



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXIII CICLO

Gaetano Alessandro Ansaldi

Principio di proporzionalità e sistema a diritto amministrativo

Tutor:

Chiar.mo Prof. A. Barone

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. I.M. Marino

ANNO ACCADEMICO 2009/2010

INDICE

CAPITOLO I

I PRINCIPI GENERALI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA CONTEMPORANEA

1. Introduzione	1
2. Principi generali e Costituzione	5
3. La funzione dei principi generali	12
4. Il rapporto con i procedimenti normativi	18
5. Il ruolo della legge nell'attuale momento storico	25
6. Principi generali e diritto dell'Unione europea	30
7. La progressiva elaborazione dei principi generali dell'Unione europea	38
8. Diritto comunitario ed omogeneizzazione degli ordinamenti giuridici	46
9. Principi dell'ordinamento comunitario e diritti amministrativi nazionali	51
10. Per una classificazione dei principi generali dell'Unione europea	67

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. Introduzione	74
2. Le origini del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco	82
3. La nozione del principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea	89
4. La struttura del principio di proporzionalità	96
4.1 Idoneità	100
4.2 Necessità (o necessarietà)	104
4.3 Proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza)	109
5. La proporzionalità quale principio espresso della funzione "normativa" dell'Unione europea	112
5.1 segue: il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità	120
6. Principio di proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali	124

6.2 segue: Il principio di proporzionalità nella Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea	132
6.2 segue: Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	142

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ FRA COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

1. Premessa	154
-------------	-----

SEZIONE PRIMA

LA PROPORZIONALITÀ NELLA DINAMICA COSTITUZIONALE

1. Principio di proporzionalità ed equilibrio delle funzioni	160
2. Proporzionalità, imparzialità e buon andamento	168
3. Principio di proporzionalità e sistema delle autonomie	
3.1. a) La distribuzione delle funzioni	171
3.2 b) I poteri sostitutivi	184

SEZIONE SECONDA

PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. Profili evolutivi della proporzionalità nel diritto amministrativo: tra discrezionalità e merito	196
2. Segue	206
3. Ragionevolezza e proporzionalità	212
4. Principio di proporzionalità e procedimento amministrativo	220
5. La scelta del mezzo più "mite"	230
6. I contratti della pubblica amministrazione	237
7. Proporzionalità e procedimenti di secondo grado	241
8. La proporzionalità quale principio "trasversale" dell'ordinamento giuridico	247

Bibliografia	253
---------------------	-----

CAPITOLO I

I PRINCIPI GENERALI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA CONTEMPORANEA

1. *Introduzione*

L'art. 12, co. 2°, disp. prel., solo nel caso in cui una controversia non possa essere decisa né in base ad una precisa disposizione, né mediante una disciplina dettata per un caso (diverso) ma simile o in materie analoghe (c.d. *analogia legis*), consente all'interprete di ricorrere "ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"¹ (c.d. *analogia iuris*).

Il legislatore del 1942 definisce così una c.d. norma di chiusura, in base alla quale l'interprete (e principalmente, il giudice) potrà comporre il conflitto per il quale non solo non sia prevista alcuna

¹ La corrispettiva disposizione del codice civile del 1865 (art. 3, 2° co., disp. prel.) rinviava, in caso di lacuna del diritto positivo, ai "principi generali del diritto". Tale formula, sia pure originariamente interpretata in senso positivista dalla dottrina dominante (V. Scialoja, 1880), fu successivamente intesa, sulla scia della tesi inaugurata da G. Del Vecchio, quale riferimento ai principi del diritto naturale; con la conseguenza che le norme da essi tratte eterointegrano l'ordinamento giuridico, in quanto riferibili a principi di giustizia immanenti "nella natura delle cose". Invero, tale ultima interpretazione si rafforza considerando che l'espressione "principi generali del diritto" era già stata utilizzata dall'art. 15 del codice civile albertino del 1837, il quale recepiva parzialmente l'art. 7 del codice civile austriaco del 1811, elidendolo proprio nella parte in cui indicava i "principi del diritto naturale" (*natürliche Rechtsgrundsätze*), N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 887 ss., ora in *ID.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 258, 266 s., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. Approfondisce l'evoluzione storica dei principi generali, A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, 201 ss. e *passim* nonché, G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, II ed., 2006, 87 ss. e 262 ss.

espressa regolazione, ma neppure sia possibile individuarla mediante l'attività ermeneutica di c.d. *analogia legis*, a cui è riconducibile sia l'interpretazione estensiva che l'interpretazione analogica propriamente detta². Invero, l'art. 12 disp. prel. presuppone che ad ogni fattispecie corrisponda una specifica norma, esplicita od implicita, che l'operatore giuridico dovrà ricercare nel complesso della legislazione vigente, mediante gli strumenti ermeneutici offerti e determinati da esso stesso. Pertanto, in assenza di una precisa disposizione regolativa del caso concreto, l'interprete è autorizzato, *in primis*, ad "estendere il contenuto di una norma giuridica a casi non previsti" (interpretazione estensiva), ovvero, qualora ciò non sia possibile, "a creare una nuova norma" traendola da quelle disciplinanti casi simili (interpretazione analogica); il fallimento dei citati percorsi interpretativi indurrà l'operatore giuridico a definire la disciplina del caso non regolato mediante i principi generali desumibili "dall'esame del sistema giuridico nel suo insieme o di una parte omogenea di esso"³ (c.d. *analogia iuris*).

In altri termini, l'art. 12, 2° co., disp. prel. palesa

² E' questa l'impostazione di N. BOBBIO, *Analogia*, in *Nov. Digesto It.*, I, Torino, 1957, 601 ss., ora in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 1 ss. In particolare, l'Autore segnala che l'*analogia legis* e l'*analogia iuris* afferiscono a due procedimenti logici distinti, verificandosi, nel ricorso ai principi generali (c.d. *analogia iuris*) un rapporto di sussunzione tra il caso non regolato e il principio invocato, e non già di "sommiglianza intercorrente tra caso e caso, tra materia e materia", sicché di analogia in senso proprio potrà parlarsi solo nel caso di c.d. *analogia legis*, N. BOBBIO, *Analogia cit.*, 9, 11. Oltre al classico contributo citato si cfr. anche G. CARCATERRA, *Analogia I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988.

³ N. BOBBIO, *Analogia cit.*, 10. Lo stesso Autore, nel suo celebre contributo sui *Principi generali del diritto cit.*, 260, richiama la nota sentenza della Corte costituzionale del 26 giugno 1956, n. 6, la quale nel definire i principi generali, afferma che essi "possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto l'ordinamento" (corsivo mio).

un'impostazione giuspositivistica: l'ordinamento giuridico⁴ si considera coerente e completo al punto tale da desumere da sé stesso, ovvero dal complesso della legislazione vigente, gli strumenti attraverso cui l'interprete è legittimato ad autointegrarlo: i principi generali, desunti dal diritto oggettivo inteso nella sua unità⁵, integrano l'ordinamento giuridico, il quale sia pure "ontologicamente incompleto è deontologicamente completabile"⁶.

In quanto "caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico che dir si voglia)"⁷, i principi generali si

⁴ Il Progetto definitivo del nuovo codice civile del 1936 indicava l'espressione "principi generali del diritto vigente", successivamente sostituita con la formula "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". Il termine "ordinamento" è da intendersi "comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale" (stralcio della relazione ministeriale al codice civile, così riportato da N. BOBBIO, *I principi generali di diritto*, cit., 257). Trattasi, con tutta evidenza, di una formula ampia e ondivaga, probabilmente dettata dalla "retorica politica del momento" e a cui la dottrina non ha dato credito, interpretando la disposizione del 2° comma dell'art. 12 disp. prel. quale sintomo dell'allora imperante positivismo giuridico, S. BARTOLE, *Principi generali del diritto a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 500.

⁵ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, 3, ora anche in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003.

⁶ E' questa l'impostazione di F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 731, il quale conclude che "Unità, coerenza e completezza sono dunque i dogmi di una concezione formale dell'ordinamento giuridico. Essi vanno interpretati, teoreticamente, come semplici fini o «valori» ai quali l'ordinamento giuridico, che non è un dato di fatto, ma un processo o un farsi, si ispira incessantemente, senza mai compiutamente e definitivamente realizzarli. La loro ipotetica realizzazione rappresenterebbe la fine dell'ordinamento giuridico come strumento di concretizzazione della società in divenire, l'astratta ipostasi di una società morta e priva di contraddizioni, e in definitiva l'elusione (e non l'elisione) di queste ultime", *ibidem*, 734.

⁷ Così, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 201 ss. citato da N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., 269 nonché da F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 731 e ID., *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 3. Quest'ultimo Autore, tuttavia, non condivide del Betti la ricostruzione dei principi generali quali mezzo di eterointegrazione dell'ordinamento giuridico, cfr. F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., 731.

distinguono dalla norme e assurgono a fonti del diritto⁸, assolvendo ad una funzione normogenetica o integrativa⁹. Dalla riflessione sui principi generali, “latenti ed immanenti”¹⁰ nel sistema, l’interprete perverrà a forgiare la norma giuridica necessaria per regolare la fattispecie la cui disciplina non sia stata precipuamente prevista dal legislatore né sia desumibile tramite il ricorso ai procedimenti ermeneutici di c.d. *analogia iuris*.

⁸ Riconduce i principi generali alla categoria delle fonti normative ed, in particolare, alle c.d. “fonti fatto” dell’ordinamento giuridico, F. MODUGNO, *I principi generali dell’ordinamento*, cit., 9 s.

⁹ Tale è l’opinione di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici cit.*, 212, che qualifica i principi generali del diritto quali “somma di valutazioni normative, principi e criteri di valutazione contenenti il fondamento dell’ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme”. Dello stesso avviso, ma nella diversa ottica di ricorso ai principi generali quale momento di autointegrazione dell’ordinamento giuridico, è F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, cit., 9.

¹⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 204.

2. *Principi generali e Costituzione*

Le tesi normativistiche, dominanti all'epoca della formulazione dell'art. 12 disp. prel., relegavano i principi generali a un ruolo residuale e comunque subordinato rispetto alla legge. L'avvento della Carta costituzionale ha ridisegnato il rapporto esistente tra legge e principi generali, ridefinendo le funzioni a cui, nel mutato assetto costituzionale, sono capaci di assolvere.

La Costituzione è una “tavola di principi”, espressi nelle sue disposizioni o in essa latenti, sui quali si fonda l'ordinamento giuridico; sicché i principi generali non potranno più trarsi esclusivamente dall'insieme degli atti normativi vigenti in quel determinato momento storico, ma saranno principalmente desumibili dalla Carta costituzionale¹¹, siano essi espliciti che ricavabili induttivamente da essa¹². In altre parole, nello Stato costituzionale i

¹¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 42 ss. In tempi più recenti, si è rilevato che “quanto espresso o contenuto nella Costituzione non può non rappresentare per *definitionem* una normativa generale rispetto all'ordinamento complessivo e quindi i principi in essa espressi sono, per conseguenza, principi generali dell'ordinamento giuridico”, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 18.

¹² Secondo l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento*, Pisa, 1941, *passim*, la distinzione tra principi espressi ed inespressi, ovvero tra principi formulati in disposizioni normative e principi privi di qualsivoglia formulazione e, pertanto, desunti dall'opera dell'interprete (R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. XIV, Torino, 1996, 344), non ha ragion d'essere. Considerando che in entrambe le ipotesi l'applicazione concreta dei principi necessiterà di un'opera di intermediazione (affidata, a secondo dei casi, o all'interprete o al legislatore), tale classificazione si giustifica se è possibile ricondurre a ciascuna delle categorie così individuate funzioni diverse e proprie; altrimenti, la distinzione così operata è meramente nominalistica e astratta, specie. Nel periodo precedente l'entrata in vigore della Costituzione, la migliore dottrina considerava i principi generali – a prescindere che fossero formulati dal legislatore o dall'interprete – riconducibili alla categoria delle

principi iscritti nella Carta costituzionale sono i principi generali dell'ordinamento giuridico: ciò è tanto più chiaro se si considera, sulla scia della teoria istituzionale, che la Costituzione non è altro che l'insieme delle norme fondamentali disciplinanti gli elementi costitutivi di un ordinamento (plurisoggettività, normazione ed organizzazione)¹³ e, pertanto, ad essa bisognerà riferirsi onde individuare i principi dell'ordinamento.

Ovviamente, permane la possibilità che i principi possano

norme giuridiche, sia pure dotati di un maggiore tasso di generalità, vedesi, V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 215 ss.; nonché, C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, cit., 107 ss.; *contra*, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 145 ss.

¹³ L'ordine concettuale seguito è di M.S. Giannini, il quale, fondandosi e completando la tesi già sostenuta da S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1951, individuò nella plurisoggettività, nella normazione e nell'organizzazione gli “*elementi necessari minimi* di un ordinamento giuridico” (corsivo nel testo), M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1958, 219 ss. ora in ID., *Scritti 1955-1962*, vol. IV, Milano, 2004, 337 ss., nonché di recente anche in *Massimo Severo Giannini*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2010, 7 ss. Tale studio fu successivamente ripreso e completato dall'illustre Autore, che indicò nella “«costituzione dell'ordinamento» [...] il complesso delle statuizioni costituenti la normazione base dell'ordinamento, nelle sue parti attinenti a plurisoggettività, normazione e organizzazione”, M.S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 997 ss. ora in ID., *Scritti 1984-1990*, vol. VIII, Milano, 2006, nonché in *Massimo Severo Giannini*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2010, 27 ss.

Per quanto riguarda, infine, i c.d. principi istituzionali, ossia quelli che a prescindere dalla loro diretta o indiretta costituzionalizzazione sono immanenti nel corpo sociale organizzato, è stato rilevato che essi sono in realtà da intendersi del tutto simili all'opposta categoria c.d. principi generali fondamentali, previsti in Costituzione. Entrambe le categorie sono, infatti, “principi costituzionali, rispettivamente in senso stretto o in senso lato in quanto non direttamente applicabili, ma bisognevoli di una concretizzazione in norme da parte dell'operatore-interprete, e in questo senso essi [...] si presentano [...] come fonti di norme”, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 18, cfr. anche S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., 521 s. Quest'ultimo Autore ritiene che i principi istituzionali siano riconducibili ai principi consuetudinari e, pertanto, la loro (supposta) vigenza debba trovare conferma in uno “dei meccanismi di produzione del diritto”, *ibidem*, 522.

anche desumersi dalla legislazione ordinaria, tutte le volte in cui il legislatore introduca norme dalle quali possano dedursi principi non previsti dalla Costituzione formale¹⁴. Sicché, a secondo della fonte da cui i principi, direttamente o indirettamente, promanano è possibile distinguere i principi in costituzionali e legislativi¹⁵. E tuttavia, anche un principio desunto dal complesso della legislazione ordinaria dovrà quantomeno essere implicitamente riconducibile ad una norma costituzionale e, pertanto, compatibile con la Costituzione materiale¹⁶. In un ordinamento retto dalla Carta costituzionale, i principi generali sono iscritti in essa e in essa trovano la loro sede naturale¹⁷ e “proprio

¹⁴ Invero, se la “ricerca ed enucleazione-esplicitazione dei principi generali dell'ordinamento per lo più impliciti nella legislazione, nella consuetudine e nella prassi, è stata, per così dire, svolta coscientemente ed espressamente dal potere costituente in un atto unico ed irripetibile, posto *una tantum* a fondamento dell'ordinamento positivo, quella funzione storica non è stata peraltro soppressa o sostituita integralmente dalla funzione costituente. *I principi generali saranno per lo più rinvenibili in Costituzione, ma se ne potranno sempre individuare altri privi di rispondenza nella Costituzione formale*”, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 2 (corsivo mio).

¹⁵ Tra principi costituzionali e principi legislativi vigeranno, in virtù della posizione di preminenza assunta dalla Costituzione tra le fonti del diritto, i noti criteri ordinatori; sicché i principi costituzionali fungeranno da parametro di validità di qualsiasi fonte sotto ordinata e non potranno essere modificati o abrogati se non da leggi costituzionali; parimenti, i principi tratti dalla legislazione ordinaria saranno modificabili dalla sopravvenienza di provvedimenti legislativi in contrasto con essi, in ragione del criterio cronologico (*lex posterior derogat legi priori*), R. GUASTINI, *Principi di diritto*, cit., 350.

¹⁶ In un ordinamento giuridico retto da una Costituzione, i principi generali tratti dal complesso normativo vigente, devono considerarsi dotati di “copertura” costituzionale; invero, “ogni volta che un principio di legislazione venga enucleato, esso o è difforme da una norma costituzionale e allora è illegittimo, o è conforme e comunque compatibile con la Costituzione, ma allora non è più del tutto costituzionalmente indifferente”, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 2. Vedesi, anche, nota 14.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quad. fior. storia pensiero giur. mod.*, 2002, II, 882. Più cauta l'opinione di S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 518 che, sulla scia di quanto a suo tempo sostenuto da V. CRISAFULLI, rileva come “l'avvento della Costituzione [...] ha in parte facilitato il lavoro di recupero dei principi dell'ordinamento”.

in quanto assunti come funzionalmente più generali rispetto ad altri [...] comunque per la loro essenzialità o fundamentalità, *sono dotati di copertura costituzionale almeno indiretta*¹⁸.

La Carta costituzionale, disegnando un “diritto per principi”¹⁹, rivoluziona l'originaria impostazione impressa ai principi generali dall'art. 12 disp. prel. Invero, in un contesto a costituzione flessibile, il legislatore aveva immaginato che essi fossero necessariamente inespliciti, ovvero desumibili, mediante operazioni induttive che l'interprete sarebbe abilitato a realizzare *a posteriori* sul complesso della legislazione vigente e al solo scopo di colmare una lacuna dell'ordinamento giuridico. Nell'ottica giuspositivista, il diritto positivo sarebbe così intrinsecamente logico e omogeneo da permettere all'interprete di trarre da esso stesso la regola necessaria al caso non regolato, né altrimenti disciplinabile tramite gli strumenti ermeneutici di c.d. *analogia legis*²⁰.

L'avvento della Costituzione repubblicana, che prevede esplicitamente numerose disposizioni di principio e dalla quale sono desumibili principi, ribalta il rapporto tra legge e principi generali: quest'ultimi, collocandosi all'apice del sistema giuridico, indirizzano l'opera del legislatore, dell'interprete e del giudice, i quali ciascuno nell'ambito della rispettiva funzione, dovranno perseguire *i fini* indicati in essi. Tanto la produzione normativa che l'attuazione-applicazione delle norme giuridiche, si incardinano sui principi

¹⁸ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 7 (il corsivo è nel testo).

¹⁹ L'espressione “diritto per principi”, propria dello Stato costituzionale contemporaneo, è tratta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 151 e *passim* e ID., *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., 875 e *passim*, il quale la contrappone, sulla scorta di quanto già sostenuto da R. DWORKIN, al “diritto per regole” delle società liberali del XIX secolo e di quello autoritario del XX secolo.

²⁰ Vedi, *supra*, § 1.

costituzionali, la cui operatività prescinde e supera i ridotti limiti previsti dall'art. 12 disp. prel. Dall'originario alveo del diritto privato, in cui furono collocati dal legislatore, i principi generali si posizionano nella Carta costituzionale e da essa esondano in tutte le branche del diritto²¹, conformando l'intero ordinamento giuridico.

Ciò è particolarmente evidente nell'interpretazione dei materiali normativi: la Corte costituzionale ha invero affermato che tra più interpretazioni astrattamente possibili della medesima disposizione di legge, deve essere privilegiata quella conforme ai principi costituzionali²², costituendo preciso obbligo dell'interprete “ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata” della norma di legge²³; sicché solo in caso di un contrasto tra i principi iscritti in

²¹ Così, profeticamente, N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., 260 s. il quale, già nel 1966, sottolineava la crescente importanza dei principi generali specie per il diritto amministrativo e il diritto costituzionale, ovvero in quei settori dell'ordinamento che presentano, per le loro peculiarità, un corpo di norme frammentato e disomogeneo. In particolare, l'illustre Autore segnala, sulla scorta di coevi studi francesi (B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954), che i principi generali sono da considerarsi “fonte, distinta ed autonoma, del diritto amministrativo”. Del medesimo avviso, A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, 325, citato anche da F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 3, il quale segnala che il mutato assetto costituzionale attribuisce ai principi costituzionali un ruolo ben più ampio (e diverso) rispetto ai principi generali disciplinati dall'art. 12 disp. prel.: invero, mentre quest'ultimi “erano destinati ad esercitare un ruolo tendenzialmente soltanto interstiziale rispetto alle disposizioni legislative vigenti, i principi costituzionali sono oggi destinati a realizzare un sistema di regole potenzialmente (anche se non necessariamente) capaci di disciplinare [...] qualsiasi materia che debba essere assoggettata al diritto dello Stato italiano”.

²² Vedesi, Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 24, in *Giur. cost.*, 1957, 373 e Corte cost., 16 giugno 1964, n. 43, *ivi*, 1964, 568. La Consulta, in tempi recenti, ha ribadito che “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”, Corte cost., 27 luglio 2006, n. 299, nello stesso senso, vedesi, *ex multis*, Corte cost., 12 marzo 1999, n. 65 e 22 ottobre 1996, n. 356, tutte consultabili in www.giurcost.org.

²³ Vedesi, Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 343. Tra le molte decisioni in cui è ribadito tale orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale, si può rinviare alle

Costituzione e il provvedimento normativo, non sanabile in sede interpretativa, si perverrà alla dichiarazione di incostituzionalità di quest'ultimo.

Invero, la Consulta, fin dalla sua prima, emblematica, decisione ha riconosciuto a tutte le disposizioni della Costituzione, a prescindere dalla loro natura programmatica, la capacità di fungere da parametro di costituzionalità degli atti legislativi²⁴. Si sedava, così, la nota *querelle* sorta durante i lavori preparatori alla Costituzione, circa l'utilità delle norme di principio e sulle quali si addensarono forti perplessità in ordine alla loro efficacia giuridica che – si sosteneva – sarebbe stata fortemente compromessa, se non del tutto vanificata, dal loro contenuto politico-ideologico²⁵.

recenti: Corte cost., 19 aprile 2007, n. 128; Corte cost., 9 marzo 2007, n. 68; Corte cost., 23 febbraio 2007, n. 50, tutte in *www.giurcost.org*.

²⁴ La Corte costituzionale, nella sua prima sentenza, affermò che “la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche [...] non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso”, Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. cost.*, 1956, 1 ss., con nota di C. ESPOSITO.

²⁵ La preoccupazione che l'inserzione di tante disposizioni di principio depotenziasse la portata innovativa della Carta costituzionale fu argomento più volte rappresentato in seno all'Assemblea costituente e al quale aderirono giuristi del calibro di P. Calamandrei, che non esitò, anche per questa ragione, a definire la Costituzione italiana del 1948 una “rivoluzione promessa”, vedesi: ID., *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, vol. I, Firenze, 1950, XXXV, concetto ribadito anche in ID., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Roma-Bari, 1955; ripercorre la vicenda storica G. REBUFFA, *La Costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, Bologna, 1995, 99. Il mesto giudizio espresso dall'illustre Autore era determinato dalla diffidenza che egli nutriva verso le disposizioni della Costituzione che, per il loro contenuto programmatico e la formulazione vaga e polisensa, non si prestavano ad essere direttamente azionate in giudizio, con il conseguente, esiziale, rischio di rendere la Carta costituzionale un documento privo di ogni efficacia giuridica.

Tuttavia, proprio la pubblicazione della sentenza con la quale la Consulta inaugurava

Consegue che tutte le norme costituzionali, anche a carattere programmatico o di principio, sono idonee a produrre diretti ed immediati effetti giuridici²⁶; qualità che dev'essere riconosciuta anche ai principi inespressi o latenti nella Costituzione, come ha notato la dottrina²⁷ e affermato la giurisprudenza costituzionale²⁸.

– ben otto anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione! – la sua attività (vedesi, *supra*, nota precedente), indusse P. Calamandrei a rivedere le sue posizioni e a pubblicare un articolo, dall'evocativo titolo, *La Costituzione si è mossa*, in *La Stampa* del 16 giugno 1956, ora in ID., *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, vol. II, Firenze, 1966, 180 ss., con cui l'Autore salutava con enfasi il ruolo che il giudice costituzionale avrebbe giocato nella concretizzazione dei diritti e delle libertà statuiti dalla Carta costituzionale: “I Cittadini – scriveva Calamandrei – sentiranno che la Costituzione non è soltanto una carta scritta, che la Repubblica non è stata una beffa”.

²⁶ La normatività delle disposizioni di principio della Costituzione è sostenuta da V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, ora in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 27 ss. L'insigne Autore elide ogni differenza tra norme costituzionali a contenuto programmatico e le altre disposizioni della Costituzione, riconducendole, nel loro complesso, alla più ampia categoria dei principi generali, *ibidem*, 36 ss.

²⁷ V. CRISAFULLI, *ibidem*. Invero, come già chiarito alla nota 12, l'insigne Autore esclude in radice una distinzione ontologica tra principi espressi ed inespressi.

Si è sostenuta la medesima valenza tra principi generali inespressi in Costituzione e disposizioni di principio, anche in base all'argomento comparatistico. Invero, si è osservato che nell'esperienza giuridica francese, il *Conseil constitutionnel* ha inserito tra i parametri di costituzionalità delle leggi gli imprecisati *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, A. PIZZORUSSO, *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, (Roma, 27-29 maggio 1991), Atti dei convegni lincei, Roma, 1992, 243, ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁸ La Consulta ha affermato che il potere legislativo è “subordinato [...] alla pari degli altri poteri costituzionali, all'impero delle norme e dei principi fondamentali, anche se inespressi, dell'ordinamento”, Corte cost., 7 luglio 1964, n. 72, in www.giurcost.org.

3. *La funzione dei principi generali*

I principi immanenti nella Costituzione permeano l'intero ordinamento giuridico e indicano le fondamentali direttrici ove questo si edificherà, indirizzando, pertanto, l'opera del legislatore e dell'interprete-operatore giuridico: le funzioni (legislativa, giudiziaria e amministrativa)²⁹ che insieme concretano ed inverano l'ordinamento giuridico, non potranno che svolgersi in ottemperanza dei principi iscritti nella Costituzione.

Il limitato ruolo originariamente attribuito ai principi generali si è enormemente accresciuto: da strumenti di integrazione del diritto

²⁹ E' assodato, in dottrina, che la classica tripartizione delle funzioni dello Stato in legislativa, esecutiva e giudiziaria non sia propria della Carta costituzionale del 1948, che non riconosce, il principio organizzativo della divisione dei poteri, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 473 ss. Tale rigida distinzione, ancor oggi diffusa nel linguaggio e sentire comune, non ha invero alcuna valenza nel diritto vigente ed è probabilmente frutto della suggestione dettata dalla celeberrima opera di MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (L'epre de lois, 1748)*, ed. it. a cura di A. Montesperelli, Torino, 1960, nel cui libro XI delinea, a garanzia della libertà del cittadino, la teoria della separazioni dei poteri dello Stato. Invero, pur accennandosi in Costituzione alle funzioni legislativa (artt. 70, 76, 77), giudiziaria (art. 102) e amministrativa (art. 118) esse non sono attribuite, partitamente, a tre distinti organi costituzionali, ma ad una pluralità di essi "oltre che di enti territoriali a rilevanza costituzionale", prevedendo "non tre soltanto e non soltanto «poteri», ma diversi centri di potere, statuali e non statuali", F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., 489, 484. Da quanto sopra, consegue che, nell'ordinamento vigente, le funzioni pubbliche sono svolte in modo assai meno schematico della triade di derivazione illuministica, conoscendosi casi di funzioni amministrative assolve dai giudici (tale è, almeno secondo alcuni in dottrina, l'attività di volontaria giurisdizione) o dal Parlamento (leggi-provvedimento), funzioni normative attuate dall'apparato esecutivo (l'attività regolamentare) e ipotesi di risoluzione dei conflitti affidati alla pubblica amministrazione (i ricorsi amministrativi), ecc. sicché, "la tripartizione delle funzioni vuole esprimere soltanto un principio politico [...] la verità è che l'organizzazione è infinitamente più complessa", S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 223. Cfr. anche, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 2005, 62 s.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2004, 121 s.

destinati ad operare, per mano del giudice, solo nell'interstiziale ipotesi di lacuna dell'ordinamento³⁰; i principi si rivolgono agli organi legislativi, amministrativi e giudiziari, indirizzandone l'esercizio delle rispettive funzioni ed imprimendo il loro contenuto finalistico³¹ o assiologico sia al legislatore che all'operatore del diritto (*rectius*, l'interprete, la pubblica amministrazione e il giudice). Collocandosi al vertice dell'Ordinamento, i principi dirigono e delimitano³² l'attività del legislatore, della pubblica amministrazione e del giudice e costituiscono parametro di validità e giustificazione dei provvedimenti da essi assunti nello svolgimento della rispettiva funzione.

In quanto norme fondamentali del sistema, “per lo più rinvenibili in Costituzione”³³, i principi intervengono non soltanto a colmare le lacune del diritto (funzione integrativa), ma altresì ad orientare l'interprete nella soluzione di casi dubbi (funzione interpretativa) e ad indirizzare il legislatore (funzione programmatica) nell'emanazione degli atti legislativi necessari a perfezionare l'ordinamento giuridico (funzione integrativa)³⁴. Ovviamente, non tutti i principi espliciteranno le funzioni anzidette né, tanto meno, queste saranno contemporaneamente in atto³⁵ e, ciò nondimeno, spiegandosi nell'ambito dei momenti produttivi ed interpretativi-applicativi del

³⁰ Vedesi, *supra*, § 1.

³¹ Evidenza che i principi sono da intendersi “norme teleologiche [...] *che raccomandano un fine*”, R. GUASTINI, *Principi di diritto*, cit., 344. (corsivo nel testo).

³² Segnala la funzione “*propellente e delimitante*” dei principi generali, N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., 279 (corsivo nel testo).

³³ Vedesi, *supra*, § 2, spec. nota 14.

³⁴ Secondo la classica impostazione di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941, 64; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 40 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 205 ss. e alla quale aderiscono anche F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 4 ss.; S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., 514.

³⁵ G. ALPA, *I principi generali*, cit., 18.

diritto, contribuiscono a rendere effettivo, unitario e coerente l'ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione.

Accanto alle tradizionali funzioni che la dottrina riconosce ai principi generali (integrativa, interpretativa e programmatica), è possibile individuare un'ulteriore essenziale funzione, tra le varie che i principi sono in grado di svolgere³⁶: quella *unificante*³⁷ del sistema giuridico. I principi posti in Costituzione, sancendo *i fini* (o il dover essere) dell'ordinamento, inquadrano in un unico contesto le diverse funzioni pubbliche: all'attività di esse, globalmente intese, è invero demandato il compito di realizzare quanto programmato in Costituzione e a cui, contestualmente, pretendono³⁸.

I principi costituzionali delineano i compiti per il legislatore, fornendogli le necessarie indicazioni (funzione programmatica) in

³⁶ Oltre alle tradizionali funzioni dei principi generali (funzione normativa, funzione interpretativa e funzione integrativa), nel corso del “tempo e con la dinamicità dei rapporti interni ed internazionali”, ne sono emerse altre, di cui ne dà breve rassegna, G. ALPA, *I principi generali*, cit., 17 ss. In particolare, l'Autore individua, oltre alle già menzionate funzioni dei principi, anche: la funzione costitutiva; la funzione razionalizzatrice; la funzione economica; la funzione garantistica; la funzione ideologica (od euristica); la funzione connettiva.

³⁷ La “funzione *unificante*” dei principi generali era stata preconizzata, unitamente a quella “*propellente e delimitante*”, da N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., 279 (corsivo nel testo).

³⁸ L'ordine di idee seguito è di S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., 218 ss., il quale avverte che l'ordinamento dev'essere inteso non già in senso statico, ma nella concretezza del dato reale, sicché non è possibile distinguere tra legge e giustizia-giurisdizione, in quanto questa è inclusiva della prima. L'accertamento del “fatto”, operata in giudizio, condurrà a definire il “diritto”, ovvero la norma da applicare al caso concreto, tanto da poter definire “il fatto [...] intrinsecamente giuridico”, *ibidem*, 221. Da ciò consegue che il giudizio, per Satta, non è “attuazione” della legge, ma momento creativo dell'ordinamento, il quale “senza l'azione è mero *flatus vocis*, non esistendo altro che nel pensiero”, *ibidem*, 222. Come già chiarito (vedesi, *supra*, nota 30), non è in altri termini possibile distinguere le funzioni dello Stato, che convergono ad edificare l'ordinamento giuridico, secondo quanto essenzialmente definito in Costituzione. Invero, “non è meno necessario, per l'esistenza nazionale, che i diversi poteri dello Stato abbiano la stessa origine, seguano gli stessi principi, agiscano nella stessa sfera: in una parola, che siano *correlativi e omogenei*”, A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, 2009, 169 (corsivo nel testo);

base alle quali perfezionare l'ordinamento giuridico (funzione integrativa), nonché guidano l'operatore giuridico – *rectius*, l'interprete, la pubblica amministrazione e il giudice – nell'interpretazione sia delle disposizioni normative di dubbio significato che di quelle indeterminate³⁹, imponendo, tra le varie esegesi astrattamente possibili, quella costituzionalmente sostenibile (funzione interpretativa)⁴⁰.

³⁹ E' il caso delle c.d. *Generalklausen*, ovvero di disposizioni a contenuto generalissimo, la cui vaghezza è consapevolmente voluta dal legislatore, il quale si limita, in sostanza, ad enunciare un principio o un fine perseguito (es. ordine pubblico, correttezza, buona fede ecc.). Il giudice orientandosi ai principi costituzionali, trarrà dalla c.d. clausola generale, la regola disciplinante il caso concreto. Si è osservato, in proposito, che “il giudice [...] fa in sostanza il lavoro che teoricamente poteva essere di spettanza del legislatore” e pertanto “valorizza ed esalta la stessa funzione programmatica dei principi, cui fa ricorso sviluppandone e articolandone gli indirizzi di disciplina dei rapporti sociali ovvero di tutela dei beni della vita in essi *in nuce* contenuti”, S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., 515, ovvero, “le clausole generali sono da concepirsi come principi ossia come fonti delle regole che l'operatore-interprete trae da esse per la loro applicazione”, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., 7.

A titolo esemplificativo di quanto detto, è sufficiente rinviare all'interpretazione delle clausole generale di buona fede di correttezza, operata dalla dottrina e, successivamente, dalla giurisprudenza: invero, esse costituiscono, nella materia delle obbligazione e dei contratti, esplicazione del dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, secondo la nota tesi elaborata da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, 150 e *passim*. Tale ricostruzione è stata accolta dalla Corte di cassazione, la quale ha riconosciuto che “in tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia come impegno o obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte” (Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, 2077 con nota di BELLANTUONO). Tra le varie opere che la dottrina privatistica ha dedicato alle clausole generali, si veda: L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, a cura di F.D. BUSNELLI, Milano, 1987, 3 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, cit., 19 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, cit., 247 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss. e A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. II, Torino, 1988, 403 ss. ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁴⁰ Merita un particolare cenno la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione che, richiamando l'esperienza giuridica tedesca, ha riconosciuto la c.d. tecnica di “interpretazione adeguatrice” (o conforme a Costituzione) quale potere-dovere diffuso,

In quanto rivolte sia all'interprete che al legislatore, la funzione normogenetica dei principi generali assume diversa connotazione e rilievo: “nel primo caso la funzione è *precariamente* integrativa”, in quanto la norma così creata sarà applicabile solo al caso oggetto di giudizio, per la soluzione del quale si è necessitata; “nel secondo caso [...] la funzione è *stabilmente* normogenetica; ed anzi il principio svolge la duplice funzione programmatica ed integratrice, attraverso la mediazione, necessaria e vincolante del legislatore”⁴¹.

E', infine, da chiedersi quando un principio espletterà l'una o l'altra funzione, ovvero, quando sarà direttamente applicabile, in quanto capace di porsi come fonte di norme tramite l'opera dell'interprete (funzione normogenetica) o necessiterà della mediazione del legislatore (funzione programmatica) per essere attuato o si porrà, ancora, come criterio ermeneutico (funzione interpretativa).

Sia pure si possano distinguere, in astratto, principi aventi l'una o l'altra funzione, in concreto il quesito si risolverà a seconda della capacità del giudice di intravedere nel principio una funzione normogenetica, che, pertanto, lo rende immediatamente attuabile nel

spettante “non solo al giudice che deve applicare la legge, ma anche a quello costituzionale e perfino alla pubblica amministrazione, ritenendosi che le norme che regolano l'esercizio dell'attività amministrativa, in quanto contengono sovente concetti giuridici indeterminati o ampi spazi riservati a valutazioni discrezionali, costituiscono il vero e proprio «eldorado» di tale metodica ermeneutica”, Corte cass., sez. un., 2 dicembre 2004, n. 22601 (corsivo mio). E' stato già messo in luce il ruolo giocato dai principi generali “costituzionalizzati” nell'ambito della c.d. “interpretazione adeguatrice”, operata dalla Corte costituzionale: vedesi, *supra*, § 2, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴¹ Così, F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento*, cit., 8 e s. L'Autore qualifica fonti del diritto (in particolare, fonti fatto) i principi generali direttamente applicabili da parte dell'interprete, ovvero quelli dai quali trarrà, in virtù della loro funzione normogenetica, la norma applicabile al caso concreto.

caso concreto⁴². Invero, la potenzialità del principio a fungere da fonte del diritto (fonte fatto) dipenderà dall'ottica da cui si muoverà il giudice, ovvero se la sua personale valutazione lo condurrà ad isolare tale capacità del principio e, pertanto, ad utilizzarlo direttamente, quale strumento di risoluzione della controversia oggetto di giudizio. Sarà, in altri termini, demandata alla discrezionalità (e alla sensibilità) dell'interprete⁴³ il riconoscimento delle funzioni che il principio sarà in grado di espletare.

⁴² Con ciò risolvendosi la controversa questione della diretta applicabilità dei principi costituzionali che deriverà a secondo della funzione che essi saranno in grado di svolgere. Invero, solo i principi aventi funzione normogenetica sono direttamente applicabili da parte del giudice, senza dover attendere la “mediazione” del legislatore. Proprio per questa caratteristica la funzione normogenetica “è la più importante delle funzioni”, F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento*, cit., 10.

⁴³ D'altronde “[...] il principio si pone a fonte di norme solo se l'operatore giuridico e quindi il giudice *decida* che si trovi in presenza di un principio idoneo a svolgere la funzione normogenetica”, F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento*, cit., 10 (corsivo nel testo). Si è, inoltre, osservato che i principi dovranno inserirsi armonicamente nel “sistema dell'ordinamento giuridico”, sicché la ricostruzione di essi trova limite e fondamento nella “razionalità della dommatica giuridica” che informa la “cognizione e ricostruzione dei dati di diritto positivo”, S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, cit., 528. Cfr., inoltre, R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 641 ss.

4. *Il rapporto con i procedimenti normativi*

E' stato notato che i principi generali, oltre a conferire unità e sistematicità all'Ordinamento giuridico, trovano una loro specifica collocazione anche in seno ai procedimenti di produzione normativa⁴⁴. Ed invero, sia nelle fonti nazionali (primarie e secondarie) che comunitarie, sono riscontrabili tecniche di produzione normativa in cui un organo emana le disposizioni disciplinanti una determinata materia con ciò attenendosi (e completando) il plesso di principi generali all'uopo prefissati da un diverso centro di produzione normativa. Trattasi di procedimenti a formazione progressiva di norme, all'esito dei quali si perverrà alle disposizioni di dettaglio disciplinante una determinata materia, mediante un'operazione di deduzione dai principi generali previamente espressi in una diversa fonte.

E' il caso della delegazione legislativa⁴⁵, di talune ipotesi di

⁴⁴ Vedesi, A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, cit., 544 ss.

⁴⁵ La delega della funzione legislativa al Governo (*ex artt. 76 e 77 Cost.*), consente all'esecutivo di emanare un atto avente valore di legge formale, purché conforme a quanto previamente definito dal Parlamento nella legge di delegazione in ordine ai tempi e agli oggetti di delega, nonché al rispetto dei "principi e criteri direttivi" all'uopo dettati. Questi ultimi, in particolare, limitano e, al contempo, indirizzano l'attività del legislatore delegato e si riducono all'indicazione di "valori e a norme di scopo che devono guidare il legislatore delegato" nell'emanazione, nei termini stabiliti, delle norme afferenti gli oggetti di delegazione F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 165 ss., 171. Nonostante sia evidente l'intento del Costituente di evitare deleghe "in bianco", la Corte costituzionale considera assolto l'onere costituzionale di indicare "i principi e i criteri direttivi" sia nel caso di una loro indicazione generica, che manifesterebbe la discrezionalità del legislatore delegato a concedere un'ampia delega al legislatore delegato (vedesi, Corte cost., sentenza n. 199, 5 giugno 2003, nonché, *ex multis*, ordinanza n. 490, 14 novembre 2000; sentenza n. 163, 31 maggio 2000, tutte consultabili in www.giurcost.org); che qualora essi siano indicati *per relationem* alle direttive comunitarie da attuare con il decreto legislativo ovvero desumili dagli atti normativi da ordinare, qualora la delega sia stata disposta

regolamenti governativi, esecuzione e delegificazione⁴⁶, nonché della direttiva comunitaria (non *self executing*)⁴⁷.

per il riordino e l'armonizzazione della legislazione relativa ad una determinata materia (vedesi, Corte cost. sentenze nn. 156/1987, 354/1988, 87/1989). Cfr. in argomento anche, A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 697 ss. e G. D'ELIA, *Osservazioni in tema di rinvio per relationem dei principi e criteri direttivi nella delegazione legislativa*, in *Giur. cost.*, 1998, 2717 ss.

⁴⁶ Nell'ambito della potestà regolamentare dell'esecutivo possono isolarsi taluni atti normativi secondari in cui trovano particolare posizione i principi generali statuiti da una diversa e (gerarchicamente) superiore fonte: i regolamenti tramite i quali si attuano ed integrano le disposizioni di principio contenute in precedenti atti aventi forza di legge (art. 17, co. 1, lett. b), legge 23 agosto 1988, n. 400, c.d. regolamenti attuativi ed integrativi); gli atti normativi secondari che intervengono in una materia non coperta da riserva assoluta di legge, per la quale sia previamente intervenuto il legislatore che ha al contempo sancito le norme generali regolatrici della materia e autorizzato il Governo a disciplinarla, disponendo dall'entrata in vigore di tali regolamenti governativi l'abrogazione della normativa previgente (art. 17, co. 2, legge 23 agosto 1988, n. 400, c.d. regolamenti di delegificazione o delegati). Accanto a queste ipotesi, sono da segnalarsi i c.d. regolamenti di attuazione delle norme comunitarie, come da ultimo disciplinati dall'art. 11 della legge 4 febbraio 2005, n. 11, che, a secondo dei casi, sono ascrivibili alle categorie già delineate al 1° o 2° comma dell'art. 17 della legge n. 400/1988, con la peculiare ipotesi di delegificazione operata per le "materie già disciplinate con legge, ma non coperte da riserva di legge". Invero, le direttive comunitarie afferenti a dette materie saranno attuate tramite lo strumento regolamentare per la cui emanazione il governo si riferirà direttamente ai principi espressi nella normativa comunitaria da eseguirsi, non necessitandosi, all'uopo, alcuna disciplina generale del legislatore nazionale. In argomento, cfr., per tutti, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 309 ss.; L. CARLASSE, P. VERONESI, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 951 ss., nonché, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 358 ss. e, per quanto concerne l'attuazione della normativa dell'Unione europea tramite lo strumento regolamentare, vedesi, G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2010, 202 ss.

⁴⁷ La direttiva è un atto normativo che "vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi" (art. 288 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea). Affinché la direttiva europea svolga i propri effetti nell'ambito di tutti gli ordinamenti degli Stati membri è necessario che questi, la attuino mediante un atto normativo interno, così esplicitando i principi in essa contenuti. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato l'idoneità della direttiva dell'Unione europea a produrre effetti diretti c.d. verticali (Corte di giustizia europea, *Marshall*, 26 febbraio 1986, causa 152/84), qualora impongano un obbligo meramente negativo, si limitino a chiarire norme già presenti nei Trattati e quando si caratterizzino per disposizioni chiare, precise ed incondizionate (c.d. Direttive *self executing* o

Ferme restando le peculiarità di ciascuna delle citate ipotesi produttive di norme, tutte, a ben vedere, si accomunano e caratterizzano in quanto un organo, emanando la disciplina finale, perfeziona il disegno abbozzato da un diverso soggetto: i principi generali, previamente statuiti, sono successivamente integrati ed assorbiti dalle disposizioni di dettaglio⁴⁸ che sarà la disciplina di riferimento della materia oggetto di tali procedimenti normativi.

Tuttavia, la circostanza che i “principi” e le “regole” confluiscono nella disciplina finale, non deve indurre a ritenere che, conclusosi l'*iter* procedimentale, i principi generali perdano la loro efficacia. Ed invero, anche dopo l'emanazione della disciplina di dettaglio, ultimo passo di tali tecniche di produzione normativa, i

dettagliate); vedesi, le sentenze della Corte di giustizia europea: *van Duyn*, 4 dicembre 1974, causa C-41/74 e *Ratti*, 5 aprile 1979, causa C-148/78 in <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>; nonché cfr. G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., 173 ss. La progressiva integrazione tra l'ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario è confermata anche dalla novella del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001) che, recependo l'*acquis* comunitario preesistente, subordina la potestà legislativa, sia dello Stato che delle Regioni, ai “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario” (art. 117, 1° co., Cost.), con ciò stabilizzando la presenza dell'Italia nell'ordinamento comunitario, prima appuntata sull'art. 11 Cost. e sulla relativa giurisprudenza costituzionale formatasi. Nell'ottica della preminenza del diritto comunitario sulle norme degli Stati membri con esso contrastanti, l'espressa soggezione dell'ordinamento interno al vincolo comunitario, ora contenuto nell'art. 117, co. 1°, Cost., dovrebbe indurre il giudice ad optare per la disapplicazione della norma interna contrastante con l'ordinamento comunitario, piuttosto che a sollevare la questione di illegittimità costituzionale fondata sull'art. 117, co. 1°, Cost., G. SERGES, *Art. 117 Cost., c. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. III, Torino, 2006, 2213 ss. Per quanto concerne i rapporti tra norme dell'Unione e norme degli Stati membri e le diverse soluzioni approntate dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale, si rinvia a G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, *Parte generale*, vol. II, Milano, II ed., 2007, 827 ss.; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., 183 ss.

⁴⁸ Così, A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, cit., 542 e *passim*, nonché ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

principi conservano la loro autonomia e assumono particolare rilievo, fungendo, al contempo, sia da parametri di validità od efficacia delle disposizioni di dettaglio che, all'occorrenza, da criteri ermeneutici per chi, quelle norme, è chiamato ad interpretarle ed attuarle.

In altri termini, è possibile isolare anche per i principi generali impiegati nei sopra citati procedimenti di produzione normativa le note funzioni interpretativa, normogenetica e di indirizzo. In particolare, i principi generali si rivolgono, principalmente, all'organo che, secondo lo schema di produzione normativa, ne è il diretto destinatario; ma anche l'attività dell'interprete sarà indirizzata da essi, sia nel caso in cui sorgano incertezze nell'interpretazione-applicazione della disciplina di dettaglio (c.d. funzione ermeneutica), che qualora si manifesti, in concreto, lacunosa: in tale evenienza le funzioni normogenetica e programmatica dei principi, originariamente disposti per il circuito di produzione normativa, si rivolgeranno anche all'interprete, il quale, in base ad essi, costruirà la disposizione necessaria a risolvere il caso oggetto di giudizio⁴⁹.

E' allora possibile concludere che i principi generali assumono

⁴⁹ E' appena il caso di sottolineare che in entrambe le ipotesi, la funzione normativa svolta dai principi generali nell'ambito delle procedure di produzione normativa, è logicamente diversa (e più semplice) rispetto a quella che essi assolvono *ex art. 12 disp. prel.*, e ciò anche quando a definire la regola di dettaglio sia, eccezionalmente, l'interprete. Invero, in questo caso, i principi generali sono già prestabiliti in una fonte atto sicché, sia il legislatore che – in caso di lacuna del diritto – l'interprete, si riferiranno, *sic et simpliciter*, al novero di quelli già definiti ed espressi per quella materia e dai quali dedurranno la disciplina relativa all'ipotesi non contemplata dalla disciplina di dettaglio. Ma al di fuori di tali tecniche normative, in caso di lacuna dell'ordinamento, l'operazione per definire la disciplina del caso non regolato, né altrimenti regolabile secondo i procedimenti ermeneutici stabiliti *ex art. 12, disp. prel.*, è più complessa: l'interprete dovrà, principalmente, trarre i principi mediante un procedimento di induzione sul complesso della legislazione vigente ordinata in sistema, solo all'esito del quale potrà dedurre dai principi così ricavati la disciplina necessaria per il caso non regolato, cfr. A. PIZZORUSSO, *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, cit., 254 e *passim*.

un ruolo di primaria importanza anche nell'ambito delle citate tecniche di produzione del diritto, svolgendo funzioni che si espandono al di là del singolo procedimento normativo per il quale sono espressamente previsti e, al contempo, costituiscono parametro con cui controllare l'attività del soggetto che emana le disposizioni da essi originate. Tali peculiarità dei principi in parola sono probabilmente da individuarsi nella capacità di essi di porsi quali “frammenti di norme”⁵⁰ successivamente completati da una diversa fonte che si pone in posizione funzionalmente o gerarchicamente subordinata rispetto alla prima. E invero, a secondo dei casi, i principi in parola sono contenuti in fonti gerarchicamente superiori a quelle che li espliciteranno (regolamenti governativi), ovvero, in un atto normativo che sia pure formalmente pari ordinato a quello che disciplinerà in concreto la materia, assume particolare rilievo in virtù dell'adesione della Repubblica italiana all'Unione europea (direttive) o della capacità del soggetto che dispone le norme di principio di emanare le norme di dettaglio (delegazione legislativa). Conseguentemente, pertanto, dalla particolare posizione del soggetto che pone i principi o dal conferimento di quote di sovranità nazionale all'ordinamento della Comunità-Unione europea, l'influenza e la posizione che essi assumono non solo nell'ambito del rispettivo procedimento normativo in cui sono veicolati, ma, potenzialmente, in ogni vicenda successiva in cui la normativa così prodotta sia di significato ambiguo o nulla disponga per il caso oggetto di giudizio.

Ciò spiega il perché tra centri normativi pari ordinati, quali oggi sono lo Stato e le Regioni, si consente a quest'ultima di esercitare la propria potestà legislativa concorrente anche in assenza “dei

⁵⁰ Vedesi, *supra*, nota 48.

principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato” (art. 117, co. 3, Cost.). Invero, sia la giurisprudenza costituzionale che il legislatore hanno affermato che le prerogative regionali non sono suscettibili di subire limitazioni o sospensioni in attesa dell'intervento statale⁵¹, sicché, pure in mancanza di una legge-cornice statale, la Regione potrà emanare norme nelle materie di legislazione concorrente, individuando i principi in base ai quali orientare la propria funzione normativa, direttamente dal complesso della legislazione statale vigente.

Differente è la conclusione a cui perviene la Corte costituzionale, allorché la materia di legislazione concorrente debba ottemperare a principi posti dalla normazione dell'Unione europea. In tal caso, l'esigenza di pervenire, per tutto il territorio nazionale, ad una disciplina uniforme ed omogenea, profila la necessità di attribuire maggior spazio alla legislazione dello Stato, consentendogli di emanare, in materia di c.d. “co-legislazione”⁵², una normativa dettagliata e non cedevole. In altri termini, nell'ambito di un ordinamento *multi-level*, qual è l'attuale, si consente di organizzare le

⁵¹ E' questo l'indirizzo interpretativo affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 282/2002 e 94/2003 e, successivamente, recepito dal legislatore nell'art. 1, co. 3, della legge n. 131/2003, il quale dispone che “nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti”. Vedesi, in argomento, L. ANTONINI, *Art. 117, c. 2, 3, 4*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. III, Torino, 2006, 2227 ss.

⁵² Il termine “co-legislazione”, per designare la dubbia funzione legislativa della Comunità-Unione europea, è utilizzato da E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004, 185. In argomento, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 38 e ss., il quale segnala che “in un contesto in cui la categoria della fonte-legge è ‘tuttora sconosciuta’ all'ordinamento comunitario, il processo di integrazione europea si è sviluppato soprattutto sul fronte della giurisdizione dell'Amministrazione”, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

diverse fonti del diritto in modo flessibile, cosicché “nella fase di attuazione del diritto comunitario la definizione del riparto interno di competenze tra Stato e Regioni in materia di legislazione concorrente e, dunque, la stessa individuazione dei principi fondamentali, non può prescindere dall’analisi dello specifico contenuto e delle stesse finalità ed esigenze perseguite a livello comunitario. In altri termini, gli obiettivi posti dalle direttive comunitarie, pur non incidendo sulla modalità di ripartizione delle competenze, possono di fatto richiedere una peculiare articolazione del rapporto norme di principio-norme di dettaglio”⁵³.

⁵³ Corte costituzionale, sentenza del 14 luglio 2005, n. 336, in *www.giurcost.org*.

