur non enfatizzate, non debbono essere minimizzate, giacché l'ordinamento comunitario non è sul punto sempre coincidente con quelli nazionali, per cui ben possono verificarsi in linea di principio differenze nei contenuti dei principi tra i due piani dell'esperienza giuridica.

Inoltre, merita non trascurare il processo di formazione circolare dei principi di origine comunitaria: nascono in ambito nazionale, sono assunti dall'ordinamento comunitario, e sono restituiti all'ambito nazionale. Può ben verificarsi in tale sviluppo circolare che nel secondo passaggio il principio sia modificato in sede europea e sia ulteriormente modificato in sede nazionale per consentirne un'applicazione la più estesa ed omogenea possibile.

Appare opportuno, pertanto, valutare, seppur nei tratti problematici brevemente ricordati, i principi del diritto comunitario quali entità giuridiche autonome cui debbono uniformarsi gli ordinamenti nazionali, giacché, come ha ricordato la Corte di Giustizia nella pronuncia *Krucken* del 1988, "il rispetto dei principi generali del diritto comunitario si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario".

Del resto, l'influenza dei principi comunitari sull'attività amministrativa nazionale costituisce fenomeno riconoscibile in varie circostanze. In alcuni casi tale evenienza appare nettamente: si pensi alle ipotesi in cui (es: la gestione dei finanziamenti comunitari o l'aggiudicazione degli appalti pubblici sopra la soglia comunitaria) il procedimento nazionale, seppur attuato dalle amministrazioni nazionali, è disciplinato da disposizioni europee. In altri casi è risultato decisivo il ruolo della giurisprudenza, la quale opera interpretando estensivamente il principio, ovvero imponendo alle autorità nazionali il rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità nell'applicazione del diritto europeo con la connessa applicazione dei corollari principi di equivalenza e di effettività.

4. In ogni caso l'incidenza del contributo offerto dall'ordinamento europeo allo sviluppo del diritto degli Stati deve essere verificata nel concreto dell'esperienza giuridica degli ordinamenti nazionali.

Un seppur breve riscontro di tale rilievo può essere fornito da talune considerazioni sul *principio di proporzionalità*, espressamente menzionato dal nuovo art. 1 della legge n. 241 del 1990.

E' noto che la struttura del principio è costituita dagli elementi della idoneità, necessità ed adeguatezza. L'*idoneità* riguarda il rapporto tra mezzo impiegato e scopo perseguito ed implica una valutazione di tale rapporto a garanzia di un risultato positivo e di un esercizio del potere amministrativo alla luce delle alternative possibili. La *necessarietà* concerne la necessità che

l'azione amministrativa adotti la soluzione che comporti la soddisfazione dell'interesse pubblico con il minor sacrificio possibile degli altri interessi in conflitto. Infine, l'*adeguatezza* esprime un vincolo quantitativo a tutela della situazione soggettiva coinvolta dall'esercizio del potere amministrativo e di un corretto bilanciamento degli interessi in giuoco.

Il principio di proporzionalità costituisce una scoperta risalente per l'ordinamento europeo in quanto ereditato dall'elaborazione giuridica tedesca ed utilizzato dalla Corte di Giustizia sin dalla pronuncia *Federation Charbonniere Belgique* del 1956. In Italia il ricorso (almeno espresso) al principio, invece, è assai recente e risale alla pronuncia 18 febbraio 1992, n. 132 della V sez. del Consiglio di Stato in cui si è affermato che la pubblica Amministrazione "deve adottare i provvedimenti lesivi dell'interesse – e, a maggior ragione, del diritto soggettivo- del privato ricercando forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile".

La diffusione del principio nel nostro ordinamento risulta specie di recente assai rapida in taluni settori: basti pensare alla sua utilizzazione nella disciplina dei mercati dei servizi pubblici a rete, in cui il principio ricopre notevole importanza per aspetti fondamentali quali il diritto di accesso al mercato, gli obblighi di interconnessione, l'abolizione dei diritti esclusivi e speciali, la disciplina dei provvedimenti autorizzatori e concessori ed il servizio universale.