5. *Il ruolo della legge nell'attuale momento storico*

Con la codificazione del 1942 il legislatore ha, pertanto, inteso impedire all'interprete (e al giudice, in particolare) ogni opzione ermeneutica che fosse svincolata dal diritto obiettivo. E, invero, il riferimento all'ordinamento giuridico *dello Stato* è eloquente della concezione che il legislatore dell'epoca assumeva: immaginando la sua autosufficienza, il sistema si orientava in senso monista⁵⁴. In tale prospettiva, i principi generali del diritto si prefiguravano quali tipici strumenti di un sistema giuridico "chiuso"⁵⁵.

Senonché, l'abbaglio razional-positivista di un ordinamento che fonda la sua completezza, unità e coerenza, sulla sua stessa legislazione, è stato messo in evidenza, da un lato, dall'avvento della Carta costituzionale e dall'altro, dalla crisi della legge.

Se la Costituzione ha, al contempo, subordinato la validità dell'atto legislativo al controllo giudiziario di costituzionalità e definito un pluralismo dei centri di produzione normativa a cui corrisponde un rinnovato assetto delle fonti primarie, dall'altro, l'odierna crisi che interessa la legge, fonte gerarchicamente sovraordinata, è il più chiaro sintomo del definitivo tramonto delle

⁵⁴ Il serrato dibattito sulla natura e funzione dei principi generali che, alla vigilia della codificazione del 1942, si pose tra giuspositivisti e giusnaturalisti, è ripercorso da A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo cit.*, 211 ss. ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁵⁵ G. GORLA, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, (Roma, 27-29 maggio 1991), Atti dei Convegni Lincei, Roma, 1992, 179.

teorie normativistiche di Hans Kelsen⁵⁶. E', infatti, nota l'influenza e la suggestione che il positivismo giuridico, ovvero il "diritto posto (*ius positum*) e imposto da una autorità formalmente legittimata a esercitare su un certo territorio poteri sovrani"⁵⁷, ha esercitato (ed esercita) nei sistemi giuridici di tradizione europeo-continentale: dalla concezione dello Stato, unico centro di produzione normativa, proprio di un sistema giuridico monista⁵⁸, sino allo stesso modo di intendere la giurisdizione, quale applicazione meccanica della norma giuridica obiettivamente vigente per il caso concreto⁵⁹.

I segnali di dissoluzione dell'assetto ordinamentale definito dal giuspositivismo si sono ulteriormente intensificati sotto la spinta di recenti pressioni, di origine sia nazionale che internazionale.

Invero, se da un lato, si assiste alla costante perdita di efficacia delle regole poste dalla normazione ordinaria, dall'altro, il legislatore nazionale è costretto a ripiegare in spazi sempre più angusti. La forza della legge si disfa nella nota ipertrofia legislativa, giunta oramai ai

⁵⁶ Vedesi, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, 1952; ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1966.

⁵⁷ Così, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2008, 81 s. Sul giuspositivismo, oltre a quanto già indicato nella nota precedente, si rinvia alla ricostruzione offerta da F. MODUGNO, *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 448 ss., anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche ivi indicate.

⁵⁸ "Lo statalismo moderno si traduce, insomma, per il diritto e per i giuristi in un greve monismo e perpetua durante tutta la modernità – anche dopo la fine dell'assolutismo politico – un assolutismo giuridico che convive beatamente con il liberalismo economico", P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., 34. Lo stesso ordine di idee è ripreso, con riferimento ai codici, in P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 59 ss., 99 s. e *passim*.

⁵⁹ "E' tutt'ora corrente nel ceto dei giuristi, giudici e avvocati, la concezione di diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore (costituzionale e ordinario) in regime di monopolio, e della giurisdizione (*adjudication*) come attività logico-deduttiva rivolta all'applicazione della norma obiettivamente vigente al caso regolato, secondo lo schema del cosiddetto sillogismo normativo e senza alcuna necessità di integrazioni extra-legislative", G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., 866.

limiti del parossismo⁶⁰; nella sua stessa formulazione che, sovente, tradisce i caratteri della generalità e dell'astrattezza al fine di esautorare una funzione già demandata alla pubblica amministrazione e così "provvedere" direttamente, mediante norme aventi contenuto concreto e particolare⁶¹; nonché nella crisi di legittimazione che

⁶⁰ I pericoli di una sovrabbondante produzione normativa sono stati segnalati dalla dottrina anche in epoca risalente, vedesi, L. DEGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, 1908, trad. it. di B. Paradisi, Firenze, 1950, citato da I.M. MARINO, *Profili interpretativi dell'autonomia comunale*, ora in *Aspetti della recente evoluzione degli enti locali*, II ed., Palermo, 2007, 73 e ss., ivi ulteriori rinvii bibliografici. Quest'ultimo Autore segnala il fenomeno dell'abuso della legge e le sue ripercussioni nell'attuale assetto ordinamentale anche in ID., *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, ora in ID., *Aspetti della recente evoluzione degli enti locali*, cit., 98 e ID., *Diritto, amministrazione e globalizzazione*, ora in *ibidem*, 126 ss.

Il problema dell'impatto della normazione, ovvero della verifica circa la sua effettività ed efficacia, solo recentemente è stato affrontato sia dalla Commissione europea, cfr. Commissione europea, *Communication from the commission on impact assessment*, COM(2002) 276 final, Brussels, 2002, che dal legislatore nazionale, dapprima con la legge 8 marzo 1999, n. 50 e successivamente con la legge 28 novembre 2005, n. 246 (in G.U. del 1 dicembre 2005, n. 280). In particolare, quest'ultima legge, tra i metodi di riordino della legislazione, prevedeva la riduzione dell'ingente *stock* legislativo anche mediante il c.d. "effetto ghigliottina", ovvero, l'abrogazione implicita e generalizzata di tutte le disposizioni legislative statali pubblicate prima del 1° gennaio 1970 anche se modificate successivamente, salvo eccezioni (v. art. 14, co. 16, legge n. 246 del 2005). Tuttavia, l'attuale governo in carica – oltre ad istituire un apposito Ministro per la semplificazione normativa (d.l. n. 85 del 2008, convertito dalla legge n. 121 del 2008) – ha preferito procedere diversamente, emanando, all'uopo, due decreti legge (n. 112 e n. 200 del 2008) denominati "taglia-leggi", con i quali si sono abrogati specificatamente diverse migliaia di provvedimenti normativi, anche successivi al 1970. In argomento, vedesi, F. MODUGNO, *Procedimento "taglialeggi": profili problematici*, in www.federalismi.it e N. LUPO, *Dalla delega ai decreti-legge «taglia-leggi»: continuità o rottura?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, 701 ss.

⁶¹ Si allude, evidentemente, alle c.d. leggi-provvedimento, ovvero a quegli atti solo formalmente legislativi che, violando il principio di separazione tra politica ed amministrazione, hanno contenuto concreto e sono tesi a risolvere problemi specifici relativi a un numero determinato e limitato di destinatari. In argomento, si veda: C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1967; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1968, 925 ss.; E. FORTSHOFF, *Le leggi provvedimento*, ora in ID., *Stato e diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Milano, 1973, 101 ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 411 ss.; R. DICKMANN, *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 915 ss.; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *A mo' d'introduzione*.

investe il legislatore statale⁶². A ciò aggiungasi, da ultimo, il rilievo assunto sia dal sistema delle autonomie⁶³ che dai fenomeni di c.d. «comunitarizzazione» e «globalizzazione» del diritto⁶⁴, i quali erodono

Considerazioni sulla «crisi» della legge, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa. II Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 1 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; nonché da ultimo, A. SARANDREA, *Legge provvedimento*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 3430 ss. e S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007. Con particolare riferimento alle leggi-provvedimento regionali è d'uopo il rinvio a M.S. GIANNINI, *Divieto di leggi regionali singolari ed eccezionali?*, ora in *Scritti 1955-1962*, vol. IV, Milano, 2004, 330 ss. Infine, per quanto concerne il rapporto tra legge-provvedimento e il principio costituzionale del giusto procedimento, vedesi, altresì, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.; A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine alla innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1989, 1041 ss.; G. ROHERSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, 47 ss.

⁶² La dottrina ha segnalato non solo l'interesse delle consorzierie politiche alla conservazione del potere, I.M. MARINO, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. econom.*, 2005, 25 ss., ora in ID., *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, cit., 123 ss., ma anche come ciò si attui, tramite il sistema di elezione alla Camera dei deputati, attualmente vigente in Italia (legge 21 dicembre 2005, n. 270), che ha limitato il diritto di voto dell'elettore alla scelta della lista (art. 1), sicché il candidato risulterà eletto in relazione alla sua posizione nell'ambito di essa, piuttosto che alla preferenza degli elettori, ID., *Autonomie e democrazia*, ora in *ibidem*, 152 s., in particolare nota 18, idea, da ultimo, ribadita in ID., *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm. – TAR*, 2010, 730.

⁶³ A seguito della revisione del titolo V, parte II, della Carta costituzionale, avvenuta con la legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 (in G.U. del 24 ottobre 2001, n. 248), si sono ridisegnate le funzioni delle autonomie territoriali, nonché la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni che, ai sensi del novellato art. 117 Cost., non soltanto assegna alle Regioni una più ampia potestà legislativa, ma rovesciando il criterio di enumerazione prima vigente, definisce la legge regionale quale fonte di competenza generale (o residuale). Sul punto vedesi, L. ANTONINI, *art. 117 Cost., c. 2, 3, 4*, cit., 2227 ss. Analizza le ricadute della riforma del titolo V della Costituzione, segnalando la ridefinizione del rapporto tra centro e periferia, in favore degli enti più vicini al cittadino, I.M. MARINO, *Aspetti della recente evoluzione cit., passim*.

⁶⁴ Vedesi, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2003; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, a cura di ID., Napoli, 2007, 11 ss.; ID., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna,

l'originario ambito d'azione riservato al legislatore nazionale. Ne consegue che l'atto legislativo statale è assediato, al contempo, tanto dall'interno, con l'ampliamento dei compiti, legislativi ed amministrativi, affidati alle Regioni e agli enti locali; che dall'esterno, ovvero da discipline «globali» e di origine europea, che conquistano settori importanti di normazione, un tempo di esclusivo appannaggio dello Stato. L'odierno sistema delle fonti è assai complesso e variegato, composto da disposizioni di varia provenienza (globale, comunitario e statale), aventi spesso efficacia limitata a determinate materie, i cui precetti si integrano e completano vicendevolmente. In tale contesto, il ruolo assunto dall'interprete e dal giudice, in particolare, è fondamentale: egli è chiamato ad individuare le norme regolanti il caso concreto dalle disposizioni⁶⁵ provenienti da diversi centri di produzione normativa, anche extrastatali, dalle quali trarre i principi generali necessari all'interpretazione, attuazione ed integrazione del diritto. Invero, “nell'unità di tempo e con riferimento alla specificità di un individuato rapporto l'ordinamento giuridico di riferimento [...] non può che essere uno e uno soltanto”⁶⁶. sicché, nell'attuale momento storico, il parametro interpretativo fondamentale non può che essere quello del *nisi tota lege perspecta*⁶⁷.

2009.

⁶⁵ Su tali profili, vedesi, il classico contributo di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.

⁶⁶ N. LIPARI, «Concorrenza tra ordinamenti» e sistema delle fonti, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, a cura di A. DONATI, A. GRILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI, vol. I, *Fondamenti etici e processo*, a cura di A. DONATI e A. SASSI, Torino, 2009, 419 e *passim*,

⁶⁷ *Ibidem*, 416 e *passim*, in cui l'Autore richiama il brocardo “Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere” (Celso, D. 1, 3, 24).

6. *Principi generali e diritto dell'Unione europea*

Nonostante il diritto comunitario si sia caratterizzato per la sua settorialità, la Corte di giustizia ha enucleato una serie di principi generali, desumendoli, a secondo dei casi, dai Trattati, dal diritto comunitario derivato e dagli ordinamenti degli Stati membri, per mezzo dei quali, interpretare le disposizioni comunitarie, valutare la legittimità degli atti delle istituzioni, nonché sopperire alle lacune del diritto comunitario. La Corte del Lussemburgo ha così rimediato alla frammentarietà del diritto comunitario, in vista del conseguimento di quella “unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”⁶⁸, tesa alla progressiva integrazione, in senso monista, tra gli ordinamenti giuridici comunitario e degli Stati membri⁶⁹.

⁶⁸ Tale espressione introdotta nel Trattato sull'Unione europea sin dalla sua originaria formulazione adottata a Maastricht il 7 febbraio 1992, è stata mantenuta anche dopo le modifiche apportate dai Trattati di Amsterdam (del 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 2001), Nizza (firmato il 26 febbraio 2001, entrato in vigore il 1° febbraio 2003), Atene (del 16 aprile 2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004), e Lisbona (del 3 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009), sicché essa compare nel preambolo del vigente Trattato sull'Unione europea, in GUUE del 9 maggio 2008, C 115/15.

⁶⁹ E' noto che i rapporti intercorrenti tra gli ordinamenti giuridici, nazionali e comunitario, hanno dato luogo allo scontro interpretativo tra le Corti costituzionali nazionali (tedesca, francese ed italiana, in particolare) e la Corte di giustizia, la quale, nell'ottica dell'integrazione tra gli ordinamenti giuridici (c.d. tesi monista), ha affermato la preminenza delle norme comunitarie sulle norme interne degli Stati membri, fin dalle sentenze *Van Gen&Loos*, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Costa*, 15 luglio 1964, causa C-6/64; *Simmenthal*, 9 marzo 1978, causa C-106/77, e della successiva giurisprudenza sviluppatasi su tale filone interpretativo. A tale orientamento ha fatto da contraltare la c.d. tesi dualista o della separazione degli ordinamenti giuridici, propugnata da quasi tutte le Corti costituzionali degli Stati membri. Limitandoci all'esperienza italiana, la Corte costituzionale, con le celeberrime sentenze nn. 170/1984, 113/1985, 232/89 e 168/1991, tutte in www.giurcost.org, si è riservata di verificare, attraverso il sindacato costituzionale di legittimità dei provvedimenti esecutivi del diritto comunitario, che gli atti comunitari, non contrastino con i principi fondamentali e i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, dando così la stura alla controversa teoria dei c.d. “controlimiti”, per la quale, può rinviarsi, tra i molti

Invero, il diritto dell'Unione europea presenta la peculiarità di rivolgersi, al contempo, sia nei confronti degli Stati membri che dei cittadini europei⁷⁰; a quest'ultimi, in particolare, è concessa una incisiva tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute e garantite dal diritto dell'Unione europea, anche nei casi in cui la violazione derivasse da atti e comportamenti degli Stati d'origine. E proprio al fine di garantire i diritti degli individui che la Corte di giustizia, fin dall'inizio della sua attività, ha forgiato una serie di principi generali del diritto comunitario (oggi, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, diritto dell'Unione europea⁷¹), per

contributi dedicati al tema, a: M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, 130 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, 5 ss.; A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritti UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1309 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni. Atti del Convegno annuale del «Gruppo Pisa»*, a cura di S. STAIANO, Torino, 2005, 828 ss. nonché, alle recenti riflessioni di A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 23 ss. Quest'ultimo Autore sottolinea che la teoria dei "controlimiti" in un contesto europeo, com'è quello attuale, sempre più attento ai diritti fondamentali (vedesi, *infra*, § 5), merita di essere riformulata. Invero, in considerazione di un rapporto sempre più integrato tra Corti, nazionali ed europea, agevolato dal rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* (ora art. 234 TCE), che potrà essere esperito anche dalla Corte costituzionale, quest'ultima potrebbe intervenire in materia di diritti fondamentali, solo dopo che il provvedimento della Corte di giustizia si mostri incapace ad apprestare tutela a un valore, diritto o principio considerato intangibile dalla Costituzione italiana.

Per quanto concerne i rapporti tra norme dell'Unione europea e norme italiane, vedesi, in generale, G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., 183 ss.

⁷⁰ La cittadinanza europea è ora disciplinata dagli artt. 20-25 del TFUE, cfr. G. GAJA, A. ADINOLFI, *ult. op. cit.*, 14 ss.

⁷¹ Dopo il fallimento del progetto di "Costituzione europea", in GUUE del 18 luglio 2003, C 169/1 ss., il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha ridisegnato il diritto dell'Unione europea, eliminando la precedente struttura a tre pilastri, e rimodulandolo in base a due, diversi, Trattati (oltre al Trattato Euroatom): il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, entrambi pubblicati in GUUE del 9 maggio 2008, C 115,

mezzo dei quali ha contribuito, più di ogni altra istituzione, a delineare i fondamentali aspetti dell'Ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Nonostante i Trattati vigenti si riferiscano esplicitamente ai “principi generali comuni ai diritti degli Stati membri” solo in materia di responsabilità extracontrattuale (art. 340 TFUE)⁷² e in tema di tutela dei diritti fondamentali (art. 6, § 3, TUE), la Corte di giustizia, interpretando il proprio ruolo di garante dell’uniforme interpretazione ed applicazione del Trattato e di qualsiasi regola di diritto ad esso afferente⁷³, ha autonomamente elaborato i principi generali estendendo tale metodo di rilevazione, anche in settori e materie diverse, conferendo ad essi una portata che esorbita da qualunque riferimento testuale. Ne consegue che i principi generali del diritto dell’Unione europea sono essenzialmente opera della Corte del Lussemburgo, la quale li desume direttamente dai Trattati e dal diritto derivato, ovvero,

rispettivamente, alle pagg. 13 ss. e 47 ss. Per quanto concerne il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, vedesi, I.M. MARINO, *The missed constitution: what the european citizen has lost*, in *Megatrend review*, 2009, 71 ss.

⁷² In linea con quanto già affermato dal previgente art. 288 TCE (*ex art.* 215, co. 2°, TCE), l'art. 340 del TFUE dispone che “In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. In deroga al secondo comma, la Banca centrale europea deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa e dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni”.

⁷³ Vedesi, art. 19 TUE (già art. 220 TCE), che è considerato “the most important provision of the founding Treaties”, in quanto suppone l’esistenza di un ordinamento giuridico e che pertanto, abilita la Corte di giustizia a ricercare i principi generali di esso, T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford-New York, 1999, 11. Medesima interpretazione, ma fondata sull’art. 230 TCE, è fornita da M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 214. Nonostante la quasi identità della formulazione delle disposizioni sopra citate, l’una è attributiva della giurisdizione sia della Corte di giustizia che del Tribunale di primo grado, affermando che questi “assicurano, nell’ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del presente trattato” (art. 220, co. 1, TCE); l’altro, segnala i motivi di ricorso su cui la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, tra le quali, “la violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione” (art. 230, co. 2, TCE).

se necessario, elevando a tale ruolo quelli considerati comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁷⁴. In altri termini, la Corte di giustizia, considerando ineludibile il suo ruolo istituzionale anche in presenza di lacune nella normazione europea, ha forgiato una serie di principi mediante i quali pervenire alla soluzione dei casi concreti sottoposti al suo giudizio. Ciò evidenzia, ulteriormente, le peculiarità dell'Unione europea quale sistema giuridico insuscettibile di essere ricondotto a qualunque modello ordinamentale ed organizzazione internazionale⁷⁵.

⁷⁴ Corte di giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame III*, cause riunite C-46/93 e C-48/93.

⁷⁵ E' opinione comune, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'Ordinamento giuridico dell'Unione europea presenti caratteristiche tali da distinguerlo sia dal diritto internazionale che dal diritto statale. Invero, la Corte di giustizia, sin dalla citata sentenza *Van Gend&Loos* (vedi, *supra*, nota 63), ha affermato che il diritto comunitario è “un ordinamento giuridico di nuovo genere” che “indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi”. A ciò ha fatto eco la dottrina, la quale ha segnalato che il sistema giuridico dell'Unione europea si specifica per l'interazione ed integrazione tra ordinamenti, europeo e degli Stati membri, ovvero esso è ordinamento “composito”, un *unicum*, non suscettibile di essere analizzato attraverso teorie e modelli già proposti, G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, 58 ss. e *passim*, e che non conosce fenomeni, precedenti o contemporanei, simili, T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 1999, 9. Invero, nonostante l'Unione europea presenti gli elementi essenziali (plurisoggettività, organizzazione e normazione) per qualificarsi – secondo la teoria istituzionale (vedesi, *supra*, nota 13) – ordinamento giuridico, si è puntualizzato che essa si distingue in quanto dotata di “una sovranità «organizzativa» e dunque «coordinativa», sia per quanto riguarda le relazioni giuridiche tra Stati, che tra popoli degli Stati”, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 5, con ciò confermando che il dato essenziale e non riducibile dell'Unione è l'integrazione tra ordinamenti, la loro costante relazione, sicché ad esso si attagliano maggiormente i concetti del pluralismo giuridico, quali “spazio giuridico”, “*governance* multilivello” ecc. piuttosto che la vecchia teorica dell'ordinamento giuridico, incapace di spiegare i fenomeni in atto quali la primazia del diritto comunitario, l'istituto della disapplicazione, l'autonomia procedurale e processuale degli Stati membri ecc. Invero, “secondo una concezione pluralista del diritto, quando viene meno il fenomeno dell'autorità, una pluralità di istituzioni dotate di varia autorevolezza e di diversa legittimazione (rappresentanza politica, *expertise* tecnica, influenza economica ecc.) cooperano ed eventualmente entrano in conflitto all'interno di uno spazio giuridico non ordinamentale, perché pluralista (anziché

Invero, mentre l'ordinamento internazionale è incompleto per definizione, la Corte di giustizia, investendosi del compito di individuare i principi generali del diritto dell'Unione europea, ha ipotizzato che il sistema giuridico comunitario fosse intrinsecamente completo e/o completabile⁷⁶. Tale presupposto, tuttavia, non corrisponde all'ordinamento dell'Unione che, come già detto, è composto, essenzialmente, da atti normativi settoriali e di solito carenti di disposizioni di dettaglio, sicché il ricorso, da parte della Corte di giustizia, ai principi generali ha assunto proporzioni e ruolo non comparabili con quello che di solito essi ricoprono in qualunque altro ordinamento giuridico, sia statale che internazionale. Tramite la esplicazione ed applicazione dei vari principi, il giudice europeo delinea l'Unione europea quale sistema giuridico unitario e coerente che va sempre più evolvendosi, anche in considerazione del progressivo ampliamento delle sue competenze non più limitate a quelle di natura economico-finanziaria, quale istituzione sovranazionale a fini, tendenzialmente, generali⁷⁷.

unitario), antinomico (anziché coerente), insaturo (anziché completo)”, vedesi, G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 50 e *passim*; nonché M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 976 ss. Non è mancato, infine, chi ha affermato la natura “artificiale” dell'ordinamento giuridico comunitario, basandosi sul rilievo che esso, in quanto creato dalla volontà degli Stati membri, presenta norme che non sono prodotte “in un raggruppamento sociale che si organizza istituzionalmente”, S. BARIATTI, *Il ruolo del giudice nella costruzione dell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, Milano, 1999, 120.

⁷⁶ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 215. Le organizzazioni internazionali sono, di solito, considerate “sfornite di poteri vincolanti”, per le remore mostrate dagli Stati di limitare, per tal via, la loro sovranità, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, V ed., Napoli, 1999, 140.

⁷⁷ Nonostante i recenti arresti ad una più ampia integrazione politica e sociale, verificatesi all'indomani dei referendum olandesi e francesi del 2005 che hanno bocciato la c.d. Costituzione europea, superati solo con l'entrata in vigore del Trattato

Invero, la Corte di giustizia ha massicciamente impiegato i principi generali non solo in funzione integrativa (*analogia juris*) ed ermeneutica (*analogia legis*) del diritto dell'Unione, ma anche quale metodo per rilevare, dalle esperienze costituzionali comuni degli Stati membri, i diritti fondamentali degli individui a cui apprestare tutela, nonché i tratti fondamentali del sistema giuridico europeo, pervenendo a definire i parametri in base ai quali fondare un giudizio di legittimità che interessa sia gli atti delle istituzioni europee, che quelli, amministrativi o normativi, degli Stati membri⁷⁸.

In mancanza di esplicite disposizioni dei Trattati, la Corte di giustizia ha elaborato, come principi generali, sia i diritti fondamentali che i fondamenti dell'ordinamento europeo, entrambi necessari per la complessiva tenuta di un sistema che integra livelli sopranazionali con quelli nazionali.

Per quanto concerne i primi, era evidente che una sempre più intensa ed ampia integrazione economica tra gli Stati membri, realizzata tramite l'azione delle originarie Comunità europee, avrebbe inciso sulle libertà e i diritti fondamentali dell'uomo. Sicché, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha, inizialmente, apprestato tutela a quei diritti fondamentali, riconosciuti tali in quanto comuni alle esperienze costituzionali degli Stati membri o perché sanciti da

di Lisbona, è indubbio che l'evoluzione dell'ordinamento comunitario è stata pervasa, sin dalle origini, da uno sviluppo che ha ben presto sovvertito l'originario disegno di Jean Monnet, secondo cui le istituzioni europee dovevano configurarsi quali organismi con funzioni specifiche e circoscritti a determinate materie. In realtà, nel corso degli anni, si è assistito ad una progressiva e sempre più stretta integrazione politica e sociale tra gli Stati membri e ad una estensione delle competenze attribuite alla Comunità (oggi, Unione europea), sicché le istituzioni europee sembrano più vicine al modello auspicato da un altro insigne padre fondatore, Altiero Spinelli, il quale mirava all'unione dei popoli e alla costituzione di uno Stato federale.

⁷⁸ Su quest'ultimo profilo, cfr. A.G. TOTH, *General principles of law*, in *The Oxford encyclopedia of european community law, Institutional law*, vol. I, Oxford, 1990.

strumenti internazionali, purché compatibili con le finalità comunitarie⁷⁹; successivamente introdotti nelle varie stesure del Trattato dell'Unione europea, si sono esplicitamente riconosciuti e tutelati i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali” (art. 6 TUE)⁸⁰.

⁷⁹ Sia pure la Corte di giustizia con la sentenza del 4 febbraio 1959, *Stork*, C-1/58, aveva affermato che i diritti fondamentali dovevano tutelarsi nell'ambito di ciascuno Stato membro, in quanto non afferenti alle finalità del diritto comunitario; successivamente, li ha qualificati come “principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza” (sentenza del 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29/69), ribadendo e specificando tale orientamento con la sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, che affermava la tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia nella misura in cui essi fossero incisi da atti comunitari e purché ciò non inficiasse il primato del diritto comunitario: “il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità, né la sua efficacia nel territorio dello Stato”. L'evoluzione giurisprudenziale ha inteso apprestare una sempre maggiore e ampia tutela ai diritti fondamentali, ricercando, all'uopo, spunti anche nel diritto internazionale pattizio. Merita, pertanto, menzione il caso *Nold*, C-4/73, con la quale, per la prima volta, la Corte di giustizia segnala l'opportunità di riferirsi, oltre alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, anche ai “trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario”, nonché la sentenza *Rutili*, C-36/75, che, specificatamente, richiama la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

⁸⁰ La tutela dei diritti fondamentali dagli atti delle istituzioni è stata originariamente garantita dalla Corte di giustizia, che con la sentenza del 13 dicembre 1979, *Hauer*, causa C-44/79, li ha ritenuti “parte integrante dei principi generali del diritto” in quanto “nel garantire la tutela di tali diritti essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario”. Tale orientamento giurisprudenziale, è stato successivamente acquisito dal Trattato di Maastricht che,

Con riferimento ai secondi, la Corte di giustizia ha individuato una serie principi generali al fine di dare coerenza ed omogeneità al diritto dell'Unione europea quale ordinamento giuridico "composito"⁸¹, ovverosia quale sistema giuridico che si integra con gli ordinamenti degli Stati membri. Anche per quanto riguarda i tratti fondanti (o "costituzionali") dell'ordinamento dell'Unione sono stati individuati dalla Corte di giustizia mediante una riflessione sul complesso della legislazione comunitaria, tramite un'attenta selezione dei principi comuni degli Stati membri, nonché da quelli ritenuti propri di ogni ordinamento giuridico in quanto tale.

all'art. 6 TUE, ha riconosciuto esplicita tutela ai diritti fondamentali, con ciò riferendosi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Tale disposizione è stata confermata dal Trattato di Lisbona, sicché il vigente Trattato dell'Unione europea afferma che: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione ed applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (art. 6 TUE). Tra le molte pubblicazioni recentemente dedicate al tema, vedesi, S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 7 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. BASSANINI, G. TIBERI, Bologna, II ed., 2010, 99 ss.

⁸¹ Il riferimento è, ovviamente, a G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, cit., *passim*.

7. La progressiva elaborazione dei principi generali dell'Unione europea

Si è già accennato al metodo mediante il quale la Corte di giustizia procede alla rilevazione dei principi generali, qualora essi non siano ricavabili in via interpretativa dalle disposizioni del diritto comunitario: la Corte, estendendo la tecnica originariamente prevista per i casi di responsabilità extracontrattuale⁸², li trae da quelli considerati comuni ai diritti degli Stati membri.

Sembra, pertanto, che tale procedimento di elaborazione dei principi generali presupponga che la Corte di giustizia verifichi la loro vigenza in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, ovvero che i principi da questa elevati quali generali del diritto dell'Unione, rappresentino quelli riscontrati effettivamente quali comuni tra gli ordinamenti nazionali o quanto meno si configurino quali “minimo denominatore comune” di essi. Sennonché, la Corte di giustizia, ben presto, si è ritenuta svincolata dall'operare in tal modo e, così come ha ritenuto di riferirsi “ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri” anche in materie diverse da quella per cui tale rinvio fu originariamente congegnato, ha altresì selezionato i principi generali dell'Unione europea, in netto contrasto alla tecnica indicata dalla disposizione, addivenendo ad una elaborazione dei principi generali sostanzialmente slegata dalle disposizioni del Trattato.

Invero, all'inizio della sua attività, la Corte ha mostrato di propendere per la comparazione degli ordinamenti giuridici degli Stati

⁸² Vedesi, *supra*, § 5, nota 70.

membri, al fine di individuare, tra i principi comuni, quello necessario alla risoluzione del caso sottoposto. Imprescindibile riferimento in materia è la celebre sentenza *Algera*, con la quale, la Corte di giustizia procede ad una particolareggiata analisi comparativa, per rispondere, in assenza di precise disposizioni al riguardo, al quesito posto in ordine alla revocabilità di un atto amministrativo tardivamente valutato come illegittimo. La Corte perviene alla soluzione in base al principio, riscontrabile in tutti gli Stati allora membri, del principio del legittimo affidamento del destinatario dell'atto, il quale, pertanto, vanta una posizione da considerarsi prevalente a quello dell'Amministrazione di revocare il suo atto⁸³.

La sentenza citata assume un indubbio rilievo nell'ambito di tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia, in quanto esplica la metodologia impiegata all'uopo dal giudice europeo, ma è rimasta l'unica che ha palesato minuziosamente la comparazione dei sistemi giuridici nazionali, quale tecnica per desumere i principi generali dell'ordinamento comunitario⁸⁴. Ed invero, la Corte si è

⁸³ Corte di giustizia, sentenza del 12 luglio 1957, *Algera*, C-7/56 e 3-7/57, in cui si afferma che la revoca degli atti amministrativi è “un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i Paesi della Comunità ma per la cui soluzione il Trattato non prevede alcuna norma giuridica. La Corte per non denegare giustizia è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza degli Stati membri. Da un esame di diritto comparato risulta che nei sei Stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'Amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola”.

⁸⁴ Ciò è rilevato da A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 540, nota 53, in cui riporta l'osservazione compiuta da MESSEN, *Zur theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1974, 300.

successivamente allontanata da tale modo di operare, rendendo, di volta in volta, sentenze che si sono limitate a comparazioni sommarie, ovvero acquisendo principi presenti solo in alcuni degli ordinamenti nazionali⁸⁵, o, addirittura, in un solo Stato membro⁸⁶. Né sono mancati arresti giurisprudenziali del tutto apodittici, con i quali la Corte di giustizia ha riconosciuto principi generali dell'ordinamento europeo in quanto ritenuti approssimativamente "comuni agli Stati membri"⁸⁷ ovvero già incorporati nel diritto comunitario e, pertanto, non bisognevoli di alcuna motivazione⁸⁸.

⁸⁵ Vedesi, sentenza del 13 dicembre 1979, *Hauer*, C-44/79, in cui la Corte di giustizia, pur affermando di dover risolvere la questione sottoposte in base alle esperienze costituzionali degli Stati membri, in concreto si limita a comparare solo tre costituzioni (in particolare, quelle della Repubblica italiana, della Repubblica federale tedesca e della Repubblica irlandese) ed appresta una soluzione che, implicitamente, si riferisce ad uno solo degli ordinamenti presi in considerazione, quello tedesco.

Non sono mancate decisioni con le quali la Corte di giustizia ha ritenuto di conformarsi al principio adottato dalla "maggioranza" degli Stati membri. In base a tale riferimento, la Corte ha ammesso l'azione volta a dichiarare la responsabilità per danni imminenti e prevedibili, vedesi, Corte di giustizia, sentenza del 2 giugno 1976, *Kampfmeyer*, C-56-60/74; nonché ha qualificato come "contrattuale" la responsabilità del produttore nei confronti del compratore finale, per i danni da questo subiti a causa dei vizi o dell'inidoneità della merce acquistata, Corte di giustizia, sentenza del 17 giugno 1992, *Jakob Handte*, C-26/91.

⁸⁶ E' quanto verificatosi nella definizione del principio di proporzionalità, tratto dalla Corte di giustizia dall'ordinamento giuridico tedesco. Sul punto vedesi, *infra*, cap. II, § 1.

⁸⁷ Il richiamo generico agli ordinamenti degli Stati membri, senza che a ciò segua una effettiva analisi comparativa di essi in ordine all'esistenza del principio dichiarato, è riscontrabile in Corte di giustizia, sentenza del 18 ottobre 1989, *Orkem*, C-374/87, con la quale si escludono le persone giuridiche dal divieto di testimoniare contro sé stesse; Corte di giustizia, sentenza del 4 luglio 1963, *Alvis*, C-32/62, in cui si riconosce il diritto di difesa dei pubblici dipendenti nei procedimenti disciplinari in cui sono sottoposti; Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 1989, *Hoechst*, C-46/87 e 227/88, in tema di inviolabilità del domicilio delle persone giuridiche.

⁸⁸ Si ritengono principi dell'ordinamento comunitario, senza all'uopo richiamare gli ordinamenti degli Stati membri: il diritto di difesa, sentenza *Orkem* (citata alla nota precedente); il principio *audiatur et altera pars*, quale esplicazione del diritto di difesa, Corte di giustizia, sentenza del 23 ottobre 1974, *Transocean Marine Paint Association*, C-17/74; "il principio generale secondo cui ogni amministrazione, qualora adotti un provvedimento atto a ledere gravemente interessi individuali, deve porre l'interessato

Nel forgiare i principi generali dell'ordinamento comunitario, la Corte del Lussemburgo non è andata alla ricerca di *standards* effettivamente comuni agli ordinamenti nazionali, ma ha ritenuto di conformarsi alla soluzione che, tra quelle elaborate nei singoli ordinamenti degli Stati membri, fosse maggiormente funzionale a perseguire gli scopi del Trattato. Se è ovvio considerare che l'accesso al metodo comparativo presuppone l'omogeneità dei sistemi giuridici da raffrontarsi, il progressivo ampliamento della Comunità europea a diverse nazioni ha inciso sulla praticabilità ed opportunità di tale tecnica. E' sufficiente rammentare che le numerose adesioni alla Comunità (oggi, Unione) europea, verificatesi nel corso del tempo, hanno inevitabilmente influito sulla compattezza giuridica, oltre che culturale ed economica, dell'Unione europea, nella quale convivono ordinamenti giuridici sia di *civil law* che di *common law*⁸⁹. Tali considerazioni mettono in luce non soltanto l'indubbia difficoltà della Corte di giustizia di analizzare così tanti ed eterogenei ordinamenti, ma la stessa utilità del procedimento comparativo, così come attuato nella sentenza *Algera*. Invero, un'interpretazione letterale della disposizione oggi prevista all'art. 340 TFUE⁹⁰ induce, inevitabilmente, ad automatismi che possono mostrarsi controproducenti in vista del conseguimento delle finalità del Trattato e della progressiva integrazione tra ordinamenti, europeo e nazionali. Ciò è tanto più

in grado di far conoscere il proprio punto di vista”, sentenza del 27 ottobre 1977, *Moli*, C-121/76.

⁸⁹ Gli originari Stati fondatori delle comunità europee (CECA, EURATOM e CEE) presentavano sistemi giuridici riconducibili al ceppo romano-germanico (o di *Civil law*); tale uniformità ordinamentale si infranse con il primo ampliamento delle comunità europee: il 1° gennaio 1973, infatti, si formalizzava l'adesione (oltre di Irlanda e Danimarca) del Regno Unito, il cui diritto – com'è noto – si organizza nel diverso sistema di *Common law*.

⁹⁰ Vedesi, *supra*, nota 70.

chiaro se si considera che i principi generali svolgono importanti funzioni di interpretazione ed integrazione del diritto dell'Unione europea, sicché è essenziale che essi siano in grado di garantire lo sviluppo del sistema giuridico europeo, piuttosto che essere momenti di convergenza di tutti gli ordinamenti nazionali. La Corte di giustizia eleverà a principio generale dell'ordinamento europeo non già quello presente in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, ma quel principio che consenta di pervenire alla soluzione che, così come elaborata dal diritto degli Stati membri, è più confacente al “progresso” del sistema giuridico europeo⁹¹.

In altre parole, la Corte di giustizia utilizza la tecnica della *better law* ovvero della “integrazione selettiva”⁹²; sicché, il metodo

⁹¹ Vedesi, in proposito, le conclusioni proposte dall'Avv. gen. Lagrange nel caso *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V.*, C-14/61 (conclusosi con sentenza del 12 luglio 1962), nonché quelle fornite dall'Avv. gen. Roemer nel caso *Aktien-Zuckerfabrick Schöppendstendt*, C-5/71 (sentenza del 2 dicembre 1971), nelle quali si evidenzia che la Corte di giustizia eleva a principi generali dell'ordinamento comunitario, non già i principi che rappresentino un “minimo comune denominatore” di tutti gli ordinamenti statali, ma quelli che, pur presenti solo in alcuni di essi, sono la soluzione migliore, o più progressista, per perseguire le finalità del Trattato. Sulla stessa scia interpretativa, F. MANCINI, *Safeguarding human rights: the role of the Court of justice of the European Communities*, in *Judicial protection of human right at the national and international level*, a cura di F. CARPI, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Milano, 1991, 509 s., il quale ha osservato che “a) in order to be common a principle does not have to form part of the system of every State; b) the Court does not have to go looking for maximum, minimum or average standards” concludendo, che la forma di protezione da attuare in ambito comunitario potrà esser scelta anche tra quelle garantite soltanto in un solo ordinamento giuridico. Come ha sottolineato attenta dottrina, la possibilità di rinvenire un principio in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dipenda dall'indice della sua astrattezza: tanto più un principio è astratto e “di natura molto generale” tanto più “non è difficile rilevare, al di là di probabili differenze terminologiche, la presenza di principi analoghi in tutti gli Stati membri. Più si sale, per così dire, verso principi generali più è facile riscontrare una certa uniformità di soluzioni; più si discende, invece, verso la regola materiale più appaiono le divergenze tra gli ordinamenti degli Stati membri”, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., 549.

⁹² Per quanto riguarda la c.d. “integrazione selettiva”, quale metodo per colmare le

comparativo in concreto attuato dal giudice europeo, consiste in una valutazione qualitativa dei principi presenti negli ordinamenti degli Stati membri, al fine di individuare quello che, sia pure non generalmente condiviso, consenta di pervenire, nell'ottica di un'integrazione dinamica dell'ordinamento dell'Unione europea, alla soluzione del caso concreto.

E', pertanto, evidente che la Corte di giustizia si ritaglia un ruolo di artefice del diritto: nonostante il costante richiamo "ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri", il processo di rilevazione ed applicazione dei principi generali dell'Unione europea è eminentemente creativo ed esalta la discrezionalità del giudice europeo⁹³, il quale, al fine di apprestare la tutela migliore nel caso concreto, "ha talora tratto spunto non tanto da principi consolidati quanto da mere tendenze evolutive riscontrate negli ordinamenti

lacune dell'ordinamento comunitario, vedesi, per tutti, P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XV, Padova, 1997, 260 ss.; A. BREMIDAS, *Methods of interpretation and Communities law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1978, 126.

⁹³ Non sono mancate, in dottrina, opinioni perplesse, se non dissenzienti, in ordine alla funzione di "legislatore di fatto" che la Corte di giustizia, ha, man mano, assunto, cfr. A.M. DONNER, *The constitutional power of the Court of justice of the European Communities*, in *Comm. mark. law rev.*, 1974, 140; P. MENGOZZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 511 ss.; T. HARTLEY, *Constitutional problems of the European Union*, Oxford-Portland, 1999 e ID., *The european Court, judicial objectivity and the Costitution of the European Union*, in *Law quaterly rev.*, 1996, 95 ss. Tuttavia, non può disconoscersi il ruolo preminente che la Corte di giustizia ha acquisito nell'edificazione del diritto comunitario, rispetto alle altre Istituzioni europee, contribuendo, "in modo determinante allo sviluppo ed al rafforzamento del diritto comunitario: definendone le caratteristiche essenziali e la stessa identità, conferendogli autorità, spessore ed incisività e costruendolo via via come sistema giuridico organico e tendenzialmente compiuto", sicché, "nessun discorso può utilmente e seriamente svolgersi intorno al diritto comunitario se non lo si salda strettamente alla giurisprudenza della Corte", A. TIZZANO, *Problematiche del diritto della Comunità europea*, Roma, 1992, 22.

nazionali”⁹⁴, nonché da soluzioni desunte anche da ordinamenti di Stati non membri.

Quest'ultimo rilievo consente di mettere in luce l'influenza che la giurisprudenza straniera esercita nell'elaborazione dei principi generali del diritto dell'Unione e, tramite essi, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Invero, sia i pareri dell'Avvocatura generale che le note predisposte dalla Direzione di ricerca e documentazione della Corte di giustizia, in non poche cause, si sono rivolti ai principi generali elaborati dalla giurisprudenza di Stati terzi⁹⁵. Entrambi questi

⁹⁴ Così, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., 555, ivi ulteriori indicazioni bibliografiche. Tale modo di operare del giudice comunitario, ha suscitato qualche perplessità; specie la dottrina più risalente, ha segnalato che la soluzione reputata migliore o più progressista dalla Corte di giustizia è, in definitiva, rimessa ad una sua valutazione soggettiva, M. AKEHURST, *The application of general principles of law by the Court of justice of the European Communities*, in *The British Year Book of International Law*, Oxford, 1981, 29 ss. Tali appunti sono superabili se si tiene conto che, qualunque scelta operata dal giudice europeo, deve essere sostenuta da un'adeguata motivazione. Invero, è stato segnalato che gli organi comunitari “posti di fronte alla diversità di principi nazionali, non saranno liberi di compiere scelte avventate, ma al contrario dovranno obbedire all'esigenza di giustificare sul piano logico – e tenendo conto dei fini comunitari – il superamento di certi contrasti, valorizzando le tendenze evolutive prevalenti, ed eventualmente convergenti”, G. BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità Europee*, Milano, 1971, 81, richiamato da F. TORIELLO, *I Principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, 133.

⁹⁵ Ciò è stato evidenziato nella breve indagine condotta dal giudice del Tribunale di prima istanza, N. FORWARD, *L'uso della giurisprudenza nazionale e del case law nella Corte di giustizia europea*, in *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di A.M. Marini e D. Cerri, Pisa, 2007, 107 ss. in cui si è sottolineato il riferimento a principi generali di diritto di Stati non membri, nel parere redatto dall'Avv. gen. Warner nel caso *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A.*, C-6 e 7/73; in entrambi i pareri resi per la causa *AM&S*, C-155/79, rispettivamente, dall'Avv. gen. Warner e dall'Avv. gen. Slynn; in quello reso dall'Avv. gen. Darmon nella causa *Bayer*, C-65/86; nel parere dell'Avv. Gen. Geelhood, per la causa *British American Tobacco (Investments) Ltd*, C-491/01. Il giudice Forward segnala, infine, che in 84 note di ricerca, compilate dalla Divisione della Ricerca e Documentazione della Corte di giustizia dal 1973, sono state esaminate leggi e giurisprudenza di Paesi terzi. Di queste, ben 70 si sono riferite alla giurisprudenza degli USA, le rimanenti si sono correlate al sistema giuridico di Svizzera, Canada, Giappone, Norvegia, l'Australia e Nuova

organi – l'uno previsto in seno ai Trattati, l'altro parte dell'organigramma della Corte di giustizia – esprimono valutazioni che indubbiamente influenzano le decisioni del giudice europeo; è, infatti, innegabile che il rigore scientifico delle note della Direzione di ricerca e documentazione⁹⁶ ovvero i pareri resi dall'Avvocatura generale⁹⁷ indirizzino la Corte circa la soluzione da apprestare nel caso concreto. Si è, in definitiva, ampliato lo spettro di ricerca della soluzione delle controversie oltre i confini dell'Unione e degli Stati membri, segno evidente che la Corte di giustizia può trarre “ispirazione”, se necessario, anche dall'esperienza giuridica di Paesi non membri⁹⁸.

Zelanda.

⁹⁶ La Direzione della ricerca e della documentazione svolge diversi compiti per la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella cui struttura organizzativa è incardinata. Oltre a svolgere funzioni simili a quelle che in Italia ha l'Ufficio del Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, la Direzione della ricerca e della documentazione, svolge un ruolo essenziale, allorché la causa sottoposta al giudizio di uno dei tre organi giurisdizionali dell'Unione europea (Corte di giustizia, Tribunale e tribunali specializzati, cfr., art. 19 TUE) richieda un approccio di diritto comparato. Invero, la Direzione di ricerca e della documentazione è composta da 35 giuristi, coadiuvati da documentaristi, che conoscono gli ordinamenti degli Stati membri; qualora chiesto dal giudice, la Direzione redige una nota di ricerca con cui illustra le diverse soluzioni che ciascun ordinamento degli Stati membri, appresta alla problematica oggetto di giudizio. Cfr. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11968/direction-de-la-recherche-et-documentation.

⁹⁷ Invero, al pari dei giudici della Corte di giustizia e del Tribunale, gli avvocati generali sono scelti “tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza” (art. 19, § 2, TUE) e, al contempo, “riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza” (art. 253 TFUE). Gli avvocati generali hanno “l'ufficio di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono” il loro “intervento” (art. 252 TFUE). Gli avvocati generali esplicano, pertanto, la funzione di prospettare alla Corte le possibili soluzioni del caso di specie, illustrando le conseguenze di ciascuna di esse ed indicando quella considerata preferibile.

⁹⁸ Si pensi, solo a titolo esemplificativo, al diritto antitrust e alle autorità indipendenti dell'Unione europea per i quali, sono usuali in dottrina, i rinvii e le comparazioni con l'esperienza maturata nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti. L'Unione europea si

8. *Diritto comunitario ed omogeneizzazione degli ordinamenti giuridici*

I principi generali del diritto dell'Unione europea, sanciti dalla Corte di giustizia mediante la tecnica sopra illustrata, hanno ricadute negli ordinamenti giuridici di ciascuno Stato membro. Se il processo di rilevazione dei principi generali corrisponde alla c.d. fase ascendente, ovvero di assunzione, da parte del diritto dell'Unione, dei principi presenti negli Stati nazionali; bisogna ora sottolineare la successiva fase, detta discendente, ovvero di applicazione, in ciascun Stato membro, dei principi generali così come riformulati dalla Corte di giustizia⁹⁹.

Il singolare procedimento di ricezione e ricostruzione dei principi generali dell'Unione europea e il loro operare nell'ambito di un ordinamento *multi-level*, evidenziano l'influenza che essi esercitano nel diritto degli Stati membri e si pongono quale strumento di integrazione giuridica degli ordinamenti dell'Unione e nazionali. In particolare, i principi generali, così come enunciati dalla Corte di

configura così quale ordinamento giuridico “aperto” anche ad esperienze giuridiche “altre”, similmente a quanto si verificò nell'età del diritto comune. Invero, l'analisi condotta da illustre dottrina sulla giurisprudenza dei secoli XVI e XVIII, ha evidenziato il ricorso, da parte dell'organo giudicante, alla *lex alius loci* o *extera*, qualora la risoluzione del caso *sub iudice* non poteva esser resa per mancanza o incertezza della *lex loci* o del diritto comune, G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 543 ss. e 651 ss.; ID., *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 928 ss.

⁹⁹ G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85 ss.; ID., *Innovazioni del diritto comunitario sul «tipo» e sulla disciplina dell'atto amministrativo nazionale*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, 3^a ed., Milano, 2008, 69 s.; J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella «vecchia» e nella «nuova» Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1286 s.

giustizia, incideranno in ogni settore e materia, anche non oggetto di disciplina europea. Nonostante le competenze normative dell'Unione siano limitate alle materie definite dai Trattati¹⁰⁰, i principi generali dell'Unione europea non trovano restrizione alcuna e pervadono l'intero ordinamento giuridico di ciascun Stato membro e, conseguentemente, sono applicabili per qualunque fattispecie, a prescindere dall'essere, o meno, disciplinate da norme di origine europea. Invero, com'è stato osservato, il principio di eguaglianza non tollera che si osservino, per materie analoghe, ma con discipline differenti, l'una di origine europea, l'altra nazionale, parametri diversi¹⁰¹; conseguentemente, i principi generali dell'Unione europea guideranno l'operatore giuridico nazionale (giudice, l'interprete e pubblica amministrazione) nell'esegezi e nell'applicazione di qualunque disposizione, sia essa riconducibile al diritto interno dello Stato membro che a quello dell'Unione europea. I principi generali dell'ordinamento europeo mostrano, pertanto, una *vis expansiva* tale da

¹⁰⁰ Nonostante, nel corso del tempo, competenze normative della Comunità europea (oggi, Unione) si sono espanse, vige, in materia, il principio di attribuzione secondo il quale l'Unione europea può agire “esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti” (art. 5, §§ 1 e 2, TUE). Ad ulteriore conferma del principio sopra sancito, il Trattato afferma che qualunque “competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri” (vedesi, art. 4, § 1, TUE; art. 5, § 2, TUE e dichiarazione n. 18).

¹⁰¹ Tale fenomeno è indicato quale “effetto giuridico indotto” dalla normativa comunitaria, GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, cit., 88 s. il quale si pone sulla medesima scia interpretativa già indicata da J. TEMPLE LANG, *The sphere in which member States are obliged to comply with general principles of law and Community fundamental rights principles*, in *Legal issues of european integration*, 1991, 31 s. Giunge a considerazioni più restrittive, circa la vigenza dei principi generali del diritto comunitario, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., 567 ss., la quale, analizzando la giurisprudenza comunitaria, limita la vigenza dei principi pronunciati dalla Corte di giustizia al diritto interno relativo all'attuazione delle disposizioni di origine comunitaria nonché alla loro applicazione ed interpretazione.

ingenerare un effetto di *spill over* sugli ordinamenti giuridici nazionali, nell'ambito dei quali non conoscono limiti di materia, né quelli disegnati dal principio di attribuzione e dal principio di sussidiarietà. Essi, pertanto, si impongono quali principi generali dei singoli Stati membri, circoscrivendo l'attività dei pubblici poteri nazionali, a prescindere se la materia possa configurarsi o meno tra quelle di competenza dell'Unione.

I principi generali, forgiati dall'incessante opera della Corte del Lussemburgo, sono modelli giuridici che circolano tra i sistemi giuridici, secondo uno schema che vede quale base di partenza e di arrivo gli ordinamenti nazionali, ma in cui l'opera certamente più importante è affidata alla Corte di giustizia: è infatti quest'ultima, come già segnalato, che seleziona ed acquisisce, dall'esperienza giuridica degli Stati membri, i principi i quali, così come ridefiniti dalla giurisprudenza europea, ridiscendono in tutti gli ordinamenti degli Stati membri in cui troveranno vigenza, in forza della primazia del diritto dell'Unione e della funzione nomofilattica della Corte di giustizia. Ne consegue che tutti i sistemi giuridici degli Stati membri si arricchiscono di un patrimonio di principi effettivamente “comuni”, ovvero quelli così definiti dal giudice europeo. Se si osserva che i principi generali generati dalla Corte di giustizia si ispirano, solitamente, ad alcuni ordinamenti e, finanche, di un solo ordinamento nazionale¹⁰², si evidenzia da un lato, la centralità assunta dalla Corte

¹⁰² E' stato osservato che il diritto comunitario è stato influenzato, nel corso del tempo, da alcuni sistemi giuridici nazionali. Se all'origine dell'esperienza giuridica comunitaria, l'ordinamento di riferimento era quello francese, per gli espliciti riferimenti ad esso di alcune disposizioni dei Trattati (es. azione di annullamento), nonché alla stessa organizzazione della Corte di giustizia, ispirata al *Conseil d'Etat*; successivamente, si è affermata, in seno alla giurisprudenza comunitaria, la forte ascendenza dell'ordinamento tedesco (vedesi, solo a titolo esemplificativo, i principi di

del Lussemburgo nel processo di integrazione giuridica; dall'altro, la peculiare funzione svolta dai principi generali del diritto dell'Unione europea, verso l'armonizzazione e il ravvicinamento dei diritti degli Stati membri. Invero, i medesimi principi troveranno vigenza in tutti gli ordinamenti nazionali, a prescindere che essi siano ascrivibili ai sistemi di *common law* o di *civil law*, comportando la progressiva convergenza ed uniformità degli ordinamenti giuridici¹⁰³.