L'importanza del principio è stata ribadita da ultimo dalla pronuncia 1 aprile 2000, n. 1885 della VI sezione del Consiglio di Stato in cui si è affermato trattarsi di "un principio generale di diritto comunitario, di cui le istituzioni degli Stati membri devono tenere conto nell'esercizio del loro potere discrezionale".

Per altro verso, non sembra agevole negare che incerto appare il rapporto tra detto principio ed altri attinenti all'attività amministrativa. Merita richiamare al riguardo il principio di *ragionevolezza* che, in quanto principio assoluto, correlato ai principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità e di buon andamento, ed esprime una vera e propria clausola generale dell'azione amministrativa, appare legato da un rapporto di connessione logica con il principio di proporzionalità così profonda da far talora ritenere che quest'ultimo costituisca una componente del primo.

Più in generale, si pone l'interrogativo se l'applicazione della proporzionalità, prima che riguardare l'esistenza di un principio autonomo, non attenga al legittimo (e normale) uso dei tradizionali criteri che sovrintendono all'esercizio del potere discrezionale. Proprio la pronuncia n. 132 del 1992 del Consiglio di Stato ha precisato, infatti, che "Ciascun procedimento amministrativo preordinato all'adozione di un provvedimento, e quindi alla cura e tutela di un interesse pubblico da parte dell'amministrazione procedente, deve tuttavia svolgersi con la

considerazione e ponderazione di altri interessi -pubblici e privati- eventualmente coinvolti o sacrificati dall'atto finale”.

Del resto, non si può trascurare che, sempre sul piano dei principi dell'attività amministrativa, quello del "minor pregiudizio possibile" costituisce per il nostro ordinamento un criterio operativo tutt'altro che nuovo -si pensi, ad esempio, al procedimento di espropriazione- e riferibile, prima ancora che ad un principio specifico, alla funzione e struttura del procedimento. Già Cammeo, infatti, con riguardo all'esercizio dei poteri discrezionali nel campo del diritto pubblico, ricordava che doveva presiedervi il criterio generale di equità e che "la formula in cui tale criterio si riassume è la legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini.

5. Per altro verso, può darsi l'ipotesi che l'ordinamento comunitario si ponga quale produttore autonomo di principi. In tal caso la necessità di valutare l'apporto del diritto europeo alla elaborazione del diritto amministrativo nazionale appare più evidente.

Un'ipotesi di questo tipo sembra offerta dal *principio di precauzione*, in base al quale devono essere valutate, e se opportuno, applicate, particolari misure di cautela quando, a causa dell'incertezza scientifica, non risulta possibile determinare o escludere con un ragionevole grado di certezza l'esistenza di un rischio per l'ambiente o la salute.

Il principio di precauzione, nato come una costola del principio di *prevenzione*, è previsto al pari di quest'ultimo dall'art. 174 del Trattato, secondo cui la politica della Comunità "...è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente...".

La sua capacità espansiva ne consente in linea di principio l'applicazione, oltre al settore della tutela ambientale, anche ad altri ambiti quali quelli della tutela del consumatore e della sicurezza del lavoro. Tuttavia, manca una definizione normativa che ne individui la struttura e disciplini i contrasti con i diritti che -si pensi a quelli di libertà economica- più potrebbero risultare pregiudicati da una sua rigorosa applicazione. Tale profilo non è sfuggito alla Commissione che nella comunicazione del 2 febbraio 2000 ha sottolineato "il dilemma di equilibrare la libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante".

Neppure la Commissione, tuttavia, ha offerto una definizione del principio, pur riconoscendo che il medesimo si applica ogniqualvolta "una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di

protezione prescelto dalla Comunità". Per altro verso, sono stati indicati i soggetti cui spetta l'applicazione del principio: in primo luogo, gli Stati ed i loro Governi, giacché la definizione della soglia del rischio accettabile per la società rientra nella sfera della loro responsabilità politica; in secondo luogo, i giudici poiché il significato del principio è correlato all'evoluzione giurisprudenziale a sua volta dipendente dai valori sociopolitici di un dato momento storico. È stata indicata, altresì, la "procedura" da seguire per la sua applicazione (valutazione della decisione di agire o non agire; scelta delle misure da adottare) oltre ai presupposti per il suo esercizio (accertamento di un rischio potenziale; valutazione scientifica di tale rischio priva della necessaria certezza).