E', infine, utile evidenziare, che l'obiettivo di omogeneizzazione dei diritti degli Stati membri, insito nei principi generali, è perseguito anche mediante i procedimenti normativi. Invero, il legislatore europeo sovente rinvia, sia in seno ai regolamenti che alle direttive, specie se immediatamente applicabili, ai principi

proporzionalità, legittimo affidamento e la tutela dei diritti fondamentali) e, in tempi recenti, il giudice europeo ha volto lo sguardo al diritto inglese (principio di ragionevolezza e forme di garanzia apprestate nell'ambito del procedimento amministrativo) cfr. A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., 555; J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella «vecchia» e nella «nuova» Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1284 s.; T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 15 s., il quale nota che i primi due Avvocati generali della Corte, provenivano dalle citate tradizioni giuridiche, francesi e tedesche: "Lagrange AG and Roemer AG. They served during the most formative years of Community law fulfilling in effect the role of pathfinders".

¹⁰³ M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 814 s. In effetti, tramite i comuni *standards*, imposti dall'ordinamento dell'Unione europea, si sta verificando una mutazione dei sistemi giuridici interni; questi tendono a perdere le loro caratteristiche, e si uniformano al modello giuridico "esterno", mediante un processo di imitazione al quale non possono sottrarsi in virtù della partecipazione all'Unione europea. Sul concetto di mutazione ed uniformazione giuridica, vedesi, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, III ed., Torino, 2008, 22 ss., ove si evidenzia che "la mutazione colpisce dapprima uno dei formanti dell'ordinamento, e da qui potrà poi diffondersi sugli altri [...] E ogni formante può indurre [...] gli altri formanti a recepire la nuova mutazione"; nonché, cfr., R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. II, Torino, 1998, 365 ss.

generali del diritto comunitario¹⁰⁴: sicché, in forza della prevalenza del diritto comunitario e tramite i circuiti di produzione normativa, principi sconosciuti alle tradizioni ordinamentali degli Stati membri, trovano immediata vigenza ed arricchiscono direttamente il dato legislativo di ciascun ordinamento nazionale.

¹⁰⁴ Sul punto, vedesi, in generale, quanto già affermato *supra*, § 4.

9. *Principi dell'ordinamento comunitario e diritti amministrativi nazionali*

Il continuo accrescimento delle competenze dell'ordinamento della Comunità-Unione europea, postula, di pari passo, sia l'ampliamento del *corpus* normativo necessario per svolgere le funzioni, che il proliferare di organismi amministrativi, i quali, tramite inedite forme di cooperazione ed organizzazione amministrativa multi-livello, procedono all'attuazione ed esecuzione del diritto dell'Unione, in modo capillare, in tutti gli Stati membri¹⁰⁵.

Si comprende, pertanto, perché la dottrina ha definito la Comunità europea (oggi, Unione europea) quale comunità di diritto amministrativo¹⁰⁶. Le politiche dell'Unione si concretizzano essenzialmente tramite le pubbliche amministrazioni, nazionali ed europee, che si integrano “sia in senso organizzativo che

¹⁰⁵ Per quanto concerne i profili dell'organizzazione amministrativa europea, accanto alla Commissione che, nel corso del tempo, ha assunto una struttura sempre più complessa e sofisticata, sono sorte diverse strutture amministrative (i comitati amministrativi, le agenzie, le autorità indipendenti ecc.) che si integrano con le amministrazioni nazionali, mediante molteplici modelli organizzativi: co-amministrazione, compartecipazione, amministrazione diretta, amministrazione a “rete” ecc. Tra le molte pubblicazioni di recente dedicate al tema, vedesi, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici ivi indicati: C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea. Un profilo*, Bologna, 2003; ID., *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di G. DELLA CANANEA, Milano, 2008, 57 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, vol. II, II ed., Milano, 2003, 1797 ss.; M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., vol. I, 415 ss.

¹⁰⁶ J. SCHWARZE, *European administrative law*, revised 1st edition, London, 2006, 3 ss.

procedimentale”¹⁰⁷; il diritto amministrativo è, pertanto, la branca dell'ordinamento di ogni Stato membro che, più di ogni altra, è maggiormente oggetto non solo delle normative di origine europea ma, altresì, dei principi generali enucleati dalla Corte di giustizia, i quali ne rimodellano ogni suo ambito, incidendo sull'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni nonché sulla tutela processuale delle situazioni giuridiche soggettive¹⁰⁸.

Il c.d. “diritto amministrativo europeo” è, pertanto, il complesso della normazione, primaria e secondaria, afferente l'organizzazione e l'attività amministrativa, nonché dei principi elaborati dal giudice europeo mediante il metodo della “comparazione selettiva”, sopra analizzato¹⁰⁹. Tuttavia, i principi, non si limitano a

¹⁰⁷ M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., 415 s., il quale segnala che l'amministrazione europea è “un sistema complesso di amministrazioni – composto da amministrazioni comunitarie, dirette ed indirette, dalle amministrazioni nazionali operanti per finalità comunitarie e dagli organismi a composizione mista – che si può definire a pieno titolo quale «amministrazione comune dell'ordinamento europeo»”.

¹⁰⁸ Sul ruolo svolto dai principi generali del diritto comunitario, con particolare riferimento ai profili organizzativi della pubblica amministrazione, si rinvia, per tutti, a C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 651 ss.; per quanto concerne, invece, i profili afferenti all'azione della pubblica amministrazione, vedesi la dettagliata analisi proposta da A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 ss., nonché ID., *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Parte generale, tomo I, II ed., Milano, 2007, 285 ss.; infine, i principi generali dell'Unione europea ridefiniscono le posizioni giuridiche soggettive, E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto nazionale e in quello comunitario*, in E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. SANTANIELLO, vol. II, Padova, 1999, 3 ss. ed incidono anche nel processo amministrativo, vedesi, E. PICOZZA, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in ID. (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004, 3 ss.; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *federalismi.it*, n.17, 2009.

¹⁰⁹ A. WEBER, *Sviluppi del diritto amministrativo europeo*, cit., 590. Per quanto concerne l'emergente nozione di diritto amministrativo europeo, vedesi, le basilari opere di J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., *passim*; E. PICOZZA, *Diritto*

guidare l'esegesi e l'integrazione di tali disposizioni europee, dando, conseguentemente, coerenza ed organicità a tale ramo del diritto dell'Unione europea, ma sono forieri di generare ulteriori esiti anche per i sistemi giuridici nazionali.

Innanzitutto, l'impatto dei principi generali dell'Unione europea sui diritti degli Stati membri è causa del fenomeno di c.d. "europeizzazione" dei diritti amministrativi nazionali. L'innesto dei principi generali dell'Unione europea in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, a prescindere se questi siano riconducibili a sistemi di *common law* o a *droit administratif*¹¹⁰ ovvero se il principio da recepirsi appartenga o meno al patrimonio giuridico nazionale, conduce alla progressiva convergenza ed ibridazione dei diritti amministrativi nazionali¹¹¹. Il diritto amministrativo degli Stati membri

amministrativo e diritto comunitario, cit., *passim*; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., *passim*. Sulla rilevazione dei principi generali da parte della Corte di giustizia, cfr., *supra*, § 7.

¹¹⁰ Per quanto riguarda il sorgere e lo sviluppo del diritto amministrativo nei diversi sistemi giuridici, continentale e anglosassone, vedesi, per tutti, S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di ID., *Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, II ed., 2003, 1 ss.

¹¹¹ Il fenomeno è segnalato costantemente dalla dottrina. Vedesi, per tutti: S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 23 ss.; ID., *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 329; ID., *La signoria comunitaria del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002 291 ss. ora anche in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2003, 93 ss.; E. PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 239, ID., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1220, ora anche in *Studi in onore di F. Piga*, vol. I, Milano, 1992; M.P. CHITI, *Italian Report*, in *Administrative Law under European Influence*, edited by J. SCHWARZE, London, 1996, 262; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 845; J. SCHWARZE, *Rules and general principles of european administrative law*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1219 ss.; J.B. AUBY, *I diritti*

è il campo in cui maggiormente si sono verificati trapianti di principi estranei alle rispettive tradizioni giuridiche¹¹², sicché, le originarie peculiarità dei sistemi amministrativi nazionali tendono a mitigarsi e gradualmente a “sbiadire”, in ragione dell’identità di principi a cui i giudici, le amministrazioni e gli interpreti devono attuare, nell’ambito delle rispettive funzioni. La tendenza all’uniformità si registra, pertanto, proprio in quel ramo dell’ordinamento interno che, a causa delle sue peculiarità, inequivocabilmente legate all’evoluzione storica e costituzionale di ciascuno Stato, si considerava immune dall’essere assoggettato a principi provenienti da fonti extra-nazionali.

L’elaborazione e la circolazione dei principi generali dell’Unione europea evidenziano la vicendevole influenza fra i diritti amministrativi nazionali e il diritto amministrativo europeo¹¹³, nonché la centralità che, per tal via, ha assunto la giurisprudenza della Corte di giustizia per l’evoluzione dei diritti amministrativi, interni ed europeo: ciascuno di essi, infatti, si arricchisce delle soluzioni giuridiche plasmate dall’incessante opera del giudice europeo che saranno attuate in tutto il territorio dell’Unione, dalle amministrazioni (statali, regionali e locali) e dai tribunali nazionali, rispettivamente organizzati in base a modelli reticolari. Invero, la funzione nomofilattica della Corte di giustizia, “anche se formalmente riferito alle norme comunitarie, finisce col riguardare tutto il processo interpretativo del diritto affidato ai giudici nazionali, consentendo alla

amministrativi dell’Europa: una convergenza verso principi comuni?, in http://www.dirittoamministrativo.jus.unitn.it/Docs/OIV_01_auby.pdf; A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit., ID., *I principi generali*, cit., 287.

¹¹² E’ il caso del principio di proporzionalità per gli ordinamenti inglese ed italiano, vedesi, *infra*, cap. III.

¹¹³ J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l’azione amministrativa nella «vecchia» e nella «nuova» Unione europea*, cit., 1287.

Corte stessa di far penetrare negli ordinamenti degli Stati membri e di imporli all'applicazione degli operatori nazionali numerosi principi, sostanziali e processuali, configurati come principi generali comuni”¹¹⁴.

La preoccupazione della Corte di giustizia di risolvere il caso sottopostole nella maniera più idonea a garantire lo sviluppo del diritto dell'Unione europea¹¹⁵, ha indotto i giudici del Lussemburgo ad elaborare i principi generali utili alle questioni amministrative, traendoli non solo dalle discipline pubblicistiche degli Stati membri, ma anche da altri settori dell'ordinamento e, segnatamente, dal diritto privato. A tal uopo, è appena il caso di ricordare, tra i principi elaborati nell'ordinamento comunitario, quello di responsabilità per danni cagionati al privato dall'attività amministrativa, il principio di legittimo affidamento¹¹⁶ o i vari principi afferenti all'attività

¹¹⁴ F. SORRENTINO, *Giustizia amministrativa e nuovo modello federale*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa tra nuovo modello regionale e modello federale*, Torino, 2002, 37, citato da A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 20; la funzione nomofilattica della Corte di giustizia dell'Unione europea è analizzata in, *ibidem*, 99 ss. e *passim*, nonché, per quanto concerne, l'individuazione e l'impatto dei principi generali dell'Unione europea, con particolare riferimento al principio di proporzionalità, sia consentito il rinvio a A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The european 'nomofilachia' and the principle of proportionality*, in *Transylvanian rev. adminst. sciences*, 2009, 209 ss.

¹¹⁵ Vedesi, *supra*, § 7.

¹¹⁶ Il principio di legittimo affidamento tutela l'interesse del cittadino nell'ambito dei procedimenti di secondo grado. Similmente a quanto si verifica nei rapporti contrattuali di diritto privato, per i quali vigono le clausole generali di correttezza e buona fede, il principio di legittimo affidamento pone in capo all'amministrazione gli obblighi di *clare loqui* e *clare agere* (vedesi, Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2003, C-327/00), sicché “la revoca per illegittimità di una decisione la quale ha attribuito diritti soggettivi o concesso vantaggi – anche se in determinati casi non può avere effetto *ex tunc* a cagione dei diritti quesiti – ha sempre effetto *ex nunc*” permettendosi “entro un termine ragionevole e se l'istituzione da cui proviene tiene adeguatamente conto della misura in cui il destinatario dell'atto ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dello stesso”; conseguentemente, l'atto sia pure illegittimo non potrà essere revocato dall'amministrazione (vedesi, *ex multis*, Corte di giustizia, sentenze C-15/60;

contrattuale della pubblica amministrazione¹¹⁷: tutti, indubbiamente,

C-14/81; C-15/85; C-90/95), ovvero la legittimità dell'azione amministrativa recede innanzi al principio di legittimo affidamento del privato, volto a garantire la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici.

E' stato osservato che il legislatore italiano si sia implicitamente riferito proprio al principio comunitario di legittimo affidamento, allorché ha modificato, con l'art. 14, co. 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15, gli istituti della revoca del provvedimento (art. 21 *quinquies*, legge n. 241/1990 e s.m.i.) e dell'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990 e s.m.i.), cfr. V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 4.

¹¹⁷ I principi generali del diritto comunitario che guidano la formazione e la stipula del contratto della pubblica amministrazione “sono i medesimi che reggono tutte le attività sottoposte alle regole del mercato e perciò: obbligo di non discriminazione a causa della nazionalità (art. 6 del Trattato); trasparenza nelle procedure, pubblicità e obbligo di informazione anche particolare, nelle singole fasi delle procedure stesse; concorrenza e *par condicio* anche nella sottoposizione a segreto o riservatezza di determinate informazioni; concorrenza aperta ed effettiva si anella fase di partecipazione in senso stretto, che in quella di selezione ed in quella di aggiudicazione; giusto procedimento nell'intera attività, soprattutto attraverso il riconoscimento di un effettivo esercizio del diritto di contraddittorio o di difesa; motivazione delle decisioni comunque lesive, anche se endoprocedimentali; giustificazione dei comportamenti omissivi; in ogni caso, piena tutela giurisdizionale contro atti e comportamenti dell'amministrazione aggiudicatrice lesivi dei diritti soggettivi degli operatori economici; ed infine, piena responsabilità per il risarcimento dei danni causati da atti e comportamenti illeciti dal punto di vista comunitario, in quanto appunto lesivi del diritto alla libera prestazione dei servizi e alla concorrenza”, sicché essi mutano l'assetto che, nel diritto amministrativo nazionale, aveva ricevuto l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, invero “ricondata all'archetipo dei procedimenti e dei provvedimenti amministrativi, soprattutto nel segmento della formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione”, E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1997, 17 ss.

E' il caso di rammentare l'art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) che rinvia sia ai principi di “economicità, efficacia, tempestività e correttezza”, i quali devono essere osservati nelle fasi di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, nonché ai principi di “libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, nonché quello di pubblicità”, per quanto concerne la sola fase di affidamento, oltre a richiamare “per quanto non espressamente previsto dal presente codice, le disposizioni del procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241” e “altresì [...] le disposizioni stabilite dal codice civile”. In ottemperanza a quanto sancito dalla Corte di giustizia (sentenza *Teleaustria*, 7 dicembre 2000, in C-324/1998), si dispone che i principi generali del diritto dell'Unione europea si applicano a tutti gli appalti pubblici, a prescindere se essi siano a rilevanza comunitaria (c.d. “appalti soprasoglia”) o meno,

richiamano concetti ed istituti propri del diritto civile o, quanto meno, sono tesi a riequilibrare il rapporto cittadino-amministrazione in termini di pariordinazione, riducendo, conseguentemente, i momenti autoritativi e la “specialità” dei diritti amministrativi nazionali.

Può, pertanto, notarsi che i trapianti di principi si verificano non soltanto fra i diritti amministrativi nazionali e il diritto amministrativo europeo, ma anche fra le varie discipline giuridiche, sicché il processo di ibridazione in atto definisce il diritto amministrativo quale commistione dei principi di diritto pubblico e di diritto privato, ulteriore segnale che la tradizionale distinzione tra discipline pubblicistiche e privatistiche tende sempre più ad opacizzarsi¹¹⁸.

sicché “il codice è la prima normativa organica [...] che, da un lato, recepisce l’approccio monistico degli ordinamenti, da sempre affermato dalla Corte di giustizia, ma contrastato dalla Corte costituzionale sino alla novella all’art. 117 Cost. nel 2001; dall’altro, fa proprio il criterio della l. n. 15 del 2005 di rinvio ai principi generali di diritto europeo”, M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, vol. I, Milano, 2008, 153.

E’ stato, infine, notato che il fenomeno della progressiva sostituzione dei principi specifici del diritto amministrativo nazionale con quelli di diritto comune ha interessato, primariamente, alcune materie per le quali l’applicazione di principi differenziati non poteva più giustificarsi. Ciò si è verificato, in particolare, oltre per il settore dei contratti della pubblica amministrazioni, anche per i rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 172 ss.

¹¹⁸ Vedesi, M.P. CHITI, *Mutazioni nel diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003, 33, e, più in generale S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 75 ss., il quale afferma “che il diritto amministrativo è un diritto meno speciale, composto da due parti, una disciplina propria e una comune anche ai privati, di cui è ormai difficile dire quale sia prevalente. Per cui è del tutto superata la semplice affermazione con cui si apriva il *Corso di diritto amministrativo* di Santi Romano del 1930: «la sfera dell’ordinamento dello Stato, che costituisce il suo diritto pubblico, si divide, come è noto, in vari rami, uno dei quali, amplissimo, ha per oggetto specifico la pubblica amministrazione e perciò prende il nome di diritto amministrativo». E’ appena il caso di chiarire che sia il diritto amministrativo che il diritto civile, lungi dal lasciarsi assimilare e/o incorporare l’uno dall’altro, si integrano nell’ambito di veri e propri istituti che si denominano di diritto comune, cfr. M. D’ALBERTI, *Configurazioni del diritto amministrativo in M.S. Giannini*, in *L’unità del diritto*, Massimo Severo

In secondo luogo, la formulazione di comuni *standards* se, da un lato, induce ad un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, dall'altro rappresenta il più importante fattore di evoluzione dei diritti amministrativi interni. In particolare, il diritto amministrativo italiano, come in genere quello degli altri ordinamenti continentali¹¹⁹, si è formato, a fronte di un insieme di norme esiguo, essenzialmente in base a un complesso di “principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema”¹²⁰, in un dialogo ininterrotto durato oltre centocinquanta anni¹²¹. Il diritto amministrativo è, senza dubbio, il settore

Giannini e la teoria giuridica, a cura di S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO, Bologna, 1994, 67 ss. Acquisiscono, pertanto, contorni profetici dell'attuale epifania dell'ordinamento giuridico, le parole di M.S. GIANNINI, ricordate da M.P. CHITI, *Riflettendo sull'opera e sull'avvenire del diritto amministrativo*, in *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, a cura di S. CASSESE, G. GUARINO, Milano, 2000, 59: “vi sono istituti regolati come fondo dalle norme che oggi diciamo del diritto privato, i quali presentano taluni aspetti propri, che oggi chiamiamo di diritto amministrativo. Tra qualche tempo si perderà il valore di queste denominazioni e si avranno solo istituti come la vendita di aree urbane, l'appalto di opere pubbliche, il contratto di costruzione di navi, nei quali le fattispecie astratte presenteranno indissolubilmente congiunte quelle parti che oggi noi distinguiamo, portati dalla storicità delle strutture mentali di giuristi della nostra epoca”, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 867.

¹¹⁹ A tal uopo, si ricordi il ruolo del *Conseil d'Etat* per lo sviluppo del diritto amministrativo francese, prototipo dei modelli giuridici *a droit administratif*. Invero, successivamente alla riforma del 1872 con cui si attribuì, per le controversie tra pubblica amministrazione e cittadini, la funzione giurisdizionale al *Conseil d'Etat*, quest'ultimo ebbe modo di introdurre e sviluppare i “principi generali di diritto, con un'attività, quindi, essenzialmente creativa, che” compensava “la carenza di norme generali tipica del diritto amministrativo”, S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 23. Sul ruolo creativo svolto dal massimo organo di giustizia amministrativa francese, vedesi, altresì, *Le Conseil d'Etat. Livre Jubilaire*, Parigi, 1952.

¹²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro amm.*, 1961, 561.

¹²¹ Vedesi, in proposito, le osservazioni di L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, IV ed., 2006, 305 ss., i quali mettono in luce il sorgere e il progressivo formarsi del diritto “speciale” della pubblica amministrazione, in contrapposizione al diritto privato e ai suoi principi ed istituti caratteristici e più

dell'ordinamento che più di ogni altro si organizza per principi, in cui sono frequentemente invocati ed ai quali si riconosce un "valore qualificatorio immediato"¹²². I principi vincolano la funzione amministrativa e, assieme alla legge, guidano l'azione della pubblica amministrazione al raggiungimento del fine pubblico positivamente determinato¹²³.

I principi elaborati dalla Corte del Lussemburgo incidono sul catalogo dei tradizionali principi di diritto amministrativo interno, innovandone, fatalmente, numero e composizione. Invero, se si considera che i principi e gli istituti elaborati dal diritto comunitario sono, in generale, volti ad espandere le garanzie di libertà individuali e d'impresa, devono, necessariamente, espungersi quelli che, in passato, hanno legittimato l'autoritarità e un rapporto non paritario tra amministrazione e cittadino¹²⁴. Si è infatti notato che la Corte di

significativi, cfr. *ibidem*, 343 ss.

¹²² M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, 46.

¹²³ E' stato merito della migliore dottrina segnalare che "tali principi, mentre non potrebbero essere concepiti come norme sugli elementi dell'atto, appaiono invece come norme cui deve corrispondere l'attività amministrativa nel suo determinarsi in un singolo atto, in quanto rappresentano le direttive naturali e generali di sviluppo di quella attività quali sono segnati dalla più intima essenza dell'ordinamento in cui è esplicitata. Da quei principi infatti l'attività amministrativa è condizionata oltre che nelle caratteristiche essenziali, anche e soprattutto nel suo risolversi in un atto amministrativo e ad essi, come norme generali dell'ordinamento amministrativo, deve quindi corrispondere nel momento in cui da astratta possibilità, il potere diviene un atto concreto. E, d'altra parte, da tale natura di quei principi e da tale loro relazione con l'atto amministrativo, discende ancora esattamente la loro qualifica di condizioni indirette di legittimità di tutto l'atto e solo indirette dei suoi elementi", F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 30 s., ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, *Articoli e altri scritti (1948-1959)*, Milano, 2006, 991 ss.

¹²⁴ A.G. TOTH, *Legal protection of individuals in the European Communities*, vol. I, Amsterdam, 1978, *passim*; E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, cit., 1221; ID., *Attività amministrativa e diritto comunitario*, cit., 3. La pariordinazione tra pubblica amministrazione e cittadino era stata prefigurata dalla migliore dottrina italiana, F.

giustizia ha accolto un modello “antropocentrico di rapporto giuridico fra cittadino e amministrazione”¹²⁵, circondando di particolari tutele il momento procedimentale¹²⁶ e definendo una serie di principi tesi a controllare la equità sostanziale della scelta pubblica così formatasi¹²⁷.

Sebbene molti dei principi generali dell’Unione europea sono già consolidati nei rispettivi diritti amministrativi nazionali¹²⁸ e,

BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

¹²⁵ E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, 112.

¹²⁶ La Corte di giustizia ha, invero, elaborato tutta una serie di principi che disciplinano il procedimento amministrativo, quali: l’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento; il principio di partecipazione, mediante la previsione del diritto ad essere ascoltati; il principio secondo cui il procedimento debba concludersi con un provvedimento espresso ed entro un termine ragionevole; il principio di trasparenza, che si esplica mediante il diritto d’accesso agli atti amministrativi che lo riguardano; l’obbligo della motivazione del provvedimento amministrativo ecc. oggi acquisiti nel c.d. diritto scritto, quali corollari del c.d. diritto ad una buona amministrazione, previsto nell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Tuttavia, il diritto ad una buona amministrazione non è riducibile ai soli diritti procedurali, ma dev’essere letto quale “equità” delle stesse scelte operate nel “giusto procedimento”, A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 425 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 819 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, tomo I, II ed., Milano, 2007, 49 ss. Il problema dell’equità nel diritto amministrativo italiano è stato oggetto d’indagine della dottrina meno recente e, segnatamente, da F. Cammeo, come ricorda F. MERUSI, *L’equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior. storia pensiero giur. mod.*, 1993, 413 ss.

¹²⁷ E’ il caso del principio di proporzionalità, per il quale si rinvia, *infra*, spec. capp. II e IV.

¹²⁸ Si veda, ad esempio, il *corpus* di principi che la Corte di giustizia ha sviluppato per quanto concerne il procedimento amministrativo che ribadiscono quanto oramai acquisito nel diritto amministrativo italiano, successivamente alla legge n. 241/1990: l’obbligo di comunicare l’avvio del procedimento (cfr. Tribunale di primo grado, *Saxonia Edelmetalle GmbH*, T-111/01 e 133/01); il diritto ad essere ascoltati (cfr. Corte di giustizia, *Alvis*, C-32/62; *Transocean Marine Paint Association*, C-17/74; *Technische Universitaet Muenchen*, C-269/90); il diritto di accesso ai documenti (cfr. Corte di giustizia, *BPB Ind. and British Gypsum*, C-310/93; Tribunale di primo grado,

pertanto, non costituiscono una sostanziale novità¹²⁹, non può tuttavia sfuggire che proprio in quanto declamati dalla Corte del Lussemburgo essi sono ulteriormente rinforzati e messi al riparo da una ipotetica, quanto improvvida, riforma legislativa che, arbitrariamente, li sopprimesse o li esautorasse, anche solo parzialmente. Il principio di primazia del diritto dell'Unione europea, l'effetto di *spill over* sopra illustrato¹³⁰ e la nomofilachia della Corte di giustizia, garantiscono in ogni caso la loro vigenza in tutti gli Stati membri¹³¹.

Se, pertanto, i principi generali statuiti dalla Corte di giustizia sono per lo più già conosciuti negli ordinamenti degli Stati membri, non mancano casi di principi che sono del tutto estranei alla tradizione giuridica di alcuni di essi e, pertanto, innovano il diritto interno degli Stati membri. In particolare, per quanto concerne l'Italia, si

Cimenteries CBR, T-25/95 et al.); l'obbligo di motivazione (cfr. Corte di giustizia, *Comune di Amsterdam*, C-213/87; *Société Française des Biscuits Delacre*, C-350/88; *Italia e Sardegna Lines*, C-15/98 e 105/99); il principio di ragionevole durata del procedimento (cfr. Corte di giustizia, *Baustahlgewebe*, C-185/95; *Limburgse Maatschappij NV*, C-238/99 et al.; Tribunale di primo grado, *Sytraval*, T-95/94). Come già segnalato *supra*, nota 123 (a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche ivi citate), i diritti procedurali sono stati parzialmente compendati nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹²⁹ Così V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, cit., 2; ID., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *Astrid on line*, 2005, n. 4, 3.

¹³⁰ Vedesi, *supra*, § 8.

¹³¹ E' utile ricordare che molti Stati membri, al fine di coordinare i rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e dell'Unione europea, hanno modificato le loro Carte fondamentali. Ciò è avvenuto, ad esempio, nelle Costituzioni di Francia, Germania e Italia. Per quanto concerne l'Italia, si è colta l'occasione della riforma del Titolo V della Carta costituzionale (legge cost. n. 3/2001), per regolare, tramite il novellato art. 117 Cost., co. 1, l'adesione all'ordinamento europeo, prevedendosi che "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Cfr., G. SERGES, *Art. 117 Cost., c. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, cit.

rammentano i principi di precauzione¹³², di legittimo affidamento e proporzionalità¹³³ che sono immediatamente rilevanti per l'attività amministrativa anche a seguito dell'espresso richiamo "ai principi del diritto comunitario" che il legislatore ha, da ultimo, introdotto all'art. 1, co. 1, della legge n. 241/1990¹³⁴. In tale riferimento ai principi generali dell'ordinamento comunitario, la dottrina più avvertita ha rivelato un rinvio ricettizio e formale¹³⁵ con cui il "legislatore

¹³² Vedesi, per tutti, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, II ed., 2006.

¹³³ Cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

¹³⁴ A seguito degli artt. 21, co. 1, lett. a), e 1, co. 1, lett. a), legge 11 febbraio 2005, n. 15, l'art. 1 della legge n. 241/1990 è eloquentemente rubricato "*Principi generali dell'attività amministrativa*", il cui primo comma così, ora, dispone: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Vedesi, il commento proposto da A. POLICE, *Articolo 1, comma 1: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 49 ss.

E' da segnalarsi che prima dell'introduzione dei "principi dell'ordinamento comunitario" nel procedimento amministrativo, essi erano stati richiamati dal legislatore in numerose disposizioni. Vedesi, a titolo esemplificativo: l'art. 1, ult. co., legge n. 247/1990; l'art. 56, co. 2, legge n. 142/1990 (ora art. 192, co. 2, d.P.R. n. 267 del 2000); l'art. 1, co. 1, legge n. 239/2004; l'art. 20, co. 8, legge n. 59/1997 (come sostituito dall'art. 1, legge n. 229/2003, c.d. legge di semplificazione 2001).

¹³⁵ "Come noto, per rinvio ricettizio si intende il riferimento alle disposizioni elaborate da altra fonte giuridica; nel caso, il rinvio è all'insieme dei principi generali elaborati dalla Corte di giustizia ed a quelli formalizzati nei Trattati. Per rinvio formale si intende invece il riferimento 'mobile' ad una fonte del diritto, autorizzando l'apertura dell'ordinamento a quanto sarà elaborato dalla fonte cui si fa rinvio", M.P. CHITI, *Principi*, cit., 160, il quale chiarisce inoltre che "l'espressione 'principi dell'ordinamento comunitario' (art. 1, co. 1) è impropria ed ha solo un valore descrittivo, non esistendo nel diritto europeo alcun tipo di principi del genere. E' probabile che il legislatore italiano avesse in mente i 'principi generali di diritto comunitario', categoria di principi elaborati dalla Corte di giustizia sulla scorta di alcune previsioni dei Trattati (come l'art. 288 del Trattato CE), su cui esiste anche una cospicua giurisprudenza 'costituzionale' della stessa Corte, e che in parte sono stati consolidati nei Trattati", *ibidem*, 159 s.

nazionale” ha “voluto novare la fonte, appunto nazionalizzandola”¹³⁶, a riprova di una integrazione tra ordinamenti, nazionale ed europeo, in direzione monista.

Tuttavia, non può sottacersi che il rinvio legislativo ai principi generali dell’ordinamento della Comunità-Unione europea, ha una ridotta portata innovativa. Invero, come già sopra visto, i principi dell’Unione europea – siano essi di creazione giurisprudenziale o incorporati ai Trattati – non abbisognano di alcun riconoscimento formale da parte del legislatore nazionale per trovare immediata applicazione anche per l’azione amministrativa nazionale¹³⁷; sicché, il richiamo ad essi ha mera valenza “didattica”¹³⁸ e palesa che la funzione amministrativa, eventualmente svolta anche con strumenti di diritto privato o da soggetti privati (art. 1, commi 1-*bis* e 1-*ter*, legge n. 241/1990 s.m.i.)¹³⁹, si deve conformare ai “principi del diritto comunitario” finanche per le materie non ancora soggette al diritto dell’Unione.

Ciò nondimeno, si deve osservare che l’impatto dei principi di origine europea sui fondamenti del diritto amministrativo italiano è

¹³⁶ A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit., 730.

¹³⁷ Ad integrazione di quanto esposto, *supra*, § 7 e 8, vedesi anche E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel procedimento di integrazione europea*, cit., 127 ss.

¹³⁸ M.P. CHITI, *Principi*, cit., 161.

¹³⁹ A seguito della novella dell’art. 1, co.1, lett. a) e b), legge 11 febbraio 2005, n. 15, l’art. 1 della legge n. 241/1990, presenta i seguenti commi 1 *bis* e *ter*, così novellati: “1-*bis*. La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativi, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-*ter*. I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1.”, per i quali, vedesi, rispettivamente, N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis: Principi generali dell’attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 77 ss.; D. MARRAMA, *Art. 1, comma 1 ter: Principi generali dell’attività amministrativa*, in *ibidem*.

rilevante al punto tale da tracciare “un nuovo statuto dell’attività amministrativa e del diritto amministrativo”¹⁴⁰. In particolare, essi incidono sulla nozione di legalità dell’azione amministrativa, tanto che essa risulta completamente riscritta. La crisi del primato della legge, il cui ambito d’azione è sempre più compresso tra le fonti dell’Unione europea e il ruolo centrale assunto dalle autonomie¹⁴¹, amplia la prospettiva entro cui ricercare i riferimenti della legalità amministrativa sostanziale, sino a comprendervi la “elaborazione giurisprudenziale di principi e di regole riguardanti l’attività amministrativa, anche al di là delle prescrizioni legislative e costituzionali”¹⁴².

¹⁴⁰ E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, cit., 3.

¹⁴¹ Vedesi, *supra*, § 5, nonché, per quanto riguarda la crisi del principio di legalità, quale basilare principio su cui si fonda l’azione amministrativa, vedesi, per tutti, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 87 ss. L’illustre Autore avverte che “se si abbandona la forma autentica del principio di legalità e si sostituisce la legge formale con il ben più ampio concetto di legge in senso materiale (o di norma comunque vincolante), si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica), ma vige come principio di legalità sostanziale, in quanto le norme vincolanti l’amministrazione non si limitano a predeterminarne i poteri (o ad autorizzarne l’esercizio) ma disciplinano le finalità da raggiungere e i modi di esercizio”, *ibidem*, 88.

¹⁴² F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 87. Sulla medesima scia interpretativa che valorizza i principi generali dell’ordinamento della Comunità-Unione europea, quale fondamento dell’attuale principio di legalità della funzione amministrativa, vedesi, fra i molti contributi: E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, cit., 4 s. ID., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 71 ss.; ID., *L’incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell’economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 239 ss.; I.M. MARINO, *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, cit., *passim*; quest’ultimo Autore evidenzia, tra l’altro, che l’applicazione dei principi dell’Unione europea deve emergere dalla motivazione degli atti amministrativi, in ID., *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell’amministrazione*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 346 e da ultimo, ID., *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, cit., 726; A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit., 721 s.; F. MERUSI, *L’integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.

Si va così delineando una “nuova” legalità della funzione amministrativa fondata, oltre che “sul tessuto normativo ridisegnato con il Titolo V del 2001 ed i principi del (giusto) procedimento”, anche da una rete di principi generali dell’Unione europea¹⁴³ che, in virtù del loro contenuto normativo, consentono all’amministrazione di adottare il precetto concreto per la fattispecie oggetto della sua attività. Se da un lato, i principi permettono alla pubblica amministrazione di individuare la norma che in concreto permette di meglio conseguire l’interesse pubblico, dall’altro consentono un pervasivo controllo giurisdizionale della scelta così operata, che consente di sindacarne l’adeguatezza, in considerazione dei risultati da perseguire.

Nell’attuale momento storico, il compito di definire la legalità amministrativa, che fu già dei giudici nazionali, si trasferisce in capo alla Corte di giustizia dell’Unione europea che, tramite l’elaborazione di comuni *standards*, modella un’unica nozione di legalità vigente in tutti gli Stati membri¹⁴⁴. Le recenti battute di arresto subite dal processo di integrazione politica europea¹⁴⁵, sono di fatto superate da un’integrazione giuridica costruita essenzialmente mediante la cooperazione giudiziaria (o “co-giurisdizione”) tra la Corte del Lussemburgo e i giudici nazionali¹⁴⁶.

¹⁴³ I.M. MARINO, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, cit., 726.

¹⁴⁴ F. MERUSI, *L’integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, cit., 45.

¹⁴⁵ Come noto, ciò si è verificato a seguito della bocciatura referendaria del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, verificatasi in Francia (29 maggio 2005) e Paesi Bassi (1 giugno 2005). *L’empasse* che subì l’integrazione europea “con ogni probabilità sarà ricordata come la più grave crisi mai attraversata dal 1957”, C. PINELLI, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, cit., 68.

¹⁴⁶ A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 21. Come rammenta

Può, pertanto, dirsi che il dialogo costante tra le istituzioni giudiziarie, europee e nazionali, è il fattore di maggiore evoluzione del diritto dell'Unione europea, mediante cui si edifica, nonostante le resistenze mostrate dagli Stati membri, “un unico ordinamento federale dal basso”¹⁴⁷.

l'Autore, il termine “co-giurisdizione” è impiegato da E. PICOZZA, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in ID. (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, cit., 3 s.

¹⁴⁷ F. MERUSI, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, cit., 47.

10. *Per una classificazione dei principi generali dell'Unione europea*

La necessità di sopperire alle varie e ampie lacune proprie di un ordinamento composto da disposizioni specifiche afferenti a determinate materie, come è quello dell'Unione europea, ha indotto la Corte di giustizia a sviluppare una gran massa di principi generali che presiedono a diverse funzioni e, pertanto, assumono un diverso grado di rilevanza. In ragione di ciò, i principi generali possono distinguersi in: principi "costituzionali" del sistema giuridico dell'Unione; principi generali *tout court* e principi generali di portata più circoscritta e afferenti alle singole politiche o materie disciplinate dal diritto dell'Unione europea. Tale classificazione permette di individuare, rispettivamente, gli elementi strutturali dell'ordinamento europeo, desumibili principalmente dal Trattato sull'Unione europea; i principi generali "non scritti", ovvero forgiati dalla riflessione della Corte di giustizia, sul complesso della normazione europea; ed infine, quelli desumibili dalle specifiche disposizioni dettate per disciplinare una determinata materia, la cui vigenza è, pertanto, limitata ad essa¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Si è esposta la catalogazione proposta da E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 14 ss. Ovviamente, le distinzioni dei principi generali possono essere, come sono, molteplici, a secondo del criterio all'uopo utilizzato, sicché, non c'è autore che, occupatosi dell'argomento, non abbia proposto la propria. Merita di essere ricordata la bipartizione tra principi costituzionali e "principi generali di carattere più definito, o meno qualificante il sistema complessivo", e pertanto, vigenti per uno "specifico settore", M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 215; quella tra principi strutturali, previsti, espressamente o implicitamente, dal Trattato e principi generali del diritto, elaborati dalla Corte di giustizia in quanto comuni al diritto degli Stati membri, P. PESCATORE, *art. 164*, in V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUÈ, R. KOVAR, D. SIMON, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, 1992; nonché la classificazione tra principi generali del diritto comunitario espliciti e principi

La distinzione esposta chiarisce il diverso rilievo che i principi generali assumono nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione europea. In particolare, i principi costituzionali, in quanto “principi più generali di altri”¹⁴⁹, permeano l'ordinamento giuridico dell'Unione al punto tale da costituire parametro per la validità degli atti, amministrativi e normativi, sia delle istituzioni europee che degli Stati membri, oltre ad imporsi direttamente nei confronti dei soggetti dell'ordinamento¹⁵⁰. Tra i principi costituzionali, oltre ai c.d. diritti fondamentali¹⁵¹, si annoverano il riconoscimento dell'identità nazionale degli Stati membri; il principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità; il principio di attribuzione; il principio di leale collaborazione; il principio di legalità; il diritto alla tutela giurisdizionale; il principio di eguaglianza; il principio di certezza del diritto ecc. Essi sono tali in quanto esplicitati nei Trattati o dedotti, dalla Corte di giustizia, mediante una interpretazione teleologica delle sue disposizioni¹⁵² o, se del caso, dalle tradizioni costituzionali

generali impliciti (in quanto il Trattato indica solo alcune delle specifiche regole da essi desumibili), principi “consacrati silenziosamente” (sarebbero i c.d. principi impliciti, ovvero desunti, in via ermeneutica, dal complesso normativo vigente) e principi di creazione pretoria, R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit communautaire. Origines et concrétisation*, Athènes-Bruxelles, 1996, 14 ss. e ricordata in F. TORIELLO, *I Principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, cit., 113 ss.

¹⁴⁹ M.P. CHITI, *The role of the european Court of justice in the development of general principles and their possibile codification*, cit., 665.

¹⁵⁰ T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 10; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 216, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 18.

¹⁵¹ Vedesi, *supra*, § 6.

¹⁵² L'interpretazione teleologica è un metodo ermeneutico che si necessita, al fine di precisare il significato delle norme programmatiche, quali sono quelle contenute nei Trattati. Invero, come precisato dalla Corte di giustizia, “ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto ed interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi”, Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, *Cilfit*, C-283/81. Nonostante, è indubbio

comuni degli Stati membri, secondo il metodo sopra esposto.

La Corte di giustizia ha così definito il principio di legalità che non corrisponde al mero rispetto formale delle disposizioni regolanti la misura adottata, ma si sostanzia dei numerosi principi¹⁵³ a cui i pubblici poteri, europei e nazionali, devono sottostare. E' così emersa una nozione di *rule of law* adeguata all'ordinamento dell'Unione europea e, al contempo, coerente con i sistemi giuridici degli Stati membri¹⁵⁴.

Per quanto concerne i principi generali "non scritti", la catalogazione seguita, li scompone in tre sottocategorie: principi generali del diritto comunitario (oggi, dell'Unione), principi del diritto amministrativo europeo e principi generali dell'azione comunitaria, posta in essere mediante la forma procedimentale¹⁵⁵.

Tra i principi della prima categoria si sono individuati: il principio di prevalenza del diritto dell'Unione e quello della sua diretta applicazione; il principio di legittimo affidamento, il principio di proporzionalità, il diritto alla riservatezza, il principio di eguaglianza, il principio della certezza giuridica, il diritto di difesa e

che proprio l'interpretazione teleologica abbia permesso un celere sviluppo del diritto comunitario (ora diritto dell'Unione europea) e sia proprio della giurisprudenza della Corte di giustizia, che deve valutare lo scopo perseguito dal legislatore europeo, piuttosto che il significato testuale ricavabile dalle varie traduzioni delle disposizioni europee, cfr. P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Melange W.J. Ganshof van der Meersch*, vol. II, Bruxelles, 1972, 326 ss.; nonché *ex multis*, Corte di giustizia, sentenze, *Stauder*, 12 novembre 1969, C-29/69, e *EMU Tabac*, 2 aprile 1998, C-296/95; non è mancato chi, in dottrina, ha paventato il rischio che tale metodo interpretativo possa condurre ad interpretazioni del tutto svincolate dal testo scritto, M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of justice "running wild"?*, in *Eur. law review*, 1985, 1 ss.

¹⁵³ "E" insomma un super-principio simbolico che esprime gli stessi valori del c.d. «Stato di diritto», E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 16.

¹⁵⁴ T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 11.

¹⁵⁵ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., 20 ss.

di contraddittorio ecc. Tra i principi del diritto amministrativo europeo, la Corte di giustizia ha isolato: il principio del giusto procedimento, il principio di legittimo affidamento, il principio di proporzionalità, il principio di non retroattività degli atti amministrativi. Infine, sono principi del procedimento amministrativo europeo il principio di legalità dell'organizzazione e dell'azione comunitaria, il principio di eguaglianza, il principio di buona amministrazione, il principio della certezza dei rapporti giuridici, il principio di proporzionalità, il principio del giusto procedimento, il principio di logicità dell'azione amministrativa¹⁵⁶.

Al di là della labilità di ogni catalogazione, le distinzioni sopra riportate, evidenziano le difficoltà dell'interprete (giudice, pubblica amministrazione o cittadino) nell'individuare i diversi principi, per lo più non scritti, da tenere in considerazione nella soluzione del particolare caso pratico oggetto della sua riflessione. Se i principi costituzionali tendono ad essere acquisiti nei Trattati¹⁵⁷ nonché nella Carta europea dei diritti fondamentali¹⁵⁸, per quanto concerne i principi generali afferenti al diritto amministrativo, vi sono ragioni di

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ Solo a titolo esemplificativo, si ricordano: il principio di leale collaborazione (art. 4 TUE), i principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TUE); il principio di uguaglianza dei cittadini (art. 9 TUE); il principio di non respingimento, in materia di immigrazione (art. 78 TFUE); il principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri (art. 80 TFUE), il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile (art. 81) e penale (art. 82); il principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (art. 119); il principio della parità di retribuzione tra uomo e donna (art. 157); il principio di pari opportunità e della parità di trattamento tra uomo e donna, in materia di occupazione e impiego (art. 157 TFUE); il principio "chi inquina paga" (art. 191 TFUE); il principio di sana gestione finanziaria (art. 310 TFUE).

¹⁵⁸ E' il caso del c.d. diritto ad una buona amministrazione, previsto all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e del diritto di accesso ai documenti, rispettivamente previsti all'art. 41 e 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUUE, 30 marzo 2010, C 83/389 ss.

opportunità affinché questi siano oculatamente codificati. Ciò permetterebbe di ordinare quantomeno i principi già consolidati rendendoli, pertanto, di immediato utilizzo per l'operatore giuridico (ed *in primis*, per l'amministrazione nazionale) e al contempo, preservando alla Corte di giustizia il ruolo elaborarli¹⁵⁹.

In realtà, la domanda in ordine alla possibile codificazione dei principi generali del diritto amministrativo europeo, cela un ulteriore quesito di politica del diritto, ovverosia l'opportunità se il diritto amministrativo europeo si debba sviluppare per via legislativa o mediante principi lasciati all'opera della giurisprudenza europea¹⁶⁰. Se la codificazione dei principi è espressione di "massimo atto di orgoglio"¹⁶¹ del legislatore, si è tuttavia notato che l'aumento del diritto scritto, legato indubbiamente alle più ampie competenze dell'Unione europea, riproduce sovente i "principi generali del diritto [...] che sono stati elaborati in decenni di giurisprudenza dei tribunali europei"¹⁶², in tal guisa operando una positivizzazione degli stessi per

¹⁵⁹ E' questa la posizione di M.P. CHITI, *The role of the european Court of justice in the development of general principles and their possibile codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 667 ss.; ID., *Italian Report*, cit., 266; ID., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 218 ss., nonché di J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 75; entrambi questi Autori, nel dibattito in ordine ad una possibile codificazione dei principi generali del diritto amministrativo, hanno assunto una posizione mediana rispetto alle contrastanti opinioni registratesi in dottrina. Invero, a fronte di chi auspica una catalogazione dei principi generali del diritto amministrativo, con il conseguenziale depotenziamento della giurisprudenza europea, non sono mancate voci discordanti che hanno sottolineato la sostanziale inutilità di tale codificazione e il rischio che essa contribuisca a realizzare un sistema giuridico meno duttile. L'orientamento qui citato è, invece, favorevole ad una codificazione che comunque lasci spazi aperti all'opera creativa della giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹⁶⁰ J.SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella «vecchia» e nella «nuova» Unione europea*, cit., 1289.

¹⁶¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 155.

¹⁶² Sicché, "Lo sviluppo del diritto amministrativo europeo assomiglia, così, in parte, alla storia dei sistemi amministrativi nazionali. Anche questi erano, in principio,

taluni settori del diritto dell'Unione europea¹⁶³.

Selezionando e rielaborando i principi generali, la Corte di giustizia opera una funzione creatrice del diritto o di “judicial legislation”¹⁶⁴: tramite essi si perviene a risolvere il caso concreto prospettato, laddove i Trattati e la legislazione secondaria siano deficienti o poco chiari. E' pertanto, indubbio, che i principi generali sono da collocarsi in posizione apicale rispetto a qualsivoglia altra fonte del diritto dell'Unione, almeno per quanto concerne quelli che delineando un aspetto “fondamentale” o “costituzionale” dell'ordinamento dell'Unione europea, costituiranno parametro di legittimità degli atti adottati sia dalle istituzioni europee che dagli Stati membri¹⁶⁵. In quanto incorporati nella nozione di *rule of law* del sistema giuridico europeo, i principi costituzionali si parificano alla posizione che, nel sistema delle fonti dell'Unione, hanno i Trattati istitutivi, sicché essi informano l'intera attività delle istituzioni europee, ivi compresa la stipulazione di trattati e accordi di diritto internazionale conclusi dall'Unione europea che, qualora posti in violazione dei diritti fondamentali ovvero dei principi di proporzionalità, certezza legale, uguaglianza ecc. saranno passibili di annullamento da parte della Corte di giustizia¹⁶⁶.

plasmata soprattutto dal diritto giurisprudenziale”, *ibidem*, 1290.

¹⁶³ Il fenomeno è riscontrabile, soprattutto, nel diritto della concorrenza, nonché in altri settori del diritto secondario, quali la disciplina delle dogane e la normativa afferente ai generi alimentari geneticamente modificati, *ibidem*, 1291 ss.

¹⁶⁴ Il ruolo creativo della Corte di giustizia è sottolineato da M.P. CHITI, *I Signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 797.

¹⁶⁵ “Their equal ranking with the Treaties derives from their character as constitutional principles emanating from the rules of law”, T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 33; G. STROZZI, *Il sistema normativo*, cit., 173.

¹⁶⁶ Ovviamente, la Corte di giustizia annullerà il relativo atto di ratifica o approvazione del trattato concluso dall'Unione europea, in spregio ai principi di

Diversa è, invece, la collocazione da riservarsi ai principi generali *tout court*, ovvero a quelli che non esplicano profili costituzionali dell'Unione europea e che, pertanto, sono da porsi in posizione più degradata rispetto a questi. Essi si collocheranno nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione, "in una posizione intermedia fra il Trattato e gli atti delle istituzioni. Sono subordinati al Trattato in quanto attengono «alla sua applicazione»; sono sovraordinati agli atti delle istituzioni in quanto è consentita l'impugnazione di tali atti nel caso di violazione delle regole giuridiche nel cui ambito sono compresi i principi generali"¹⁶⁷. E', infine, da ricordare che i principi generali, oltre a costituire fonte non scritta del diritto¹⁶⁸, sono parte dell'*acquis communautaire* e, pertanto, vincolano gli Stati membri che, tramite i propri apparati giudiziari ed amministrativi, sono obbligati a darne attuazione¹⁶⁹, sia nell'ambito dei procedimenti giudiziari¹⁷⁰ che nei rapporti di collaborazione, co-amministrazione o di integrazione decentrata¹⁷¹.

valenza costituzionale, cfr. T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 33; che all'uopo richiama la sentenza della Corte di giustizia, *Repubblica francese v. Commissione*, 9 agosto 1994, C-327/91.

¹⁶⁷ G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 443 ss.

¹⁶⁸ F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, 409 ss.

¹⁶⁹ M.P. CHITI, *The role of the european court of justice in the development of general principles and their possible codification*, cit., 669, nonché ID., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 219 s.

¹⁷⁰ Ciò anche per effetto della c.d. "co-giurisdizione" e della funzione nomofilattica che la Corte di giustizia svolge sulle giurisdizioni nazionali, tramite i rinvii pregiudiziali *ex art. 267 TFUE* (già *art. 234 TCE*), A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 23 ss.

¹⁷¹ A tale argomento, di recente oggetto di molte pubblicazioni, può vedersi, per tutti, E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003. In giurisprudenza, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 1979, *Eridania*, C-230/78, in cui si è affermato, in termini generali, che "il rispetto dei principi generali del diritto comunitario si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario".

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. *Introduzione*

Il termine “proporzionalità” evoca la relazione intercorrente tra due o più elementi, in cui ciascuno di essi si commisura reciprocamente all'altro. E' evidente che con essa si descrive un metodo di definizione delle dimensioni di un determinato oggetto, grandezza, azione ecc. che ha interessato, ben prima della scienza giuridica, molteplici discipline.

Se il concetto di proporzionalità sorge nelle scienze matematiche¹ esso non è alieno ad altre branche del sapere. Dalla filosofia, all'architettura, dalle arti, sino alle varie scienze sociali (economia, sociologia ecc.), la proporzionalità è una nozione che, con i dovuti adattamenti e peculiari significati, “trova applicazione in quasi tutti i settori della scienza”², permettendo, in ciascun ambito, di giungere alla soluzione, al progetto, all'opera, all'azione ecc. considerata più adeguata o razionale e, dunque, preferibile tra le molte, in astratto, prospettabili. La proporzionalità informa, pertanto, differenti discipline: in economia si esplica nell'analisi costi/benefici, tramite cui si perviene ad individuare la scelta che impiega le risorse in modo ottimale; nell'architettura, il principio in parola guida la

¹ Sia Archimede che Euclide (cfr. *Elementi*, libro V) attribuiscono la teoria delle proporzioni ad Eudòsso di Cnido, matematico ed astronomo greco del IV sec. a.C.

² A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998,

composizione dell'edificio, assicurando che le singole sue parti siano collocate in armonia tra loro e con l'intera geometria del manufatto³; nella filosofia, la proporzionalità è già nota nel pensiero pre-socratico, condensata nella massima *metron ariston*⁴; nelle arti figurative, lo studio delle proporzioni delle singole parti del corpo, consente la corretta raffigurazione del corpo umano ecc.

Per quanto concerne il diritto, la proporzionalità, pur comparso nel pensiero aristotelico quale manifestazione concreta della giustizia⁵, si afferma, nell'Europa continentale, soltanto nel XVIII secolo e limitatamente alla determinazione delle pene⁶. In tale

³ Nell'architettura ellenica, si prescriveva che “la progettazione dei templi si basa sulla simmetria, il cui metodo deve essere scrupolosamente osservato dagli architetti. La simmetria nasce dalla proporzione, che in greco viene definita *analoghia*. La proporzione consiste nella commisurabilità delle singole parti di tutta l'opera, sia fra loro sia con l'insieme. Questa commisurabilità si basa sull'adozione di un modulo fisso e consente di applicare il metodo della simmetria. Nessun tempio potrebbe avere una razionale progettazione senza simmetria e senza proporzione, senza cioè avere un esatto rapporto proporzionale con le membra di un ben formato corpo umano”, Vitruvio, *De Architectura*, libro III.

⁴ Traducibile in “la moderazione è la miglior cosa”, epigramma raccolto in F.W.A. MULLACH, *Fragmenta philosophorum Graecorum*, vol. 1, Paris, 1860 (repr. 1968), XII, 1, 2.

⁵ ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, cap. V (trad. it. C. Mazzarelli, Milano 1993, 195). In estrema sintesi, Aristotele distingue tra giustizia “distributiva” e giustizia “pareggiatrice”, mentre la prima “si attua nella distribuzione di onori, di denaro o quant'altro si può ripartire tra i membri di una cittadinanza”, la seconda, “apporta correzioni nei rapporti tra privati”, qui, invero, intesi tanto se penalmente rilevanti (giustizia correttiva) che regolati dal diritto privato (giustizia commutativa). Orbene, secondo il pensiero aristotelico, in base alla proporzionalità si definisce il giusto mezzo, onde concretizzare le due tipologie di “giustizia” sopra delineate. Ma mentre per la giustizia *distributrice* il giusto mezzo si determina mettendo in correlazione il bene con la persona, nella giustizia *pareggiatrice* “bisogna adeguare cosa a cosa”, TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 61, a. 2, traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino ed. Leonina, vol. XVII, *La Giustizia (II-II, qq. 57-79)*, Bologna, 1984, 114.

⁶ Differente è l'evoluzione del diritto inglese, in cui il principio di proporzionalità della sanzione penale si manifesta già nella *Magna Charta Libertatum*, concessa da re Giovanni Senzaterra nel 1215. Invero, all'articolo convenzionalmente indicato “20” della *Magna Charta*, si dispone che “per un reato

contesto, la proporzionalità è invocata a difesa del reo dagli abusi del potere e, in particolare, quale criterio di mitigazione della sanzione penale. Come noto, fu merito di Cesare Beccaria individuare nella proporzionalità il criterio di correlazione tra reato e pena, affinché la sanzione comminata fosse commisurata al delitto commesso o, in altri termini, non risultasse eccessiva rispetto al fatto criminoso da sanzionare. L'illustre pensatore illuminista osservava, inoltre, che una pena adeguata è preferibile anche per i pubblici poteri, in quanto capace di esaltare la funzione dissuasiva insita in ogni risposta repressiva⁷.

Di lì a poco, la proporzionalità (o il gradualismo) della sanzione penale, sarà solennemente sancita dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, prescrivendosi per il legislatore il dovere di individuare “pene

lieve, un uomo libero sarà punito solo in proporzione al reato stesso e per un reato grave secondo la gravità dello stesso, ma non così severamente da privarlo dei mezzi di sussistenza; ugualmente i mercanti non saranno privati della loro mercanzia e allo stesso modo gli agricoltori dei loro utensili; e nessuna delle predette ammende sarà inflitta se non con il giuramento di uomini probi del vicinato”.

⁷ “Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al bene pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene”, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino, 1970, § VI, 19. Tuttavia, è da evidenziare che già prima dell'opera citata, il principio di proporzionalità aveva fatto la sua comparsa nelle *Costituzioni di S.M. il re di Sardegna*, emanate da Vittorio Amedeo II di Savoia nel 1723-1729. In tale voluminosa raccolta di leggi (cinque volumi, a cui, nel 1729, si aggiunse un sesto), si prescriveva che la pena da comminare doveva essere “giusta ed adeguata proporzione alla quantità dei delitti”, anche al fine di contenere gli abusi giudiziari (“che in ogni parte si tolga quanto più possibile arbitrio ai giudici, tanto nella materia civile che criminale”), cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998, in particolare, capp. IV e VIII.

strettamente ed evidentemente necessarie” (art. 8)⁸.

Se il diritto penale è il settore dell’ordinamento giuridico in cui, originariamente, il principio di proporzionalità trova applicazione⁹, esso mostra, in epoca contemporanea, una forza espansiva tale da interessare moltissimi altri campi del diritto.

Dall’originario alveo del diritto penale, il principio di proporzionalità trasborda nei vari rami dell’ordinamento, riguardando, in particolare, il diritto internazionale¹⁰, il diritto civile, il diritto del lavoro, il diritto fallimentare, il diritto costituzionale, il diritto dell’Unione europea, il diritto tributario, il diritto amministrativo e, recenti letture dottrinarie, lo indicano anche per il diritto processuale¹¹.

⁸ L’art. 8 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, approvata il 26 agosto 1789, proclamava che “La legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata”.

⁹ Vedesi, altresì, gli istituti della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dello stato di necessità (art. 54 c.p.) che, esplicitamente, rinviano al concetto di proporzionalità per valutare se la difesa o il fatto necessitato onde resistere all’altrui offesa o minaccia, possano configurarsi quali causa di giustificazione di una condotta altrimenti penalmente rilevante.

¹⁰ Nonostante il principio di proporzionalità assuma, a secondo dei vari ambiti in cui viene impiegato (diritto del mare, diritto bellico, uso della forza internazionale ecc.) diverse connotazioni, la dottrina internazionalistica ha segnalato la trasversalità del principio in parola, evidenziando che la proporzionalità corrisponde “ad una esigenza di fondo dell’ordinamento” tale da considerarsi quale principio “strutturale” dell’ordinamento internazionale, E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 429 ss., 454.

¹¹ A tal proposito, vedesi i recenti contributi di L.P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1509 ss., in cui l’Autore “giustifica l’adozione legislativa di forme diversificate di tutela e di corrispondenti riti differenziati, purché le loro caratteristiche siano sempre tali, da porsi in proporzionale (e, quindi, ragionevole) rapporto con le esigenze diversificate di tutela delle variabili situazioni soggettive da tutelare”, (*ibidem*, 1529); nonché, R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?* (nota a Cass., S.U., sent. n. 23726/2007), in *Foro it.*, 2008, 1519 ss., il quale sottolinea che “il principio di proporzionalità può essere ambientato nell’esperienza processuale italiana come un risvolto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall’affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, 2° comma, Cost.)”,

Pur operando in ciascun settore del diritto con specifiche peculiarità, la proporzionalità mette in atto la medesima logica: bilancia gli interessi contrapposti e garantisce che il bene o il valore individuato dall'ordinamento sia concretizzato, senza che ciò comporti un eccessivo sacrificio delle prerogative, degli interessi e delle libertà eventualmente contrastanti.

Così intesa la nozione di proporzionalità si riscontra, implicitamente o esplicitamente, in molti istituti afferenti ai più disparati campi giuridici. E' il caso, ad esempio, dei rimedi che tutelano l'equilibrio delle prestazioni contrattuali¹² o delle disposizioni del codice civile tese a garantire l'equo contemperamento degli interessi contrapposti¹³.

(*ibidem*, 1524).

¹² Vedesi, a tal uopo, i rimedi tipici previsti, dal codice civile, a salvaguardia della congruità dello scambio contrattuale: la rescissione per lesione (art. 1448 c.c.) e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.); nonché, quelli atipici, rappresentati dalle clausole generali di buona fede e correttezza (artt. 1337, 1336, 1375, 1175 c.c.). Sulle clausole generali si è accennato, in generale, *supra*, cap. I, § 3, nota 39, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi citati.

E' stato rilevato che il principio di proporzionalità, inteso quale equilibrio dell'accordo negoziale, è presente anche nell'ambito della disciplina consumeristica. Invero, nei contratti conclusi da consumatori, l'efficienza economica "deve trovare riscontro nel rispetto dei principi di adeguatezza e necessità, alla luce del significativo squilibrio (art. 33 c. consumo) inteso come disproporzione considerevole e non giustificata". Tramite il *test* di proporzionalità mutuato dall'ordinamento tedesco (vedesi, *infra*), si individua ed espunge la clausola considerata economicamente inefficiente, con ciò conseguendo il duplice risultato di tutelare sia il consumatore che il mercato, cfr. A. BORTOLUZZI, *Proporzionalità*, in *Digesto disc. priv., sez. civile, Aggiornamento*, Torino, 2007, 1098 e *passim*.

¹³ Il codice civile dispone, qualora l'applicazione delle regole ermeneutiche del contratto (artt. 1362 - 1370 c.c.) non permettano di acclarare il suo significato, che esso dev'essere inteso "nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti se è a titolo oneroso" (art. 1371 c.c.). Altre ipotesi in cui il bilanciamento degli interessi contrapposti interviene quale canone interpretativo della disposizione all'uopo prevista, si riscontra in materia di immissioni. Il legislatore, dopo aver

Tuttavia, è il Costituente ad intuire nella proporzionalità le potenzialità di principio “trasversale” dell’ordinamento giuridico, riferendosi ad essa per una pluralità di istituti relativi a diverse branche dell’ordinamento giuridico. Invero, la Carta costituzionale si informa al principio in parola per la quantificazione della retribuzione dovuta al lavoratore (art. 36, co. 1, Cost.)¹⁴; nelle operazioni di distribuzione dei seggi elettorali del Parlamento nel territorio nazionale (artt. 56, co. 3 e 57, co. 3, Cost.)¹⁵; per la determinazione dei tributi dovuti (art. 53 Cost.)¹⁶ ecc. Implicitamente, la proporzionalità interviene a limitare l’intervento pubblico, sia essa amministrativo o

previsto che le immissioni provenienti da un altro fondo non debbano superare la normale tollerabilità (art. 844, co. 1, c.c.), prescrive che “l’autorità giudiziaria “nell’applicare questa norma [...] deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà” (art. 844, co. 2, c.c.).

¹⁴ La proporzionalità correla la retribuzione dovuta al lavoratore “alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa” (art. 36, co. 1, Cost.).

¹⁵ Ad eccezione dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero, la ripartizione dei seggi elettorali, sia della Camera dei deputati che del Senato, si effettua “in proporzione”, nel primo caso, “alla popolazione di ogni circoscrizione” (art. 56, 3 co., Cost.); nel secondo caso, “alla popolazione delle Regioni” (art. 57, co. 3, Cost.). La proporzionalità garantisce che i seggi di Camera e Senato siano distribuiti su tutto il territorio nazionale, in relazione alla popolazione presente in una determinata area del paese (circoscrizione o Regione). Tuttavia, per quanto concerne la determinazione dei seggi del Senato, si prescrive che ciascuna Regione esprima, comunque, un numero non minore di sette senatori, ad eccezione di Molise e Valle d’Aosta (rispettivamente, due e un senatore, art. 57, co. 2, Cost.). In quest’ultimo caso, si rileva una correzione della regola che lega il numero di seggi del Senato alla popolazione di ciascuna Regione, al fine di moderare gli effetti che l’applicazione della proporzionalità determinerebbe nella composizione del Senato. Invero, onde evitare che i senatori siano, principalmente, espressi dalle Regioni più popolose, si prevede che ciascuna Regione sia adeguatamente rappresentata da un numero minimo di rappresentanti al Senato (fissato nel numero di sette, ridotto a due e uno, in considerazione delle limitate estensioni geografiche di Molise e Valle d’Aosta).

¹⁶ L’art. 53 Cost. nell’imporre a tutti il prelievo fiscale, afferma che esso si deve quantificare in termini proporzionali rispetto alla capacità contributiva di ciascuno; prevedendosi, pertanto, che il sistema tributario si informi “a criteri di progressività”.

legislativo, qualora incida su diritti e libertà fondamentali del soggetto.

Anche in questo caso, è da ripetere quanto già sopra affermato: la proporzionalità, sostanziandosi nella ponderazione degli interessi contrapposti e nella preferenza dello strumento minimo ed idoneo a conseguire quanto fissato dall'ordinamento giuridico¹⁷, consente che i diversi valori, interessi e principi costituzionalmente garantiti, si concretizzino senza che alcuno di essi prevalga in assoluto detrimento di altro valore, interesse o principio parimenti iscritto in Costituzione. La soluzione "proporzionata" è, in definitiva, calibrata sui vari interessi giuridicamente tutelati, così come manifestatesi nel caso concreto. Può, pertanto, dirsi che non esiste, oggi, settore dell'ordinamento che non conosca il principio in questione.

Il principio di proporzionalità indica nella moderazione la regola aurea a cui devono informarsi i rapporti giuridici, siano essi intercorrenti tra privati che coinvolgenti interessi pubblici e pubbliche funzioni¹⁸ e, pertanto, è implicita allo stesso concetto di diritto, *ars*

¹⁷ Invero, spetta all'ordine giuridico "il compito di stabilire un rango di beni e di valori secondo la rispettiva idoneità a soddisfare esigenze di più alta importanza sociale e, come tali, meritevoli di tutela", E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Nov. Digesto It.*, Torino, 1975, 840.

¹⁸ Sulla scorta di quanto affermato a suo tempo da G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tessere le istituzioni*, 3^a ed., Prato, 1835 (1^a ed., Parma, 1814), 14 ss., FEDERICO CAMMEO sosteneva che all'esercizio di poteri discrezionali nell'ambito del diritto pubblico "deve presiedere il criterio generale d'equità", riassunto nel minimo mezzo tramite cui "raggiungere il massimo utile dell'amministrazione con il minimo sacrificio dei cittadini", così richiamando, implicitamente, l'attuale principio di proporzionalità, ID., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, rist. con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, 1960, 164. Questo ordine di idee dell'insigne Autore, è ricordato nel saggio di F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior. pensiero giur. mod.*, 1993, 414 ss.

*boni et aequi*¹⁹, ovvero quale “tentativo di soddisfare, di conciliare, di armonizzare, di adattare [...] pretese ed esigenze che sono spesso in contrasto, o garantendole direttamente e immediatamente, o garantendo determinati interessi individuali, o per mezzo di delimitazioni e di compromessi individuali, in modo tale da dare effetto al maggior numero di interessi o a quelli che hanno maggiore importanza nella nostra civiltà, col minimo sacrificio dello schema degli interessi nell’insieme”²⁰.

¹⁹ *Ius est ars boni et aequi*: con queste parole, attribuite da Ulpiano a Giuvenzio Celso, si apre il Digesto giustiniano (Dig. 1, 1, 1pr).

²⁰ R. POUND, *Rassegna degli interessi sociali* (1923), in ID., *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962, 333 (corsivo mio).

2. *Le origini del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco*

La dialettica autorità/libertà è il campo di elezione del principio di proporzionalità: tramite esso si limita l'intervento lesivo della sfera giuridica del privato (sia esso fiscale, penale, amministrativo ecc.) a quanto indispensabile al raggiungimento degli scopi pubblici, garantendo che le libertà, i diritti e gli interessi dei privati siano incisi nella misura minima e comunque sufficiente a conseguire l'obiettivo perseguito dall'autorità.

Non sorprende, pertanto, che il principio in questione, si sia affermato proprio in seno al diritto pubblico e, precisamente, nell'ambito del diritto di polizia tedesco del XIX secolo²¹. Con il noto caso *Kreuzberg* del 1882, la giurisprudenza prussiana, correlando la misura repressiva con la libertà individuale, specificava che il mezzo in concreto adottato dall'autorità deve essere il meno invasivo per il cittadino che lo subisce e, al contempo, idoneo ad ottenere lo scopo

²¹ Le origini tedesche del principio di proporzionalità sono state messe particolarmente in luce da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, 541 ss., ora anche ID., *Le principe de proportionnalité*, in *Droit Administratif Européen*, J.B. AUBY, J. DE LA ROCHÈRE (diretto da), Bruxelles, 2007. In argomento vedesi inoltre N. EMILIOU, *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, London-the Hague-Boston, 1996, 23 ss.; SCHWARZE, *European administrative law*, 1st rev.ed, London, 2006, 684 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 58 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 69 ss. e, da ultimo, il saggio di G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, vol. II, Milano, 2006, 227 ss. Si rinvia alle citate pubblicazioni anche per gli ampi riferimenti bibliografici delle opere in lingua tedesca.

pubblico prefissato²².

Si andava così delineando quel principio, indicato da Fritz Fleiner con la icastica massima “la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni”²³ che, successivamente, informerà l’intero diritto pubblico tedesco, sino a radicarsi nella Costituzione tedesca.

Tuttavia, nella sua originaria formulazione, il principio di proporzionalità si presentava quale mero autolimita dell’azione statale, non esplicando quelle ben più ampie potenzialità che, in seguito, avrebbe espresso nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale germanico. La proporzionalità, ricostruita dalla dottrina tedesca come esame “a tre gradini” – ovverosia principio composto da tre, imprescindibili, elementi (idoneità, necessità e c.d. proporzionalità in senso stretto della soluzione adottata dall’autorità) – acquisirà il ruolo di principio fondamentale dell’ordinamento giuridico, tramite cui implementare un pervasivo *test* di legittimità dell’azione dei pubblici poteri.

²² La sentenza *Kreuzberg*, pronunciata dal Tribunale amministrativo superiore prussiano (*Oberwaltungsgerichts*) il 14 giugno 1882, in *ProVGE* 9, 353 ss. è richiamata da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 12 s., ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, cit., 542; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, cit., 60; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 228, nonché da J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in the european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 55. In particolare, il caso citato riguardava l’atto con cui si era disposta la chiusura d’autorità di uno spaccio alimentare, quale sanzione per aver commercializzato alcolici in assenza della relativa autorizzazione. Tuttavia, si segnala che già nel 1799, Von Berg indicava nella *Verhältnismäßigkeit* il “criterio generale di applicazione delle pene e delle misure di polizia”, cfr. G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 227, nonché D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 12.

²³ Vedesi, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 14 e ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, cit., 541; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 228.

Tale nozione di proporzionalità, come è stato osservato, era, innegabilmente, ben diversa da quella che il Tribunale amministrativo prussiano prefigurò originariamente, per la palese considerazione che essa venne ad operare nel contesto dello Stato liberale²⁴.

Proprio il riferimento al peculiare momento storico mette chiaramente in luce che il principio in questione era “ben lungi dal rappresentare l’indirizzo finalistico e il limite funzionalistico del potere pubblico”²⁵ che, in seguito, avrebbe acquisito. Invero, la dottrina giuridica del tempo ricostruiva in termini assolutistici l’autorità statale, sicché, l’interesse pubblico si configurava quale sovraordinato rispetto ad ogni altro e le libertà individuali erano considerate tali se e in quanto concesse dallo Stato. Mancava, in altri termini, quel bilanciamento degli interessi contrapposti, che costituirà, secondo la dottrina tedesca, il c.d. terzo elemento del principio di proporzionalità, denominato proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* o *Abwägung*) e che si affermerà “soltanto dopo il 1945”, allorché “a seguito dell’esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista [...] si diffonde la convinzione che l’intervento dello Stato debba sempre essere oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che esso sacrifica”²⁶.

Può, pertanto, affermarsi che la nozione originaria di proporzionalità esprimeva poco più che canone di moderazione del potere, riducendosi ai due requisiti della idoneità (*Geeignetheit*) del mezzo al perseguimento dell’obiettivo fissato e della sua necessità (*Erforderlichkeit*), intesa quale “imposizione del mezzo più mite”,

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 229.

²⁶ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 19.

ovverosia che la soluzione scelta in concreto, tra le tante astrattamente a disposizione, cagioni il minor pregiudizio al singolo²⁷.

Non si permetteva, in altri termini, quel penetrante controllo sul valore sociale e politico della scelta pubblica che avrà luogo con la evoluzione dell'ordinamento in Stato di diritto (*Rechtsstaat*) e il riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, costituzionalmente tutelati e preesistenti ai pubblici poteri²⁸.

Con l'avvento del moderno Stato costituzionale (*Verfassungesstaat*) si vengono, in altri termini, a realizzare le condizioni necessarie per verificare l'adeguatezza del mezzo, ancorché idoneo e necessario, al fine perseguito, tramite il bilanciamento tra sacrifici patiti dal singolo e i vantaggi conseguiti dalla collettività: “quanto più sensibilmente si ritiene di dovere intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale della collettività, che con tale intervento vuole perseguire”²⁹. Nell'esperienza giuridica tedesca, la proporzionalità *strictu sensu*, indica una correlazione tra tre poli, i quali devono essere in equilibrio: la gravità dell'intervento lesivo programmato sul cittadino, l'interesse pubblico perseguito e

²⁷ Naturalmente, “questa parte del principio (*la necessarietà*, n.d.r.) viene di conseguenza in considerazione, quale parametro di valutazione, soltanto qualora vi sia più di un mezzo idoneo al raggiungimento dell'obiettivo. Altrimenti, l'unico mezzo idoneo risulta essere, nel contempo, anche quello necessario”, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 17, a cui si rinvia anche per gli ampi richiami di dottrina e giurisprudenza tedesca, che ricostruiscono il principio di proporzionalità quale unione dei tre elementi succitati: idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto, *Ibidem*, 16 ss.

²⁸ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 230.

²⁹ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 20.

l'interesse individuale tutelato dall'ordinamento³⁰.

L'originaria nozione del principio di proporzionalità, nel mutato contesto ordinamentale, si evolve, assestandosi, strutturalmente, nella triade della necessità, idoneità e proporzionalità *strictu sensu*, sicché l'atto emanato dall'autorità decidente deve, contemporaneamente e nella sequenza indicata, soddisfare i parametri indicati, pena la sua illegittimità. Al contempo, il principio *de quo* espande la propria area d'azione, informando l'intero diritto pubblico e collocandosi, secondo la giurisprudenza costituzionale, in seno alla Carta fondamentale tedesca³¹. Da strumento di contenimento della funzione di *polizeirecht*, la proporzionalità si estende, progressivamente, al diritto amministrativo, interessando, in un primo momento, gli atti amministrativi lesivi della sfera giuridica del destinatario (c.d. *Eingriffsverwaltung*) e, più tardi, anche i provvedimenti ampliativi (c.d. *Leistungverwaltung*)³². Ricodotto, infine, a principio dello Stato di diritto³³ e acquisito il ruolo di principio generale dell'ordinamento germanico, la proporzionalità tutela, soprattutto, i diritti fondamentali del singolo,

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A partire del caso *Apothekenurteil* del 1958 (BVerfGE 7, 377), la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha riconosciuto il *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, la cui base giuridica è stata individuata, di volta in volta, nella stessa formula di Stato di diritto (art. 28 GG), nelle disposizioni della Carta fondamentale relative al libero sviluppo della personalità (art. 2 GG), al riconoscimento dei diritti fondamentali (art. 19 GG) e alla disciplina del diritto di proprietà (art. 14 GG).

³² D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 28 ss., ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, cit., 544.

³³ La giurisprudenza costituzionale tedesca ritiene che il principio di proporzionalità sia implicito alla nozione di Stato di diritto o *Rechtsstaat* (art. 28 GG). Tra le numerose sentenze, cfr. BVerfGE 19, 342 (348 ss.); 23, 127 (133); 25, 44 (54); 25, 269 (292); 27, 344 (352); 76, 1 (50); 86, 288 (347); 90, 145(173); 92, 277 (317).

prescrivendo che eventuali provvedimenti dei pubblici poteri, tanto amministrativi che normativi, siano opportunamente calibrati, affinché gli interessi della collettività sottesi alla scelta pubblica non risultino squilibrati rispetto ai contrapposti diritti e libertà fondamentali del soggetto da essi incisi³⁴; nonché quale limite alla discrezionalità amministrativa (*ermessen*)³⁵.

Nonostante la Corte costituzionale tedesca ribadisca la medesima struttura “a tre gradini” del principio in questione, tanto allorché operi per il diritto amministrativo che per il diritto costituzionale, non v’è dubbio che l’applicazione della proporzionalità si atteggi in modo differente a secondo se riguardi il controllo di legittimità degli atti amministrativi o presieda alla verifica della costituzionalità di atti avente forza di legge. In quest’ultimo caso, la proporzionalità non interviene a misurare in termini “quantitativi” l’azione dei pubblici poteri – così come di fatto opera per l’attività amministrativa – ma verifica la stessa “ammissibilità dell’intervento statale compressivo, che può essere ragionevolmente giustificato solo se rappresenta l’indefettibile strumento per la realizzazione di un fine pubblico costituzionalmente rilevante e comunque tale da bilanciare con la propria attuazione il sacrificio del diritto”³⁶.

Dimensionamento dell’azione amministrativa e ponderazione dei configgenti valori ed interessi costituzionali, sono, pertanto, due diverse esplicazioni della proporzionalità, entrambe riconducibili

³⁴ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 24 ss.

³⁵ Il ruolo della proporzionalità nella discrezionalità amministrativa tedesca è approfondito da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 37 ss. e accennato dalla stessa Autrice in ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, cit., 544 s.

³⁶ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 232.

all'unica vocazione del principio in parola: la tutela dei diritti del singolo dalle ingerenze del potere, comunque espresse.

3. *La nozione del principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea*

Nonostante non fosse espressamente previsto negli originari Trattati istitutivi, il principio di proporzionalità ha trovato vigenza nel diritto comunitario, fin dalla nascita delle tre, embrionali, Comunità europee. In tale contesto, ispirato al liberismo economico, la proporzionalità si presenta quale strumento per controbilanciare gli effetti della regolazione del mercato eccessivamente restrittiva della libertà d'impresa³⁷.

I prodromi del principio in parola si colgono già nella soluzione apprestata per il caso *Fédération Charbonnière de Belgique*, del 1956³⁸. In tale vicenda, avente ad oggetto un atto dell'Alta Autorità CECA con cui si erano fissati d'imperio i prezzi dei prodotti carboniferi, la Corte di giustizia ritenne non necessaria la misura adottata, sul presupposto che l'Autorità avrebbe dovuto propendere, tra i vari mezzi idonei a conseguire lo scopo prefissato, per quello meno invasivo. Sia pure non nominando il principio di proporzionalità, la decisione richiamata è, evidentemente, permeata della sua logica: il dovere di adottare, da parte dell'organo preposto, la soluzione meno pregiudizievole per il privato, suppone la valutazione della medesima, in termini, di necessità ed idoneità. Emerge, per via giurisprudenziale, un limite all'azione dei pubblici poteri, che si pone accanto al principio di

³⁷ T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, 1999, 93.

³⁸ Corte di giustizia, sentenza *Fédération Charbonnière de Belgique*, 29 novembre 1956, C-8/55.

legalità, o meglio, è espressione di legalità sostanziale³⁹.

Ciò nondimeno, la Corte di giustizia non riterrà di dover ricostruire il principio di proporzionalità e continuerà a invocarlo, sia pure implicitamente, sino al caso *Internationale Handelsgesellschaft*⁴⁰ del 1970, nell'ambito del quale, per la prima volta, si pone la questione dell'origine del principio di proporzionalità⁴¹.

E' interessante notare, che il dibattito circa il fondamento del principio in parola si avviò relativamente ad un caso concernente la tutela dei diritti fondamentali. In particolare, il giudice proponente, non a caso tedesco⁴², obiettava che le disposizioni comunitarie oggetto di rinvio *ex art. 177* del Trattato CEE, contrastassero con alcuni

³⁹ Si è già accennato alla crisi del principio di legalità (vedesi, *supra*, cap. I, § 5). Bisogna ora sottolineare che se da un lato “il primato della legge formale è fortemente contraddetto dalla prevalenza delle fonti normative comunitarie, dall'accrescimento [...] delle fonti secondarie [...] dalla elaborazione giurisprudenziale di principi e di regole riguardanti l'attività amministrativa”, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 87, dall'altro, se il principio di legalità formale è sostituito con “il ben più ampio concetto di legge in senso materiale [...] si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica), ma vige come principio di legalità sostanziale, in quanto le norme vincolanti l'amministrazione non si limitano a predeterminarne i poteri (o ad autorizzarne l'esercizio) ma disciplinano le finalità da raggiungere e i modi di esercizio” (*ibidem*, 88). Il principio di legalità sostanziale comprende, pertanto, ogni norma “di diverso valore (legislativo, regolamentare ecc.), che (in una visione paradigmatica) prendono avvio da un precetto astratto generale e mediante un processo di progressiva articolazione, giungono fino al precetto” (*ibidem*, 89). Sicché, in tale concetto devono includersi anche le norme del diritto comunitario, i regolamenti e le altre fonti secondarie, nonché i principi generali del diritto (*ibidem*, nota 61).

⁴⁰ Corte di giustizia, sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, C-11/70.

⁴¹ Cfr. N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 135; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 710 ss. nonché T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 94.

⁴² E' stato notato che un numero considerevole di cause sottoposte alla Corte di giustizia ed afferenti al principio di proporzionalità, sono state proposte dai giudici tedeschi, M. AKERHUST, *The application of general principles of law by the Court of justice of European Communities*, in *British yearbook of international law*, 1981, 39.

principi fondamentali del diritto costituzionale nazionale, tra i quali, il principio di proporzionalità⁴³; la disciplina censurata, invero, imponeva agli operatori economici, tramite il sistema di licenze e cauzioni, di importare ed esportare alcuni prodotti agricoli⁴⁴. In occasione di tale caso, l'Avvocato generale Duthellet de Lamothe individuava quale possibile fonti della proporzionalità, nel diritto comunitario: il *Grundgesetz* tedesco e, precisamente, gli artt. 2 e 12 GG; l'inquadramento tra i principi generali, all'uopo rammentando l'utilizzo della Corte di giustizia della proporzionalità in almeno due decisioni⁴⁵; infine, in quanto già indicato nel diritto scritto e, in particolare, nell'art. 40, § 3, del Trattato CEE⁴⁶. E proprio quest'ultima fu la conclusione avanzata dall'Avvocato generale e condivisa dalla Corte⁴⁷. Invero, l'art. 40 del Trattato CEE allora vigente, affermava

⁴³ Oltre alla proporzionalità, il giudice remittente segnalava che le disposizioni censurate si sarebbero poste in contrasto con i principi di libertà d'azione e di disposizione nonché di libertà economica.

⁴⁴ La disciplina censurata era relativa alle licenze d'esportazione e delle cauzioni ad esse connesse afferente all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei cereali, contenuta nel regolamento del Consiglio del 13 giugno 1967, n. 120 e nel regolamento della Commissione del 21 agosto 1967, n. 473.

⁴⁵ Oltre alla sentenza *Fédération Charbonnière de Belgique*, sopracitata (vedesi, nota 38), l'Avv. gen. Duthellet de Lamothe cita la sentenza *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse*, 13 giugno 1958, C-15/57.

⁴⁶ L'art. 40, § 3, Trattato CEE così disponeva: "L'organizzazione comune in una delle forme indicate al paragrafo 2 può comprendere tutte le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi definiti dall'art. 39, e in particolare regolamentazioni dei prezzi, sovvenzioni sia alla produzione che alla distribuzione dei diversi prodotti, sistemi per la costituzione di scorte e per il riporto, meccanismi comuni di stabilizzazione all'importo o all'esportazione.

Essa deve limitarsi a perseguire gli obiettivi enunciati nell'art. 39 e deve escludere qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità.

Un'eventuale politica comune dei prezzi deve essere basata su criteri comuni e su metodi di calcolo uniformi".

⁴⁷ Invero, la Corte di giustizia, al punto 20 della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* (vedesi, nota 40), afferma che "il regime delle licenze implicanti – per chi le ha richieste – l'impegno d'importare od esportare garantito da una cauzione, non lede alcun diritto fondamentale. Il sistema delle cauzioni

che le organizzazioni comuni di mercato dovevano attenersi a misure strettamente necessarie per il perseguimento degli obiettivi indicati dall'art. 39 del Trattato.

Tale soluzione, tuttavia, era insoddisfacente, innanzitutto perché, con tutta evidenza, riduceva l'ambito d'azione nei limiti previsti dall'art. 40 del Trattato CEE, frustrando così l'applicabilità del principio anche per materie diverse dalla politica agricola e per gli obiettivi statuiti dall'art. 39 Trattato CEE, in secondo luogo, la complessa nozione del principio di proporzionalità elaborata nel diritto tedesco era ridotta al solo requisito della necessità⁴⁸. Né può essere sottaciuto che, poco dopo, l'Avvocato generale Roemer mostrò qualche perplessità sulla soluzione approntata dal collega, ritenendo che "il margine di discrezionalità certamente lasciato al Consiglio, per quanto ampio, non è illimitato e che quindi è possibile sindacare l'uso che è stato fatto"⁴⁹.

Si venne pertanto ad ingenerare nella dottrina⁵⁰ l'opinione che

costituisce uno strumento adeguato ai sensi dell'articolo 40, n. 3, del Trattato", precisando, conseguentemente, che con la limitazione "ai casi di forza maggiore l'annullamento dell'impegno d'esportare e la restituzione della cauzione, il legislatore comunitario ha adottato un provvedimento il quale, senza imporre un onere iniquo agli operatori, è idoneo a garantire il buon funzionamento dell'organizzazione del mercato dei cereali, nell'interesse generale quale è definito dall'articolo 39 del Trattato".

⁴⁸ F.G. JACOBS, *Recent development in the principle of proportionality in European Community law*, in *The principle of proportionality in the European Law*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 1 ss.; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 711.

⁴⁹ Vedesi, le conclusioni dell'Avv. gen. Roemer del 1 dicembre 1970, per il caso definito con sentenza 15 dicembre 1970, *Deutsche Getreide-und Futtermittelhadelsgesellschaft*, C-31/70, all'uopo richiamate da N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 137; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 711.

⁵⁰ Cfr. H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 512 ss., il quale rileva che il principio di proporzionalità è, altresì, diretta esplicazione del principio di competenza delle Istituzioni comunitarie, sicché contribuisce a limitare

la proporzionalità, in quanto argine ai poteri delle Istituzioni comunitarie e dunque garanzia delle libertà del singolo, costituiva una manifestazione del principio dello Stato di diritto, accolto dall'ordinamento giuridico comunitario che, a partire dalla sentenza *Les Verts*, si considera "Comunità di diritto"⁵¹. La proporzionalità, è pertanto implicito allo spirito dei Trattati e deriverebbe dal c.d. diritto non scritto che, in quanto, tale è strumento certamente più flessibile e capace di "permeare l'intero sistema legale della Comunità"⁵².

L'adesione della giurisprudenza comunitaria a tale ricostruzione del principio di proporzionalità, si verifica già con la sentenza *Mannesmann* del 1962. In tale decisione, lo schema relazionale della proporzionalità costituisce parametro in base a cui regolare il potere dell'autorità di "adottare meccanismi finanziari [...] per salvaguardare l'equilibrio del mercato", all'uopo prevedendosi che la loro emanazione sia preceduta da un'attenta comprensione "della realtà economica alla quale questi meccanismi vanno applicati, affinché gli scopi perseguiti siano raggiunti col minimo sacrificio possibile per le imprese partecipanti"; ma si aggiunge che "questa esigenza di giustizia va tuttavia temperata col principio di certezza del diritto, che a sua volta trae origine da considerazioni di equità e di

l'attività della Comunità europea nei "binari" del Trattato. L'Autore è, altresì, citato nelle opere di N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 138; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 712, A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M.P. CHITI e G. GRECO (diretto da), vol. I, II ed., Milano, 2007, 332.

⁵¹ Corte di giustizia, sentenza *Les Verts*, C-294/83, in cui si afferma che "la Comunità Economica Europea è una comunità di diritto, nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue Istituzioni sono sottratti al controllo di conformità dei loro atti alla carta costituzionale costituita dal Trattato". Tale orientamento è stato, altresì confermato dai successivi arresti giurisprudenziali, che hanno ribadito la CEE quale "Comunità di diritto": 30 marzo 1995, *Parlamento c. Consiglio*, C-35/93; 30 aprile 1996, *Paesi Bassi*, C-58/94.

⁵² T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 90.

economia. Queste due esigenze vanno conciliate in modo da implicare il minimo sacrificio possibile per il complesso delle persone soggette alla Comunità”⁵³. Emerge, in tale ultima sentenza, l’idea che la proporzionalità sia insita allo stesso concetto di Stato di diritto⁵⁴, manifestazione del principio di giustizia, come invero sarà più tardi esposto anche nella sentenza *Schröder*⁵⁵ e dal relativo filone giurisprudenziale che sancirà, definitivamente, il principio di proporzionalità quale parametro d’azione delle Istituzioni comunitarie affinché essa non comprima, ingiustificatamente e oltre il necessario, i diritti e le libertà del singolo. In altri termini, il fondamento del principio in parola risiederebbe nella sua immanenza alle stesse disposizioni del Trattato, le quali soventemente autorizzano l’impiego

⁵³ Corte di giustizia, sentenza *Mannesmann*, 13 luglio 1962, C-19/61.

⁵⁴ Il principio di Stato di diritto (o *rule of law*) è parte integrante dell’ordinamento giuridico della Comunità europea, il cui rispetto è considerato alla base del Trattato, cfr. Corte di giustizia, sentenze: *Granaria*, 13 febbraio 1979, C-101/78; *AM&S*, 18 maggio 1982, C-155/79.

La scaturigine del principio di proporzionalità dalla nozione di Stato di diritto è, parimenti, confermata qualora si consideri che “in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri gli interventi dei pubblici poteri nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica che giuridica, devono essere fondati sulla legge ed essere giustificati dai motivi contemplati dalla legge; questi ordinamenti prevedono pertanto, pur se con modalità diverse, una protezione nei confronti di interventi arbitrari o sproporzionati”, sicché “l’esigenza di siffatta protezione dev’essere ammessa come un principio generale del diritto comunitario”, Corte di giustizia, sentenza *Hoechst A.G.*, 21 settembre 1989, C-46/87 e 227/88.

⁵⁵ Corte di giustizia, sentenza *Schröder*, 11 luglio 1989, C-265/87, in cui si afferma che “sia il diritto di proprietà che la libertà di esercizio delle attività professionali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario. Detti principi non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all’applicazione del diritto di proprietà e al libero esercizio di un’attività professionale, in particolare nell’ambito di un’organizzazione comune di mercato, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti”. nonché vedesi anche sentenza *Testa*, 19 giugno 1980, C-41, 121 e 796/79.

di misure da parte delle Istituzioni comunitarie che, a secondo dei casi, devono essere “richieste”, “giustificate”, “necessarie”⁵⁶.

Desumibile in via interpretativa dal Trattato, il principio di proporzionalità è, pertanto, da collocarsi tra i principi generali dell’ordinamento comunitario e in tali termini è usualmente indicato dalle decisioni della Corte di giustizia⁵⁷. Per la definizione della nozione e dell’ambito d’azione del principio in questione⁵⁸, la dottrina si è avvalsa anche dell’analisi comparativa⁵⁹, che si mostra particolarmente utile a chiarire le modalità operative del principio di proporzionalità, specie considerando che, in virtù del c.d. *spill over effect*⁶⁰, il principio di proporzionalità opera anche negli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri, tra i quali taluni in cui il principio *de quo*, prima dell’avvento della nozione comunitaria, era del tutto sconosciuto⁶¹.

⁵⁶ E’ questa l’opinione del primo Presidente della Corte di giustizia, H. Kutscher, riportata in N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 138; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 715, a cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

⁵⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia sentenze: *Bela Mühle*, 5 luglio 1977, C-114/76; *Man sugar*, 24 settembre 1985, C-181/84.

⁵⁸ J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law*, cit., 58.

⁵⁹ Invero, la tecnica comparativa è utilizzata dal giudice europeo allorché elevi i principi considerati comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri a principi generali dell’ordinamento comunitario, vedesi, *supra*, cap. I, § 7.

⁶⁰ Sull’effetto *spill over* dei principi dell’ordinamento comunitario, vedesi, in generale, quanto già sostenuto, *supra*, cap. I, § 8, nonché, con specifico riferimento al principio di proporzionalità, cfr. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, cit., 552 ss.

⁶¹ Sia per l’ordinamento giuridico italiano che per quello inglese, il principio di proporzionalità europeo rappresenta una novità assoluta. L’impatto del principio in parola sugli ordinamenti citati è stato oggetto della riflessione della dottrina; da ultimo, vedesi, lo studio di S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 89 ss. e 139 ss.

4. *La struttura del principio di proporzionalità*

In dottrina, è comune l'opinione secondo la quale la Corte di giustizia si sia ispirata all'ordinamento tedesco per l'elaborazione del principio di proporzionalità. Tuttavia, sarebbe affrettato concludere che il principio *de quo* sia la risultante del triplice e sequenziale controllo dei parametri della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto, così come esso si è caratterizzato nell'esperienza giuridica tedesca. Ed in effetti, se tale ricostruzione ha l'indubbio pregio di ordinare il principio in parola in modo chiaro, fornendo all'interprete, sia esso istituzione procedente che giudice, un preciso schema mediante cui verificare se l'atto, da emanare ovvero da sindacare, possa dirsi "proporzionato"; dall'altro, l'analisi della giurisprudenza comunitaria, induce a ritenere che il principio di proporzionalità tedesco ha sì suggestionato la Corte di giustizia, senza che però ciò possa essere inteso quale sua adesione alle soluzioni elaborate, nel corso di oltre un secolo, dalla teorica tedesca del principio di proporzionalità. I frequenti richiami a concetti quali "idoneità" o "necessità", presenti nelle decisioni della Corte del Lussemburgo, sono meri sintomi del peculiare giudizio di proporzionalità che si articola secondo logiche proprie⁶²; sicché, anche quella dottrina che, più di ogni altra, ha avvicinato il principio in parola all'assetto fornitole dal diritto germanico, ha riconosciuto la ontologica diversità della nozione di proporzionalità elaborata dalla Corte di giustizia e la sua autonomia dal modello germanico⁶³.

⁶² J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 855.

⁶³ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., *passim*; ID., *Il principio di proporzionalità e il suo*

Nonostante il frequentissimo ricorso al principio in parola e il progressivo ampliamento del suo campo d'azione⁶⁴, dalla copiosa giurisprudenza formatasi non è possibile trarre un'unica formula del principio di proporzionalità, ma diverse a secondo dello specifico caso oggetto di giudizio.

Se dalla disamina di talune decisioni della Corte di giustizia si evidenzia una definizione di proporzionalità simile a quella apprestata dall'ordinamento tedesco e, pertanto, riassunta nel triplice controllo della idoneità, necessità e proporzionalità *strictu sensu*⁶⁵ della misura

effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali, cit., 550 ss.

⁶⁴ "As Jacobs AG stated 'there are few areas of Community law, if any at all, where [the principle of proportionality] is not relevant' [...] The principle is invoked by litigants more often than any other general principle of Community law", T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 90.

⁶⁵ "In forza del principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, la legittimità del divieto di un'attività economica è subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti", Corte di giustizia, *Fedesa*, 13 novembre 1990, C-331/88; nonché cfr., *ex multis*, le sentenze: *Commissione*, 20 settembre 1988, C-302/86; *Crispoltoni*, 5 ottobre 1994, C-133, 300 e 362/93; *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft u.a.* (cit., *infra*, nota 117); *Schräder* (cit., nota 55); *Rep. francese e Irlanda-Organizzazione dei mercati della carne bovina*, 29 febbraio 1996, C-296 e 307/93; *Fattoria autonoma tabacchi*, C-254, 255 e 269/94; *Hüpeden*, 4 luglio 1996, C-295/94; *Pietsch*, 4 luglio 1996, C-296/94; *Regno Unito*, 5 maggio 1998, C-180/96; *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH*, 16 dicembre 1999, C-101/98; *Jippes*, 12 luglio 2001, C-189/01.

In dottrina, aderisce alla scomposizione del principio di proporzionalità nei tre *test* della necessità, idoneità e proporzionalità *strictu sensu*, G. DE BÜRCA, *The principle of proportionality and its application in EC law*, in *Yearbook of european law*, vol. 13, Oxford, 1993, 13; merita inoltre di essere ricordata l'analisi dei tre elementi citati, fornita dall'Avv. gen. W. van Gerven, per il caso conclusosi con sentenza, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*, 4 ottobre 1991, C-159/90, nonché l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, tesa ad evidenziare l'incerto assetto della proporzionalità, a secondo dei casi, configurata a tre o a due elementi, W. VAN GERVEN, *The effect of proportionality on the actions of member States of the European community, national viewpoints from continental Europe*, in *The principle of proportionality in the law of Europe*, E. ELLIS (edited

adottata dall'autorità decidente, non mancano coeve decisioni del giudice europeo che ricostruiscono il principio *de quo* secondo uno schema binario, fondato sulla verifica dei soli elementi della necessità ed idoneità della misura adottata dall'autorità⁶⁶. Né, tanto meno, sono inconsueti soluzioni vertenti sull'esame anche di un solo aspetto in cui si scompone – secondo la dottrina tedesca – la proporzionalità⁶⁷.

Idoneità, necessità e proporzionalità *strictu sensu* sono gli indici in base ai quali si manifesta il controllo di proporzionalità da parte della Corte di giustizia, senza, tuttavia, che essi si compongano in una nozione stabile del principio in parola. Pur influenzato dalla ricostruzione operata dal diritto tedesco, il giudice europeo non sottopone l'atto impugnato alla tassativa, triplice, verifica citata, né, tanto meno, la svolge secondo la rigida sequenza delineata dalla

by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 37 ss.; della stessa opinione F.G. JACOBS, *Recent development in the principle of proportionality in EC law*, cit., 2 che afferma “the Court does not always articulate the principle in the full manner avocated by German theorists”. Infine, opta per il modello di principio di proporzionalità fondato sul duplice controllo dell'idoneità e della necessità della misura adottata dall'autorità decidente, T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, cit., 91 s., il quale, pur dando contezza che talora la giurisprudenza comunitaria procede alla verifica della proporzionalità in base a un *test* tripartito (necessità, idoneità e proporzionalità *strictu sensu*), ritiene che “in practice the Court does not distinguish in its analysis between the second and the third test” (*ibidem*, 92).

⁶⁶ Cfr. *ex multis*, Corte di giustizia, sentenze: *Buitoni*, 20 febbraio 1979, C-122/78; *Fromançais*, 23 febbraio 1983, C-66/82; *OBEA*, 1 ottobre 1985, C-125/83; *Denkavit*, 22 gennaio 1986, C-266/84; *Johnston*, 15 maggio 1986, C-222/84; 18 settembre 1986, *Commissione*, C-116/82; *Zuckerfabrik Bedburg*, 14 gennaio 1987, C-281/84; *Società per l'esportazione dello zucchero*, 18 marzo 1987, C-56/86; *Roquette Frères*, 30 giugno 1987, C-47/86; *Zard*, 26 giugno 1990, C-8/89; *Man Sugar*, cit. *supra*, nota 57; *Lingenfelser*, 27 giugno 1990, C-118/89; *Philipp Brothers*, 12 luglio 1990, C-155/89; *Germania (Banane-Organizzazione comune dei mercati)*, 5 ottobre 1994, C-280/93, su cui vedesi il commento di D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 126 ss.; *Germania*, 9 novembre 1995, C-426/93; *Regno Unito*, 12 novembre 1996, C-84/94; *Rep. fed. Germania*, 13 maggio 1997, C-233/94; *SAM Schiffahrt GmbH*, 17 luglio 1997, C-248 e 249/95; *Consiglio*, 6 dicembre 2001, C353/99.

⁶⁷ N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 191.

dottrina germanica⁶⁸, ma, piuttosto, elabora, per il caso concreto oggetto di giudizio, un'autonoma nozione di proporzionalità mediante cui apprestare la tutela migliore, alla luce degli obiettivi statuiti dai Trattati⁶⁹.

L'approccio pragmatico della Corte europea evidenzia, pertanto, un concetto multiforme ed ambiguo di proporzionalità⁷⁰ insuscettibile di essere ricondotto ad alcun rigido assetto e, proprio per questo, capace di adattarsi a fattispecie differenti⁷¹. Se, come sembra, il concetto di proporzionalità comunitaria debba considerarsi autonomo perché relativo all'ordinamento in seno al quale si è formato, è utile delineare i contorni assunti da ciascuno dei tre elementi citati nell'ambito della giurisprudenza comunitaria.

⁶⁸ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, cit., 551; nonché, *supra*, § 2.

⁶⁹ Si rinvia, all'uopo, a quanto già sostenuto allorché si è discusso dei meccanismi di elaborazione dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea, *supra*, cap. I, § 7 e § 8.

⁷⁰ Cfr. W. VAN GERVEN, *The effect of proportionality on the actions of member States of the European community, national viewpoints from continental Europe*, cit., 60, il quale afferma "Proportionality remains a vague concept", ovvero una nozione più facile a comprendere che a definire, X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, 1990, 7.

⁷¹ La distinzione del principio di proporzionalità comunitario dal *Verhältnismäßigkeit* discenderebbe dalla diversità di sistema di tutela giurisdizionale in cui il principio in questione opera. Invero, "la tutela apprestata dal giudice tedesco è una tutela soggettivamente orientata, che tiene conto soprattutto dell'intensità con cui la misura adottata abbia inciso nella sfera giuridica del ricorrente. Mentre, viceversa, la tutela apprestata dal giudice comunitario è piuttosto una tutela giurisdizionale di tipo oggettivo, che tiene conto essenzialmente degli interessi concretamente in gioco senza attribuire un peso determinante alla misura del sacrificio patito dal singolo", D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, cit., 550 s.

4.1 *Idoneità*

Come si è già accennato, l'ideoneità – primo gradino nel sindacato di proporzionalità – è relativo alla capacità del mezzo adottato dalla pubblica autorità (sia esso di tipo legislativo che amministrativo) a perseguire l'obiettivo stabilito⁷². Il requisito dell'ideoneità, correlando gli scopi al mezzo impiegato, in un'ottica che “funzionalizza” l'attività pubblica al risultato perseguito, circoscrive la scelta dell'autorità allo strumento che, in base alle circostanze di fatto e al momento in cui la scelta è operata, si presta, verosimilmente, a conseguire lo scopo pubblico.

Le Istituzioni europee sono, pertanto, chiamate ad effettuare un giudizio prognostico in ordine agli effetti che l'atto adottato produrrà, sicché la illegittimità di quest'ultimo si verifica allorché la “valutazione [...] appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa”⁷³. L'accertamento giudiziale si traduce, pertanto, in un giudizio di non manifesta inidoneità della misura in relazione agli obiettivi perseguiti⁷⁴, tesa a verificare la plausibilità della soluzione prescelta

⁷² Cfr., in argomento: N. EMILIOU, *principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 191 s.; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 855 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 97 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 250 ss.

⁷³ Corte di giustizia, sentenza *Crispoltoni*, cit. *supra*, nota 65 e riportata in D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 97; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 252. Vedesi, inoltre, sentenza *Regno Unito e Irlanda del Nord*, 19 novembre 1998, C-150/94; *Schröder* cit., *supra*, nota 55.

⁷⁴ Si è infatti, affermato che qualora “l'attuazione di una politica comune, implica [...], la valutazione di una situazione economica complessa, il potere

dall'autorità pubblica, in considerazione del momento in cui fu assunta.

La limitata sfera di sindacabilità giudiziaria dell'idoneità del provvedimento comunitario, subisce un'ulteriore riduzione qualora abbia ad oggetto misure adottate nell'ambito di settori di notevole complessità economica, in cui si deve riconoscere un margine di discrezionalità alle Istituzioni europee in merito alle valutazioni, anche di fatto, e alle scelte assunte⁷⁵. In questi casi, il giudice europeo non può ingerirsi nelle valutazioni politiche effettuate dalle Istituzioni europee, né sostituire le misure economiche complesse con altre, astrattamente, più efficienti. Sostanzandosi nella valutazione del mezzo allo scopo perseguito, il giudizio di idoneità consentirebbe alla Corte di giustizia di valutare l'opportunità politica sottesa alle misure economiche complesse, in materie in cui si è optato per una maggiore integrazione e attribuito alle Istituzioni europee un più ampio potere discrezionale. Il sindacato giurisdizionale di idoneità si concreta, in tali evenienze, in una "palese, manifesta inidoneità del mezzo rispetto al fine"⁷⁶, che dovrà essere ampiamente suffragato in sede giudiziale⁷⁷.

discrezionale spettante all'Istituzione non riguarda esclusivamente la natura e la portata dei provvedimenti da adottare, ma anche, in una certa misura, l'accertamento dei dati di fatto, in particolare nel senso che esso può eventualmente fondarsi su accertamenti globali", Corte di giustizia, sentenza, *Emesa Sugar NV*, 8 febbraio 2000, C-17/98. Cfr. altresì, le decisioni: *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH*, 16 dicembre 1999, C-101/98; *Regno Unito*, 5 maggio 1998, C-106/96; *The Queen*, 17 ottobre 1995, C-44/94; *Crispoltoni*, cit. nota 65; *Germania*, cit. nota 66.

⁷⁵ Corte di giustizia, sentenze: *SAM Schiffahrt GmbH*, cit. *supra*, nota 65; *Italia*, 12 luglio 1979, C-166/78; *Roquette Frères*, cit. nota 66.

⁷⁶ Così si esprime G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 254.

⁷⁷ "la limitazione del controllo alla manifesta erroneità della valutazione prognostica compiuta dal legislatore «si impone segnatamente allorché il Consiglio si trova a dover operare quale arbitro di interessi confliggenti e ad esercitare quindi opzioni nell'ambito delle scelte politiche che rientrano nelle sue responsabilità» e conclude così: «a tal proposito, la Corte non può sostituire la propria valutazione a

Si comprende, pertanto, perché la dottrina abbia degradato l'idoneità a criterio di "importanza secondaria"⁷⁸ e si segnalino, in concreto, pochi casi in cui la Corte di giustizia ha censurato gli atti comunitari sotto il profilo della loro inidoneità a conseguire gli obiettivi⁷⁹.