Proprio l'incerto contenuto che tuttora caratterizza il principio di precauzione e le conseguenze che le sue applicazioni possono determinare sull'esercizio dei diritti fondamentali di libertà economica, ovvero la discrezionalità di cui sono investiti i soggetti pubblici chiamati a darne attuazione, sono alla base della necessità segnalata dall'organo comunitario che siano rispettati i principi di proporzionalità, non discriminazione e di coerenza.

Analoghe ragioni sono probabilmente invocabili per la lenta penetrazione del principio nel nostro ordinamento che ha fornito una prima applicazione normativa con l'art. 1, primo comma, della legge 23 febbraio 2001, n. 36, in materia di principi fondamentali per la prevenzione dell'inquinamento elettromagnetico. A sua volta la Corte costituzionale ha richiamato il principio di precauzione nella pronuncia 26 giugno 2002, n. 282 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità della legge regionale Marche 13 novembre 2001, n. 26, la quale disponeva –anche sulla base del principio di precauzione- la sospensione su tutto il territorio regionale di talune terapie mediche.

6. Le notazioni precedenti hanno avuto l'intento di illustrare brevemente taluni aspetti concernenti il riferimento ai *principi del diritto comunitario* contenuto nel d.d.l. n.1281.

In realtà, pur in mancanza di ogni riferimento legislativo, tali principi fanno parte dell'*acquis communautaire*, e come tali, in particolare nelle ipotesi in cui le amministrazioni risultino amministrazioni indirette della Comunità, debbono già adesso essere applicati da tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento nazionale.

La questione, pertanto, si pone essenzialmente per le ipotesi in cui le amministrazioni agiscano al di fuori del cono d'ombra del diritto comunitario e consiste nella opportunità di prevedere da parte del novellato art. 1 della legge n. 241 del 1990 un rinvio automatico a principi che possano –almeno in teoria- risultare in contrasto con i principi vigenti. Appare chiaro, infatti, che la previsione contenuta nella nuova formulazione dell'art. 1 avrà come effetto principale

l'estensione dell'applicazione dei principi del diritto comunitario anche a quei settori dell'attività amministrativa non costituenti esecuzione di disciplina comunitaria.

D'altra parte, appare innegabile che il catalogo dei principi del diritto comunitario non sembra presentare particolari "eccentricità" rispetto alla famiglia dei diritti e dei principi dell'ordinamento nazionale. Con l'eccezione del principio di legittimo affidamento, la cui previsione ad opera del disegno di riforma dovrebbe fugare definitivamente ogni dubbio sulla applicabilità nel nostro ordinamento, per gli altri l'elaborazione comunitaria non dovrebbe determinare alcuna frattura significativa con le esperienze giuridiche nazionali.

Oltretutto nell'ordinamento comunitario i principi esprimono significati fluidi in cui le sovrapposizioni semantiche risultano ipotesi tutt'altro che infrequenti. Tale fenomeno, del resto, non costituisce una novità neppure nell'ordinamento nazionale in cui la struttura e l'accezione dei principi sfuggono sovente ad ogni metodica tipizzante.

Infine, gli elementi di novità debbono essere vagliati pur sempre alla luce dell'esperienza dell'ordinamento nazionale. In proposito può valere l'esempio dei principi di proporzionalità e di precauzione: il primo, frutto di una robusta elaborazione dogmatica ed oggetto di saggi approfonditi anche in Italia, nelle sue applicazioni svela tratti in parte legati a significati già presenti in altri principi del diritto comunitario e nazionale, in parte legati ai caratteri fondamentali dell'attività amministrativa discrezionale; il principio di precauzione, seppur più agevolmente configurabile quale principio dotato di una propria ed autonoma struttura, sembra scontare a sua volta l'incerta matrice su cui poggia sino a sfumare –almeno nei tratti caratterizzanti più importanti- nel principio di prevenzione.