Se, pertanto, il giudizio di idoneità sugli atti comunitari ha contorni evanescenti e trova esito positivo in poche pronunzie, diverso è il medesimo controllo allorché ha ad oggetto atti adottati dagli Stati membri.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, pone in capo allo Stato l'onere di provare che il mezzo adottato sia il più idoneo in vista del fine da conseguire⁸⁰, in tal guisa delineando un sindacato giurisdizionale ben più stringente rispetto a quello che si incardina allorché si valutino atti dell'Unione europea. Invero, il giudice europeo distribuisce gli oneri processuali, a secondo se la verifica giudiziale dell'idoneità verta su atti statali o comunitari: in quest'ultimo caso, infatti, le Istituzioni non dovranno suffragare che l'azione adottata sia, in concreto, maggiormente adatta a conseguire lo

quella del Consiglio sul carattere più o meno idoneo dei provvedimenti da esso adottati, dal momento che non è stata fornita la prova che detti provvedimenti fossero manifestamente inidonei al conseguimento dell'obiettivo perseguito», Corte di giustizia, *Regno Unito*, 19 novembre 1998, C-150/94, così riportata in *Ibidem*. Vedesi, inoltre, le conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti alla sentenza della Corte di giustizia, *Ferriera Valsabbia*, 18 marzo 1980, C-154, 205-206, 226-228, 263-264/78, 31, 39, 83, 85/79.

In argomento, vedesi, altresì, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 101 s. In giurisprudenza, cfr. sentenze della Corte di giustizia, *Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, cit. nota 73 e *Germania*, cit. nota 66.

⁷⁸ J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 856.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Corte di giustizia, sentenza, *Commissione*, 1 giugno 1994, C-317/92, riportata sia da D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 104, che da G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 256.

scopo prefisso. Sicché, può concludersi, che lo Stato membro deve fornire adeguata prova sia nel caso in cui ricorra contro la normativa europea considerata inidonea, che qualora sia parte resistente in un giudizio afferente ai propri atti. Mentre nel primo caso lo l'autorità nazionale dovrà dimostrare la manifesta inidoneità del provvedimento europeo, nel caso in cui resista, dovrà comprovare “ che il provvedimento controverso costituisca il mezzo più idoneo”⁸¹.

⁸¹ Vedesi, sentenza cit. nota precedente.

4.2 *Necessità (o necessarietà)*

Il secondo passaggio in cui si articola il controllo di proporzionalità, è rappresentato dalla necessità (o necessarietà) della misura adottata che, come è stato messo in luce, è il parametro a cui la Corte di giustizia si è maggiormente riferita nel controllo del canone della proporzionalità⁸².

Il criterio della necessità indirizza l'autorità pubblica nella scelta dello strumento da assumere, imponendo, tra i diversi idonei, il meno restrittivo per gli interessi incisi⁸³. La verifica della necessità dell'atto sott'intende, naturalmente, la possibilità di operare una scelta tra distinte misure, tutte ugualmente appropriate a conseguire lo scopo pubblico prefisso, sicché, nel caso in cui il fine possa essere concretamente perseguito solo tramite un determinato mezzo, i criteri di necessità e di idoneità si sovrappongono⁸⁴. In altri termini, se il concetto di necessità talvolta coincide con il parametro di idoneità, quest'ultimo è, in ogni caso, il logico presupposto per esperire il primo.

Con la necessità, il *test* di proporzionalità si arricchisce di un

⁸² Cfr., in argomento: N. EMILIOU, *principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 192; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 857 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 106 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 258 ss.

⁸³ Vedesi, *ex multis*, Corte di giustizia, sentenze: *Bela Mühle*, cit. nota 57; *Schräder*, cit. nota 55; *Fedesa*, cit. nota 65; *Philipp Brothers*, cit. nota 66; *Dänischen Pfandflaschen*, 20 settembre 1988, C-302/86; *Lingenfelder*, 27 giugno 1990, C-118/89; *Italtrade*, 27 gennaio 1991, C-199/90; *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 16 ottobre 1991, C-24/90; *Wünsche*, 16 ottobre 1991, C-266/84; *Pietsch*, 4 luglio 1996, C-296/94.

⁸⁴ Vedesi, Corte di giustizia, sentenza *Rep. fed. Germania*, cit., nota 66.

ulteriore parametro che analizza il mezzo adatto a perseguire le finalità pubbliche sotto il profilo delle conseguenze pregiudizievoli che può arrecare ai soggetti destinatari. Mentre il parametro dell'idoneità sottolinea l'efficacia dell'azione pubblica, la necessità esprime una funzione di garanzia dei diritti individuali, i quali debbono essere sacrificati nella misura minima e, comunque, idonea a realizzare le finalità pubbliche. Il criterio in questione sposta l'osservazione, dell'autorità o del giudice europeo, dalla capacità dell'atto a conseguire gli obiettivi prefissi alla sua indispensabilità, in un'ottica tesa a favorire il mezzo più mite per il cittadino; sicché, nella seconda fase in cui si snoda il principio di proporzionalità, si garantisce che lo strumento adottato sia, tra quelli idonei, il meno invasivo dei diritti e delle libertà del privato⁸⁵.

Tuttavia, non è sfuggito che anche la comparazione tra mezzo adottato e soluzioni meno invasive risulta talora di particolare difficoltà per la Corte europea, quando lo strumento più mite non sia individuabile *ictu oculi*. Invero, spesso l'assunzione di determinati provvedimenti sono preceduti da considerazioni ed analisi non giuridiche ovvero, basate su scelte economiche, tecnico-scientifiche, empiriche ecc., non atte ad essere conosciute dal giudice⁸⁶.

Si deve, inoltre, segnalare che similmente al controllo di

⁸⁵ E' stato segnalato che il parametro di necessità traduce "in schema di giudizio il principio di divisione che [...] sancisce il carattere illimitato in linea di principio della libertà del cittadino a fronte della strutturale limitatezza dell'azione statale compressiva dei diritti", G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 259.

⁸⁶ Così G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 260 e s., il quale, all'uopo riporta i casi *Jippes*, cit. nota 65 e *SAM Schifahrt GmbH*, cit. nota 66; nonché, N. EMILIOU, *ibidem*. Quest'ultimo Autore, sulla scorta della decisione *Fedesa*, cit. nota 65, afferma che nell'ambito delle misure relative alla politica economica, la scelta adottava non sia la misura meno restrittiva ma la sola che consente di conseguire, più efficacemente, gli obiettivi prefissi. Vedesi, altresì, J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 858.

idoneità, anche la verifica della necessità incontra, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, applicazioni più o meno restrittive, a secondo che riguardano atti statali o dell'Unione europea. A fronte di una minore intensità di giudizio allorché si tratti di vagliare la necessarietà degli atti comunitari si riscontra, per converso, una maggiore incisività allorché si sindacano, sotto il profilo in esame, gli atti degli Stati membri⁸⁷. In particolare, anche in questo caso, si segnala una differente distribuzione degli oneri processuali. La Corte di giustizia, infatti, addossa all'autorità nazionale l'onere di dimostrare in giudizio che gli atti adottati soddisfino il criterio della necessità⁸⁸, mentre non è richiesta alcuna prova, allorché si vagolino atti comunitari.

Deve inoltre segnalarsi che il criterio di necessità, oltre ad essere quasi sempre invocato dal c.d. diritto vivente allorché si applichi il principio di proporzionalità, è stato, altresì, consacrato dal diritto scritto.

Si è già accennato che tra le possibili scaturigini del principio in parola⁸⁹, si riconosceva un implicito fondamento della proporzionalità nel Trattato CEE, laddove prevedeva, limitatamente al settore agricolo, la possibilità di restringere le libertà comunitarie, nella misura in cui ciò fosse necessario al raggiungimento degli

⁸⁷ Cfr. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 110 e s.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 262 ss., quest'ultimo, in particolare, riporta i casi *Germania*, cit. nota 66; *Italia*, 18 gennaio 1998, C-361/98.

⁸⁸ Vedesi, Corte di giustizia, sentenze: *Bellon*, 13 dicembre 1990, C-42/90; *Commissione*, 12 marzo 1987, C-178-84; *Minister public*, 6 maggio 1986, C-304/84; *Motte*, 10 dicembre 1985, C-247/84; *Sandoz*, 14 luglio 1983, C-174/82, nonché cfr. conclusioni dell'Avv. generale Geelhoed presentate nel procedimento *Germania e Austria*, C-387/99 e 150/00.

⁸⁹ Vedesi, *supra*, § 3.

obiettivi definiti (art. 40 TCE). Tale concezione del principio in questione, ridotta alla sola necessità, è stata ribadita dal Trattato di Maastricht, che ha elevato la proporzionalità a criterio direttivo dell'esercizio delle competenze comunitarie (art. 5 TCE) e, da ultimo, confermata dal Trattato di Lisbona⁹⁰.

Dal dato positivo emerge che a fronte del fondamentale ruolo assunto dal principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea, non corrisponde una modifica in ordine alla sua originaria definizione desunta dal Trattato CEE, tanto che il vigente Trattato dell'Unione europea continua a precisare il principio in esame in termini di necessità dello strumento adoperato, in relazione agli scopi perseguiti e indicati dai trattati (art. 5, § 4, TUE)⁹¹. Il diritto scritto si sofferma, pertanto, solo su uno della triade dei sub-principi che compongono la nozione di proporzionalità a cui la giurisprudenza comunitaria, sulla scorta dell'esperienza giuridica tedesca, si è riferita.

Può pertanto affermarsi che tanto la giurisprudenza della Corte di giustizia che i Trattati, confermano la centralità assunta dalla necessità nella definizione del principio di proporzionalità. Si deve, infine, rilevare che proprio in considerazione della formulazione data dal diritto positivo del principio in esame, è stata, di recente, avanzata la tesi secondo cui il diritto dell'Unione europea avrebbe accolto una

⁹⁰ Vedesi, *infra*, § 5 e § 5.1.

⁹¹ “In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati” (art. 5, § 4, TUE).

Anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si può continuare ad affermare che “rispetto alla nozione originaria [...] la proporzionalità comunitaria non sembra aver subito cambiamenti di ordine qualitativo, ancorché tali cambiamenti risultino essere evidenti a livello qualitativo rispetto, appunto, al suo campo di applicazione”, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 49.

nozione semplificata del principio di proporzionalità, la quale si fonderebbe, esclusivamente, sul solo requisito della necessità del mezzo impiegato, considerato, di per sé, capace di rappresentare adeguatamente la proporzionalità comunitaria⁹².

⁹² S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 36 s., il quale giunge a tali conclusioni, considerando che il riferimento, nel testo della Trattato, alla sola «necessità», in sostanza, presuppone l'«idoneità».

4.3 Proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza)

Il terzo livello del principio di proporzionalità è rappresentato dalla c.d. proporzionalità in senso proprio che impone il bilanciamento tra interessi pubblici e posizioni individuali giuridicamente protette, affinché gli uni stiano agli altri in termini di adeguatezza⁹³.

La proporzionalità in senso stretto, richiedendo che la limitazione dei diritti dei cittadini non siano eccessive rispetto agli scopi pubblici perseguiti, informa la relazione tra mezzo e finalità al canone della ragionevolezza, sicché l'atto adottato dai pubblici poteri dovrà essere ragionevolmente-proporzionato, ovvero la scelta pubblica dovrà ricadere sulla soluzione non solo idonea e "più mite", ma il cui assetto di interessi in essa delineato, richieda ai destinatari un sacrificio tollerabile. La terza fase del controllo di proporzionalità si concentra, pertanto, sul rapporto tra diritti ed interessi contrapposti e tutelati dall'ordinamento ed individua nella loro ponderazione la tecnica tramite cui giungere ad una soluzione equilibrata.

Tuttavia, il criterio di proporzionalità in senso stretto, proprio perché afferente alla qualità della decisione adottata, potrebbe prestarsi ad indebite intromissioni da parte del giudice sulle valutazioni, economiche o politiche, sottese a scelte che sono di esclusiva spettanza (e responsabilità) delle altre Istituzioni⁹⁴. Le

⁹³ Cfr., in argomento: N. EMILIOU, *principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 192 ss.; J. SCHWARZE, *European administrative law*, cit., 859 s.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 111 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 266 ss.

⁹⁴ F.G. JACOBS, *Recent development in the principle of proportionality in EC law*, cit., 20, il quale afferma che non è di spettanza delle Corti stabilire le modalità

difficoltà da parte della Corte di Lussemburgo a manovrare l'ultimo passaggio logico del controllo di proporzionalità, spiega l'impiego piuttosto sporadico della c.d. proporzionalità *strictu sensu*.

Invero, la giurisprudenza comunitaria è stata propensa ad accogliere una formula “bipolare” di proporzionalità, fondata sui soli requisiti dell'idoneità e della necessità della misura adottata, ai quali, solo in tempi recenti, si è aggiunto il richiamo alla proporzionalità in senso stretto⁹⁵. E' stato, tuttavia, segnalato che nei casi in cui la Corte di Lussemburgo si adagia nella enunciazione della proporzionalità secondo l'usuale schema tripartito⁹⁶ non si comprende cosa, in concreto, aggiunga il criterio della proporzionalità in senso stretto agli altri due *test*, né come operi il giudice nel valutare tale parametro⁹⁷. Invero, l'applicazione giurisprudenziale del criterio in questione evidenzia che esso consiste in un componente del giudizio di proporzionalità dal contenuto assai labile e vago, che permane, il più delle volte, allo stato di una mera enunciazione⁹⁸.

Tali notazioni non possono assumere valore generale, giacché – come si esporrà in seguito – laddove l'azione pubblica incida sui diritti e le libertà fondamentali dell'individuo, il criterio di proporzionalità *strictu sensu* assicura che l'ingerenza della pubblica

più appropriate a conseguire gli scopi politici. Ma vedesi, altresì, le considerazioni espresse da S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 48 ss.

⁹⁵ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 267, in cui l'Autore sottolinea – come già affermato *supra*, § 4 – la propensione della Corte di Lussemburgo ad attuare il controllo di proporzionalità mediante la verifica dei soli due elementi dell'idoneità e della necessità della misura adottata dalla pubblica autorità.

⁹⁶ Vedesi le sentenze già cit. *supra*, nota 65.

⁹⁷ Così, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 40 ss.

⁹⁸ Vedesi, *ibidem*, e le riflessioni espresse in riferimento alle sentenze *Jippes* e *Regno Unito*, entrambe cit. nota 65.

autorità non sia tale da compromettere il contenuto essenziale dei diritti, ovvero quel nucleo, minimo ed inderogabile, che l'ordinamento giuridico deve in ogni caso garantire⁹⁹.

Proprio per la caratteristica a commisurare le restrizioni dei diritti individuali agli scopi perseguiti dall'autorità pubblica, il criterio della proporzionalità in senso stretto ha trovato privilegiato campo di applicazione nel settore delle sanzioni e, più in generale, nell'ambito dei meccanismi di integrazione economica¹⁰⁰. La verifica giudiziaria del corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti, ha impedito che tramite provvedimenti sfavorevoli, comunitari o nazionali, si imponessero inadeguati oneri agli operatori economici¹⁰¹.

⁹⁹ Vedesi, N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european Law. A comparative study*, cit., 193, in cui l'Autore cita a tal proposito, la sentenza *Wachuf*, 13 luglio 1989, C-5/88. Vedesi, inoltre, *infra*, § 6, § 6.1.

¹⁰⁰ Vedesi, per tutti, P. CRAIG, *EU Administrative law*, Oxford-New York, 2006, 681 ss. Invero, a livello teorico è stato sostenuto che “il rapporto tra azione e reazione nella norma di giustizia della retribuzione non è l'uguaglianza, bensì la proporzionalità”, H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino, 1960, 35.

¹⁰¹ Cfr. Corte di giustizia, sentenze: *Internationale Handelsgesellschaft*, cit. nota 40; *Balkan-Import-Export*, 24 ottobre 1973, C-5/73; *Hauer*, 13 dicembre 1979, C-44/79; *Fattoria autonoma tabacchi Lino Bason e.a.*, 12 settembre 1996, C-254, 255 e 269/94; *Atalanta Amsterdam BV*, 21 giugno 1979, C-240/78; *Buitoni*, cit. nota 66; *Man Sugar* cit. nota 57; *Dänischen Pfandflaschen*, cit. nota 83. In tale prospettiva, la giurisprudenza comunitaria quantifica l'entità della sanzione in base alle caratteristiche del destinatario, vedesi, in proposito, *ex multis*, le decisioni della Corte di giustizia: *Musique Diffusion française*, 7 giugno 1983, C-100, 101, 102 e 103/80, nonché *Showa Denko K.K.*, 29 giugno 2006, C-289/04, *contra*, vedesi, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients*, 18 maggio 2006, C-397/03 P, in chi si ritiene che “il diritto comunitario non contiene un principio di applicazione generale secondo cui la sanzione dev'essere proporzionata all'importanza dell'impresa sul mercato dei prodotti oggetto dell'infrazione” (punto 101 della motivazione). Cfr., inoltre, N. EMILIOU, *ibidem*.

5. *La proporzionalità quale principio espresso della funzione “normativa” dell’Unione europea*

La diatriba in ordine al fondamento del principio di proporzionalità è venuta meno nel 1992, allorché il principio in questione è stato codificato dal Trattato CE¹⁰², sicché essa “conserva un valore meramente storiografico”¹⁰³.

Da principio di origine giurisprudenziale, la proporzionalità acquisisce un definito ruolo nell’ambito del Trattato, modulando, assieme alla sussidiarietà con cui si coniuga, l’esercizio delle competenze dell’Unione europea¹⁰⁴. Acquisito rilievo costituzionale, il principio di proporzionalità è così declinato anche nell’ambito dell’attività normativa dell’Unione europea e dispone che essa debba svolgersi nei limiti di quanto strettamente indispensabile al perseguimento degli obiettivi, affinché le sue forme e i suoi contenuti

¹⁰² I principi di sussidiarietà e proporzionalità sono stati formalizzati dall’art. 3B del Trattato sull’Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992. A seguito del Trattato di Amsterdam del 12 ottobre 1997, con cui il Trattato CE è stato emendato e riordinato, la disposizione citata ha mutato numerazione, collocandosi all’art. 5 del Trattato CE.

¹⁰³ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 237.

¹⁰⁴ Anche sotto tale profilo, la proporzionalità comunitaria si distingue dall’omologo principio sancito dall’ordinamento tedesco. Invero, in tale ordinamento giuridico si è sempre escluso che il principio di proporzionalità possa avere un ruolo per quanto riguarda la distribuzione delle competenze normative tra i vari livelli di governo in cui si articola la Repubblica federale tedesca. Non sono, tuttavia, mancate le ricostruzioni della dottrina tese a introdurre il principio in esame anche in tale ambito. In particolare, la proporzionalità costituirebbe il *test* tramite cui verificare la corretta applicazione del principio di sussidiarietà, vedesi, D.U. GALETTA, D. KRÖGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell’ordinamento costituzionale tedesco e concetto di «necessarietà» ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 905 ss.

non siano tali da incidere eccessivamente, sia sulle prerogative degli Stati membri, che sui diritti individuali¹⁰⁵.

Una funzione che, con tutta evidenza, è simile a quella apprestata dalla nozione giurisprudenziale del principio in parola alle situazioni giuridiche soggettive lese da atti amministrativi o provvedimenti normativi comunitari e che viene, pertanto, estesa a garanzia della sovranità dei singoli Stati membri a fronte delle più ampie competenze che, a partire dal Trattato di Maastricht, l'Unione europea ha, man mano, acquisito¹⁰⁶. Invero, i principi di sussidiarietà e proporzionalità, combinandosi nell'ambito di un unico *test*¹⁰⁷, individuano l'*an* e il *quomodo* dell'esercizio delle competenze normative, equilibrando i rapporti tra Stati membri ed Istituzioni europee.

Il Trattato di Lisbona, pur riformulando le competenze dell'Unione europea¹⁰⁸, ha mantenuto sostanzialmente invariato

¹⁰⁵ Secondo la diffusa ricostruzione offertane dalla dottrina, cfr. T. TRIDIMAS, *Proportionality in community law, searching for appropriate standard of scrutiny*, in *The principle of proportionality in the laws of Europe*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 80; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 237.

¹⁰⁶ E invero, “nel momento in cui si sono attribuite all'Unione più estese competenze, allo stesso tempo si è limitata la possibilità che queste vengano effettivamente esercitate poiché l'adozione di ogni atto normativo è condizionata alla sua «necessità», valutata attraverso i parametri del principio di sussidiarietà”, G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari-Roma, 2010, 149.

¹⁰⁷ N. EMILIOU, *The principle of proportionality in european law. A comparative study*, cit., 142, il quale afferma “article 3b EC suggests that they are different parts of the same test”.

¹⁰⁸ Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'assetto e la ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri, prima opera della giurisprudenza comunitaria, è stata codificata all'art. 2 TFUE, che ora prevede espressamente: a) competenze esclusive, per le quali “solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione” (art. 2, § 1, TFUE); b) competenze “parallele”, ovvero, nelle materie tassativamente indicate dall'art. 6 TFUE, l'Unione può “svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o

l'assetto dei principi suddetti, i quali, nel novellato contesto ordinamentale ancora ispirato al principio di attribuzione (art. 5, parr. 1 e 2, TUE)¹⁰⁹, continuano, da un lato, a radicare l'azione normativa relativa alle materia afferenti alle competenze concorrenti o "parallele" a livello dell'Unione europea, solo qualora ciò è maggiormente adeguato a conseguire gli obiettivi dell'azione, in ragione della portata e degli effetti di essa (principio di sussidiarietà, art. 5, § 3, TUE)¹¹⁰; dall'altro, limitando, in ogni caso, "il contenuto e

completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori", (art. 2, § 5, TFUE); c) competenze concorrenti, per le materie indicate nonché per quelle non considerate di competenza esclusiva e "parallela", "l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore" (art. 2, § 2, TFUE). Tra le varie pubblicazioni dedicate al tema, cfr. P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. comp. eur.*, 2008, 60 ss.; U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2008, 245 ss.; F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), II ed., Bologna, 2010, 143 ss.; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., 134 ss.

¹⁰⁹ L'art. 5, parr. 1 e 2, TUE, dispone: "la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri dai trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri". Il principio *de quo* è, inoltre, ribadito anche all'art. 4, § 1, TUE in cui si afferma, non senza pleonasma, che "In conformità dell'art. 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri".

¹¹⁰ "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione" (art. 5, § 3, TUE).

Secondo il Trattato di Lisbona, il principio di sussidiarietà regola le modalità di esercizio dei poteri afferenti a talune competenze (condivise e le c.d. azioni di sostegno), senza incidere, in generale, nell'ambito della distribuzione delle competenze. Tuttavia, è da segnalare che la sussidiarietà si pone anche quale

la forma dell'azione dell'Unione [...] a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati” (principio di proporzionalità, art. 5, § 4, TUE). Se, pertanto, non possono sussistere dubbi circa la definitiva consacrazione del principio di proporzionalità è, tuttavia, da sottolineare che le diverse stesure dei trattati, succedutesi dal 1992 ad oggi, hanno optato per una definizione “minimale” del principio in esame, condensandolo nel solo requisito della necessità ed escludendo, parimenti, la formalizzazione dello schema ternario elaborato dal diritto tedesco a cui la giurisprudenza della Corte di giustizia si è, implicitamente, riferita.

La nozione di proporzionalità così delineata acquisisce importanza costituzionale e assume un preminente ruolo nell'ambito della funzione legislativa dell'Unione europea. Invero, come già sopra accennato, l'endiadi formata dai principi di sussidiarietà e proporzionalità, opera solo per l'esercizio delle competenze condivise e per le azioni di sostegno, sicché per le materie di competenza esclusiva dell'Unione europea, l'unico criterio di riferimento è il principio di proporzionalità, il quale informa l'azione dell'Unione europea, qualunque sia la tipologia di competenza riconosciuta dal Trattato, definendone intensità e portata.

La proporzionalità pervade la funzione normativa dell'Unione

criterio regolatore dell'allocazione delle competenze, qualora la Commissione proponga di attivare la clausola di flessibilità. In tale caso, “i parlamenti nazionali possono intervenire nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà, operando così in un contesto in cui il richiamo a tale principio si estende necessariamente anche a verificare il fondamento stesso del ricorso alla competenza che si vuole attivare. Il che conferma che laddove sia applicato alla dislocazione delle competenze questo principio cambia ruolo, e assume una rilevanza più significativa di quanto, in via generale, esso svolgesse nel contesto della Costituzione europea e ora dei Trattati”, F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, cit., 150.

europea, anche nel caso in cui i Trattati non dispongano, specificatamente, quale tipologia di atto le Istituzioni europee debbano adottare a conclusione del procedimento normativo. Invero, non sono infrequenti le disposizioni del Trattato che attribuiscono alle Istituzioni europee la potestà di adottare, alternativamente, o la “misura” considerata più adeguata¹¹¹ ovvero la selezione dello strumento normativo, tra il novero di quelli all’uopo indicati¹¹². In queste ipotesi, il Trattato di Lisbona, lungi dall’attribuire un illimitato potere al legislatore europeo circa la scelta dell’atto normativo, ne limita la discrezionalità statuendo che la selezione si realizzi, “di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità” (art. 296 TFUE).

In base al principio citato, le Istituzioni europee dovranno selezionare lo strumento normativo più mite e calibrarlo agli obiettivi perseguiti dai Trattati, sicché la discrezionalità del legislatore europeo è limitata alla scelta dell’atto che, sotto il profilo formale, sia il meno invasivo per la sfera di sovranità degli Stati membri¹¹³ e, al contempo, sotto il profilo contenutistico, garantisca “un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Deve quindi verificarsi se sia stato mantenuto l’equilibrio tra le esigenze

¹¹¹ Vedesi, ad es., l’art. 77, § 2, lett. d) TFUE, che prevede la possibilità delle Istituzioni europee di adottare, al termine della procedura legislativa ordinaria, “qualsiasi misura necessaria per l’istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne”.

¹¹² Ciò si riscontra, ad es., all’art. 46 TFUE, il quale, al fine di garantire la libertà di circolazione dei lavoratori, dispone che le Istituzioni europee possano emanare, al termine della procedura legislativa ordinaria, sia regolamenti che direttive.

¹¹³ Sicché, ove possibile, la scelta delle Istituzioni europee dovrebbe ricadere sulla direttiva in luogo del regolamento, e, in particolare, di una direttiva che consente agli Stati membri un adeguato margine di discrezionalità nella sua attuazione (ovvero non *self executing*).

dell'interesse generale e l'interesse del o degli individui coinvolti"¹¹⁴.

Il principio in parola previene, inoltre, eventuali azioni che, nell'impeto di perseguire lo scopo prefisso, compromettano la realizzabilità di altri interessi ed obiettivi, del pari, meritevoli di tutela. In quest'ultimo caso, come è stato notato, il principio di proporzionalità si traduce in "un vincolo di compatibilità, tra l'obiettivo dell'azione prevista e gli altri obiettivi comunitari"¹¹⁵, sicché, tra le varie opzioni possibili, la scelta delle Istituzioni europee dovrà ricadere sulla soluzione che, in concreto, sia la più bilanciata anche in considerazione degli altri interessi protetti dall'ordinamento, in guisa tale da consentire l'adozione delle relative misure¹¹⁶.

A questi fondamentali aspetti, è da aggiungersi il controllo di proporzionalità della normativa di recepimento dei singoli Stati membri¹¹⁷; anche per tal via, si innesca quel processo di progressiva omogeneizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali, cagionata dai principi generali del diritto europeo¹¹⁸. Invero, se le misure interne di

¹¹⁴ Corte di giustizia, sentenza *Kadi*, 3 settembre 2008, C-402 e 415/05P, per la quale può vedersi il commento di G. DE BÜRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Paper 01/09, in www.jeanmonnetprogram.org/papers/09/090101.pdf. In argomento, cfr., altresì, i fondamentali arresti giurisprudenziali: *Buitoni*, cit. nota 66; *Hauer*, cit. nota 101; nonché, tra le varie sentenze, *Deutsche Shell*, 21 gennaio 1993, C-188/91; *Laboratoire de protheses oculaires*, 25 maggio 1993, C-271/92; *Codorniu*, 18 maggio 1994, C-309/89; *Van der Veldt*, 14 luglio 1994, C-17/93; *Kalanke*, 17 ottobre 1995, C-450/93.

¹¹⁵ Così, P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, cit., 66.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Corte di giustizia, sentenza, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft u.a.*, C-126/91, pubblicata anche in *Riv. it. dir. pubbl.comunit.*, 1993, 833 ss. con nota di D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, 836 ss.

¹¹⁸ La progressiva assimilazione degli ordinamenti giuridici nazionali mediante i principi generali del diritto dell'Unione europea è stata già segnalata, *supra*, cap. I, § 8. Per quanto concerne, in particolare, il principio di proporzionalità, vedesi, G.F.

trasposizione ed adeguamento agli obblighi comunitari sono sindacabili mediante il *test* di proporzionalità, consegue che tale principio dev'essere osservato dal legislatore di tutti gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri, il quale dovrà compiere un giudizio prognostico alla emanazione delle disposizioni interne e, in particolare, verificare “se esse si appalesino anzitutto come idonee, in seconda istanza come necessarie ed in ultima analisi come proporzionali (in senso stretto) rispetto agli obiettivi al cui raggiungimento la direttiva trasposta mira”¹¹⁹.

Tuttavia, quest'ultima funzione della proporzionalità, proprio perché si riferisce all'attività posta in essere dagli Stati membri, non è ascrivibile al principio in parola così come cristallizzato dal Trattato (art. 5, § 4, TUE), ma alla nozione elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Invero, le due definizioni di proporzionalità non coincidono, avendo la seconda un ambito di operatività ben più ampia della prima; se quest'ultima costituisce parametro di legittimità per le Istituzioni europee, la nozione giurisprudenziale “si impone sia alle Istituzioni comunitarie nell'adozione dei loro atti che agli Stati

FERRARI, *Il principio di proporzionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, V. PARISIO (a cura di), 1998, Milano, 127.

¹¹⁹ D.U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 462 (nota a Consiglio di Stato, sentenza 1° aprile 2000, n. 1885, ivi pubblicata, 439 ss.). In argomento cfr. ID., *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *ibidem*, 1997, 88 ss. (nota Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 1996, *Gallotti ed altri*, C-58, 75, 112, 119, 123, 135, 140, 141, 154, 157/95, in *ibidem*, 85 ss.); nonché, da ultimo, vedesi, F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1544 ss. (nota a Corte di giustizia, sentenza 16 gennaio 2003, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-14/00, in *ibidem*, 1530 ss.).

membri nella esecuzione di questi all'interno dei rispettivi ordinamenti"¹²⁰. Conseguo che a secondo se il principio di proporzionalità sia da considerarsi come principio di diritto scritto o meno, opererà in contesti e con modalità diverse: nel primo caso si rivolgerà all'attività dell'Unione europea e coinciderà con l'elemento della sola necessità, così come "costituzionalizzato" fin dal Trattato Maastricht e, oggi riproposto, dal vigente art. 5, § 4, TUE; nel secondo caso, invece, riguarderà anche gli Stati membri e si comporrà nella più complessa nozione forgiata dalla Corte di giustizia¹²¹.

¹²⁰ M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, cit., 204.

¹²¹ *Ibidem*.

5.1 segue: il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità

La difficoltà di maneggiare i principi di sussidiarietà e proporzionalità, sia in sede legislativa che giudiziaria, ha necessitato specifiche regole, comprese nell'apposito Protocollo, allegato al Trattato di Amsterdam del 1997, che ne hanno definito portata e significato¹²². Per quanto concerne, più in particolare, il concetto di proporzionalità accolto dal Trattato, il Protocollo citato sottolinea che esso debba esser inteso nel senso che “gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadano sulla Comunità, sui governi nazionali, sugli enti locali, sugli operatori economici, sui cittadini, siano minimi e commisurati all'obiettivo da conseguire”¹²³ e ciò nonostante la lettera della disposizione in questione, non faccia alcun riferimento alla proporzionalità in chiave di tutela dei diritti e delle libertà dei privati.

Tale idea è stata, da ultimo, ribadita nel Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, ancora una volta rubricato “sull'applicazione

¹²² Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, riproduce le conclusioni raggiunte nel Consiglio europeo di Birmingham del 16 ottobre 1992 e nel vertice di Edimburgo del 12 dicembre 1992. In tale contesto si definì il rapporto intercorrente tra i due principi citati e si chiarì che la proporzionalità è parametro di legittimità degli atti adottati dalla Comunità europea. In argomento si può utilmente vedere, oltre *European Council in Edinburgh*, 11-12 december 1992, *Conclusions of Presidency*, Annex I to Part A, in *Agence Europe*, spec. ed., n. 5878bis, 13/14 dicembre 1992; altresì, il commento di C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 361 ss., anche in *Il Trattato di Amsterdam*, A. PREDIERI e A. TIZZANO (a cura di), Milano, 1999, 107 ss.

¹²³ *European Council of Edinburgh*, cit., § 9, riportato, tra gli altri, anche nelle opere di T. TRIDIMAS, *Proportionality in community law: searching for the appropriate standard of scrutiny*, cit., 80 e M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, cit., 207.

dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”¹²⁴. Nel contesto, oramai acquisito, di una “procedimentalizzazione” dell’attività legislativa dell’Unione che coinvolge anche i parlamenti nazionali, al fine di un controllo più incisivo del principio di sussidiarietà, si prescrive che i progetti di atti legislativi siano motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5, Protocollo cit.).

E’ interessante rilevare che ogni progetto legislativo è corredato di una scheda contenente tutte le informazioni necessarie, affinché si possa valutare l’impatto finanziario della regolamentazione proposta e le sue possibili ricadute, anche sulla normativa di attuazione degli Stati membri “ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale” (art. 5, Protocollo cit.); quest’ultima ipotesi, ovviamente, si necessiterà qualora il legislatore europeo intenda adottare una direttiva. Si indica, in altri termini, l’ambito di operatività della proporzionalità, il quale riguarda, al contempo, sia la tipologia dello strumento normativo da adottare, che la sostanziale composizione degli interessi, come formalizzati nella disposizione da emanarsi. Ambedue i profili della normazione da emanarsi dovranno conformarsi al principio in parola, sicché essa si presenti, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, la soluzione “più mite” tra le varie, in astratto, possibili. A tal fine, le informazioni che corredano il progetto normativo sono particolarmente utili, in quanto tramite esse si potrà verificare se lo strumento normativo proposto, abbia considerato la “necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull’Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, o sugli operatori

¹²⁴ Per quanto concerne il *Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* (in GUUE, 17 dicembre 2007, C 306/150 ss.), allegato al Trattato di Lisbona, cfr. F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell’Unione e il principio di sussidiarietà*, cit., 149 ss.

economici e sui cittadini siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire" (art. 5, Protocollo cit.).

L'applicazione, in sede normativa, del principio di proporzionalità richiede, pertanto, un'analisi omnicomprensiva della regolamentazione da adottarsi e che, pertanto, concerne non soltanto la sua idoneità e necessità, ma che comprenda anche la valutazione della "sua adeguatezza, sia in termini di costi-benefici che rispetto al tipo di atto da adottare"¹²⁵.

Nonostante la rilevanza assunta dal principio in esame nell'ambito dei procedimenti normativi dell'Unione europea, si deve rilevare che il Protocollo in questione consente il controllo, sia *ex ante* che *ex post*, del solo principio di sussidiarietà¹²⁶. Infatti, all'obbligo della Commissione di trasmettere ogni proposta, corredata della scheda contenente la motivazione in ordine al rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ai parlamenti nazionali, non corrisponde, in capo a quest'ultimi, un potere di controllo sui entrambi i principi suddetti che, invero, è del tutto escluso per il principio di proporzionalità. Il Protocollo disegna un procedimento di formazione degli atti normativi che assegna un particolare funzione alle assemblee nazionali, esaltandone il ruolo anche in chiave di "legittimazione democratica esterna al sistema"¹²⁷, che si rileva nella possibilità di quest'ultimi di attivare, *ex ante*, le apposite procedure di verifica

¹²⁵ F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, cit., 153.

¹²⁶ Accennano al problema, R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 2005 409 ss.; P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, cit., 67.

¹²⁷ Così, R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, cit., 407, il quale evidenzia, inoltre, che i parlamenti nazionali acquisiscono "un ruolo *autonomo* nel contesto istituzionale comunitario, *formalmente indipendente dal ruolo dello Stato membro a cui appartengono*" (corsivo nel testo).

ovvero, *ex post*, il controllo giurisdizionale, limitatamente al solo principio di sussidiarietà¹²⁸. In altre parole, le assemblee nazionali non sono abilitate a svolgere alcuna valutazione in ordine al rispetto, da parte del legislatore europeo, del principio di proporzionalità. Il Protocollo determina una singolare differenziazione tra i due principi regolativi della funzione legislativa: elide, in capo ai parlamenti nazionali, ogni forma di controllo in ordine al rispetto del principio di proporzionalità, che, come accennato, ha un ambito d'efficacia ben più ampio della sussidiarietà ed indirizza globalmente l'attività dell'Unione, qualunque sia la competenza all'uopo esercitata dalle istituzioni europee¹²⁹.

¹²⁸ Il Protocollo cit. garantisce l'osservanza dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, mediante una complessa procedura in cui i parlamenti nazionali giocano un fondamentale ruolo. Invero, quest'ultimi, entro il termine di otto settimane dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo, inviano "un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà. Spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi" (art. 6, Protocollo cit.). Nel caso in cui i pareri negativi dei parlamenti nazionali ammontino ad almeno un terzo (ovvero un quarto, nel caso di progetto di atto legislativo, riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia), la Commissione deve riesaminare la sua proposta, che potrà essere mantenuta, modificata o ritirata. Si prescrive, in ogni caso, che tale decisione dev'essere motivata (art. 7, § 2, Protocollo cit.).

¹²⁹ R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, cit., 410, nonché cfr. *supra*, § 3.

6. *Principio di proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali*

Il concetto di proporzionalità è altresì idoneo a mantenere il corretto equilibrio tra diritti e libertà individuali e interesse generali, affinché l'azione intrapresa dalle Istituzioni europee non comprometta ingiustificatamente i diritti fondamentali della persona. Anche da tale punto di vista, si rafforza il convincimento secondo il quale il principio in esame si configuri quale corollario del principio dello Stato di diritto¹³⁰, oramai acquisito tra i valori su cui si fonda l'Unione (art. 2 TUE)¹³¹.

¹³⁰ Come noto, il sorgere dello Stato moderno, coincidente con l'affermarsi e la diffusione delle idee illuministiche, si contraddistingue e riassume nella formula "Stato di diritto", con essa intendendosi il riconoscimento e la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui nei confronti di qualunque atto potenzialmente lesivo, posto in essere sia dagli altri consociati che dalla stessa autorità. E proprio al fine di garantire la libertà dei cittadini, si individuava nella divisione dei poteri il criterio organizzativo dei pubblici poteri.

In argomento risulta particolarmente utile l'indicazione di M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, 66, il quale avvertiva che "i vari predicati con i quali si indicano gli Stati moderni (Stato costituzionale, di diritto, legale ecc.) non designano dei tipi di Stato, ma degli attributi degli Stati moderni: è fuori strada quella parte della dottrina che si è messa a discutere con impegno, p. es. dello Stato diritto, credendo che questo sia un tipo di Stato. Allo stesso modo per la specie animale uomo, il piede arcuato, o la spina dorsale a S, o la forma della dentatura, ecc., sono degli attributi, non delle caratterizzazioni della specie". Al principio della divisione dei poteri, si è già accennato *supra*, cap. I, nota 29, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi citati.

¹³¹ Già prima della sua "costituzionalizzazione", il principio di Stato di diritto è stato accolto dalla giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza *Les Verts*, cit. *supra*, nota 51, nonché nei successivi arresti giurisprudenziali ivi richiamati. Successivamente, il principio di Stato di diritto è stato introdotto nel c.d. "diritto scritto", dal Trattato di Maastricht, limitatamente alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione (vedesi, art. J.1). Con il Trattato di Amsterdam si è generalizzata la portata del principio in parola, affermando, all'art. 6, § 1, TUE, che: "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

E', d'altronde, noto che la Comunità europea, fin dal suo sorgere, si sia caratterizzata dalle altre organizzazioni internazionali, in ragione del suo ordinamento giuridico che si riferisce direttamente nei confronti, non soltanto delle sue istituzioni e degli Stati membri, ma altresì, dei cittadini di quest'ultimi. L'orientarsi dell'ordinamento comunitario al principio dello Stato di diritto, precisa l'azione delle Istituzioni europee, che pur tesa a perseguire gli obiettivi definiti dal Trattato, non può oltrepassare l'argine costituito dai diritti e dalle libertà fondamentali degli individui.

Altrettanto certo è il merito della giurisprudenza comunitaria che, a fronte dell'originario *deficit* di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, ha apprestato loro protezione, sia pure nel quadro di un'integrazione europea che privilegiava, essenzialmente, la costruzione del mercato comune¹³².

Solo con il Trattato di Maastricht, i diritti fondamentali, così

membri". Tale ultima disposizione è, oggi, sostanzialmente ribadita (e perfezionata) dal vigente art. 2 TUE, il quale afferma che "l'Unione si fonda sul rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

¹³² La Corte di giustizia, pur in assenza di qualunque riferimento nel diritto comunitario ai diritti fondamentali, si è comunque considerata investita della loro tutela, all'uopo qualificandoli principi generali dell'ordinamento. Vedesi, *supra*, cap. I, § 6, nonché sentenza *Hauer*, cit. nota 101. Cfr., inoltre, le seguenti decisioni della Corte di giustizia: *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold*, *Rutili*, citate *supra*, cap. I, nota 79. L'evoluzione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza comunitaria è affrontata da G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 426 ss. Come ha sottolineato la dottrina, la giurisprudenza comunitaria poneva "gli scopi economici della Comunità allo stesso (se non ad un più alto) livello di valore rispetto ai diritti fondamentali", sicché la tutela di quest'ultimi era apprestata solo se funzionale al perseguimento dei prevalenti obiettivi di integrazione economica europea, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 42.

come codificati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ovvero in quanto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, sono stati acquisiti dal diritto scritto dell'Unione europea (art. F, n. 2) e successivamente, ribaditi nel Trattato di Amsterdam (art. 6, § 2). E' importante segnalare che il riferimento dei Trattati ai diritti fondamentali catalogati dalla CEDU o emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni, non significa, *sic et simpliciter*, la loro "comunitarizzazione", ma, conformemente a quanto ritenuto dalla elaborazione pretoria dei diritti fondamentali, essi sono positivizzati come strumenti di interpretazione¹³³.

Se in origine la Corte del Lussemburgo ha tutelato i diritti fondamentali solo incidentalmente, in vista del perseguimento degli obiettivi economici, in tempi recenti, il giudice europeo ha compiuto un ulteriore passo avanti verso la definitiva consacrazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea. In particolare, con le sentenze *Schimidberger*¹³⁴ e *Omega*¹³⁵ la Corte di giustizia ha esaminato il rapporto tra libertà e limite, affrancando la protezione dei diritti e delle libertà civili da ogni subordinazione rispetto ai diritti economici.

¹³³ Vedesi, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di ID., Bologna, 2001, 18; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 26. Invero, è sufficiente raffrontare il testo dell'art. 6, § 2 con l'orientamento ribadito in varie decisioni della Corte di giustizia, codificato con tale disposizione, per evidenziare che la formulazione di quest'ultima ricalca i passaggi di talune celebri pronunce della Corte di giustizia (cfr. in particolare, sentenze: *Hauer, Internationale Handelsgesellschaft, Nold*, cit. *supra*, cap. I, nota 79).

¹³⁴ Corte di giustizia, sentenza, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger*, C-112/00.

¹³⁵ Corte di giustizia, sentenza, 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02.

La pariordinazione tra libertà civili e finalità economiche permette alla Corte di operare, alla luce del principio di proporzionalità, un bilanciamento tra essi. Invero, la Corte di giustizia afferma sia la legittimità dell'esercizio di un diritto fondamentale anche qualora esso incida su alcune libertà economiche garantite dall'ordinamento comunitario¹³⁶; che l'adozione di misure nazionali restrittive di tali libertà, qualora essa sia giustificata dalla necessità di garantire il valore della dignità umana, bene giuridico espressamente tutelato dalla Carta fondamentale tedesca (art. 1 GG)¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. Corte di giustizia, sentenza, *Schmidberger*, cit. nota 134. La vicenda prende le mosse dalla manifestazione organizzata da un'associazione ambientalista austriaca che, al fine di salvaguardare la regione alpina, oggetto di costante attraversamento di automobili e tir, blocca il traffico dell'autostrada del Brennero, prossimo al confine italiano, dalle 9 del 12 giugno 1998 sino alle 15.30 dell'indomani. Una società di autotrasporto (la *Eugen Schmidberger Transporte Planzüge*) adisce il giudice nazionale, affinché sia accertato che lo Stato austriaco non ha adempiuto all'obbligo di attuare la libera circolazione delle merci. Nel corso di tale giudizio, viene sollevata la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale ha modo di affermare che il commercio infracomunitario può essere limitato per ragioni costituite dalla tutela di principi fondamentali, quali la libertà di espressione e la libertà di riunione.

¹³⁷ Cfr. Corte di giustizia, sentenza, *Omega*, cit. nota 135. Il caso è relativo alla libertà di prestazione di servizi, avente ad oggetto un gioco il cui obiettivo consiste nello sparare, tramite apposita attrezzatura a raggi *laser* (c.d. "laserdromo"), colpi mirati su persone, simulando degli omicidi. L'autorità amministrativa tedesca ravvisando la lesione di un valore fondamentale sancito dalla Costituzione nazionale (la dignità umana, art. 1 GG) vieta l'esercizio di tale attività. La società impugna davanti all'autorità competente, tale provvedimento restrittivo. Nel corso del giudizio innanzi alla Cassazione tedesca, la società ricorrente solleva questione pregiudiziale. La Corte di Lussemburgo, interpretando la dignità umana nell'ambito dell'ordine pubblico, rileva che "il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione dei servizi" (punto 35 della motivazione) segnalando, inoltre, "che misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solo ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi che mirano a garantire e solo a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi" (punto 36 della motivazione).

Sia l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, che le contingenze storiche legate all'allargamento dell'Unione ai Paesi dell'Europa dell'Est¹³⁸, segnalano la necessità di codificare i diritti e le libertà fondamentali che saranno raccolti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹³⁹, nell'ottica di "costituzionalizzare" l'ordinamento dell'Unione europea e così giungere ad una integrazione europea più intensa e, altresì, comprensiva del patrimonio di valori e diritti considerati comuni¹⁴⁰.

I diritti e le libertà fondamentali sono, pertanto, garantiti da un

¹³⁸ Invero, è stato segnalato "che la Carta potrà avere un ruolo di stabilizzazione democratica e di garanzia effettiva dei diritti fondamentali in alcuni Stati prossimi all'adesione, solo recentemente usciti da esperienze politiche che certo non valorizzavano i principi di libertà e democrazia, il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto", M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 16.

¹³⁹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata, per la prima volta, a Nizza, il 7 dicembre 2000. Successivamente oggetto di emendamenti, la versione vigente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in GUUE, 30 marzo 2010, C 83/389 ss.) è stata adottata dal Parlamento europeo, il 12 dicembre 2007 e ivi nuovamente proclamata dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. La Carta è un catalogo di diritti e libertà negative (Capo I, Capo II), nonché di diritti sociali (Capo III, Capo IV), a cui si aggiungo tutta una serie di diritti sconosciuti alle Costituzioni nazionali, in quanto emersi di recente, a seguito dell'evoluzione tecnologica e scientifica (es.: divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione, art. 3; diritto alla protezione dei dati personali, art. 8). Restano utili, sia pure relativi alla prima stesura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *Introduzione*, cit., 11 ss. nonché i saggi ivi raccolti dagli Autori, a commento di tutti gli articoli della Carta di Nizza; M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti: una Carta di carattere funzionale?*, cit., 1 ss.

¹⁴⁰ Il preambolo della Carta dei diritti, rende immediatamente note le fonti da cui sono stati tratti le libertà e i diritti ivi contenuti: le tradizioni costituzionali degli Stati membri, gli obblighi internazionali comuni, il Trattato dell'Unione europea, i trattati comunitari, la CEDU, le carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. In argomento, vedesi, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., 29 ss. Non può non rammentarsi in proposito che la Carta dei diritti era incorporata nell'originario Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, decaduto a seguito degli esiti dei referendum francese e olandese, cfr., *supra*, cap. I, nota 145.

composito sistema multi-livello in cui si giustappongono gli ordinamenti nazionali, comunitario e sovranazionale, con la conseguente sovrapposizione delle rispettive Corti – Corti costituzionali nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo – le quali concorrono a proteggere i diritti civili dell'individuo¹⁴¹.

Con il Trattato di Lisbona, l'ordinamento dell'Unione europea ha compiuto un ulteriore passo avanti verso il perfezionamento di siffatto, complesso, sistema di protezione dei diritti individuali, venutosi a creare a seguito della giustapposizione di disposizioni e strumenti di tutela riconosciuti in diversi ordinamenti giuridici. Invero, il vigente Trattato sull'Unione, da un lato, incorpora la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'uopo aggiornata¹⁴²,

¹⁴¹ L'eventuale adesione dell'Unione europea alla CEDU – da realizzarsi mediante la procedura disposta all'art. 218 TFUE – determinerebbe una maggiore integrazione tra i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali presenti a livello sopranazionale e consentirebbe, altresì, di evitare eventuali conflitti tra la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'Uomo, entrambe competenti in siffatta materia. A ciò aggiungasi che, "l'adesione alla Convenzione comporterebbe l'assoggettamento anche delle istituzioni europee ad un soggetto giurisdizionale terzo ed esterno all'ordinamento, che potrebbe significativamente completare le garanzie giurisdizionali dei cittadini europei", M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2010, 224

Tra i molti contributi dedicati al tema, si vedano i saggi raccolti da S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005 nonché da ultimo, V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008. Vedesi, altresì, F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 79 ss.; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, ID. (a cura di), Bologna, 2007, 13 ss.; A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 125 ss. nonché le opere e i riferimenti giurisprudenziali già citate *supra*, cap. I, note 79 e 80.

¹⁴² In concomitanza ai lavori afferenti al Trattato di Lisbona, l'originario testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, ha subito alcune modifiche. Lo stretto legame tra i due fondamentali testi dell'Unione europea è, altresì ribadita dalla disposizione finale

riconoscendo ad essa “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6, § 1, TUE); dall’altro, consente all’Unione di aderire alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali¹⁴³ (art. 6, § 2, TUE), indicando, pertanto, una più stretta integrazione tra i due sistemi di salvaguardia dei diritti e libertà dell’individuo, presenti a livello sovranazionale.

In tale variegato contesto, sopra solo accennato, il principio di proporzionalità si pone quale comune tecnica di bilanciamento tra interessi contrapposti e ugualmente protetti, verificando, in concreto, se la misura restrittiva dei diritti e delle libertà fondamentali dell’individuo sia, al contempo, necessaria e non eccessiva rispetto alle finalità pubbliche che, con essa, si intendono perseguire. Inteso quale criterio che pervade il conflitto autorità/libertà, il principio in parola precisa l’intensità dell’azione pubblica, la quale deve

della riformata Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata nell’aula del Parlamento di Strasburgo il 12 dicembre 2007, la quale prescrive che essa acquisisce efficacia “a decorrere dall’entrata in vigore del trattato di Lisbona”.

¹⁴³ Nonostante la Comunità europea sia sorta per finalità di integrazione economica tra gli Stati membri, la Commissione, già nel 1979, ha avanzato una formale proposta di adesione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Successivamente, riformulata e supportata da opinioni largamente favorevoli, la Corte di giustizia, si espresse negativamente, ritenendo che “allo stato attuale del diritto comunitario la Comunità non ha competenza ad aderire alla Convenzione” (parere del 28 marzo 1996, n. 2/94).

In argomento è utile, altresì, segnalare che la versione italiana del Trattato di Lisbona potrebbe indurre l’interprete a dubitare circa la necessità di un apposito trattato di adesione alla CEDU, invero, prevedendosi che “l’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” (art. 6, § 2, TUE). E’, tuttavia, sufficiente ricorrere alle stesure del Trattato nelle altre lingue europee per escludere, in proposito, ogni incertezza. Infatti, sia il testo inglese che quello spagnolo del vigente Trattato sull’Unione europea utilizzano il verbo coniugato al futuro (rispettivamente, *shall accede, se adherirà*), sicché può concludersi che il Trattato di Lisbona consente all’Unione europea di aderire alla Convenzione europea per i diritti dell’Uomo, mediante la stipula di uno specifico strumento internazionale, che dovrà formarsi secondo le procedure prescritte dall’art. 218 TFUE.

contenersi nei limiti della stretta necessità e dell'adeguatezza.

Il principio di proporzionalità esprime una ineludibile funzione protettiva della sfera giuridica del privato e, in particolare, di quel nucleo di diritti considerati irrinunciabili e propri dell'essere umano, sicché esso è manifestazione di ogni società democratica che si organizzi come Stato di diritto, e che, pertanto, è costantemente richiamato in sede giurisdizionale, laddove si gioca, in concreto, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali¹⁴⁴. Non stupisce, pertanto, che sia la Corte di giustizia, che la Corte europea dei diritti dell'uomo si siano riferite al principio di proporzionalità, nonostante esso non figurasse né nei trattati istitutivi, né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Entrambe le giurisdizioni europee, mosse dall'identico obiettivo di definire sino a che punto i diritti fondamentali possano essere legittimamente compressi da atti della pubblica autorità, hanno forgiato il principio in questione, tuttavia, percorrendo sentieri interpretativi che, poste le diverse peculiarità dei rispettivi sistemi giuridici, non potevano che essere differenti.

¹⁴⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 16.

6.1 segue: Il principio di proporzionalità nella Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La possibilità di apportare legittime restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà proclamati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è risolta mediante la previsione di una clausola generale che detta le condizioni e i principi nel cui quadro è possibile operare le limitazioni applicabili, in astratto, a qualunque diritto fondamentale. Codificando l'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia¹⁴⁵, l'art. 52, § 1, della Carta dei diritti dispone che “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di

¹⁴⁵ Vedesi, all'uopo, la nota esplicativa del Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Charte 4473/1/00 Rev 1, Convent 49) citata da T. GROPPI, *Art. 52*, in *L'Europa dei diritti*, cit., 356, in cui si afferma che la formula usata nel §1 dell'art. 52, “si ispira alla giurisprudenza della Corte di giustizia”, all'uopo riportando per esteso il punto 45 della motivazione della sentenza del 13 aprile 2000, *Karlsson*, C-292/97: “secondo una giurisprudenza costante, restrizioni all'esercizio di questi diritti possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti”. Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia, sentenze: *Schröder* (cit., nota 55); *Hauer*, cit., *supra*, nota 101; 13 luglio 1989, *Wachuf*, C-5/88; 8 aprile 1992, *Commissione*, C-62/90; 30 luglio 1996, *Bosphorus*, C-84/95; 13 aprile 2000, *Karlsson*, C-292/97; 6 marzo 2001, *P. Connolly*, C-273/99.

proteggere i diritti e le libertà altrui”¹⁴⁶.

Si descrive una complessa e stringente disciplina che definisce i presupposti, i limiti, i “controlimiti”¹⁴⁷, i criteri, in base al quale l’autorità potrà ingerirsi nelle libertà e nei diritti fondamentali dell’individuo¹⁴⁸.

Il § 1, dell’art. 52 demanda la limitazione dei diritti e delle libertà al “legislatore comunitario”, ma la indeterminata possibilità di restringere qualsivoglia diritto fondamentale con “legge”¹⁴⁹ è

¹⁴⁶ Tra i molti contributi dedicati al tema, vedesi, T. GROPPI, *Art. 52, cit.*, 351 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 939 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti dei privati*, G. VETTORI (a cura di), Milano, 2002, 273 ss.; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell’uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 534 ss.; V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, cit., 159 ss.; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale ed europeo*, Napoli, 2009, 159 ss., a cui si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁴⁷ Così si esprime G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di ID., Milano, 2001, 59.

¹⁴⁸ Negli ordinamenti democratici, la necessità di sottoporre a limiti, contrappesi e controlli la riduzione dei diritti e delle libertà, si traduce in garanzia dei medesimi da indebite ingerenze della legge ovvero da arbitrarie incursioni della maggioranza, su un nucleo di diritti che, in tal modo, riceve una tutela “rinforzata” da parte dell’ordinamento giuridico. In argomento, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 29 ss.

¹⁴⁹ Su tale espressione contenuta dalla disposizione in commento, si è ingenerato un ampio dibattito dottrinario, alimentato anche dalla mancanza nell’attuale assetto delle fonti del diritto dell’Unione europea, di un provvedimento normativo indicato, esplicitamente, con il termine “legge”. Invero, il Trattato costituzionale europeo introduceva la legge europea (art. I-33, § 2, del progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa – in GUUE, 16 dicembre 2004) e la legge quadro europea (art. I-33, § 3, del progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa), nell’ambito di un sistema delle fonti completamente riorganizzato, vedesi, V. CERULLI IRELLI, L. BARAZZONI, *Gli atti dell’Unione*, in *Una Costituzione per l’Europa. Dalla Conferenza europea alla Conferenza intergovernativa*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), Bologna, 2003, 147 ss.; G.G. FLORIDIA (in collaborazione con L.G. SCANNELLA), *Il cantiere della nuova europea. Tecnica e*

controbilanciata dalla previsione che esse non superino il vincolo del “contenuto essenziale di detti diritti e libertà” e, al contempo, si rappresentino come necessarie per perseguire finalità d’interesse generale, ovvero a quelle individuate tali “dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

In altri termini, la restrizione dei diritti fondamentali europei non potrà incidere sul contenuto essenziale degli stessi, che in ogni ordinamento giuridico democratico costituisce il “limite di limiti”, ovvero l’invalidabile soglia oltre la quale non è consentita l’ulteriore ingerenza da parte delle pubbliche funzioni¹⁵⁰. Ne consegue che la limitazione della libertà anche se funzionale a perseguire gli scopi d’interesse generale, non potrà ammettersi se compromette “la sostanza del diritto stesso”¹⁵¹, ovvero, qualora sia talmente invasiva da

politica nei lavori della Convenzione europea, Bologna, 2003, *passim*.

Tuttavia, il fallimento del Trattato costituzionale e la conservazione del sistema delle fonti comunitarie pregresse, impone di interpretare il termine “legge”, indicato nell’art. 52, §1, della Carta dei diritti. Se preliminarmente dev’essere segnalato che non tutti gli Stati membri conoscono il principio di legalità, tanto che l’uso del termine “legge” ha destato qualche perplessità in sede di lavori preparatori, T. GROPPI, *Art. 52*, cit., 354, tali obiezioni sono superabili se si accede all’ “interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo”, e si considera la legge in senso materiale, *ibidem*. Tuttavia, accanto ad opinioni che riconducono alla “legge” i provvedimenti materialmente tali, purché adottate nell’ambito del procedimento di co-decisione, e pertanto, i soli regolamenti e le direttive, E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una «democrazia europea»*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, di recente, anche in considerazione delle “spiegazioni” redatte dal *Praesidium* che ha redatto e aggiornato la Carta dei diritti, è stato sostenuto che “tutti [que]gli atti di normazione comunitaria – regolamenti, direttive e decisioni – [...] sono materialmente riconducibili alla legge”, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale ed europeo*, cit., 173. In argomento cfr., *Ibidem*, 166 ss. nonché V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti*, cit., 164.

¹⁵⁰ Analizza la nozione di contenuto essenziale dei diritti fondamentali nel diritto costituzionale, con particolare riferimento alle elaborazioni proposte dalla dottrina tedesca, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale ed europeo*, cit., 173 ss.

¹⁵¹ Cfr. *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza *Hauer*, cit. nota 101, punto 23 della

esautorarlo del tutto.

Sorge, pertanto, il problema di definire il contenuto essenziale del diritto fondamentale oggetto di limitazione, in un contesto – qual è quello della Carta dei diritti – che non predetermina tale “controlimite” e manca di c.d. norme parametro, ovvero di quei principi e diritti che posti al vertice dell’ordinamento, restringono la discrezionalità sia del legislatore che dell’interprete, indirizzando sia l’attività normativa che la verifica giurisdizionale delle misure restrittive adottate. L’assenza, in altri termini, di un nucleo di principi e diritti gerarchicamente sovraordinato¹⁵² e l’opzione della Carta di individuare nella “legge” lo strumento tramite cui ingerirsi nei diritti e nelle libertà fondamentali, non pone apparentemente alcun limite superiore al legislatore, sicché nell’emanare il provvedimento invasivo, dovrà al contempo definire e tutelare quel contenuto essenziale dei diritti e delle libertà incisi, che costituisce l’unico, indeterminato, baluardo segnato, a tal riguardo, dalla Carta dei diritti. Il legislatore europeo svolge, in concreto, tale operazione mediante il bilanciamento dei vari diritti, principi, valori ed interessi che, nel caso

motivazione, che in tema di limitazioni del diritto di proprietà, afferma che “occorre altresì esaminare se le limitazioni imposte dalla normativa controversa siano realmente giustificate da obiettivi di interesse generale della Comunità e non costituiscano un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti, nelle prerogative del proprietario, tale da ledere addirittura la sostanza del diritto”; nonché le decisioni già richiamate *supra*, nota 65, che confermano tale orientamento.

¹⁵² La mancanza di diritti gerarchicamente sovraordinati, è riconducibile al principio di indivisibilità dei valori, affermato dal Preambolo della Carta dei diritti: “l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà”, vedesi, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale ed europeo*, cit., 201, che alla nota 154, cita all’uopo C. PINELLI, il quale individua nell’indivisibilità dei valori la fine della separazione tra diritti sociali e le libertà di concorrenza e circolazione, su cui si è basata l’integrazione economica della Comunità europea.

specifico, confliggono o si mostrano in concorrenza, in guisa tale che si preservi quel nucleo fondante della libertà incisa dal provvedimento normativo sfavorevole.

Da quanto sopra detto, si evidenzia che l'intera disciplina delle limitazioni delle libertà e dei diritti in commento è espressione del principio dello Stato di diritto, che, come indicato anche nel Preambolo della Carta dei diritti, è tratto fondante dell'ordinamento giuridico europeo¹⁵³ e dal quale si desume che il principio a cui le Istituzioni europee si debbono riferire per regolare globalmente il rapporto tra libertà e limite è il principio di proporzionalità. Quest'ultimo, proprio perché capace di circoscrivere l'azione dei pubblici poteri al fine di garantire i diritti del singolo, pervade l'intero sistema delle limitazioni dei diritti descritto dall'art. 52, § 1, cosicché il principio di proporzionalità trova vigenza non soltanto laddove espressamente menzionato dalla norma citata, ovvero nel rapporto tra misura restrittiva della libertà e interesse generale con esso perseguito, ma è, altresì, determinante per individuare i "controlimiti" all'azione pubblica, ovvero per stabilire il contenuto essenziale dei diritti incisi, che, per definizione, è incompressibile ed inderogabile da parte della pubblica autorità e dalla cui effettività dipende la stessa esistenza di un ordinamento che dichiara di basarsi sul principio dello Stato di diritto. Conseguentemente, che l'attività di bilanciamento di diritti e libertà tra loro pariordinate, a prima vista libera, è in realtà vincolata al rispetto del principio di proporzionalità, diretta espressione della nozione di *rule of law*, sulla quale si erge l'ordinamento giuridico dell'Unione

¹⁵³ Il Preambolo della Carta dei diritti afferma che "l'Unione si basa sul principio della democrazia e sul principio di stato di diritto". In questo lavoro, il principio di Stato di diritto è stato più volte evocato, cfr. *supra*, § 2 e *passim*; nonché, cap. I, § 9 e *passim*.

europea. Tali riflessioni sono ulteriormente rafforzate se si considera che la proporzionalità è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia quale principio generale del diritto comunitario, sicché il principio in esame orienta l'attività sia del legislatore che del giudice europeo, nei confronti dei quali esplica, rispettivamente, funzioni programmatiche ed ermeneutiche¹⁵⁴. Il principio di proporzionalità informa, pertanto, l'attività delle istituzioni europee, interessando gli atti normativi restrittivi delle libertà fondamentali, sia nel momento in cui vengono formati dal legislatore europeo che nel caso in cui siano sottoposti al vaglio di legittimità, in sede giurisdizionale.

Un siffatto sistema di limitazione dei diritti, che consente alla “legge” di incidere la sfera giuridica del soggetto e opta per una definizione casistica e, dunque, relativa, del contenuto essenziale dei diritti e delle libertà, esalta, inevitabilmente, il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali¹⁵⁵. Se la Carta dei diritti si mostra lacunosa, non predeterminando il nucleo intangibile dei diritti e delle libertà, tale vuoto è colmato dalla giurisprudenza la quale delinea, in considerazione del caso concreto, il corretto assetto di interessi in modo da individuare, alla luce del principio di proporzionalità, la portata di ogni singolo diritto oggetto di misure restrittive¹⁵⁶. Al giudice è, pertanto, demandata la delicata

¹⁵⁴ In argomento, cfr., *supra*, cap. I, § 3, § 6 e *passim*.

¹⁵⁵ “Non sussistendo, infatti, limiti predeterminati nei confronti della funzione discrezionale del legislatore, ma solo l’obbligo del rispetto della proporzionalità, si perpetua il ruolo della giurisprudenza sovranazionale”, *Ibidem*, 209.

¹⁵⁶ E’ stato osservato che la centralità assunta dall’attività giurisdizionale è strettamente legata alla crisi della legge, A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 75 ss. Tra le varie conseguenze legate a tale complesso fenomeno, l’Autore segnala che la “ ‘inattività’ del legislatore [...] talora costituisce il presupposto per interventi di tipo ‘sostitutivo’ da parte delle Corti”.

ponderazione dei diritti e delle libertà fondamentali, al fine di stabilire il loro limite incompressibile, superato il quale, si dichiarerà l'illegittimità della misura restrittiva dei diritti fondamentali. In un contesto in cui i diritti fondamentali sono catalogati in un documento scritto che attribuisce alla Corte di giustizia la competenza ad occuparsi della loro tutela, si esalta quel ruolo, già di fatto assunto dalla Corte di Lussemburgo, di "Corte dei diritti dell'Unione europea"¹⁵⁷. In questi (come in altri) casi la Corte di Lussemburgo è il "custode supremo degli argini"¹⁵⁸, ovvero dei valori irrinunciabili del sistema giuridico dell'Unione europea; sicché controbilanciando gli altri poteri dell'Unione, la Corte di giustizia assume un ruolo del tutto simile da quello svolto, negli ordinamenti interni, dalle Corti costituzionali¹⁵⁹. La Corte di Lussemburgo svolge pertanto una

In generale, per quanto concerne l'evoluzione della funzione giurisdizionale, vedesi, per tutti, il suggestivo saggio di N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss.

¹⁵⁷ Così, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Le nuove Istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), II ed., Bologna, 2010, 111.

¹⁵⁸ Tale icastica definizione della Corte costituzionale, proposta da E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957, 34, cit. da F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 486, descrive il ruolo che la Corte di giustizia ricopre qualora sindachi atti normativi europei o nazionali, nei casi elencati alla nota successiva.

¹⁵⁹ L'assunzione della Corte di giustizia ad "una funzione analoga a quella di una corte costituzionale" è stata notata, sia con riferimento "alla giurisprudenza che la Corte ha sviluppato nel corso degli anni"; che in relazione al sistema giurisdizionale creatosi all'indomani dell'entrata in vigore dal Trattato CEE, il quale, da un lato, con l'art. 177, conferiva "alla Corte la competenza a pronunciarsi, in via pregiudiziale e su rinvio dei vari giudici nazionali, sull'interpretazione del trattato e del diritto da esso derivato e non solo sulla validità degli atti delle istituzioni, come previsto dall'art. 41 del trattato CECA"; dall'altro, riduceva "considerevolmente rispetto al Trattato CECA i casi in cui il singolo può impugnare, davanti alla Corte, una misura a carattere generale", ribadendo, pertanto, il disegno del Trattato CEE di attribuire alla Corte di giustizia un ruolo simile a "quello di una giurisdizione costituzionale del tipo di quelle esistenti negli ordinamenti italiano e tedesco-federale", L. DANIELE, *La Corte di giustizia della Comunità Economica Europea*,

“giurisdizione costituzionale delle libertà”¹⁶⁰, che è, ulteriormente, evidenziata dalla Carta dei diritti, la quale svincolando il giudice europeo dal dogma della prevalenza degli obiettivi economici, consente di esprimere una tutela dei diritti fondamentali non occasionale, né subordinata a letture meramente funzionali alla integrazione economica europea, ma permette, tramite la tecnica del bilanciamento dei valori, una tutela effettiva e piena dei diritti fondamentali¹⁶¹.

Il ruolo certamente centrale che la Corte di giustizia conserva in materia anche dopo l’entrata in vigore della Carta dei diritti¹⁶² subisce, tuttavia, un ridimensionamento dalla codificazione dei diritti

in *Digesto disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 225.

L’assetto delineato dal Trattato di Lisbona, mette in luce il ruolo di giudice costituzionale assunto dalla Corte di giustizia, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell’Unione*, cit., 111 ss. In particolare, ciò si verifica allorché la Corte di Lussemburgo sindacava: 1) la legittimità degli atti delle Istituzioni europee, siano essi legislativi o esecutivi, “destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi” (art. 263 TFUE); 2) in via pregiudiziale, “sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione” (art. 267 TFUE); 3) la “legittimità di un atto adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio a norma dell’art. 7 del trattato sull’Unione europea” (art. 269 TFUE); 4) infine, qualora esista “un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro di valori di cui all’art. 2 TUE” (art. 7, § 1, TUE). Per quanto concerne l’assetto della giurisdizione delineato dal Trattato di Lisbona, si rinvia a M.P. CHITI, *La giurisdizione*, in *Le nuove Istituzioni europee*, cit., 379 ss.

Merita, infine, menzione l’illustre dottrina che ha definito la Corte costituzionale “come un ulteriore distinto potere” ovvero “un’altra figura organica ignota alla tradizionale teoria della divisione dei poteri, autonoma e indipendente”, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, cit., 486, che funge da “garante nei confronti di tutti gli altri Poteri dello stato – e in particolare di quello Governante e Legislativo – dei valori supremi dell’ordinamento: di quelli che vanno sottratti al flusso quotidiano e impetuoso della politica”, G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 377.

¹⁶⁰ Tale espressione di M. CAPPELLETTI, è ricordata da M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell’Unione*, cit., 112.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Come già segnalato sopra, l’art. 52, § 1, della Carta dei diritti codifica la consolidata giurisprudenza formatasi in materia.

fondamentali dell'Unione europea operata dalla Carta. Se, da un lato, l'art. 52, § 1, conferma, in capo all'autorità giurisdizionale europea, "il compito di stabilire, in concreto, la 'misura' della tutela accordata"¹⁶³, dall'altro la proclamazione della Carta dei diritti ha, di fatto, sottratto alla Corte di giustizia il compito di colmare le lacune del sistema giuridico europeo in tema di diritti fondamentali¹⁶⁴.

Resta, infine, da chiarire l'ambito di applicazione di tale regime delle restrizioni alle libertà fondamentali. Invero, la lettura sistematica della norma in commento con i successivi § 2 e § 3, circoscrive il suo campo di azione esclusivamente a quei diritti che, sia pure declamati dalla Carta, si esercitano secondo i limiti e le condizioni dettate dai trattati comunitari ovvero già garantiti nel sistema CEDU. In tali casi, l'autorità potrà apportare limitazioni ai diritti e alle libertà secondo le modalità e le tecniche definite dai rispettivi sistemi normativi, determinandosi, in sostanza, la discutibile subordinazione della Carta sia agli obiettivi economici (e comunque settoriali) dei trattati¹⁶⁵ che al

¹⁶³ P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, cit., 946, riportato anche da *Ibidem*, 210, nota 190.

¹⁶⁴ Come già analizzato, in un contesto in cui l'ordinamento comunitario non riconosceva espressamente la tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha ritenuto di apprestare tutela quantomeno a quelli incisi da provvedimenti comunitari, configurandoli quali principi generali del diritto comunitario. La Corte ha, pertanto, selezionato i diritti fondamentali tramite il metodo comparativo, integrando, in tal guisa, il diritto comunitario. In argomento, sia consentito rinviare, *supra*, cap. I, § 6.

¹⁶⁵ Così, A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, cit., 540. Afferma che sussiste "una sorta di gerarchia tra i Trattati e la Carta, almeno per quanto riguarda le clausole limitative", T. GROPPI, *Art. 52*, cit., 356. Tale modello è stato criticato da V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, cit., 166, il quale sottolinea che la disciplina dettata dal § 1 dell'art. 52 sarebbe, in generale, più idonea a limitare i diritti fondamentali disciplinate dalle norme dei Trattati e "nei pochi casi in cui questa fosse [...] insufficiente, [...] si sarebbe potuto argomentare essere

sistema CEDU¹⁶⁶. Sembra, pertanto, che il dichiarato scopo dell'art. 52 di definire la “portata dei diritti” garantiti¹⁶⁷, sia tradito dalla preoccupazione di armonizzare la Carta dei diritti con gli altri, preesistenti, sistemi normativi¹⁶⁸. Tuttavia, per quanto concerne specificatamente il nostro ambito di ricerca, si deve segnalare che non soltanto il principio di proporzionalità informa esplicitamente la funzione normativa dell'Unione europea per le ragioni già evidenziate, ma esso trova vigenza anche nell'ambito del sistema CEDU, allorché uno Stato membro proceda alla limitazione di uno dei diritti e delle tutelate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

giusto che in quei pochi casi fossero i Trattati a “piegarsi”, e non la Carta, come invece in questo modo accadrà: e per di più *sistematicamente, sempre*, senza la possibilità di tentare, nemmeno dove sarebbe facile raggiungere, un “pacifico coordinamento”, un “bilanciamento”, ai sensi e nei modi del primo paragrafo”.

¹⁶⁶ La subordinazione della Carta di Nizza alla CEDU è frequentemente criticata dalla dottrina, in quanto, contrariamente alla più moderna Carta dei diritti, non si occupa dei diritti sociali, limitandosi a riconoscere un insieme di diritti e libertà civili proprie del costituzionalismo ottocentesco. In argomento, cfr. R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., 284 ss.; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, cit., 541 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, cit., 167 ss. E' tuttavia da segnalarsi che il § 3 dell'art. 52 della Carta dei diritti, individua la CEDU quale *standard* minimo di protezione, sicché “le limitazioni previste dalla Carta non possono essere più ampie di quelle della CEDU”, T. GROPPi, *Art. 52*, cit., 359. Oltre alle pubblicazioni già citate, affronta il problema del coordinamento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale ed europeo*, cit., 229 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

¹⁶⁷ L'art. 52 della Carta dei diritti è, infatti, rubricato “portata ed interpretazione dei diritti e dei principi”.

¹⁶⁸ V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, cit., 161.

6.2 segue: *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Anche nell'ambito del sistema fondato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il principio di proporzionalità costituisce un parametro di formazione giurisprudenziale, alla luce del quale sindacare la legittimità delle restrizioni, imposti dagli Stati aderenti, ai diritti e alle libertà fondamentali riconosciuti e tutelati dalla CEDU¹⁶⁹.

Come noto, la Convenzione riassume ed unifica le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri attorno a un nucleo di libertà e di diritti di impronta liberale¹⁷⁰, che costituiscono *standard* minimi di tutela in tutti gli Stati aderenti. Si riconosce, pertanto, alle singole autorità nazionali un margine di apprezzamento nell'adozione di misure limitative dei diritti dell'uomo che si necessitano in ragione del peculiare contesto socio-politico, per perseguire determinati interessi pubblici ovvero rispondere a preminenti bisogni sociali.

La formazione di un livello europeo di protezione dei diritti

¹⁶⁹ La "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" è stata sottoscritta a Roma, il 4 novembre 1950 e successivamente, modificata da vari Protocolli, l'ultimo dei quali (il Protocollo n. 14) è entrato in vigore il 1° giugno 2010. Tra le molte pubblicazioni dedicate al tema, vedesi, P. VAN DIJK, G. VAN HOOFF, *The theory and the Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Deventer, 1990; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 3^a ed., Napoli, 2001. Per quanto concerne, in generale, la tutela dei diritti umani negli ordinamenti internazionali, cfr. C. ZANCHÌ, *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 150 ss.

¹⁷⁰ La CEDU non contempla il riconoscimento di libertà economiche o diritti sociali, ma definisce un catalogo di diritti e libertà c.d. negative, oltre a taluni principi di tutela giurisdizionale.

umani e la necessità di garantire agli Stati un margine di valutazione, evidenzia la sussidiarietà di tale sistema internazionale di tutela dei diritti umani¹⁷¹. Conseguentemente, il ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo è proponibile qualora, esauriti i ricorsi interni¹⁷², la scelta operata a livello nazionale si consideri inidonea a garantire gli *standard* essenziali di protezione dei diritti fondamentali statuiti dalla CEDU.

Tali rapide precisazioni permettono di comprendere lo sviluppo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha individuato nella c.d. dottrina del margine di apprezzamento statale il criterio interpretativo che permette al sistema CEDU di funzionare correttamente, ovvero di garantire, nel quadro dei livelli essenziali di tutela dei diritti civili apprestati in sede sovranazionale, un ambito di sovranità degli Stati membri che potrà censurarsi allorché l'azione restrittiva, di deroga o di interferenza con le libertà garantite dalla CEDU sia manifestamente contraria alla Convenzione stessa. La tecnica argomentativa citata, pragmaticamente, previene possibili conflitti tra Corte e Stati membri ed inoltre, evidenzia il carattere sussidiario del sistema CEDU: la scelta compiuta a livello nazionale si presuppone compatibile con la Convenzione e capace di rispondere

¹⁷¹ Su tale caratteristica del sistema CEDU, vedesi, il saggio di M. DE SALVIA, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione, sussidiarietà*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1994, 24 ss.; nonché, in generale, il lavoro monografico ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.. Vedesi, altresì, Corte EDU sentenze, *Belgian linguistic* (12 luglio 1968), in particolare, punto 10 della motivazione; *Handyside*, (12 dicembre 1976), in particolare, punto 48 della motivazione.

¹⁷² La Corte di Strasburgo ha affermato che anche nell'ambito dei rimedi di diritto interno, il giudice nazionale deve interpretare le disposizioni normative interne, conformemente alla Convenzione EDU, cfr. sentenza, *Scordino* (27 marzo 2003).

più adeguatamente alla situazione di fatto venutasi a creare¹⁷³.

Invero, la stessa Convenzione prevede la possibilità dello Stato aderente di ingerirsi in alcuni dei diritti e delle libertà dell'individuo ivi catalogati, all'uopo organizzandosi mediante clausole di deroga che non ancorano le limitazioni a predeterminate e tassative ipotesi, ma consentono l'emanazione dell'atto restrittivo necessario a conseguire gli scopi pubblici che la CEDU indica solo genericamente.

In altri termini, la Convenzione afferma la relatività di taluni diritti fondamentali, rimettendo alla autorità nazionale il compito di stabilire se, nel caso concreto, il pubblico interesse potrà ottenersi col sacrificio delle libertà declamate dalla Convenzione¹⁷⁴. Invero, il

¹⁷³ Vedesi, M. DE SALVIA, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione, sussidiarietà*, cit., 32; J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland, Oregon, 1999, 29.

¹⁷⁴ Invero, le libertà e i diritti riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo, possono distinguersi, a secondo della loro formulazione, in tre distinte categorie, a secondo se ammettono o meno restrizioni da parte dei pubblici poteri. Accanto a disposizioni che configurano i diritti e le libertà come incompressibili (è il caso della proibizione della tortura ovvero della riduzione in schiavitù; vedesi, rispettivamente, artt. 3 e 4, CEDU); la Convenzione prevede, altresì, la possibilità dei pubblici poteri di derogare ai diritti fondamentali e alle libertà ivi declamate o in un numero tassativo di casi (ad es. il diritto alla libertà e alla sicurezza, art. 5 CEDU), ovvero, mediante il riferimento a clausole generali che consentono, in concreto, di graduare la restrizione ai diritti e alle libertà dell'individuo. E proprio con riferimento a queste ultime, che il principio di proporzionalità è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, cit., 24.

Cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte EDU che invocano il principio di proporzionalità al fine di verificare la lesione dei diritti e delle libertà previste agli artt. 8 - 11 della Convenzione: *De Wilde, Ooms e Veersyp* (18 giugno 1971); *Golder* (21 febbraio 1975); *Handyside* (12 dicembre 1976); *Young, James e Webster* (13 agosto 1981); *Dudgeon* (22 ottobre 1981); *Barthold* (26 marzo 1985); *Lingens* (8 luglio 1986); *Gillow* (24 novembre 1986); *Berrehab* (24 marzo 1988); *Klass* (6 dicembre 1987); *Leander* (26 marzo 1987); *Olson* (24 marzo 1988); *Muller* (24 maggio 1988); *Norris* (26 ottobre 1988); *Moutzaquim* (18 febbraio 1991); *Ezelin* (26 aprile 1991); *Rieme* (22 aprile 1992); *Modinos* (22 aprile 1993); *Sigurour* (30

diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8, CEDU), la libertà di pensiero di coscienza e di religione (art. 9, CEDU), la libertà di espressione (art. 10, CEDU), la libertà di riunione e associazione (art. 11, CEDU), la libertà di circolazione (art. 2, Protocollo n. 4) ecc., possono subire una compressione da parte dello Stato membro qualora agisca, in base alla legge, al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale o la protezione dei diritti o delle libertà altrui. Tutti obiettivi pubblici indeterminati che evidenziano l'ampia duttilità del sistema CEDU, nell'ambito del quale si consente una protezione differenziata dei diritti umani che si giustifica, oltre per le diverse tradizioni giuridiche e socio-culturali degli Stati membri, anche dall'esigenza dei Paesi aderenti di rispondere adeguatamente alle contingenti necessità che possono sorgere a livello nazionale.

Compito della Corte di Strasburgo è accertare se, nel caso concreto, l'azione dell'autorità nazionale abbia superato il limite oltre il quale la riduzione del diritto fondamentale non possa essere ammessa. Proprio in quanto afferente alla valutazione del rapporto tra libertà e limite, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha delineato, nell'ambito della c.d. dottrina del margine di apprezzamento statale, il principio di proporzionalità quale ulteriore *test* di verifica della legittimità delle restrizioni operate dallo Stato aderente¹⁷⁵.

giugno 1993); *Casado Coca* (24 febbraio 1994); *Piermont* (27 aprile 1995); *Vogt* (26 settembre 1995).

¹⁷⁵ La relazione tra la dottrina del margine di apprezzamento statale con il principio di proporzionalità, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, è stato analizzato da J. MCBRIDE, *Proportionality and the European*

I due criteri interpretativi di formazione giurisprudenziale tendono a combinarsi nell'ambito di un più complesso sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo che riguarderà la legittimità sia degli obiettivi perseguiti con l'azione statale restrittiva, che il rapporto tra mezzo restrittivo e fine perseguito. Le ultime decisioni, tuttavia, evidenziano una maggiore pregnanza del principio in parola, il quale tende ad assumere una fisionomia autonoma e comprende anche la valutazione del bilanciamento tra interessi pubblici e riduzioni delle libertà civili operato nell'atto statale, che l'orientamento tradizionale, considerava di esclusivo appannaggio dello Stato aderente¹⁷⁶.

Convention on Human Right, cit., 23 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, cit., 743 ss. Si segnala, inoltre, l'utile analisi della casistica giurisprudenziale di M.A. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 31 ss.; traduzione aggiornata della relazione presentata dall'Autore in occasione della riunione tra la Corte europea dei diritti dell'Uomo e il Consiglio di Stato francese (Parigi 14-15 giugno 1988); ID., *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (edited by), Dordrecht-Boston, 1993, 125 ss. e, da ultimo, vedesi, ID., *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (sous la direction de), Paris, 1995, 65 ss. Infine, il principio di proporzionalità formatosi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è affrontato anche in J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, cit., 704 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit. 96 ss.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, cit., 129 ss.

¹⁷⁶ Invero, “nella misura in cui la scelta adottata si colloca all'interno di quel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri non spetta infatti alla Corte di stabilire quale fosse la soluzione migliore possibile da adottarsi con riferimento al caso di specie”, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 765. Non v'è dubbio, infatti, che l'applicazione e la valenza del principio di proporzionalità dipende dall'ampiezza del margine di apprezzamento che, in concreto, si riconosce

Nonostante dalla giurisprudenza emerga un uso promiscuo dei criteri citati, nonché una applicazione ondivaga del principio di proporzionalità, quest'ultimo sembra ridurre i rischi che un impiego incontrollato della c.d. dottrina del margine di apprezzamento potrebbe comportare.

Invero, laddove la dottrina del margine di apprezzamento consente soluzioni differenziate, rispettose delle diverse esperienze sociali, culturali e giuridiche dei Paesi aderenti e, pertanto, calibra il sindacato della Corte su valutazioni di tipo soggettivo, il principio di proporzionalità, riguardando il rapporto tra atto limitativo e scopo perseguito¹⁷⁷, sposta la verifica giurisdizionale su un dato oggettivo,

all'autorità nazionale, J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, cit., 28 ss. E' facile scorgere, nel rigoroso *self-restraint* della giurisprudenza degli esordi, la preoccupazione della Corte EDU di non invadere la sfera di sovranità degli Stati aderenti, man mano, soppiantata dalla tendenza a potenziare e a rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali.

Cfr. inoltre, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo *Handyside* (7 dicembre 1976), in particolare, § 62 della motivazione, anche in *Foro it.*, 1977, 113 ss.; *Marckx* (13 giugno 1979), § 64 della motivazione; *Mellacher* (19 dicembre 1989), § 48 della motivazione.

¹⁷⁷ Cfr. F. MATSCHER, *Method of Interpretation of the Convention*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, cit., 79.

Nei confronti della c.d. dottrina del margine di apprezzamento, sono state mosse molte critiche. Si è, infatti, osservato che tale tecnica interpretativa rappresenta la rinuncia ad applicare criteri obiettivi, valevoli in tutti gli Stati aderenti, nella verifica delle restrizioni ai diritti e alle libertà tutelate dalla Convenzione (cfr. P. VAN DIJK, G. VAN HOOFF, *The theory and the Practice of the European Convention on Human Rights*, cit., 585 ss.), tanto da poter "divenire la fonte di una perniciosa «geometria variabile» dei diritti umani", LESTER, citato e così tradotto da D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, cit., 750, a cui si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici. L'Autrice ricorda, inoltre, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si riferisce a taluni criteri per applicare la dottrina del margine di apprezzamento statale, condensati nei seguenti punti: "- l'esistenza o meno di una base comune nell'ambito delle società democratiche; - la natura del diritto oggetto di protezione; - la natura del dovere incombente allo Stato membro (diritto positivo di azione, ovvero dovere di astensione); - la natura dell'obiettivo perseguito dallo Stato

ovvero sulle modalità in cui l'ingerenza statale si è concretata, contribuendo, pertanto, a rendere maggiormente effettivo il sistema di tutela dei diritti fondamentali fondato sulla CEDU.

L'intreccio del principio in questione con la dottrina del margine di apprezzamento, si desume dalla giurisprudenza che ha definito i limiti, sempre più stringenti, dell'ingerenza statale ai diritti civili statuiti nella CEDU. Nonostante il testo della Convenzione non menzioni *expressis verbis* il principio di proporzionalità, la Corte di Strasburgo lo ha desunto proprio da quelle disposizioni della CEDU sopra richiamate che contemplano la possibilità di una limitazione dei diritti e delle libertà civili, purché la misura restrittiva emanata si riveli necessaria "in una società democratica", al fine di perseguire scopi di interesse generale ivi indicati¹⁷⁸. In tale contesto interpretativo, la verifica della proporzionalità si riduce alla ragionevolezza delle misure restrittive adottate rispetto agli obiettivi pubblici¹⁷⁹ e pertanto,

membro tramite la misura eventualmente contestata; - la natura dell'attività oggetto di regolamentazione; - la sussistenza o meno di particolari circostanze (situazioni di emergenza o di pericolo); - le previsioni espressamente contenute a tale riguardo nel testo della Convenzione" (*ibidem*, 751).

¹⁷⁸ Cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte EDU che invocano il principio di proporzionalità al fine di verificare la lesione dei diritti e delle libertà previste agli artt. 8 - 11 della Convenzione: *De Wilde, Ooms e Veersyp* (18 giugno 1971); *Golder* (21 febbraio 1975); *Handyside* (12 dicembre 1976); *Young, James e Webster* (13 agosto 1981); *Dudgeon* (22 ottobre 1981); *Barthold* (26 marzo 1985); *Lingens* (8 luglio 1986); *Gillow* (24 novembre 1986); *Berrehab* (24 marzo 1988); *Klass* (6 dicembre 1987); *Leander* (26 marzo 1987); *Olson* (24 marzo 1988); *Muller* (24 maggio 1988); *Norris* (26 ottobre 1988); *Moutzaquim* (18 febbraio 1991); *Ezelin* (26 aprile 1991); *Rieme* (22 aprile 1992); *Modinos* (22 aprile 1993); *Sigurour* (30 giugno 1993); *Casado Coca* (24 febbraio 1994); *Piermont* (27 aprile 1995); *Vogt* (26 settembre 1995).

¹⁷⁹ In proposito, "ERMACORA [...] sottolinea, come dal vincolo rispetto al fine proprio del diritto derivi la questione relativa al mezzo utilizzato; questione che la dottrina ha interpretato come rapporto di necessaria proporzionalità fra mezzo e obiettivo, il quale rappresenta «...un principio giuridico non scritto, che scaturisce dalla natura delle cose». Quanto, però, al suo ambito di applicazione effettivo nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, esso sarebbe

appura che l’emanazione degli atti limitativi delle libertà e dei diritti fondamentali sia giustificata per sopperire a un “imperioso bisogno sociale” considerato prevalente¹⁸⁰.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo impiega, inoltre, il principio di proporzionalità anche per vagliare la normativa nazionale che regola i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, affinché essa non presenti restrizioni, modalità o condizioni d’esercizio tali da esautorarli del tutto¹⁸¹; ovvero, laddove la CEDU evochi un bilanciamento tra i diritti dell’individuo e l’interesse generale¹⁸²; o, ancora, per valutare se un atto statale abbia violato il principio di eguaglianza¹⁸³ (art. 14 CEDU). Il principio di proporzionalità ha

circoscritto – ad avviso di questo Autore – ai soli diritti fondamentali che abbiano il contenuto di *Abwehrrechte*, ossia di diritti posti a difesa del cittadino nei confronti dello Stato”, D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, cit., 760, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi richiamati.

¹⁸⁰ La Corte di Strasburgo si riferisce alla necessità quale “pressing social need” che impone l’ingerenza della pubblica autorità nei diritti e nelle libertà fondamentali, *ex multis*, nelle sentenze: *Handyside*, (12 dicembre 1976); *Dudgeon*; *Olsson*; *Leander*, tutte cit. nota 178; *Niemietz* (16 dicembre 1992); *Funke* (25 febbraio 1993); *Ceylan* (8 luglio 1999). Utilizza l’espressione “prevalente necessità sociale”, la sentenza *Hertel* (25 agosto 1998).

¹⁸¹ La Corte EDU ritiene che le discipline nazionali non possano restringere o ridurre fino a comprometterne la sostanza dei seguenti diritti e libertà fondamentali: diritto a contrarre matrimonio e a fondare una famiglia (art. 12, CEDU), cfr. sentenze: *Rees* (17 ottobre 1986); *Johnston* (18 dicembre 1986); *F. c. Svizzera* (18 dicembre 1987); *Cossey* (27 settembre 1990); diritto all’istruzione (art. 2, Protocollo addizionale alla Convenzione n. 1), cfr. sentenza *Campbell e Consans* (25 febbraio 1982); diritto di voto e di eleggibilità (art. 3, protocollo addizionale alla Convenzione n. 1), cfr. sentenza *Mathieu-Mohin e Clerfait* (2 marzo 1987).

¹⁸² Vedesi, in particolare, la giurisprudenza formata in ordine al diritto di proprietà (art. 1, Protocollo addizionale alla Convenzione n. 1) volta a verificare, tramite il principio di proporzionalità, l’adeguatezza del sacrificio richiesto al proprietario: *Hentrich* (22 settembre 1994); *I Santi Monasteri* (9 dicembre 1994); *Pressos* (20 novembre 1995); *Brumarescu* (28 ottobre 1999).

¹⁸³ Cfr. Corte EDU, sentenze: *Sindacato nazionale della polizia belga* (27 ottobre 1975); *Sindacato svedese dei conducenti di locomotive* (6 febbraio 1976); *Schmidt e Dahlström* (6 febbraio 1976); *Markx* (13 giugno 1979);

interessato, altresì, il diritto a un equo processo¹⁸⁴ (artt. 5 e 6 CEDU), nel cui contesto è stato declinato anche come parametro per valutare la ragionevole durata del procedimento giudiziario¹⁸⁵, nonché nell'ambito del controllo della determinazione delle spese processuali¹⁸⁶.

Le decisioni più recenti mostrano una applicazione del *test* di proporzionalità che tende a spostarsi dalla “verifica del «ragionevole equilibrio» alla valutazione del «giusto equilibrio»”¹⁸⁷, sicché esso si estende anche sull'assetto dei vari interessi contrapposti raggiunto nel provvedimento statale o, detto altrimenti, la Corte di Strasburgo valuta l'adeguatezza dei sacrifici imposti ai singoli agli scopi pubblici perseguiti dalla misura restrittiva, con ciò operando un controllo di proporzionalità sostanzialmente simile a quello elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸⁸. Da ultimo e nonostante le oscillazioni giurisprudenziali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha attribuito al principio in questione la capacità di verificare, in modo più penetrante, le scelte effettuate dall'autorità statale con l'adozione dello strumento riduttivo delle libertà fondamentali.

Sorto nell'ambito della dottrina del margine di apprezzamento statale, il principio di proporzionalità tende a configurarsi quale

Rasmussen (28 novembre 1984); *Abdulaziz, Cabales e Blakandali* (28 maggio 1985).

¹⁸⁴ Corte EDU, sentenze: *Ashingdane* (28 maggio 1985), *Udorovic* (18 maggio 2010).

¹⁸⁵ Corte EDU, sentenze: *De Moor* (23 giugno 1994), *Venditeli* (18 luglio 1994); *Hentrich* (22 settembre 1994); *Schouten e Hofaner* (9 dicembre 1994).

¹⁸⁶ Corte EDU, sentenze: *Vidal* (28 ottobre 1992); *Megyeri* (12 maggio 1992).

¹⁸⁷ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 107.

¹⁸⁸ Cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 107 s.; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, cit., 139 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, 766.

principio generale del sistema di protezione dei diritti umani fondato sulla CEDU¹⁸⁹ e, pertanto, capace di guidare la Corte europea dei diritti dell'uomo nella delicata operazione di bilanciamento e di interpretazione dei diritti della Convenzione.

E', infine da chiedersi, se il principio in parola assume un qualche rilievo anche negli altri livelli di tutela dei diritti umani e, pertanto, sia nel diritto interno che nell'ordinamento dell'Unione europea. La questione, ovviamente, non è disgiunta dal quesito circa il rango da attribuire alla CEDU tra le fonti del diritto che, in tempi recenti, ha interessato la dottrina, sollecitata anche dai recenti esiti di quel processo di integrazione tra i vari livelli di protezione dei diritti fondamentali, allo stato ancora in atto.

L'evoluzione del "sistema dei diritti" delinea, con sempre maggior nitidezza, da un lato, la progressiva "europeizzazione" del diritto costituzionale e dall'altro, la "costituzionalizzazione" degli ordinamenti sovranazionali¹⁹⁰, sicché, in tale contesto, la Convenzione acquisisce un ruolo centrale, da un lato, coordinandosi con la Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹¹ e, dall'altro, acquisendo diretta rilevanza anche per l'ordinamento nazionale.

E', infatti, noto che, in tempi recenti, la giurisprudenza costituzionale, ma anche i giudici ordinari¹⁹², hanno intensificato i

¹⁸⁹ M.A. EISSEN, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 81.

¹⁹⁰ Vedesi, per tutti, A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa ai tempi della globalizzazione*, Torino, 2008.

¹⁹¹ Le disposizioni della Carta dei diritti e della CEDU avente ad oggetto gli stessi diritti e libertà fondamentali, si raccordano in modo tale da conferire agli *standard* minimi di garanzia della CEDU, efficacia anche nell'ordinamento dell'Unione europea (art. 52, § 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); vedesi, *supra*, § 6.1.

¹⁹² Cfr. Cassazione, sez. penale, sentenza 12 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1994,

riferimenti alla CEDU. Invero, tale modello sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali rappresenta, specie per il giudice delle leggi, una guida alla luce della quale ricostruire le libertà e i diritti civili e verificare se essi sono stati illegittimamente compromessi dall'azione legislativa. La Corte costituzionale ha riconosciuto¹⁹³ ai diritti contemplati dalla Convenzione, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, il rango di norme integrative del parametro costituzionalità delle leggi nazionali, sicché le soluzioni approntate in sede CEDU fungono – se compatibili con la disciplina delle libertà costituzionali¹⁹⁴ – da criterio interpretativo per il giudice e da

439 ss. Ma vedesi, da ultimo, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, IV sez., sentenza, 2 marzo 2010, n. 1220 nonché dal TAR Lazio, 18 maggio 2010, n. 11984, che considerano la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale, in quanto "comunitarizzata" dal Trattato di Lisbona. Attenta dottrina ha segnalato non solo che l'adesione dell'Unione europea deve ancora avvenire (come già sopra segnalato) ma se e quando ciò avverrà "non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali principi generali del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*, (corsivo mio).

¹⁹³ Vedesi, Corte cost., sentenze del 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, entrambe in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss. e 3535 ss. Tra i molti contributi dedicati alle citate decisioni della Consulta, si rinvia, quantomeno, alle note pubblicate a corredo delle rispettive sentenze: C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss.; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *ibidem*, 3525 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": i diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *ibidem*, 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *ibidem*, 3574 ss.; V. SCARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *ibidem*, 3579 ss. Cfr., inoltre, Corte cost., sentenza 16 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, 1506 ss.

¹⁹⁴ "Quanto detto non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello subcostituzionale, è necessario che esse siano conformi a

parametro direttivo per l'azione del legislatore nazionale¹⁹⁵.

Costituzione”, Corte cost., sentenza n. 348/2007, cit., 3510.

¹⁹⁵ Invero, con la sentenza n. 129/2008, la Consulta afferma “di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all’ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall’art. 6 della CEDU” (*ibidem*, 1521). E’, pertanto, evidente che la sentenza citata si pone quale monito al legislatore, affinché proceda ad un adeguamento dell’ordinamento giuridico nazionale al sistema CEDU.

Per quanto concerne le funzioni che i principi generali svolgono nell’ordinamento, vedesi, *supra*, cap. I, § 3.

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ FRA COSTITUZIONE E AMMINISTRAZIONE

1. *Premessa*

Acclarata la matrice comunitaria del principio di proporzionalità¹ e il consequenziale effetto *spill over* sugli ordinamenti degli Stati membri², la dottrina che più di ogni altra si è impegnata nell'analisi del principio in esame, ha inteso sconfessare la comune opinione secondo cui la proporzionalità non si collocherebbe nel novero di quei principi a cui si è tradizionalmente riferito il diritto amministrativo italiano e ha ricercato tracce della vigenza del canone di proporzionalità sia nella giurisprudenza amministrativa meno recente, che nelle riflessioni dottrinarie³. Si è inteso, per tal via,

¹ Vedesi, cap. II, § 3 e ss.

² In particolare, per quanto concerne il principio di proporzionalità e il fenomeno dello *spill over* negli ordinamenti degli Stati membri è stato compiutamente descritto da D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, 552 ss., ora anche ID., *Le principe de proportionnalité*, in *Droit Administratif Européen*, J.B. AUBY, J. DE LA ROCHÈRE (diretto da), Bruxelles, 2007, già anticipato dalla stessa Autrice nel lavoro monografico dedicato al tema, ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 223 ss. e *passim*. In termini generali, l'argomento è già stato affrontato, *supra*, cap. I, § 8, a cui si rinvia anche per la bibliografia ivi citata.

³ Ovviamente, il riferimento è ai due lavori monografici che si sono occupati approfonditamente del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 147 ss., A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 135 ss. e *passim*. Si deve, tuttavia, segnalare che la ricostruzione storica del principio in questione nell'ordinamento italiano è, soprattutto, appannaggio del lavoro di quest'ultimo Autore, i cui esiti sono riassunti

mettere in luce che il principio di proporzionalità, quanto meno in forma latente, sarebbe presente nell'ordinamento e nella cultura giuridica italiana e applicato, sia pure in forma "mascherata", dal giudice amministrativo già molto tempo prima che il fenomeno dell'integrazione comunitaria e la conseguenziale circolazione dei principi generali dell'Unione europea ne decretassero la vigenza negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati membri⁴.

La suggestiva tesi secondo cui potrebbero rinvenirsi anche nel diritto amministrativo italiano i sintomi di una presenza "nascosta" del principio di proporzionalità già anteriormente alla c.d. "europeizzazione" dei diritti amministrativi nazionali, individua un sicuro appiglio nella dottrina amministrativistica ottocentesca e, in particolare, nell'opera di Gian Domenico Romagnosi.

In "caso di conflitto tra interessi del privato con quelli del pubblico", l'illustre precursore della scienza del diritto amministrativo indicava "la regola direttrice" a cui l'amministrazione pubblica era tenuta ad informarsi e che consisteva nel "«*far prevalere la cosa pubblica alla privata nei limiti della vera necessità*»", e che equivale a dire, che l'autorità deve "«*far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*». Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il *fine* o l'*effetto*, ma il semplice *mezzo*"⁵.

anche in ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2006, 4644 ss.; mentre, è incentrato su profili comparatistici e di diritto amministrativo europeo, lo studio della proporzionalità condotto da D.U. GALETTA, aggiornato, da ultimo, in ID., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, cit., 541 ss.

⁴ In questo senso, vedesi, soprattutto, A. SANDULLI, *ultime op. cit.*

⁵ G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 3^a ed., Prato, 1835 (1^a ed., Parma, 1814), 15 (corsivo nel testo). Successivamente, l'illustre Autore riformulò il concetto sopra riportato, affermando,

Entrambi gli studi dedicati alla proporzionalità si riferiscono al testo citato, l'uno, per avvalorare la presenza, sia pure sommersa del principio in parola nell'esperienza giuridica italiana, sicché l'attuale applicazione rappresenterebbe una sorta di reviviscenza e perfezionamento di un canone non ignoto alla tradizione giuridica, dottrina e giurisprudenziale, italiana⁶; l'altro, per confermare la validità del pensiero romagnosiano anche nei confronti del principio di proporzionalità comunitario⁷.

Invero, se è indubbio che la regola direttrice additata dal Romagnosi evoca, sia pure implicitamente, alcuni aspetti riconducibili all'odierno concetto di proporzionalità, è sufficiente ricordare il contesto in cui tali affermazioni furono concepite, per escludere che l'amministrazione potesse riferirsi, nelle sue decisioni, allo schema logico della proporzionalità, principio che può senz'altro dirsi estraneo alla dottrina italiana, sia pure in essa non manchino – come si esporrà tra breve e già segnalato dalle monografie dedicate al tema – successivi ed ulteriori accenni ad alcuni segmenti della sua complessa morfologia⁸.

recisamente, che “mai e poi mai, può avvenire che, salva la giustizia, si possa effettuare il caso in cui il ben privato si possa realmente immolare al pubblico, perché l'interesse personale debba cedere nel volgar significato al pubblico. All'opposto questo caso non si può verificare che per la sola ragione e causa, in cui sia di maggior interesse privato che il bene dell'individuo, derivante dai rapporti pubblici, venga preferito a quello che deriva dai rapporti puramente privati”, ID., *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Prato, 1838, 234.

⁶ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 10 s., il quale nel radicare il principio di proporzionalità nell'ordinamento giuridico italiano, lega la “definitiva emersione della proporzionalità quale fondamentale criterio di azione amministrativa” (*ibidem*, 12) ai mutamenti ordinamentali afferenti, da un lato, alla partecipazione dell'Italia all'ordinamento comunitario e, dall'altro, alla trasformazione del principio di legalità (*ibidem*, 19 ss.).

⁷ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 170 s.

⁸ E in questo senso, vedesi D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e*

Non può, infatti, sfuggire che l'idea romagnosiana è da inquadrarsi nell'ambito dello Stato liberale, sicché essa si presenta quale mero autolimito dell'azione amministrativa che, in assenza di espresse disposizioni di legge⁹, deve contenersi nel mezzo più mite o, è lo stesso, meno invasivo per gli interessi privati.

Invero, nel contesto giuridico dell'epoca, l'interesse pubblico era ricostruito in termini di superiorità rispetto ai contrapposti interessi dei cittadini, cosicché accanto al canone del minimo mezzo (o della sua necessità), non poteva prevedersi il bilanciamento tra i vari beni e interessi concretamente in gioco, in cui si sostanzia il terzo livello dell'odierno principio di proporzionalità (c.d. proporzionalità *strictu sensu* o adeguatezza), in cui tende a contrarsi¹⁰. Ciò è tanto più chiaro

sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, cit., 171 s.

⁹ Allorché si fosse in presenza di una lacuna del diritto, l'insigne Autore sosteneva che "l'amministrazione deve necessariamente ricorrere al pari del giureconsulto all'interpretazione della volontà e della mente direttrice della volontà e della mente direttrice del legislatore, mediante tutti i noti artefici dell'interpretazione legislativa: in mancanza poi di un lume di autorità positiva deve ricorrere ai principj della ragion pubblica naturale, come il giudice deve ricorrere ai principj della naturale equità in mancanza di leggi positive, o di induzione legittima dalle leggi positive, come richiede l'art. 4 Cod. Nap. interpretato co' i suoi motivi"; ed altresì indicando che "come il principio fondamentale direttivo della ragion civile si è «pareggiar fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà». Così nella ragion amministrativa il principio fondamentale si è «ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà»", da cui derivava la "regola direttrice" sopra citata, G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, cit., 14 s.

¹⁰ Si è già accennato (*supra*, cap. II, §§ 2, 3 e 4) che, nonostante la dottrina e la giurisprudenza descrivano il controllo di proporzionalità secondo il modello tedesco "a tre gradini" (ribadito dalla Corte di giustizia, anche nella sentenza *Tempelman*, 10 marzo 2005, C-96 e 97/03) il principio di proporzionalità tende a ridursi "al modello di calcolo costi-benefici proprio del sindacato di proporzionalità francese e che mira ad operare una valutazione complessiva e comparativa dei vantaggi e degli svantaggi prodotti dalla misura adottata, secondo una concezione multipolare degli interessi in gioco". La definizione comunitaria del principio di proporzionalità ha, per via dell'effetto *feedback*, ricadute anche nell'ordinamento tedesco, ovvero proprio in quel sistema giuridico che ha forgiato il principio in parola, D.U.

se si considera che nella regola del minimo mezzo l'Autore delineava la c.d. equità amministrativa che, anche la dottrina successiva, baserà sull'interesse statale considerato, sempre e comunque, prevalente rispetto agli antagonistici interessi privati¹¹.

Né, parimenti, può essere sottaciuto che la moderazione dell'attività amministrativa, a cui alludeva l'illustre dottrina citata, era indicata solo al fine di colmare eventuali lacune normative e qualora fosse concretamente impossibile attivare "i noti artefici dell'interpretazione legislativa", per assenza di "un lume di autorità positiva"¹². Nel pensiero dell'insigne Autore, la regola citata è uno strumento di integrazione dell'ordinamento che, secondo la dottrina all'epoca invalsa, si rinveniva nella "ragione naturale"¹³; sicché, essa era ben lungi dall'acquisire quel ruolo di primaria importanza che l'attuale principio di proporzionalità ha assunto per l'amministrazione pubblica nazionale, in virtù dell'adesione dell'Italia all'Unione europea (vedesi, art. 1, co. 1, legge n. 241/1990¹⁴).

Conseguentemente, il riferimento al passo citato rappresenta un mero spunto speculativo circa la presunta origine del principio in

GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, cit., 556 s.

¹¹ Invero, la nozione di equità nel diritto amministrativo enucleata dal Romagnosi, sarà ripresa e approfondita da F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960. Su tali vicende, vedesi il saggio di F. MERUSI, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior. pensiero giur. mod.*, 1993, 414 ss.

¹² Vedesi, il passo già citato, *supra*, nota 9.

¹³ E invero, l'Autore si riferisce ai "principj della ragion naturale", cfr. *supra*, nota 9. Vedesi, in proposito, le considerazioni già espresse, *supra*, cap. I, nota 1.

¹⁴ Invero, con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, l'art. 1, co. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, è stato integrato, con il riferimento ai "principi dell'ordinamento comunitario", sicché quest'ultimi, unitamente agli altri criteri ivi indicati, guidano l'esercizio dell'attività amministrativa. In proposito vedesi, *supra*, cap. I, § 9 e *infra*, sez. II, § 3 e *passim*.

questione nel nostro ordinamento, ma, ritengo, debba circoscriversi nei limiti di un accenno indiretto alla proporzionalità, la cui vigenza deve essere, invece, ricercata, prima ancora che nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa, nella Carta costituzionale e ciò per due ineludibili ragioni: da un lato, la Costituzione ha inaugurato un diverso assetto dei rapporti intercorrenti tra amministrazione pubblica e cittadini, dall'altro, tutti i principi generali dell'ordinamento sono tali in quanto riconducibili al dettato costituzionale¹⁵. Si rileverà, inoltre, che il principio in esame informa anche l'attuale forma di Stato per autonomie, riscritta dal "nuovo" Titolo V della Costituzione, intervenendo a regolare i rapporti tra le varie istituzioni pubbliche territoriali che compongono la Repubblica¹⁶.

Pertanto, prima di procedere oltre nell'analisi del principio di proporzionalità e verificare il suo impatto sulle categorie dogmatiche e gli istituti del diritto amministrativo nazionale è opportuno procedere all'inquadramento costituzionale della proporzionalità che, da ultimo, il Consiglio di Stato ha riconosciuto quale principio generale dell'ordinamento giuridico¹⁷.

¹⁵ Su tale ultimo profilo, vedesi, *supra*, cap. I, § 2, § 3 e *passim*, nonché, *infra*, sez. I.

¹⁶ Cfr. *infra*, sez. I, § 3.1 e § 3.2.

¹⁷ Con la sentenza n. 2087/2006, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza emessa dal TAR Friuli Venezia Giulia, 26 gennaio 2004, n. 20 (entrambe in www.giustizia-amministrativa.it), con la quale si erano considerate legittime, alla stregua del principio di ragionevolezza, l'apposizione nell'autorizzazione per l'attività dello smaltimento dei rifiuti, rilasciata in favore del ricorrente, di due clausole che oneravano il privato con prescrizioni particolarmente gravose, in ordine alle analisi da eseguire sui fanghi derivanti dalle operazioni di trattamento dei rifiuti. Il giudice d'appello ha ribaltato l'esito di tale sentenza di prime cure, notando che l'autorizzazione conteneva già degli obblighi a carico dell'esercente l'attività di smaltimento rifiuti e che ulteriori vincoli ed oneri a tutela dell'ambiente erano stati già imposti al momento dell'approvazione definitiva del progetto relativo all'impianto di smaltimento, sicché, in virtù del principio di proporzionalità di matrice comunitaria, le clausole oggetto di giudizio erano eccessivamente

SEZIONE PRIMA

LA PROPORZIONALITÀ NELLA DINAMICA COSTITUZIONALE

1. *Principio di proporzionalità ed equilibrio delle funzioni*

E' stato autorevolmente affermato che “tutti i principi generali [...] per la loro essenzialità o fundamentalità, *sono dotati di copertura costituzionale almeno indiretta*”¹⁸, sicché la collocazione della proporzionalità tra i principi generali dell'ordinamento giuridico, pone il problema della sua riconduzione nell'alveo della Carta costituzionale. Tale operazione potrà dirsi riuscita se ed in quanto la proporzionalità sia definibile mediante le due imprescindibili coordinate del nostro assetto costituzionale: la libertà e l'eguaglianza,

onerose ed afflittive. Il massimo giudice amministrativo ha, nel corso della pronuncia citata, significativamente affermato “che il principio di proporzionalità [...] è principio generale dell'ordinamento ed implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. Esso si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile”, Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, con nota di D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1107 ss.

¹⁸ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, 2, ora anche in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, 63. L'argomento è stato affrontato *supra*, cap. I, § 2, in cui è riportata la citazione sopraindicata; cfr., inoltre, anche gli ulteriori riferimenti bibliografici, ivi citati.

considerati i due basilari valori delle democrazie pluraliste, inclusivi di tutti gli altri e ai quali possono ricondursi tutti i principi costituzionali¹⁹.

Emerge, pertanto, già *ictu oculi*, la fondatezza costituzionale del principio in parola, giacché intervenendo in tutte le vicende in cui si esercita una funzione pubblica, la proporzionalità impone che si pervenga alla soluzione meno lesiva per la sfera giuridica del soggetto destinatario.

Un principio eminentemente di garanzia per le posizioni giuridiche incise, giacché induce a selezionare il mezzo meno lesivo (c.d. necessarietà), tra quelli astrattamente idonei a perseguire lo scopo pubblico e che presuppone la parità degli interessi coinvolti dall'azione pubblica, affinché si possa pervenire a quel bilanciamento che conduce all'adeguatezza della scelta pubblica.

In altri termini, il paradigma della proporzionalità comunitaria, intesa quale unione dei tre elementi della idoneità, necessarietà, adeguatezza (o c.d. proporzionalità *strictu sensu*), si presta ad indirizzare l'esercizio delle funzioni pubbliche, senza che esse trasbordino, incidano o compromettano altre funzioni, sfere d'autonomia e posizioni giuridiche riconosciuti dall'ordinamento ad altri soggetti, pubblici e privati, al di là di quanto strettamente necessario per conseguire l'interesse pubblico. Si evince la

¹⁹ In tali termini si esprime G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 42 che affronta l'assunto sopra riportato, specialmente, alle pagg. 43 ss. Nel pensiero dell'Autore, libertà ed uguaglianza non sono visti come valori in conflitto, ma come principi reciprocamente convertibili, che si integrano vicendevolmente, giacché, "le Costituzioni democratiche contemporanee sembrano aver superato l'univocità, in un senso o nell'altro, del rapporto: si deve essere liberi per essere eguali e si deve essere eguali per essere liberi. Libertà ed eguaglianza, in sintesi, si rafforzano vicendevolmente", (*ibidem*, 73).

“trasversalità” del principio di proporzionalità a cui si devono conformare sia i rapporti interistituzionali che quelli di tipo “amministrativo”, ovvero intercorrenti tra pubbliche autorità e cittadini.

Invero, scardinando ogni tipo di rapporto gerarchico e/o di prevalenza tra i vari soggetti, pubblici e privati, nonché dei rispettivi interessi, la proporzionalità è già diretta espressione e, al contempo, garanzia di libertà ed eguaglianza e, pertanto, contribuisce ad inverare l’assetto ordinamentale disegnato dalla Costituzione repubblicana.

Nonostante la proporzionalità sia estranea alla esperienza giuridica italiana, quantomeno nell’elaborazione giurisprudenziale e dottrina che lo ha delineato quale principio generale del diritto dell’Unione europea²⁰, esso alberga – come già accennato²¹ – in diverse disposizioni costituzionali afferenti a svariati settori dell’ordinamento giuridico, che si riferiscono, esplicitamente o implicitamente, al principio in esame.

Bisogna, ora, estendere la riflessione sulla Carta costituzionale dalle singole disposizioni che rimandano alla nozione di proporzionalità²², al complesso delle sue norme, ovvero al disegno generale della Costituzione e dal quale emerge la preoccupazione che l’esercizio delle funzioni da parte delle autorità all’uopo demandate, non si traduca in indebite prevaricazioni, non solo dei diritti e degli interessi dei consociati, ma altresì delle altre funzioni, il cui esercizio

²⁰ Vedesi, *supra*, capp. I e II, *passim*. Ma cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità nell’azione amministrativa*, cit., 135 ss., in cui l’Autore analizza, con ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, i casi “di applicazione nascosta del principio di proporzionalità da parte del Consiglio di Stato” (*ibidem*, 168) a partire dalla decisione *Rufini* (Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 1894, n. 427).

²¹ Cfr. *supra*, cap. II, § 1.

²² Vedesi, in particolare, le seguenti disposizioni della Carta costituzionale: art. 36, co. 1; art. 53; art. 56, co. 3; art. 57, co. 3 e già richiamate *supra*, cap. II, § 1.

è demandato, per oggetto o per territorio, ad altri soggetti pubblici.

Il problema è, quindi, relativo ai limiti entro i quali una funzione possa essere legittimamente esercitata dall'istituzione competente, senza che essa trasbordi in spazi che spetterebbero ad altri soggetti. La questione si intreccia con l'altro complesso tema della vigenza, o meno, in Costituzione del principio di separazione dei poteri dello Stato.

Si è, infatti, autorevolmente sostenuto che “la tendenza spiccata alla molteplicità e alla moltiplicazione degli organi costituzionali oltre che degli enti territoriali a rilevanza costituzionale”²³; la complessità delle norme relativa alle attribuzioni e competenze; la presenza della Corte costituzionale quale organo risolutore dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni (art. 134 Cost.), escludono la vigenza del principio di divisione dei poteri, invero non menzionato dalla Costituzione, in favore del diverso principio organizzativo di competenza²⁴. Ma anche a voler accedere al diverso orientamento che ritiene vigente, in funzione garantistica, la separazione dei poteri quale “*principio ordinatore dei rapporti tra una pluralità di unità sistematiche tra le quali sono variamente distribuite le tre funzioni fondamentali dell'ordinamento*”²⁵, il problema delle relazioni tra le varie funzioni-poteri dell'ordinamento si traduce nei limiti entro i quali il loro

²³ F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 489.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, tomo II, Milano, 1984, 256, il quale aggiunge che proprio in base al principio di separazione dei poteri “la diversa correlazione tra le istituzioni-poteri deve sempre assicurare il non-cumulo delle funzioni normativa, attuativa e di controllo, di modo che non sia possibile che lo stesso potere possa emanare una norma attuarla e controllare la correttezza dell'attuazione”.

esercizio possa dirsi ammissibile ovvero, in ultima analisi, nella misura del potere impiegato, oltre il quale vi sarebbe una indebita ingerenza di una funzione su un'altra.

Similmente a quanto si verifica nei rapporti tra amministrazione e cittadino, anche i rapporti tra le funzioni pubbliche possono organizzarsi in base al principio di proporzionalità, il quale segna la regola del loro reciproco rispetto, sia nel caso in cui la loro relazione sia di tipo “orizzontale” che “verticale”²⁶.

Il principio in questione si presta, infatti, a guidare ogni autorità investita di una funzione (sia essa legislativa, amministrativa o giudiziaria) affinché l'esercizio delle medesime non si traduca nel surrettizio accaparramento di prerogative e compiti che il dettato costituzionale riserva ad altri poteri-funzione, ovvero a sfere di competenza che, nell'attuale sistema costituzionale organizzato per autonomie, sono demandate, in tutto o in parte, ad altre istituzioni territoriali.

Riservandoci di trattare quest'ultimo profilo nel prosieguo²⁷, si vuole ora focalizzare l'attenzione sulla funzione legislativa, la quale, in virtù della centralità e superiorità che ha storicamente assunto rispetto alle altre funzioni²⁸, propende ad occuparne i rispettivi spazi. Ciò si evidenzia, particolarmente, nel rapporto tra la funzione

²⁶ La divisione dei poteri c.d. “orizzontale” ripartisce i “poteri d'imperio tra organi o gruppi di organi di un medesimo stato-apparato”, quella c.d. “verticale” distribuisce i “poteri tra enti distinti nell'ambito di quegli ordinamenti o di quelle unioni tra stati che presentano strutture *lato sensu* federalistiche”, G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 377.

²⁷ Per questi profili, vedesi, *infra*, sez. I, § 3.1 e § 3.2.

²⁸ Ciò in considerazione della particolare influenza che il positivismo giuridico ha avuto nel nostro ordinamento. Questo profilo è analizzato, con riferimento all'attuale fenomeno della globalizzazione, da I.M. MARINO, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, ora in ID., *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, 2^a ed., Palermo, 2007, 123 ss.

legislativa e la funzione amministrativa, le cui frizioni hanno dato origine alla controversa figura della c.d. legge-provvedimento.

Senza addentrarci troppo nella problematiche sottese a questo emblematico e controverso atto normativo invalso nel nostro ordinamento²⁹, si deve sottolineare che l'impiego della legge-provvedimento testimonia l'ingerenza del legislatore nella funzione amministrativa sino ad esaurire del tutto le sue garanzie, riassumibili nel principio del giusto procedimento e nella riserva di procedimento³⁰. Laddove l'atto legislativo tradisce le sue connotazioni di generalità ed astrattezza per disciplinare, in concreto, singoli e specifici interessi di determinati cittadini, è evidente che il complesso di organi costituzionali denominato "legislatore" si appropria indebitamente di funzioni che spettano alla pubblica amministrazione, elidendo le particolari garanzie di cui sono circondati i procedimenti amministrativi.

Si è, pertanto, affermato che "il principio di legalità non può essere considerato sinonimo di primato assoluto ed indiscriminato della legge, bensì, al contrario, un principio che impone il rispetto dei ruoli costituzionali di tutta la normazione, il rispetto delle funzioni costituzionalmente attribuite: un principio di non sopraffazione, di non abuso del diritto: la legge deve comprendere il principio di proporzionalità riferito alle funzioni della Repubblica"³¹.

Il medesimo ragionamento può estendersi anche ai rapporti tra funzione legislativa e funzione giudiziaria, i quali entrano in

²⁹ Il fenomeno delle c.d. leggi-provvedimento è stato già accennato *supra*, cap. I, § 5, a cui si rinvia anche per la bibliografia ivi citata alla nota 61.

³⁰ Vedesi, anche con riferimento all'ordine concettuale qui seguito, I.M. MARINO, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm. – TAR*, 2010, 733 ss. e *passim*.

³¹ *Ibidem*, 737.

potenziale collisione allorché il legislatore emani una c.d. legge di interpretazione autentica.

Anche in questo caso si tratta di un tipo di atto normativo assai discusso in dottrina³² e che, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha avallato, specificando, nel corso del tempo, le sue fondamentali caratteristiche³³. In particolare, per quanto qui interessa, la Corte costituzionale ha ritenuto che non si incida necessariamente sul principio di divisione dei poteri, né la presenza di un atto del genere può interferire con la funzione giudiziaria, purché la legge interpretativa rispetti i giudicati e non appaia mossa dall'intento di interferire nei giudizi in corso, determinando la soluzione di specifiche controversie³⁴.

³² Si è invero affermato che “è grave errore supporre che la *potestas legiferandi* comprenda, quasi *a fortiori*, anche nello Stato moderno, la *potestas interpretandi*”, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA - BRANCA (a cura di), Bologna, 1974, 153. Nega recisamente che nell'attuale assetto costituzionale possa darsi adito alla interpretazione per legge anche G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955, 171 e *passim*. Si deve invero rilevare che la necessità di depurare il dettato normativo ed acclararlo tramite un successivo provvedimento legislativo-interpretativo presuppone già un'interpretazione, per quanto sommaria, che nel nostro ordinamento spetta alla funzione giudiziaria “e più in generale agli interpreti”, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, 9. Tuttavia, a fronte di tali autorevoli posizioni, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno generalmente ammesso, la legittimità delle leggi di interpretazione autentica. A tal proposito, vedesi, per tutti, G. VERDE, *L'interpretazione della legge*, Torino, 1997; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 2010, 143 ss., anche per le indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali ivi citate.

³³ Vedesi in particolare, il lavoro monografico di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., che analizza la giurisprudenza costituzionale formatasi in tema.

³⁴ Vedesi in proposito Corte costituzionale, 8 luglio 1957, n. 118 (orientamento ribadito successivamente. Cfr., *ex multis*, sentenze nn. 386/1996, 432/1997,

Ancora una volta, lo schema logico della proporzionalità si presta a individuare il punto di equilibrio tra le funzioni ovvero il limite entro il quale lo strumento della legge di interpretazione autentica potrà essere utilizzato legittimamente ovvero senza sostituirsi nelle prerogative che, l'attuale assetto ordinamentale, assegna alla funzione giurisdizionale³⁵.

A ben vedere, il provvedimento normativo che ecceda nello scopo di rendere chiaro, con effetti *erga omnes*, una norma oscura o di difficile interpretazione, pretendendo, invece, di imporre una specifica interpretazione del dato normativo in relazione ad una o più controversie *sub judice*, pone in essere un atto legislativo di per sé inidoneo, non necessario e inadeguato ad eliminare il dubbio interpretativo. Detto altrimenti, l'atto normativo dev'essere strutturato in modo tale da consentire agli organi giurisdizionali l'esercizio delle loro funzioni e, pertanto, riservando ad essi l'esegesi delle norme interpretative, da applicarsi nello specifico caso pendente *inter partes*³⁶.

321/1998; 374/2000, tutte in *www.giurcost.org*). Invero, se il legislatore rispetta i giudicati e non interferisce con i giudizi in corso, “si deve escludere che le attribuzioni del potere giudiziario siano vulnerate, in quanto legislatore e giudice agiscono su piani diversi: l'uno su quello su proprio introducendo nell'ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti il significato normativo dato ad un precedente atto legislativo, l'altro applicando al caso concreto la legge intesa secondo comuni regole di ermeneutica” (Corte cost., sentenza, 4 aprile 1990, n. 155).

³⁵ Giacché, anche “quando il legislatore crede di autointerpretarsi ha la forza del legislatore, non ha la forza dell'interprete”, R. SACCO, *L'interpretazione* in AA.VV., *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, nel *Trattato di diritto civile*, ID. (diretto da), vol. II, Torino, 1999, 173.

³⁶ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., 152.

2. *Proporzionalità, imparzialità e buon andamento*

La Costituzione repubblicana nell'affermare le libertà e i diritti civili e sociali degli individui, ha inteso riscrivere il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in termini di eguaglianza o, se si vuole utilizzare una terminologia più evocativa per lo studioso del diritto amministrativo, di parità³⁷. In particolare, l'art. 97 Cost., indicando nell'endiadi imparzialità e buon andamento i due fondamentali canoni dell'azione amministrativa, ha equilibrato i rapporti tra autorità e cittadini, in guisa tale da pervenire alla scelta pubblica ottimale senza che le posizioni giuridiche dei cittadini siano ingiustamente sacrificate.

Invero, la dottrina più avvertita ha rilevato, accanto a un profilo oggettivo dell'imparzialità, inteso quale “norma di comportamento dell'amministrazione [...] a tutela”³⁸ della medesima, anche una dimensione soggettiva del principio citato, che si traduce nel dovere di adottare “criteri di equità, di buona fede, di parità di trattamento” che qualificano l'azione amministrativa “come quella di un soggetto teso alla soddisfazione di fini pubblici”³⁹.

La funzionalizzazione dell'azione pubblica è pertanto garantita dall'applicazione di principi e criteri che orientano l'amministrazione “soggettivamente” imparziale⁴⁰ nel perseguimento del pubblico interesse.

Si considerano, in altri termini, riconducibili “al principio di

³⁷ Il riferimento è, ovviamente, al noto saggio di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guccardi*, 1975, Padova, 807 ss.

³⁸ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., 819.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

imparzialità tutti gli strumenti che assicurano la completezza e la genuinità della ponderazione degli interessi”⁴¹. Tra essi deve oggi iscriversi la proporzionalità, inteso quale principio che indica all’operatore giuridico (sia esso amministrazione che giudice) uno schema operativo strutturato nei passaggi logici più volte citati, tramite cui definire e/o controllare che la scelta pubblica adottata non comprima od incida, oltre quanto strettamente necessario per conseguire lo scopo pubblico, le posizioni protette del cittadino⁴².

Diretta esplicazione delle nozioni costituzionali di imparzialità e buon andamento⁴³, il principio in esame impone alla pubblica amministrazione che le funzioni ad essa demandate siano esercitate –

⁴¹ M. NIGRO (agg. a cura di E. CARDI), *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, vol. III. *L’azione dei pubblici poteri*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), 5^a ed., Bologna, 1997, 35.

⁴² Afferma che “possa farsi ricorso al principio di proporzionalità dell’azione amministrativa, che è compreso tra i principi dell’ordinamento comunitario e che, pertanto, in quanto compreso tra tali fonti, ha oggi pieno ingresso nel nostro ordinamento; anche, per altra via, può ritenersi che tale principio sia da sempre insito nella nostra Costituzione, se venga rettammente inteso il principio di buona amministrazione di cui all’art. 97 della Carta. L’applicabilità di tale principio, come precisato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (anch’essa inclusa tra le fonti del diritto comunitario), impone, invero, un’indagine c.d. ‘trifasica’, che passa attraverso l’accertamento della necessità della misura, della sua idoneità allo scopo da raggiungere ed alla stretta proporzionalità con il fine da raggiungere; per cui in definitiva, in applicazione di tale principio deve essere preferita “la misura più mite” che consenta di raggiungere lo scopo perseguito dalla norma”, TAR Abruzzo, Pescara, 1 luglio 2004, n. 641, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché s.m., in *Foro amm. – TAR*, 2004, 2254.

⁴³ E’ stato osservato “che non sembra [...] che possa revocarsi in dubbio che la proporzionalità costituisca un componente inscindibile ed essenziale della nozione di imparzialità e di buon andamento, non potendosi configurare un trattamento imparziale e corretto che non rispetti anche la proporzionalità”, I. ZINGALES, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro amm. – TAR*, 1998, 2473 (nota a TAR Lombardia, sez. III, sentenza 5 maggio 1998, n. 922); nonché, G.F. FERRARI, *Il principio di proporzionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, V. PARISIO (a cura di), Milano, 1998, 129 e 134.

ma anche allocate⁴⁴ – in modo adeguato, ovvero che il potere impiegato nella scelta adottata dall'autorità sia contenuta nella misura minima e comunque funzionale alle finalità pubbliche, garantendo pertanto che tutti i diritti e gli interessi, pubblici e privati, coinvolti dall'attività pubblica possano equilibrarsi e comporsi nella soluzione che, in concreto, sia la meno lesiva, tra le varie, in astratto, ipotizzabili.

⁴⁴ Vedesi, *infra*, sez. I, § 3.1.

3. Principio di proporzionalità e sistema delle autonomie

3.1 a) La distribuzione delle funzioni

Accanto a questi profili direttamente incidenti sui fondamenti primi del diritto amministrativo, la proporzionalità interviene anche nella allocazione delle funzioni amministrative, così come ridisegnate dall'art. 118, primo comma, Cost., come modificato dalla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3⁴⁵.

Tale disposizione, attribuendo tutte le funzioni amministrative in capo al Comune ovvero all'ente territoriale più vicino al cittadino, considerato, per tale ragione, capace di interpretare e soddisfare gli interessi e i bisogni della collettività di riferimento⁴⁶, introduce, a

⁴⁵ Tra i molti contributi dedicati all'argomento, vedesi: A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 1305 ss.; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 383 ss.; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 439 ss.; P. URBANI, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 459 ss.; F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Ist. del Federalismo*, 2003, 843 ss. Vedesi, altresì, F. FRACCHIA, *Le funzioni amministrative nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, G.F. FERRARI e G. PARODI (a cura di), Padova, 2003, 159 ss. e Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. III, Torino, 2006, 2521 ss. a cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. Cfr. inoltre, S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, 171 ss. e T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 8^a ed., Milano, 2008, 235 ss.

⁴⁶ L'attribuzione della competenza amministrativa generale in capo all'ente locale più prossimo al cittadino, comporta quale indiscutibile conseguenza, "la democraticità delle decisioni, la partecipazione dei cittadini alle scelte, il controllo

livello costituzionale, il principio di sussidiarietà c.d. “verticale”⁴⁷, qui

sulla gestione di prestazioni e servizi”, T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, 2008, 1145.

Già prima che le riforme legislative e il “nuovo” Titolo V della Carta costituzionale esplicitassero il principio di sussidiarietà, si era affermato che l’autonomia privata è parte del “disegno pluralistico” e, in particolare, dell’autonomia locale, con cui si relaziona ed integra, I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 10 ss. Invero, proprio nel principio autonomistico, iscritto in Costituzione all’art. 5 Cost., la migliore dottrina ha rinvenuto, *in nuce*, il principio di sussidiarietà: “Il principio di autonomia si pone a base di tutto l’ordinamento, e cioè delle libertà individuali e collettive rispetto alle quali la Repubblica deve adeguare la propria legislazione e promuoverne la realizzazione, ispirandosi in tal modo a quel principio di sussidiarietà che emerge come regola fondamentale che deve ormai reggere la nostra società politica e civile”, F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, Padova, 1996, 111 ss.

⁴⁷ Il principio di sussidiarietà ha fatto la sua comparsa con la legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge “Bassanini”), poi modificata dalla legge 16 giugno 1998, n. 191 (c.d. Bassanini *ter*”); mentre, per quanto concerne l’ordinamento comunitario, il principio di sussidiarietà è stato introdotto, unitamente al principio di proporzionalità, con il Trattato sull’Unione europea, sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992, all’art. 3B (successivamente indicato, art. 5) e ribadito dal Trattato di Lisbona, cfr. *supra*, cap. II, § 5, § 5.1.

La genesi del principio di sussidiarietà è, ovviamente, molto risalente e può rinvenirsi già nella filosofia classica e segnatamente nel pensiero di ARISTOTELE, *Politica*, I, 2 1252, il quale elabora le categorie della supplenza e della sufficienza in relazione agli specifici compiti assolti dalle formazioni sociali presenti in seno alla *polis* greca (famiglia, villaggio, città). Nella dottrina politica latina, il termine *subsidiium* – etimo dell’attuale nozione di sussidiarietà – designava l’ordine militare dei triari, ovvero le truppe di rinforzo (*subsidiariae cohortes*). I riferimenti più importanti al concetto di sussidiarietà, inteso quale principio informatore dell’azione dei pubblici, sono comunemente rintracciati nella dottrina sociale della Chiesa cattolica e, in particolare, nelle encicliche: *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891 (“non è giusto che l’individuo e la famiglia non siano assorbiti dallo Stato, ma è giusto lasciare ad ognuno di operare con libertà fin dove sia possibile”); *Quadragesimo Anno* di Pio XI del 1931 (“l’oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già di distruggere o assorbirle”); nonché nelle encicliche *Mater Magister* e *Pacem in Terris* di Giovanni XXIII, rispettivamente del 1961 e del 1963 e, infine, *Centesimus Annus* di Giovanni Paolo II (nella quale si riafferma che la formazione sociale superiore non deve interferire con quella inferiore “ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità, e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune”). Nella Carta costituzionale del 1948 manca ogni riferimento alla sussidiarietà, tuttavia esso fu ben presente nei lavori della Costituente e citato negli interventi svolti da G. Dossetti (9 settembre 1946) e A. Moro (24 marzo 1947). Questi e ulteriori più

inteso nella sua fase “statica”; giacché, qualora sia necessario assicurare l’ “esercizio unitario” delle funzioni amministrative, la medesima norma costituzionale prevede che le funzioni ascendano dal

approfonditi riferimenti in T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, cit., 1134; F. BIENTINESI, *Sussidiarietà (principio di)*, in *Dizionario costituzionale*, M. AINIS (a cura di), Roma-Bari, 2000, 455; G. RAZZANO, *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, F. MODUGNO e P. CARNEVALE (a cura di), Milano, 2003, 4 ss. Impossibile dare contezza dei molti studi che si sono occupati del principio di sussidiarietà. Oltre agli scritti già citati, tra i principali, senza pretesa di esaustività, vedesi: G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 405 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Foro it.*, 1995, 373 ss.; M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 517 ss.; D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. comunit.*, 1997, 603 ss.; ID., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; G. FALCON, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, 279 ss.; G. PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA (a cura di), Padova, 1999, 170 ss.; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 433 ss.; ID., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; M. CAMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 453 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sussidiarietà e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 381 ss.; A. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Napoli, 2005, 179 ss.; G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in *Sussidiarietà e diritti*, V. BALDINI (a cura di), Napoli, 2007, anche in www.astrid-online.it.

E' stato autorevolmente affermato che la riforma del Titolo V della Carta costituzionale (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) e, in particolare, l'introduzione del principio di sussidiarietà, impatta anche sull'organizzazione delle fonti del diritto, le quali non sono più ordinabili in base al principio di gerarchia “ma, semmai, soltanto con un ‘concordato’ riferimento alla collettività in termini di (sussidiarietà-)adeguatezza su cui fondare la ‘prevalenza’ della fonte del diritto”, I.M. MARINO, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, 2^a ed., Palermo, 2007, 161 ora anche in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, E. CASETTA, A. ROMANO, F.G. SCOCA (a cura di), vol. I, *Teoria e Storia. Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, 214 ss. L'Autore aveva preconizzato il ribaltamento della gerarchia delle fonti ad opera della “costituzionalizzazione” del principio di sussidiarietà già in ID., *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, ora raccolto in *ibidem*, 95 ss.

Comune ai livelli di governo territoriale di dimensioni più ampie, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. I tre principi citati compongono un meccanismo di allocazione “dinamica” delle funzioni amministrative⁴⁸ che elide le rigidità di un sistema in cui tutte le funzioni sono, generalmente, di spettanza comunale, così potenziando il ruolo delle altre istituzioni territoriali (Province, Città metropolitane, Regioni e Stato) che assieme costituiscono la Repubblica (art. 114 Cost.).

Ne consegue che la preferenza per l’ente più prossimo ai destinatari delle funzioni pubbliche si articola in guisa tale che esse sono allocate in favore dell’istituzione territoriale man mano più distante che sia, in concreto, capace di perseguire gli interessi pubblici

⁴⁸ Invero, la Consulta ha segnalato che “accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica di sussidiarietà che consente di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell’ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie”, Corte costituzionale, sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 2675 ss. con nota di A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *ibidem*, 2776 ss. Tra i vari commenti dedicati all’importante sentenza, vedesi, S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, 578 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, ora in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, VII. *Studi dell’anno 2003*, tomo 2, Torino, 2004, 297 ss.; A. MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 12, 2003; ID., *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, in *Giur. cost.*, 2003, 2791 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V (osservazioni a Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303)*, in *federalismi.it*, n. 12, 2003; ID., *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell’intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, in *Corriere giur.*, 2004, 41 ss.; nonché I.M. MARINO, «Neo-federalismo» e politiche delle infrastrutture e dei trasporti in Italia, in *L’uso del territorio*, I.M. MARINO, S. LICCIARDELLO, A. BARONE, Milano, 2004, 264 ss., E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, cit., 1146 ss.

in termini di maggiore adeguatezza e differenziazione⁴⁹.

Il favore per l'istituzione più vicina alla collettività su cui ricadranno le scelte amministrative espresso dal principio di sussidiarietà è mitigato dai principi di adeguatezza e differenziazione; quest'ultimi guidano la discrezionalità del legislatore (statale o regionale) affinché l'ente pubblico individuato presenti l' "idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associativa con altri enti, l'esercizio delle funzioni" (art. 4, 3° co., lett. g), legge 15 marzo 1997, n. 59, c.d. "Bassanini"), "in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi" (art. 4, 3° co., lett. h), legge 15 marzo 1997, n. 59, c.d. "Bassanini")⁵⁰.

Come si nota, entrambi i principi sopra delineati si riferiscono all'elemento organizzativo dell'ente in vista delle finalità pubbliche da

⁴⁹ I principi di adeguatezza e differenziazione sono stati definiti quali "criteri applicativi del principio di sussidiarietà", S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, cit., 174.

⁵⁰ La dottrina, in assenza di alcun riferimento sul significato da attribuire alle nozioni di adeguatezza e differenziazione recepite dal nuovo Titolo V della Costituzione, le ha ricostruite riferendosi alle corrispondenti definizioni (sopra riportate) datane dalla citata legge n. 59/1997 (in G.U. 17 marzo 1997, n. 63), che le aveva introdotti tra i principi fondamentali tramite cui attuare il decentramento amministrativo. In tal senso, vedesi, G. ROLLA, *L'autonomia dei Comuni e delle Province*, in *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, T. GROPPi, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2001, 160 ss.; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, cit., 444 s. Si deve, tuttavia, segnalare che la legge n. 59/1997 delineava il c.d. "federalismo amministrativo", consistente in un decentramento di funzioni la cui allocazione, tramite diversi strumenti (delega, trasferimento ecc.), discendeva dal livello di governo più alto a quello più basso; mentre, il nuovo Titolo V della Costituzione disegna un modello ordinamentale che segue una logica opposta, rispetto a quello in cui venne varata la c.d. legge "Bassanini". Pertanto, i principi citati operano in modo qualitativamente diverso rispetto alla loro primigenia definizione operata dalla legge n. 59/1997, F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit., 853.

conseguire, sicché la differenziazione sarebbe da iscriversi nell'ambito del più generale concetto di adeguatezza strutturale dell'ente. Invero, la "differenziazione" pone l'accento sulla valenza socio-economica e dimensionale della funzione pubblica da svolgersi, nonché sulla specializzazione dell'ente a curare determinati interessi; profili che, con tutta evidenza, si tramutano nell'adeguatezza ovvero nell'"idoneità organizzativa" dell'istituzione destinataria delle funzioni amministrative. I due principi sono strettamente connessi⁵¹ ed operano in una sorta di crasi che guida il legislatore (regionale o statale) nella distribuzione delle funzioni amministrative tra enti equiordinati (art. 114 Cost.), sicché in tale operazione si deve, necessariamente, considerare le specificità strutturali e organizzative dell'ente, l'ambito spaziale di competenza, la dimensione e la qualità degli interessi da curare, i destinatari della funzione ecc. affinché l'istituzione individuata possa garantire il conseguimento del "risultato" dell'azione amministrativa in modo ottimale (ovvero, in coerenza con i criteri di economicità ed efficacia)⁵².

In altri termini, i principi di adeguatezza e differenziazione

⁵¹ Vedesi, A. BARONE, *La governance del territorio*, in AA.VV., *L'uso del territorio*, Milano, 2004, 62, il quale riconduce alla "proporzionalità-adequazione", intesa quale "idoneità organizzativa", anche la differenziazione, quest'ultima ritenuta capace di rompere "la tradizionale 'uniformità' del sistema autonomistico italiano". Secondo l'Autore, la differenziazione è da intendersi sia con riferimento alle "funzioni che [a]gli ambiti territoriali di esercizio delle funzioni stesse in ragione delle specificità delle comunità locali e della loro volontà associativa" (*ibidem*, 81 e, in particolare, la dottrina ivi citata alla nota 163).

La lettura qui proposta, consente di spiegare il perché la Consulta, già a partire dalla sentenza n. 303/2003 cit. (ma vedesi anche Corte costituzionale sentenza 13 gennaio 2004, n. 13, in www.giurcost.it) e i giudici amministrativi (Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1102; TAR Lazio, sez. III, 5 dicembre 2005, n. 12935; TAR Lazio, sez. III, 4 gennaio 2006, n. 81, tutte in www.giustizia-amministrativa.it) si riferiscano soltanto ai soli principi di sussidiarietà ed adeguatezza.

⁵² P. URBANI, *L'allocatione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione*, cit., 2003, 461.

declinano la sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni amministrative tra gli enti, in termini di complessiva proporzionalità dell'esito allocativo⁵³: la preferenza per l'istituzione pubblica più vicina al cittadino è derogata in favore dell'ente che, nel caso concreto, sia, sotto il profilo organizzativo, maggiormente adatto a conseguire la cura degli interessi pubblici in ragione della qualità e della dimensione di quest'ultimi. E invero, la dottrina, cogliendo la similitudine dell'art. 118 Cost. con l'art. 5 del Trattato UE, si è espressa in termini di "proporzionalità-adequatezza"⁵⁴: il riferimento all'adequatezza e alla differenziazione alludono ad una formalizzazione, contorta ed indiretta, del principio di proporzionalità in seno alla Costituzione.

Può, pertanto, affermarsi che la "proporzionalità-adequatezza", combinandosi con la sussidiarietà, disciplina la collocazione delle funzioni pubbliche tra le varie istituzioni in cui si scompone la Repubblica, sicché i medesimi principi che regolano l'esercizio delle competenze dell'Unione europea e i rapporti tra questa e gli Stati membri, intervengono anche nell'ambito dell'ordinamento interno,

⁵³ In tali termini si esprime F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, cit., 858 ss. (in particolare nota 34), nonché S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000, 204 ss.

⁵⁴ Così, A. BARONE, *La governance del territorio*, cit., 62. Ritiene che "potrebbero essere i principi di differenziazione ed adeguatezza a trovare posto sotto l'ombrello del criterio di proporzionalità, o – se non tutti e due – almeno il principio di adeguatezza", S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. cost.*, 2003, 261 (nota a Corte costituzionale, n. 15 febbraio 2003, n. 39, *ibidem*, 248 ss.). Considera l'adequatezza sinonimo del principio di proporzionalità, R. DICKMANN, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell'intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, cit., 44 e *passim*; ID., *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V (osservazioni a Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303)*, cit., 4.

definendo la sfera d'azione dei vari livelli di governo (locale, regionale, statale).

E' sufficiente riferirsi alla terminologia usata dal legislatore costituente ("adeguatezza"), per scorgere un palese richiamo al terzo elemento in cui si articola il principio di proporzionalità⁵⁵, sicché, potrebbe affermarsi che il principio in questione è ben presente nel testo della Costituzione, sia pure formulato tramite una *sineddoche*⁵⁶. Ma anche prescindendo da queste considerazioni, è indubbio che l'art. 118 Cost. indica al legislatore e a ciascun ente territoriale di valutare la qualità e la dimensione degli interessi perseguiti, in rapporto alla complessiva idoneità organizzativa e alle rispettive peculiarità (o differenziazioni) funzionali e territoriali degli enti "minori" e "maggiori" in reciproco confronto⁵⁷, affinché la scelta allocativa sia calibrata, in guisa tale da permettere il conseguimento delle finalità

⁵⁵ *Ibidem*. Il principio di proporzionalità nell'ordinamento germanico, è stato già oggetto d'indagine, *supra*, cap. II, § 2, a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche ivi citate.

⁵⁶ E' stato segnalato che le incertezze determinate dalla verbalizzazione delle regole giuridiche tramite *sineddoche* sono superabili dall'interprete mediante i *crittotipi*, intesi quali "regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula" e che diventano riconoscibili tramite la comparazione, cfr. R. SACCO, *Crittotipo*, in *Digesto disc. priv.*, vol. V, 4^a ed., Torino, 1989, 39 s.

⁵⁷ Secondo la terminologia e l'impostazione già utilizzata da V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 968. Vedesi, altresì, I.M. MARINO, *L'assetto degli interessi pubblici nell'ordinamento costituzionale delle autonomie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 909 ss. e ID., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 57 ss. Più di recente, il criterio dimensionale e qualitativo degli interessi per l'individuazione dell'ente territoriale competente, è stato preso in considerazione dalla Corte costituzionale, ordinanza 8 maggio 2009, n. 144, in *Giur. cost.*, 2009, 1563, con nota di C. PINELLI, *Assestamenti nell'interpretazione dell'art. 114 Cost.*, in *ibidem*, 1569 ss. In particolare, nella decisione richiamata, la Consulta afferma che "la condizione giuridica di fondo dello Stato è diversa da quella delle Regioni e degli altri enti territoriali, quanto a qualità e dimensione degli interessi perseguiti: generali, unitari ed al massimo grado di estensione, nel caso dello Stato; ugualmente generali, ma differenziati e riferibili esclusivamente alle comunità di cui sono espressione, nel caso delle Regioni e degli enti locali".

pubbliche e, al contempo, non mortifichi il ruolo che il novellato Titolo V della Costituzione assegna alle istituzioni territoriali in posizione di autonomia.

Secondo lo schema della proporzionalità, la migrazione delle funzioni verso l'alto è consentita qualora tale soluzione allocativa sia, al contempo, *adeguata*, secondo l'operazione di ponderazione sopra descritta, *idonea* a soddisfare gli interessi della collettività e *necessaria*, ovvero se ed in quanto essa non possa esser svolta non solo direttamente dai cittadini "in forma singola o associata", secondo quanto impone il principio di sussidiarietà c.d. "orizzontale"⁵⁸ (art. 118, co. 4°, Cost.), ma neppure dall'ente pubblico "minore".

L'articolazione delle competenze tra i vari livelli di governo non è regolata da norme predeterminate, ma è, di volta in volta, definita mediante l'applicazione combinata dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. I due principi compongono il congegno che adegua, in modo elastico e dinamico, la "legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento" (art. 5 Cost.) e dai quali si palesa "la scelta essenziale sulla forma di Stato: la necessità di confrontarsi in maniera articolata sul rapporto fra 'governati' e 'governanti', fra legittimazioni ed attribuzioni"⁵⁹.

La proporzionalità indica i passaggi logici mediante cui ripartire le funzioni in modo sussidiario, sicché esso costituisce la "cartina tornasole" della sussidiarietà, ovvero consente di sindacare se

⁵⁸ L'intervento pubblico è così eccezionale rispetto all'azione della società civile e potrà operare "solo nel momento in cui i cittadini e la società non abbiano strumenti adeguati alla salvaguardia e al potenziamento delle originarie capacità umane", G. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, cit., 409. In argomento cfr., inoltre, la bibliografia già citata alla nota 47.

⁵⁹ I.M. MARINO, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, cit., 152.

la scelta di accentrare le competenze al livello superiore possa dirsi giustificata⁶⁰. Suddividendosi nella triplice controllo della idoneità, necessità ed adeguatezza della scelta pubblica assunta, il principio di proporzionalità configura un efficace *test* giurisdizionale della sussidiarietà, comportando l'illegittimità costituzionale della legge che abbia trasferito funzioni all'ente superiore qualora le medesime potevano essere svolte "adeguatamente" in sede decentrata.

Il parallelismo con il sistema dell'Unione europea che, come visto, articola l'azione delle Istituzioni mediante i principi di sussidiarietà e proporzionalità⁶¹, è completato dal rilievo unitario assunto dal meccanismo allocativo descritto dall'art. 118, co. 1°, Cost. Invero, i parametri distributivi di sussidiarietà ed adeguatezza, si prestano non solo ad orientare l' "esercizio della potestà legislativa da parte dei legislatori riconosciuti competenti ai sensi dell'art. 117"⁶² e a definire l'ambito d'azione di ciascun ente territoriale, così regolando i rapporti interistituzionali del "sistema delle autonomie", ma

⁶⁰ L'utilizzo del principio di proporzionalità per consentire la giustiziabilità del principio di sussidiarietà è stato già proposta dalla dottrina, con riferimento all'ordinamento costituzionale tedesco, che, come noto, regola i rapporti tra *Länder* e *Bund*, mediante la c.d. "clausola di bisogno". Quest'ultima può, invero, esser vista come "clausola di necessità", ovvero contenitiva dell'intervento del livello superiore di governo, D.U. GALETTA, D. KRÖGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di "necessarietà" ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 921 ss.

Più di recente, i principi di sussidiarietà e proporzionalità sono stati oggetto di indagine comparata, nei sistemi tedesco, comunitario ed italiano, M. POTO, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giur. it.*, 2008, 2359 ss.

⁶¹ Vedesi, *supra*, cap. II, § 5, § 5.1.

⁶² G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 384 (corsivo nel testo), il quale giunge alla conclusione che i principi di cui all'art. 118 Cost. "sono da attuare nell'ambito del riparto di potestà legislative" in base alla considerazione che il riparto operato dall'art. 117 Cost. riguarda "fondamentalmente proprio poteri legislativi di disciplina delle funzioni amministrative", (*ibidem*, corsivo nel testo).

intervengono, altresì, a governare la stessa ripartizione delle potestà legislative tra Stato e Regione (art. 117 Cost.)⁶³.

Il sistema di attribuzione delle competenze legislative delineato dall'art. 117 Cost., è stato riscritto dalla Corte costituzionale, la quale, a principiare dalla fondamentale sentenza n. 303/2003⁶⁴, ha affermato che l'attrazione a livello statale delle funzioni amministrative indotta dai principi di sussidiarietà ed adeguatezza, comporta la consequenziale assunzione delle correlative funzioni legislative, anche se afferenti a materie di competenza concorrente e residuale⁶⁵.

In settori in cui la rigida distribuzione delle competenze definiti

⁶³ Vedesi, in proposito, F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione adeguatezza come criteri allocativi*, cit., 851 ss. Sottolinea il collegamento delle funzioni amministrative con l'art. 117 Cost., E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, cit., 456 ss.

⁶⁴ Vedesi, *supra*, nota 48, a cui si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Per quanto concerne la c.d. "chiamata in sussidiarietà" nelle materie di competenza primaria regionale (art. 117, commi 3° e 4°, Cost.), vedesi, Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 6, in *www.giurcost.it*.

E' interessante notare che, nell'impossibilità di trovare in Costituzione un appiglio per motivare l'estensione della legge statale in settori che l'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa delle Regioni, la Consulta si è riferita, comparativamente, ad altre esperienze costituzionali di tipo federale (in particolar modo, tedesca e statunitense), rilevando che "limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurriende Gesetzgebung*) o alla clausola di supremazia del sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]", Corte costituzionale, sentenza n. 303/2003, cit. *supra*, nota 48. In senso critico rispetto a tali richiami ad altri sistemi costituzionali, vedesi, L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. III, Torino, 2006, 234 s.; A. MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, cit., 4 ss.

dall'art. 117 Cost. preclude(rebbe) allo Stato l'esercizio di ogni attività legislativa, la Consulta permette, nel contesto di un metodo procedurale e consensuale, l'intervento legislativo statale in deroga al normale riparto di competenze legislative, purché "l'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia", tra l'altro, "proporzionata"⁶⁶. Si considera costituzionalmente legittima la legge statale che oltrepassi i rigidi confini segnati dall'art. 117 Cost., a condizione che la c.d. "chiamata in sussidiarietà" sia concertata con la Regione⁶⁷; ragionevole; nonché contenuta nella misura minima e funzionalmente idonea a perseguire il fine pubblico che, in considerazione della sua dimensione e qualità, dev'essere perseguito in modo unitario.

Nell'ambito dell'*iter* procedimentale sopra tratteggiato, la proporzionalità evita arbitrarie interferenze del livello statale nelle competenze regionali, consentendo che l'esercizio delle funzioni, sia amministrative che legislative, siano assunte da parte dell'ente superiore, considerato più adeguato a soddisfare esigenze unitarie⁶⁸.

⁶⁶ L'assunzione in deroga all'ordine costituzionale delle competenze legislative è ammissibile qualora: "la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata". Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 303/2003 cit. *supra*, nota 48.

⁶⁷ Pur muovendosi nel solco tracciato dalla citata sentenza, la successiva giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 242, 270, 285, 378 e 383/2005, 214/2006, 63/2008, tutte reperibili in www.giurcost.it), richiede non necessariamente l'accordo tra Stato e Regione, ma anche solo un qualche "coinvolgimento" di quest'ultima. In argomento, vedesi, G. RAZZANO, *La "reinterpretazione" della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sentenza n. 303 del 2003*, in *Giur. it.*, 2005, 201 ss.

⁶⁸ "E' del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidiidum* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata

Conseguentemente, i criteri di cui all'art. 118, 1° co., Cost. rendono fluida anche la distribuzione delle funzioni legislative, se ed in quanto connesse alle funzioni amministrative accentrate a livello statale, nonché configurano un sistema "mobile" e funzionale di riparto delle competenze legislative, in palese contrasto con la logica dell'art. 117 Cost.⁶⁹

Soprattutto, la celebre sentenza della Consulta sopra richiamata si segnala per aver indicato la proporzionalità quale principio autonomo e definitivamente scisso dalla ragionevolezza, nell'ambito del quale, la giurisprudenza costituzionale, l'ha tradizionalmente allocato quale figura del più ampio *genus* del giudizio di ragionevolezza⁷⁰.

un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l' stanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere ad un compito siffatto", Corte costituzionale, sentenza n. 303/2003, cit.

⁶⁹ E' stato sostenuto che il principio di sussidiarietà sia estraneo al sistema di "riparto competenziale" e che esso comporta l'estensione della "competenza concorrente", contrariamente a quanto si ricaverebbe dai dispositivi di "competenza-separazione", A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit., 326 ss.

⁷⁰ Cfr. R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 564 ss., nonché G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 294 ss. e *passim*, a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia e giurisprudenza citata.

3.2 b) I poteri sostitutivi

Alle considerazioni già svolte, bisogna ora segnalare la capacità della proporzionalità a porsi quale principio regolatore delle relazioni tra gli enti territoriali, riscritte in senso paritario dal “nuovo” Titolo V della Costituzione e, conseguentemente, quale autonomo parametro di verifica giudiziaria di eventuali misure interferenti ed invasive della sfera d'autonomia che, nel nuovo assetto costituzionale, dev'esser garantita a ciascuna delle istituzioni indicate dall'art. 114 Cost.

La vigenza del principio in parola è, pertanto, da ricercarsi anche nell'art. 120, secondo comma, Cost. che, disciplinando i poteri sostitutivi⁷¹, si pone quale “norma di chiusura”⁷² dei rapporti tra i vari

⁷¹ Tra i molti contributi dedicati al tema dei poteri sostitutivi ex art. 120, 2° co., Cost., vedesi: G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, Cost.*, in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, F. MODUGNO e P. CARNEVALE (a cura di), Milano, 2003, 63 ss.; ID., *I poteri sostitutivi nella “Repubblica delle autonomie”*, in *Rass. parlamentare*, 2006, 1015 ss.; R. DICKMANN, *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione*, in *Giur. cost.*, 2003, 485 ss.; R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, 3390 ss.; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le ist. del federalismo*, 2005, 819 ss.; C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 1357 ss.; ID., *Art. 120*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. III, Torino, 2006, 2387 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁷² Tale accezione è diffusa in dottrina. Vedesi, per tutti: C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 199; I.M. MARINO, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, cit., 112 s., il quale sottolinea, altresì, che “La sostituzione governativa, come avviene spesso per le norme che curano le disfunzioni [...] illumina le funzioni ed il sistema”; T. GROPPI, *Nota alla sentenza n. 43 del 2004*, in www.forumcostituzionale.it, in cui l'Autrice segnala che l'art. 120 Cost. “si avvicina a previsioni esistenti, da tempo, nelle Costituzioni di altri paesi federali o regionali, e prima tra tutte a quella dell'art. 37

livelli di governo in cui si articola la Repubblica.

La svolta “federalista” impressa alla Costituzione dal novellato Titolo V, prevede degli strumenti tesi ad ovviare che le inettitudini delle autonomie territoriali presso cui si radicano le funzioni amministrative, possano compromettere quegli interessi che, in considerazione della loro rilevanza, sono da considerarsi “essenziali”⁷³ per lo Stato e che, pertanto, afferiscono all’unità ed alla coerenza dell’ordinamento giuridico.

Scomparso dal Titolo V della Costituzione ogni riferimento all’ “interesse nazionale”⁷⁴, esso si ripresenta trasfigurato nelle ipotesi

della Legge fondamentale tedesca. Tale articolo disciplina la ‘coazione’ o ‘esecuzione federale’ (*Bundsenzwang*), riprendendo un istituto storicamente presente nelle costituzioni tedesche e che ha avuto un ruolo non marginale nella Repubblica di Weimar: in caso di inadempimento di doveri federali [...] il governo federale, con l’assenso del *Bundserat*, può adottare le misure necessarie per obbligare un *Land* ad adempiere i propri doveri”.

⁷³ Vedesi, Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 2004, n. 43, in cui si distinguono gli “interessi essenziali [...] che il sistema costituzionale attribuisce alla responsabilità dello Stato (cfr. infatti l’articolo 117, quinto comma, ultimo inciso della Costituzione, per gli obblighi internazionali e comunitari; l’articolo 117, secondo comma, lettere *h* e *m*, rispettivamente per l’ordine e la sicurezza pubblica e per i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali)” e “quelli ‘naturalmente’ facenti capo allo Stato, come ultimo responsabile del mantenimento della unità e indivisibilità della Repubblica garantita dall’art. 5 della Costituzione”. Con la decisione citata, la Consulta ha chiarito la portata e il significato dell’art. 120, 2° co., Cost., ed ha inaugurato un orientamento interpretativo più volte confermato nella successiva giurisprudenza (vedesi, Corte costituzionale, sentenze nn. 69, 70, 71, 72, 73, 112, 140, 173, 203, 236, 240/2004; nonché le decisioni nn. 167, 300, 383/2005, tutte in www.giurcost.org). Tra i vari commenti dedicati all’importante arresto giurisprudenziale, vedesi, in particolare: T. GROPPI, *Nota alla sentenza n. 43 del 2004*, cit.; R. DICKMANN, *La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali (osservazioni a Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43)*, in federalismi.it, n. 4, 2004 nonché i riferimenti bibliografici citati alla nota precedente.

⁷⁴ Antecedentemente alla riforma del Titolo V, il riferimento all’ “interesse nazionale”, quale limite generale e costituzionalizzato alla potestà legislativa regionale, ha giustificato l’intervento sostitutivo dello Stato nei confronti delle regioni, con frequenza e modalità tali da “sovrapporsi alle linee di demarcazione dei confini dell’autonomia regionale, attenuandole sino a quasi cancellarle”, R. BIN,

tassativamente tipizzate dall'art. 120, 2° co., Cost., in costanza delle quali si legittima l'esercizio dei poteri sostitutivi⁷⁵, ovvero, nei casi di inosservanza ai trattati internazionali e alla normativa comunitaria; pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza; ovvero allorché sia necessario tutelare l'unità giuridica o economica, nonché i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Mediante la rigorosa previsione dei casi testé citati, il legislatore costituzionale ha fugato il rischio latente nell'istituto in questione, ovvero che una sua attivazione "dissennata" possa tradursi nell'illegittima ingerenza, compressione od elisione delle prerogative ora riconosciute alle autonomie territoriali. Sicché, qualora si versi in una delle ipotesi indicate rigorosamente dalla disposizione costituzionale e l'ente competente sia rimasto inerte ovvero abbia sì agito ma in modo insufficiente o illegittimo, l'art. 120, 2° co., Cost. attribuisce al Governo un potere sostitutivo che, secondo la Corte costituzionale, ha natura "straordinaria" e, pertanto, "aggiuntivo" rispetto alle diverse ipotesi di sostituzione "ordinaria" previsti dalla legge⁷⁶.

Legge regionale, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 178 ss.

⁷⁵ Vedesi, G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, Cost.*, cit., 76 e la dottrina ivi citata alla nota 34.

⁷⁶ La Corte costituzionale, nel riconoscere che "L'art. 120, secondo comma, non preclude dunque, in via di principio, la possibilità che la legge regionale, intervenendo in materie di propria competenza e nel disciplinare, ai sensi dell'articolo 117, terzo e quarto comma, e dell'art. 118, primo e secondo comma, della Costituzione, l'esercizio di funzioni amministrative di competenza dei Comuni, preveda anche poteri sostitutivi in capo ad organi regionali, per il compimento di atti o di attività obbligatorie, nel caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente competente", ha colto l'occasione per definire – conformemente alla precedente giurisprudenza – un vero e proprio "statuto" per il legittimo esercizio dei poteri sostitutivi, all'uopo prescrivendo i seguenti requisiti: a) la necessità di una legge che disciplini presupposti e modalità di esercizio dei poteri sostitutivi; b) la sostituzione può operare "esclusivamente per il compimento di atti o di attività prive di discrezionalità nell'an [...] la cui obbligatorietà sia il riflesso

A ben vedere, l'istituto in esame equilibra l'attuale sistema caratterizzato, ad un tempo, dalla dislocazione "sussidiaria" delle funzioni amministrative e dai principi di unità e solidarietà⁷⁷, sicché senza la possibilità da parte dell'ente superiore di intervenire in via sostitutiva "si avrebbe l'assurda conseguenza che, per evitare la

degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo"; c) "Il Potere sostitutivo deve essere esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo"; d) "la legge deve, infine, apprestare congrue garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, in conformità al principio di leale collaborazione [...] non a caso espressamente richiamato anche dall'art. 120 Costituzione a proposito del potere sostitutivo straordinario del Governo, ma operante più in generale nei rapporti fra enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita. Dovrà dunque prevedersi un procedimento nel quale l'ente sostituito sia comunque messo in grado di evitare la sostituzione attraverso l'autonomo adempimento, e di interloquire nello stesso procedimento" (Corte costituzionale, sentenza n. 43/2004 cit.).

In base alla giurisprudenza costituzionale formatasi in argomento, la dottrina ha desunto "almeno quattro ipotesi di poteri sostitutivi tra diversi livelli di governo: I) Le ipotesi di *intervento sostitutivo straordinario ex art. 120* [...]; II) Le ipotesi di *poteri sostitutivi regionali nei confronti degli enti locali* [...]; III) Le ipotesi di *interventi sostitutivi statali nei confronti delle Regioni e degli enti locali al di fuori dello schema dell'art. 120 Cost.* [...]; IV) Infine [...] troveranno ancora spazio [...] quelle *previsioni sostitutive previste dagli Statuti speciali*, ed operanti nei confronti di competenze delle Regioni e delle Province ad autonomia differenziata non modificate dal nuovo Titolo V", cfr. C. MAINARDIS, *Art. 120*, cit., 2388 s. (corsivo nel testo).

Si è, inoltre, osservato che in Costituzione sono individuabili tre distinte figure di sostituzione: la sostituzione ordinaria amministrativa (art. 118 Cost.); la sostituzione ordinaria legislativa (art. 117, 5° co., Cost.); la sostituzione straordinaria amministrativa (art. 120, 2° co., Cost.). Mentre le prime due ipotesi configurano un istituto eccezionale, la sostituzione *ex art. 120, 2° co., Cost.*, è eccezionale ed altresì straordinaria, in quanto attivabile "di fronte ad emergenze istituzionali di particolare gravità", precipuamente indicati dal secondo comma dell'art. 120 Cost. che pertanto assumerebbe le caratteristiche di un istituto dell'emergenza giuridica, cfr. G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze* cit., 839 ss. e *passim*.

⁷⁷ Si è, invero, sostenuto che "il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, l'inderogabile adempimento (su tutto il territorio nazionale, è da ritenersi) dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, *ex art. 2 Cost.* nonché la unità ed indivisibilità della Repubblica *ex art. 5 Cost.*, pur nel diverso quadro dei rapporti regioni-enti locali, esigono un'immutata tutela", che, nel mutato quadro dei rapporti tra centro e periferia, potrà assicurarsi tramite i poteri sostitutivi disciplinati dall'art. 120, 2° co., Cost., G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, Cost.*, cit., 76.

compromissione di interessi unitari che richiedono il compimento di determinati atti o attività [...] il legislatore non avrebbe altro mezzo se non collocare la funzione ad un livello di governo più comprensivo [...] conseguenza evidentemente sproporzionata e contraria al criterio generale insito nel principio di sussidiarietà”⁷⁸.

La garanzia per gli enti territoriali sostituiti è poi rafforzata dalla prescrizione che riserva alla legge, in conformità ai principi di sussidiarietà e leale collaborazione, le modalità di esercizio dei poteri sostitutivi. Proprio dalla disciplina legislativa della sostituzione straordinaria emerge, anche in questo caso, la centralità assunta dal principio di proporzionalità nei rapporti tra centro e periferia. Conviene, pertanto, focalizzare l’attenzione sull’art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. legge “La Loggia”) che ha definito il procedimento relativo alla sostituzione statale⁷⁹.

Nonostante l’art. 120 Cost. prescriva che i poteri sostitutivi debbano implementarsi secondo le modalità stabilite dalla legge e nel rispetto dei (soli) principi di sussidiarietà e leale collaborazione, il legislatore non ha mancato l’occasione di introdurre la proporzionalità tra i principi di riferimento a cui l’autorità governativa si deve

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 43/2004 cit.

⁷⁹ Sull’art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (in G.U. 10 giugno 2003, n. 132), rubricato “attuazione dell’art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo”, si rinvia ai contributi di: C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all’art. 8, in Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, G. FALCON (a cura di), Bologna, 2003, 171 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Commento all’art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, in Legge “La Loggia” – Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, F. BASSANINI (a cura di), Rimini, 2003, 172 ss.; A. BARDUSCO, *Articolo 8, in L’attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge ‘La Loggia’ (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, P. CAVALIERI e E. LAMARQUE (a cura di), Torino, 2004, 209 ss.

orientare nell'emanare i provvedimenti surrogatori⁸⁰, richiedendo che essi “devono essere proporzionati alle finalità perseguite” (art. 8, co. 5, legge n. 131/2003).

Con la disposizione richiamata, si è recepito un parametro di giudizio già conosciuto dalla Corte costituzionale proprio per quanto riguarda i rapporti tra Stato e Regioni⁸¹, ma il cui sindacato giurisdizionale, non pervenendo alla complessa e profonda valutazione tipica del principio di proporzionalità tedesco⁸², si

⁸⁰ Si è segnalato che la sostituzione è regolata da una “costellazione di principi”: sussidiarietà, efficienza, proporzionalità, leale collaborazione, cfr. G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze* cit., 846 ss. In particolare, per quanto concerne la vigenza del principio di proporzionalità nell'istituto *de quo*, esso è stato affrontato da: G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze* cit., 848 ss. e *passim*; C. MAINARDIS, *Art. 120*, cit., 2395 s.; ID., *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8*, cit., 171 ss.; A. BARDUSCO, *Articolo 8*, cit., 224 s.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano, comunitario e inglese*, Milano, 2008, 127 ss. Si aggiunga, infine, che il principio di proporzionalità è richiamato anche dall'art. 1, co. 4° della legge “La Loggia”, laddove indirizza, assieme “ai principi della esclusività, adeguatezza, chiarezza [...] ed omogeneità”, il Governo nell'individuazione dei principi fondamentali “per orientare l'iniziativa legislativa dello Stato e delle Regioni”, nelle materie di potestà concorrente.

⁸¹ Più in particolare, il principio *de quo*, in quanto “specificazione del principio di leale collaborazione nei rapporti Stato-regioni”, è stato richiamato con riferimento “al riscontro di adeguatezza e capacità del legislatore regionale di realizzare gli obiettivi ed i fini indicati dalla legge quadro”, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 296, il quale, all'uopo, cita le sentenze della Corte costituzionale nn. 417/1993; 85 e 139/1990; 1031, 1065/1988. A queste si vedano, anche, le decisioni, nn. 177 e 294/1986, nonché n. 177/1988 (tutte consultabili in www.giurcost.org). In particolare, nell'ultima sentenza citata la Consulta afferma che fra le garanzie a tutela dell'autonomia regionale “deve considerarsi inclusa l'esigenza del rispetto di una regola di proporzionalità tra i presupposti che, nello specifico caso in considerazione, legittimano l'intervento sostitutivo e il contenuto e l'estensione del relativo potere, in mancanza della quale quest'ultimo potrebbe ridondare in un'ingiustificata compressione dell'autonomia regionale” (Corte costituzionale, sentenza 18 febbraio 1988, n. 177).

⁸² Nonostante il principio di proporzionalità abbia trovato ampia applicazione nel diritto pubblico tedesco, la cui elaborazione è successivamente trasmigrata nel diritto dell'Unione europea (cfr. *supra*, cap. I, § 8 e *passim*; cap. II, *passim*), esso non ha costituito un parametro di riferimento per quanto concerne il contenzioso

risolveva, in sostanza, in una “apodittica enunciazione circa la sussistenza del requisito in discorso nell’intervento statale”⁸³.

La codificazione del principio di proporzionalità – che la dottrina certo non auspicava⁸⁴ – suscita, inevitabilmente, alcune questioni. In particolare, gli interrogativi più rilevanti afferiscono: all’ambito d’azione del principio di proporzionalità, ovvero se esso possa considerarsi circoscritto, così come la disposizione lascerebbe presagire, ai soli poteri surrogatori statali *ex art. 120 Cost.*; quale impatto esplica il principio in discorso, così come ora precisato dal quinto comma dell’art. 8 della c.d. legge “La Loggia”, nella soluzione giudiziaria dei conflitti di attribuzione, sottesi ai casi di intervento sostitutivo; se, infine, la proporzionalità possa considerarsi tra i principi che informano, in generale, i rapporti tra i vari livelli di governo in cui si articola la Repubblica e, come tale, afferente a tutti i meccanismi sostitutivi.

Prendendo le mosse proprio da quest’ultimo tema, si deve segnalare che l’assetto pluralistico e pluricentrico assunto dal pubblico potere successivamente all’entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, suppone una concezione relazionale paritaria tra i diversi enti territoriali, in cui la proporzionalità dei provvedimenti

costituzionale tra *Bund* e *Länder*. L’applicazione del principio di proporzionalità quale criterio regolatore delle competenze nel sistema federale tedesco è stato proposto – come già sopra ricordato – dalla dottrina, D.U. GALETTA, D. KRÖGER, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell’ordinamento costituzionale tedesco e concetto di “necessarietà” ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, cit., 921 ss.

⁸³ C. MAINARDIS, *Art. 120*, cit., 2395, medesime considerazioni sono espresse dall’Autore in ID., *Il potere sostitutivo. Commento all’art. 8*, cit., 171 s.

⁸⁴ Vedesi, a tal proposito, S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi regionali in ambiti statali*, cit., 262, il quale nel ritenere che il principio di proporzionalità “Non introduce regole nuove, ma guida il giudice nell’applicazione/integrazione di quelle già in vigore”, considera “probabile che [...] nulla abbia a guadagnare dalla menzione in testi normativi”.

sostitutivi costituisce una garanzia dell'autonomia delle regioni e degli altri enti locali minori. E invero, il principio in parola, contenendo gli interventi surrogatori nella misura strettamente necessaria a conseguire le finalità pregiudicate dall'inerzia dell'ente minore sostituito, protegge l'autonomia dell'istituzione altrimenti competente, dalle indebite ingerenze dell'ente sostituito.

Sancendo la regola del minimo mezzo e della sua congruenza rispetto ai fini pubblici che l'ordinamento deve comunque garantire, la proporzionalità segna il limite entro cui il livello di governo superiore potrà attivarsi in sostituzione nella cura di interessi attribuiti ad un diverso soggetto, con ciò evitando che la sua azione sia arbitraria e incida oltre il necessario, la sfera di autonomia dell'ente surrogato. Sicché, affermare che l'esercizio dei poteri sostitutivi debba orientarsi al principio di proporzionalità, significa assicurare l'equilibrio dei rapporti interistituzionali e il rispetto delle prerogative costituzionali delle autonomie, che in tali eccezionali ipotesi potrebbero essere ingiustificatamente comprese dall'ingerenza, in via suppletiva, dell'ente di dimensioni maggiori nelle funzioni attribuite ad un'altra autorità.

In tale ottica, il principio di proporzionalità si presenta quale corollario dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione, ora costituzionalizzati, con riferimento alla sostituzione straordinaria *ex art. 120 Cost.*, ma, invero, entrambi attinenti a tutte le figure di sostituzione presenti nel nostro ordinamento⁸⁵. Anche in

⁸⁵ Considera “la proporzionalità e la congruenza rispetto allo scopo perseguito, delle misure sostitutive in congedate adottate, la minor incisività possibile di queste nell'ambito dell'autonomia regionale [...] ulteriori forme applicative dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà”, G. FONTANA, *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, Cost.*, cit., 89.

considerazione del rilievo assunto dalle autonomie territoriali, della loro pari dignità e del principio di solidarietà, la consacrazione del principio in esame nella disciplina relativa all'esercizio dei poteri surrogatori statali (art. 8, co. 5°, legge n. 131/2003), non impedisce che esso sia vigente, in generale, nei confronti di qualunque ente che, in sostituzione, si ingerisca nelle attribuzioni di un altro⁸⁶.

Chiarita la collocazione costituzionale del principio in parola e, conseguentemente, il suo ambito d'azione a tutti i congegni sostitutivi che alterano la distribuzione delle funzioni amministrative disegnate dal nuovo Titolo V, bisogna evidenziare che la formalizzazione legislativa del principio di proporzionalità lascia presagire una applicazione giudiziaria di esso più stringente e teso a trasferire in sede giudiziaria il conflitto sotteso a tutti i casi di intervento sostitutivo⁸⁷. In altre parole, la disposizione in commento fornisce

Invero, tutte le ipotesi di poteri sostitutivi sono diretta espressione della sussidiarietà c.d. "verticale": l'intervento del livello di governo superiore è infatti legittimo solo nel caso di inerzia o inadempimento dell'ente minore. L'autonomia di quest'ultimo è sempre garantita fino a quando assolva efficacemente alle funzioni demandategli, sicché l'ingerenza dell'ente maggiore è ammessa solo in via suppletiva ed in caso di inadempimento del livello di governo inferiore. In particolare, "l'esplicito richiamo al principio di sussidiarietà, contenuto nell'art 120 Cost., dovrebbe di per sé impedire, se correttamente interpretato, che l'esercizio dei poteri sostitutivi si traduca in un centralismo di ritorno", A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, cit., 278.

Per quanto concerne il principio di leale collaborazione, si deve ritenere che nonostante sia "richiamato anche dall'articolo 120, secondo comma, ultimo periodo, della Costituzione a proposito del potere sostitutivo 'straordinario' del Governo" esso deve considerarsi "operante più in generale nei rapporti fra enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita" (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 43/2004 cit.).

⁸⁶ Ritiene che l'art. 8, co. 5, legge n. 131/2003 possa essere esteso, in via interpretativa, a tutte le ipotesi di potere sostitutivo (illustrate *supra*, nota 76), S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano, comunitario e inglese*, cit., 131 s.

⁸⁷ La soluzione contenziosa delle attribuzioni tra Stato e regioni è criticata da C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8*, cit., 173, il quale propende

precise indicazioni su come la Corte costituzionale, ma anche il giudice amministrativo⁸⁸, dovrà esercitare il suo sindacato in caso di conflitto di attribuzioni, scaturito dall'esercizio di poteri sostitutivi.

Come già sopra segnalato, il quinto comma dell'art. 8 della legge "La Loggia", richiedendo che "i provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite", delimita la verifica del principio in questione all'analisi del nesso tra mezzo prescelto dall'ente sostituto ed interessi disattesi dall'ente sostituito, da effettuarsi mediante il triplice controllo vertente sull'idoneità e la necessarietà dell'atto surrogatorio, nonché sulla sua adeguatezza rispetto al fine perseguito, sicché la disposizione legislativa citata ha il pregio di fornire sia all'ente interveniente, in via preventiva, che al giudice, in via successiva, una chiara traccia circa le modalità tramite cui procedere all'attuazione e alla verifica giurisdizionale del principio in questione. Ciò è particolarmente importante per il giudice costituzionale che, come già sopra segnalato, ha tradizionalmente relegato la proporzionalità al ruolo di espediente argomentativo del più ampio giudizio di ragionevolezza⁸⁹. La codificazione del principio di proporzionalità ha, pertanto, l'indubbio merito di indicare alla Corte costituzionale le fasi del suo scrutinio, restringendo il suo sindacato a

per la valorizzazione delle sedi di confronto politico tra potere centrale ed autonomie locali. L'Autore ritiene che potenziando il ruolo di istituti già presenti nell'ordinamento giuridico, quali la Conferenza Stato-Regioni, ovvero, all'uopo creandone di nuovi, si possa pervenire ad un esercizio dei poteri sostitutivi "concordato" tra gli enti coinvolti. Tale soluzione, muovendosi nell'ottica di "un modello di regionalismo maggiormente cooperativo", mostra il vantaggio di disinnescare il conflitto e diminuire il contenzioso tra Governo e organi sostituiti.

⁸⁸ Ovviamente, il giudice amministrativo conoscerà delle controversie relative all'esercizio dei poteri sostitutivi da parte delle Regioni nei confronti degli enti locali minori. Vedesi, a tal proposito, la nota di M. GIGANTE, *Giudici amministrativo e poteri sostitutivi nella sentenza del Tar Sicilia Palermo, sez. II, 21 dicembre 2004, n. 2894*, in *Foro amm. – TAR*, 2005, 1713 ss.

⁸⁹ Vedesi la bibliografia già citata *supra*, alla nota 70.

profili controllabili *ab externo*⁹⁰.

La proporzionalità del provvedimento sostitutivo non è però che uno degli strumenti tramite cui si tutela l'autonomia e le prerogative costituzionalmente riconosciute alle istituzioni territoriali, giacché esso si somma e si iscrive nell'ambito di una "procedimentalizzazione" dell'azione sostitutiva, prescritta dalla Corte costituzionale anche nelle ipotesi surrogatorie ordinarie, quale diretta espressione del principio di leale collaborazione tra le istituzioni pubbliche. Si evidenziano, pertanto, ulteriori connessioni tra proporzionalità e principio di leale collaborazione⁹¹, il primo evidente manifestazione dell'altro, tanto da essere stato di recente indicato come "principio di proporzionata collaborazione"⁹².

Può, pertanto, dirsi che non solo il provvedimento surrogatorio dovrà essere "proporzionato", ma che il principio in questione orienta lo stesso *modus procedendi* dell'ente che agisce in sostituzione. In seno al relativo procedimento, il principio di proporzionalità è declinabile sia nella partecipazione dell'istituzione inadempiente alle scelte dell'ente superiore sostituto, che nella selezione del meccanismo – tra i vari, all'uopo, in concreto predisposti dal

⁹⁰ C. MAINARDIS, *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8, cit.*, 173 s.

⁹¹ S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi regionali in ambiti statali*, cit., 259 ss.; A. COSTANZO, *Il principio di proporzionata collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 2008, 2799 ss.

Sul principio di leale collaborazione, oltre ai riferimenti bibliografici già citati in argomento, vedesi, in particolare: R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2002*, 2003, 534 ss.; L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 2003, 691 ss.

⁹² A. COSTANZO, *Il principio di proporzionata collaborazione fra Stato e Regioni*, cit., *passim*.

legislatore⁹³ – affinché quegli interessi unitari che legittimano l’attivazione dei poteri surrogatori da parte dell’ente maggiore, si possano conseguire con la soluzione meno invasiva (e dunque proporzionata) per l’autonomia dell’ente sostituito⁹⁴. Il provvedimento sostitutivo è legittimo purché esso sia assunto nell’ambito di un modello collaborativo tra i vari livelli di governo ed in quanto incida nella misura minima sulle competenze dell’istituzione surrogata, ovvero senza che siano del tutto esautorate le funzioni ivi allocate.

⁹³ “Sin dalle sue prime elaborazioni dottrinali il principio di collaborazione è stato interpretato con molta larghezza, si è escluso che esso dia vita a formule organizzatorie interamente precostituite, ammettendo che la determinazione e disciplina di queste doveva ritenersi rinviata alla legge”, S. BARTOLE, *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi regionali in ambiti statali*, cit., 260.

⁹⁴ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano, comunitario e inglese*, cit., 133.

SEZIONE SECONDA

PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. *Profili evolutivi della proporzionalità nel diritto amministrativo: tra discrezionalità e merito*

Ben prima che il processo di integrazione europea elevasse la proporzionalità a principio generale dell'ordinamento giuridico⁹⁵, essa non era del tutto sconosciuta sia alla dottrina che alla giurisprudenza italiana⁹⁶. E in particolare, tracce del principio in parola possono rilevarsi nell'ambito della nozione di discrezionalità amministrativa⁹⁷ che l'evoluzione dottrina e giurisprudenziale ha, man mano,

⁹⁵ Vedesi, *supra* cap. I, §§ 6 e ss.

⁹⁶ La ricostruzione storica del principio di proporzionalità nell'ordinamento italiano, è affrontata con particolare attenzione da A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., *passim*.

⁹⁷ Tra i molti contributi dedicati al tema, vedesi i fondamentali: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939, 52 e *passim*; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, 267 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 65 ss. Nonché, senza pretesa di esaustività, si rinvia ai più recenti: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. BARONE, *Discrezionalità I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 2 ss.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 401 ss. anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche ivi citate.

Per quanto concerne la concezione gianniniana di discrezionalità e la sua evoluzione, vedesi il saggio di F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.

definito quale potere vincolato dell'autorità amministrazione al conseguimento del pubblico interesse, allorché la legge le demandi la scelta da compiersi in proposito, tra le varie astrattamente idonee⁹⁸.

In altri termini, indeterminatezza della norma attributiva del potere e funzionalizzazione di quest'ultimo⁹⁹ sono i due poli che delimitano la pubblica amministrazione nell'attività discrezionale, la quale consiste nella "comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi, pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale soggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie"¹⁰⁰. Già da tale definizione si percepisce la rilevanza che il principio di proporzionalità può acquisire nella discrezionalità, ovvero nell'operazione di bilanciamento degli interessi contrapposti, sicché l'indagine sul principio in esame si incrocia, necessariamente, con la riflessione sulla discrezionalità amministrativa.

Preliminare a qualunque ulteriore ragionamento in proposito è la questione circa la capacità dei principi ad orientare la pubblica amministrazione nell'attività discrezionale. A tal proposito, conviene rammentare che con tale locuzione non s'intende libertà della pubblica autorità, giacché quest'ultima è comunque sottoposta e limitata da

⁹⁸ E invero, nel caso opposto si verserebbe nella diversa ipotesi di attività vincolata della pubblica amministrazione. In quanto puntualmente descritta dalla legge, all'amministrazione non residuerebbe alcuna facoltà di scelta, sicché, al verificarsi dei relativi presupposti, la decisione pubblica non potrà che essere una e una sola. Sul punto cfr. i riferimenti bibliografici già citati alla nota precedente.

⁹⁹ Secondo l'accezione data da F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 301 ss., "il termine funzione assume propriamente il significato di *deputatio ad finem*" dell'attività, sicché quest'ultima acquisisce "rilevanza [...] nella sua continuità e globalità, sotto il profilo dell'attitudine dei mezzi scelti per il conseguimento del fine" (*ibidem*, 302).

¹⁰⁰ Secondo la classica definizione data da M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 72 ss.

quei “criteri tratti dalla funzione stessa [...] a cui l’Amministrazione nell’esercizio del potere discrezionale deve ispirarsi, e se anche tali criteri sono imprecisi, l’Amministrazione è tenuta a seguirli e a determinare quello che al lume di essi è il comportamento da ritenersi più opportuno”¹⁰¹. E anche quando si costati che detti criteri sono incerti, ciò “non fa venire meno l’obbligo dell’autorità amministrativa di agire opportunamente. Invero, poiché il potere discrezionale è dato per curare interessi, esiste sempre *il principio che l’Amministrazione, con la sua azione deve soddisfare effettivamente quegli interessi e che ciò avvenga con il minimo onere sia per l’organizzazione amministrativa, che per i soggetti ad essa estranei*”¹⁰².

Già in tale conclusione, si coglie un riferimento, per quanto implicito, alla proporzionalità, quale principio regolatore della discrezionalità: l’autorità pubblica è, in altri termini, chiamata a ponderare gli interessi contrapposti, pervenendo comunque alla scelta pubblica ottimale, sia per l’autorità che per i cittadini¹⁰³.

¹⁰¹ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, cit., 278. L’insigne Autore esplicita il concetto sopra citato, affermando che “chi agisce discrezionalmente [...] deve determinare egli stesso che cosa avrebbe prescritto il legislatore alla stregua dei principi secondo cui è regolata la funzione, se si fosse trovato a determinare la norma da seguire in quel caso particolare” (*ibidem*, 288).

¹⁰² *Ibidem*, 278 (corsivo mio).

¹⁰³ Evidente il richiamo a G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, cit. il quale – come già rilevato (vedesi, *supra*, § 1) – indicava, in caso di lacuna dell’ordinamento o di dubbio interpretativo, non risolvibile mediante gli usuali canoni esegetici, la regola direttrice nel “far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà”. L’eco di tale idea è invero, riscontrabile anche nella dottrina amministrativistica successiva. A principiari da V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Lodi, 1897, 159 ss., il quale afferma che “non c’è diritto senza limite” e che lo Stato “deve far sentire il suo intervento solo in quei rapporti in cui esso è necessario o almeno più utile, lasciando nel resto che i suoi sudditi si determinino ed agiscano seguendo gli impulsi della propria volontà”; il principio del minimo mezzo fa breccia anche in C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1937, 78, laddove sostiene che “la a.p. può

Ma, soprattutto, l'esigenza di sottoporre l'azione amministrativa a un controllo giurisdizionale più invasivo e afferente alla sua "giustizia sostanziale", ha indotto la giurisprudenza e la dottrina a estendere il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁰⁴, sottoponendo al vaglio del giudice amministrativo anche la violazione di quelle regole non codificate di deontologia della discrezionalità¹⁰⁵.

Tramite le c.d. figure sintomatiche di c.d. eccesso di potere¹⁰⁶, elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, si rendono giustiziabili i vizi dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione nell'assunzione della scelta pubblica, con la conseguenziale maggior tutela del cittadino eventualmente leso da quegli atti amministrativi che abbiano violato i principi (non scritti) che regolano la funzione. Invero, attribuendo ai principi "estraibili" dalla funzione amministrativa natura di norme giuridiche¹⁰⁷, il controllo giurisdizionale si estende

usare delle proprie facoltà soltanto nell'interesse pubblico e col minimo sacrificio dei singoli, onde tutto ciò che compia senza necessità per essa e con danno dei terzi, merita censura", nonché in R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1958, 181, che riconosce l'opportunità di garantire e "tutelare indirettamente gli interessi degli individui privati contro un'azione per essi gravosa oltre quanto sarebbe strettamente richiesto dall'interesse pubblico".

¹⁰⁴ "l'eccesso di potere importa un sindacato indiretto attraverso cui non si rifanno gli apprezzamenti discrezionali che ha fatto l'Amministrazione, ma a mezzo di sintomi si rileva se gli apprezzamenti discrezionali abbiano in sé qualche cosa di errato", *Ibidem*, 295.

¹⁰⁵ G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3171.

¹⁰⁶ Vedesi, F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (Atto amministrativo)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 341 ss.

¹⁰⁷ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 29. La prospettiva dell'illustre Autore è riportata, tra gli altri, anche da F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere*, cit., 5.

fino alla linea di confine tra discrezionalità e merito¹⁰⁸, così verificandosi non solo la razionalità e la logicità del provvedimento amministrativo, ma anche gli aspetti concernenti la sua coerenza intrinseca e l'equità della soluzione con esso approntata.

La possibilità di operare un controllo più profondo sull'azione amministrativa sino ad interessare la “giusta misura” del potere amministrativo, è preconizzata dalla dottrina in occasione dell'esame di una sentenza del Consiglio di Stato relativa a un caso di vincoli su beni di interesse storico-artistico¹⁰⁹. Criticando la decisione del giudice amministrativo, la dottrina si doleva, soprattutto, dell'assenza, tra le figure dell'eccesso di potere, di “quella che si sostanzia nel rilievo di una assoluta sproporzione tra il vincolo contenuto nell'atto e le esigenze di pubblico interesse che vi possano dar causa”¹¹⁰. Ciò avrebbe comportato un importante “passo in avanti [...] sulla via di una maggiore e più valida tutela di quella ‘giustizia sostanziale’ di cui [...] l'eccesso di potere è delicato strumento”, concludendo, pertanto, che “il principio di conformità dell'azione pubblica al fine assegnatole [...] deve [...] valere pure sotto il profilo dell'adeguatezza e della proporzionalità dell'una all'altro: profilo sui cui tratti più marcati non può pertanto rifiutare l'indagine il giudice di legittimità”¹¹¹.

In altri termini, la dottrina qui richiamata prefigurava il controllo di proporzionalità della misura adottata

¹⁰⁸ Su tale complessa nozione può vedersi, oltre la dottrina già citata *supra*, nota 97, V. OTTAVIANO, *Merito*, in *Nov. Digesto It.*, vol. X, Torino, 1964, 575 ss. ora anche in *Scritti giuridici*, cit., 255 ss.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 1958, n. 384, in *Riv. giur. ed.*, 1958, solo massima.

¹¹⁰ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, in *Riv. giur. ed.*, 1958, 626 (nota a Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 1958, n. 384, in *ibidem*, solo massima).

¹¹¹ *Ibidem*.

dall'amministrazione, quale distinto e specifico vizio di eccesso di potere. Opinione che l'Autore ribadiva in occasione di un successivo commento afferente ad un giudizio di espropriazione per pubblica utilità. Ancora una volta, nell'annotare la sentenza del Consiglio di Stato, lo Studioso affermava che "il sacrificio dei diritti individuali deve essere 'quantitativamente' proporzionato alla più stretta e inderogabile necessità pubblica"¹¹² e che pertanto "una espropriazione eccedente l'area indispensabile per l'esecuzione dell'opera di p.i. sarebbe in effetti viziata da eccesso di potere sotto il profilo, appunto, della sproporzione tra sacrificio privato e utilità generale".

Tuttavia, la preoccupazione che la figura in questione potesse "creare difficoltà per la distinzione tra legittimità e merito dell'indagine"¹¹³, induceva l'Autore a limitare il controllo giurisdizionale in sede di legittimità solo ai casi in cui la sproporzione appaia manifesta¹¹⁴. In questi casi, il giudice amministrativo potrà censurare perché sproporzionata la misura assunta dall'amministrazione, senza con ciò travalicare in un giudizio di merito, ovvero senza ingerirsi sull'opportunità delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione.

La dottrina ha, pertanto, incluso tra le figure di eccesso di potere la violazione della proporzionalità¹¹⁵, intesa come squilibrio tra

¹¹² V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Sulla necessaria proporzione fra area espropriata e utilità pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 825 (nota a Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 1961, n. 417, in *ibidem*, 825 ss.).

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Vedesi, F. BASSI, *La norma interna: lineamenti di una teorica*, Milano, 1963, 292; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2001, 1530 ss., S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, 6^a ed., Milano, 2000, 351; nonché V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere per*

gli effetti cui l'atto tende e i suoi presupposti, senza tuttavia assumere quel connotato riassuntivo di altri tipici vizi di eccesso di potere che si riconosce al principio di proporzionalità nella sua accezione comunitaria. Invero, come è stato efficacemente dimostrato, i sub-parametri dell'idoneità, della necessarietà e dell'adeguatezza, che compongono il principio in esame, si sovrappongono e connettono in vario modo ad alcune figure sintomatiche classiche dell'eccesso di potere, quali l'ingiustizia manifesta, i difetti d'istruttoria, l'illogicità¹¹⁶, confondendosi con il criterio di ragionevolezza¹¹⁷.

Il *test* di proporzionalità di origine europea é, pertanto, uno strumento di verifica più pervasivo e maggiormente complesso, capace di vagliare profili qualitativi e quantitativi dell'azione amministrativa. La sua dettagliata struttura consente, inoltre, di superare le incertezze tipiche delle varie figure di eccesso di potere, indicando chiaramente all'autorità pubblica l'*excursus* logico da seguire nell'adozione della soluzione amministrativa e, pertanto, configurandosi quale efficace parametro di verifica giudiziale dell'azione amministrativa, che "rileva [...] in termini di effettività e sistematicità del relativo sindacato"¹¹⁸.

Se la giurisprudenza amministrativa ha, fin dai suoi esordi, operato un controllo di proporzionalità dell'azione amministrativa,

sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata, cit., 626; ID., *Sulla necessaria proporzione fra area espropriata e utilità pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 825.

¹¹⁶ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 205 ss. In particolare, l'Autrice compara l'idoneità con l'irragionevolezza (*ibidem*, 206 ss.); la necessarietà con il difetto di istruttoria e con il sindacato sulla motivazione degli atti (*ibidem*, 211 ss.); la proporzionalità in senso stretto con la figura di ingiustizia manifesta (*ibidem*, 215 ss.).

¹¹⁷ Su questo profilo, vedesi, *amplius, infra*, § 2.

¹¹⁸ *Ibidem*, 222.

tramite le figure sintomatiche dell'eccesso di potere¹¹⁹, con la codificazione dei principi generali dell'azione amministrativa, si è consacrata la definitiva emersione, anche nel nostro ordinamento e per qualsivoglia materia, del principio di proporzionalità, così come formulato dalla Corte di giustizia¹²⁰. Invero, il legislatore ha, di recente, arricchito l'art. 1, co. 1 della legge n. 241/1990 con il riferimento ai "principi generali dell'ordinamento comunitario"¹²¹ che, insieme ai criteri di economicità, efficacia e pubblicità, precisano le modalità d'esercizio dell'attività amministrativa.

Se non v'è dubbio che il novellato art. 1 della legge sul procedimento amministrativo ha contenuto meramente ricognitivo ed esplicativo dei principi e dei criteri in esso indicati, la loro codificazione si riverbera sulla qualificazione da attribuire al vizio dell'atto amministrativo che sia posto in violazione ai detti principi e criteri, giacché da originarie ipotesi di eccesso di potere, essi migrano

¹¹⁹ A tal proposito, vedesi A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 135 ss., in cui si ricostruisce l'evoluzione giurisprudenziale del principio di proporzionalità fin dall'istituzione del Consiglio di Stato. A conclusione di tale indagine, l'Autore osserva che "dopo un primo periodo di notevole espansione «giurisprudenziale» dei confini del sindacato di legittimità, coincidente con il primo quindicennio di attività della Quarta sezione del Consiglio di Stato, si è passati, raggiunto l'apice della fase ascendente, ad un periodo di repentino *self restraint* di tale sindacato, che ha indotto, nei primi decenni del secolo, ad una «cristallizzazione» delle cd. figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Alla fase discendente sono seguiti, nel periodo fascista, nuovi segni di ascesa e, a partire dal secondo dopoguerra, una rinnovata estensione del sindacato sull'eccesso di potere, che ha raggiunto il momento di maggiore espansione negli ultimi due decenni (e, soprattutto, negli anni novanta)" (*ibidem*, 275 s).

¹²⁰ Vedesi, *supra*, cap. II, § 2 e ss.

¹²¹ Come già segnalato (cfr. *supra*, cap. I, § 9 e *passim*), a seguito della novella operata con la legge n. 15/2005, l'art. 1, co. 1, della legge n. 241/1990 – rubricato "Principi generali dell'attività amministrativa" – dispone: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

tra i vizi di violazione di legge.

L'ampliarsi di quest'ultima categoria di illegittimità del provvedimento amministrativo a scapito dell'eccesso potere, comporta l'estensione del sindacato giurisdizionale anche su aree precedentemente definite di merito amministrativo¹²², il cui ambito – inteso quale spazio di insindacabilità giudiziaria – va pertanto riducendosi.

Consegue che i principi dell'ordinamento comunitario – tra i quali evidentemente va collocata anche la proporzionalità¹²³ – guidano

¹²² V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove Aut.*, 2006, 722. Sulla scorta di quanto già sostenuto da A. AMORTH, l'Autrice segnala che “l'effetto più immediato della codificazione [...] è proprio quello di restringere sempre di più l'area del merito amministrativo”.

¹²³ Invero, la giurisprudenza amministrativa riconosce generalmente che “l'art. 1, l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha introdotto il principio di portata generale secondo cui anche l'attività amministrativa autoritativa è disciplinata dai principi dell'ordinamento comunitario e, quindi, dai principi di ‘buona amministrazione’, di ‘proporzionalità’ e, ugualmente, da quelli fondamentali di ‘legittima aspettativa’ e di ‘legittimo affidamento’, di cui sono espressione gli artt. 21-*quiquies* e *nonies*, l. 7 agosto 1990 n. 241”, TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 2 settembre 2009, n. 1463, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ma vedesi, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1093 ss. in cui si afferma che “il principio di proporzionalità, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino (specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario. Come è oggi confermato dalla clausola di formale ricezione *ex art. 1 comma 1, l. n. 241 del 1990*, come novellato dalla l. n. 15 del 2005 [...] Esso, dunque, si articola in tre distinti profili: a) idoneità del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo perseguito; b) necessità: assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo che comporti il minor sacrificio al privato; c) adeguatezza dell'esercizio del potere rispetto agli interessi in gioco”; nonché, lapidariamente, TAR Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356, in *Foro amm. – TAR*, 2005, 3833 (s.m.): “il principio di proporzionalità ha pieno ingresso nell'ordinamento giuridico interno, perché compreso tra i principi del diritto comunitario”; TAR Puglia, Bari, sez. III, 17 dicembre 2008, n. 2908, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si era già espresso per una riconduzione del principio di proporzionalità tra quelli dell'ordinamento comunitario e, come tale, limitativo per l'attività discrezionale delle autorità amministrative nazionali, Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 439 ss. (con nota di D.U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità*

l'azione amministrativa e sono direttamente invocabili e giustiziabili, senza che essi siano mediati dalle figure di eccesso di potere, rendendo, pertanto, maggiormente certo e conoscibile all'operatore giuridico (interprete, amministrazione e giudice), il quadro di norme vincolanti per l'amministrazione che "non si limitano a predeterminarne i poteri (o ad autorizzarne l'esercizio) ma disciplinano le finalità da raggiungere e i modi di esercizio"¹²⁴.

con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia), nonché le successive decisioni: Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2244; Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3850; Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628; Cons. Stato, ord. 11 novembre 2003, n. 7992; Cons. Stato, sez. VI, n. 1141/2004; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2005, n. 1011; Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3501 (tutte consultabili in www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, vedesi, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *Astrid Rassegna on line*, 2005, n. 4, 3 ss., il quale si sofferma, in particolare, sui principi comunitari "almeno parzialmente innovativi" dell'ordinamento interno: principio di proporzionalità, principio di legittima aspettativa e principio di precauzione.

In argomento sia consentito rinviare, *supra*, cap. I, §§ 6 e ss. e cap. II, *passim*.

¹²⁴ Così F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 88, il quale dopo aver segnalato la crisi del principio di legalità, lo ricostruisce nei termini sopradetti quale "principio di legalità sostanziale", sottolineando che in tale "interpretazione del principio di legalità riacquistano cittadinanza e valore armonico sia le disposizioni di diritto comunitario, sia i regolamenti e le altre fonti secondarie, sia soprattutto i principi generali di fonte non legislativa" (*ibidem*, nota 61).

2. *Segue*

Nonostante il principio di proporzionalità, nell'accezione forgiata dalla giurisprudenza comunitaria¹²⁵, non sia parte della tradizione giuridica italiana, la prassi giurisprudenziale ne ha decretato la progressiva affermazione, fino a riconoscerlo quale principio generale dell'ordinamento¹²⁶.

E, invero, è sufficiente esaminare le decisioni dei giudici amministrativi a tal riguardo per osservare che la violazione del principio di proporzionalità costituisce, senza ombra di dubbio, una delle più frequenti censure proposte dai cittadini nei confronti degli atti amministrativi afferenti ad ogni materia, dall'urbanistica alle sanzioni amministrative, dalle procedure concorsuali¹²⁷ all'ambiente¹²⁸, dalle ordinanze contingibili ed urgenti¹²⁹ sino alle

¹²⁵ Vedesi, *supra*, cap. II.

¹²⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, con nota di D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1107 ss., già cit., *supra*, nota 17.

¹²⁷ Per quanto concerne, in particolare, le procedure di evidenza pubblica si rinvia, *infra*, § 6.

¹²⁸ In argomento, cfr., Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2006, 2087 cit.; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5289; TAR Puglia, Lecce, 11 giugno 2007, n. 2247 (quest'ultime consultabili in www.giustizia-amministrativa.it), nelle quali si è affermato che l'esigenza di procedere a salvaguardia dell'ambiente non può giustificare soluzioni amministrative "sproporzionate", ovvero sia tali da imporre all'impresa di eseguire un determinato intervento, senza aver prima considerato se i relativi costi siano sostenibili per il privato obbligato.

Invero, in materia di tutela ambientale, il modello della proporzionalità è stato implicitamente recepito dall'art. 242, co. 8, c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, 152, in G.U. 14 aprile 2006, n. 88), laddove si afferma la necessità di individuare le "migliori tecniche di intervento a costi sopportabili (B.A.T.N.E.E.C. – Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost)". L'amministrazione deve, pertanto, temperare le operazioni di tutela ambientale con la continuità dell'attività aziendale, evitando che gli interventi di bonifica, ripristino, messa in

attività in autotutela¹³⁰.

In quanto principio generale dell'ordinamento, la proporzionalità definisce la misura dell'azione dei pubblici poteri, tanto nel caso in cui sia lesiva che ampliativa della sfera giuridica dei destinatari. Invero, lo schema tripartito in cui il principio in parola si scompone (necessità, idoneità ed adeguatezza) garantisce che essa si svolga in modo razionale, ovvero senza un impiego eccessivo di potere, mezzi, risorse ecc. rispetto allo scopo perseguito¹³¹. Ciò ovviamente sarà possibile tramite un bilanciamento di interessi, principi e valori, a cui dovrà riferirsi sia l'Amministrazione procedente, che il giudice amministrativo, in sede di controllo giurisdizionale dell'atto amministrativo.

E', del pari, evidente che tanto le applicazioni giurisprudenziali che le riflessioni dottrinarie incentratesi sulla proporzionalità hanno, soprattutto, sottolineato le potenzialità del principio in questione a contenere l'attività amministrativa, al fine di garantire le posizioni giuridiche dei soggetti destinatari. E, invero, la verifica della proporzionalità postula un sindacato giurisdizionale particolarmente

sicurezza ecc. comportino oneri eccessivi per il privato.

¹²⁹ Palese la tutela che le posizioni giuridiche dei destinatari acquisiscono dalla vigenza del principio di proporzionalità, anche in materia di ordinanze contingibili e urgenti. Invero, esse saranno legittime purché si dimostri la prevalenza dell'interesse pubblico con esse perseguito, TAR Liguria, Genova, sez. III, 26 aprile 2003, n. 524 e sempre che il sacrificio imposto al privato sia contenuto nella misura minore possibile, Cfr., TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 settembre 2006, n. 8614. Entrambe le sentenze consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁰ Su tale argomento vedesi *infra*, § 7.

¹³¹ Vedesi, da ultimo, TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 31 luglio 2008, n. 1032, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che “il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa comporta che la misura disposta dalla P.A. non debordi (né per eccesso, né per difetto) dal triplice canone di idoneità, necessità ed adeguatezza rispetto alla tutela dell'interesse pubblico portato dalla P.A. medesima”.

invasivo e penetrante sull'attività amministrativa: il giudice amministrativo dovrà valutare (*ex post*) i fatti, il processo logico, gli accertamenti condotti dall'Amministrazione, al fine di vagliare se la soluzione oggetto dell'atto impugnato sia, secondo il noto paradigma, idonea, necessaria ed adeguata a conseguire lo scopo pubblico.

Se il principio di proporzionalità si segnala proprio per la particolare attenzione che l'attività amministrativa deve riservare alla sfera giuridica del privato, non può, del pari, sottacersi che il suo trapianto nel diritto amministrativo italiano comporta il concreto rischio che la verifica giudiziaria di tale principio sconfini nell'apprezzamento dei fatti e nelle valutazioni di merito, ovvero in quell'area di apprezzamento dell'amministrazione, tradizionalmente, considerata insindacabile, in quanto "libera" dai limiti e dai vincoli con cui si circoscrive l'esercizio della discrezionalità.

Di ciò è particolarmente consapevole il giudice amministrativo, il quale, ha spesso anteposto la petizione di principio secondo cui la verifica della proporzionalità non comporta la sua ingerenza nelle valutazioni di merito sottese alla scelta amministrativa¹³²; più recisa la

¹³² Il riferimento al merito quale limite della verifica giurisdizionale del principio di proporzionalità, è ricorrente nella giurisprudenza amministrativa specie in materia di sanzioni, in cui il giudice amministrativo, preoccupato che la valutazione della proporzionalità lo induca a valutare direttamente la gravità dei fatti oggetto di addebito, circoscrive il sindacato ai soli casi di manifesta illogicità o irragionevolezza della sanzione inflitta, Cons. Stato, sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2536; Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 325; Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4168, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Medesime considerazioni sono state espresse in materia di contratti pubblici, in cui la necessità da parte della stazione appaltante di rispettare i principi comunitari ora menzionati all'art. 2 d.lgs. n. 163/2006, tra cui anche la proporzionalità, "non può tuttavia spingersi a consentire al g.a. di effettuare valutazioni di merito [...] la verifica del rispetto dei principi di cui all'art. 2 D.lgs. n. 163/2006, può avere luogo solo nei casi in cui vengano censurati aspetti dell'azione amministrativa esenti da valutazioni di merito, ed in cui si contestino le modalità concretamente poste in essere dalla p.a., onde raggiungere i risultati precedentemente fissati", TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20

dottrina meno recente che ha ricondotto la verifica della proporzionalità dell'atto amministrativo, *sic et simpliciter*, ai vizi di merito¹³³. Posizione, quest'ultima, non accettabile e che la successiva dottrina¹³⁴ e la stessa evoluzione giurisprudenziale hanno superato affermando la posizione del principio di proporzionalità nell'area della discrezionalità, quale canone che limita ed orienta l'azione dei pubblici poteri¹³⁵, oggi vincolata anche ai criteri di efficacia,

luglio 2009, n. 4397, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Si deve, tuttavia, registrare un'importante *revirement* giurisprudenziale, allorché il giudizio verta su considerazioni dell'amministrazione di c.d. discrezionalità tecnica. Invero, a fronte del consolidato orientamento che ritiene le valutazioni emesse da organi "tecnici" (es. commissioni giudicatrici nei concorsi a cattedre universitarie), sindacabili solo nel caso in cui in esse "si riscontrino macroscopiche carenze nella motivazione o nei prestabiliti criteri di valutazione ovvero nei contenuti di ragionevolezza e proporzionalità della decisione" (Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5608, in *Foro amm. – CdS*, 2006, 2627 ss); da ultimo il Consiglio di Stato ha espresso la piena sindacabilità di tale valutazioni "sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l'aspetto più strettamente tecnico", ritenendo "tramontata l'equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile a partire dalla sentenza della Sez. IV del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo", Cons. Stato, sez. VI, 18 agosto 2009, n. 4960, in *www.giurisprudenza-amministrativa.it*.

¹³³ Vedesi, P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, vol. II – *Atti e ricorsi*, 6^a ed. agg., Milano, 2001, 125 s. in cui si afferma che "esula dal sindacato di legittimità e rientra nel sindacato di merito la valutazione sulla proporzionalità dell'atto amministrativo, che si traduce in un confronto fra 'fini e mezzi' ovvero in un confronto fra obiettivo e risultato".

¹³⁴ Ovviamente il riferimento è alle due monografie che si sono occupate del principio in parola: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit. e A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.

¹³⁵ Tra le più recenti decisioni del giudice amministrativo che riconducono la proporzionalità a regola della discrezionalità amministrativa, cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4246; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 25 giugno 2010, n. 730; Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 10 febbraio 2010, n. 531; TAR Veneto, Venezia, sez. III, 2 gennaio 2009, n. 6, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, nonché TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 ottobre 2006, 10485, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 3250 ss.

imparzialità, economicità e buona amministrazione¹³⁶, la combinazione dei quali conduce a soluzioni “proporzionate”, in quanto anche tramite essi “la scelta operata si pales[a] come la più idonea, ossia quella che implica il minor sacrificio possibile per gli interessi privati confliggenti”¹³⁷. L'incidenza del principio di proporzionalità sull'azione amministrativa consente di apprezzare l'attuale evoluzione del giudice amministrativo sempre più proteso a valutare il rapporto amministrativo¹³⁸, ovvero il dato materiale e concreto di cui si sostanzia l'attività amministrativa, la congruità del mezzo selezionato al fine perseguito, il bilanciamento degli interessi operata ecc. con il consequenziale ridimensionamento dell'area sottratta al suo sindacato.

Si deve, infine, sottolineare che il sindacato giurisdizionale di proporzionalità si appunterà soprattutto sulla motivazione dell'atto amministrativo, tramite la quale si “consente di leggere i nuovi, più complessi parametri di giudizio”¹³⁹ rappresentati dai principi e dai criteri catalogati all'art. 1, co. 1, legge n. 241/1990 che, vincolando l'azione amministrativa, contribuiscono a concretare il *modo* tramite

¹³⁶ Il diritto ad una buona amministrazione è stato sancito nell'art. 41 dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in G.U.U.E., 30 marzo 2010, C 83/02). In argomento, cfr.: A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 425 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 819 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, tomo I, II ed., Milano, 2007, 49 ss.

¹³⁷ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 169.

¹³⁸ M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

¹³⁹ I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 346.

cui assicurare l'interesse pubblico¹⁴⁰. La proporzionalità del provvedimento impugnato deve, pertanto, emergere dalla sua motivazione, ovvero dall'*iter* logico così come in essa esposto dall'amministrazione nonché dalla sua congruenza, sicché, per tal via, si garantisce che il giudice amministrativo non oltrepassi la (labile) soglia del merito¹⁴¹, così escludendosi che la verifica giudiziaria dell'idoneità, della necessità e dell'adeguatezza dell'atto adottato si traduca in indebite ingerenze su valutazioni spettanti, per definizione, all'amministrazione.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 361 e *passim*.

¹⁴¹ “rimane inteso che non avendo il giudice amministrativo, di regola, poteri sindacatori di merito, il riscontro della proporzionalità dell'azione amministrativa, dovrà svolgersi - in presenza dell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'apprezzamento delle situazioni di fatto e nella ponderazione dei contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti e segnatamente in materia di individuazione dei parametri di selezione delle offerte economicamente più vantaggiose - *ab externo*, sulla congruità e non contraddittorietà dell'istruttoria compiuta ed esternata nella motivazione del provvedimento”, Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714, *Foro amm.* - *CdS*, 2002, 3162 ss. (con nota di S.VALAGUZZA).

3. Ragionevolezza e proporzionalità

L'attuazione legislativa dell'art. 97 Cost., intensificatasi solo a partire dagli anni novanta del secolo scorso¹⁴², ha identificato il principio di proporzionalità tra quelli che, unitamente agli altri criteri esplicativi dell'imparzialità e del buon andamento (economicità, efficacia, pubblicità), reggono l'azione amministrativa. La riforma dell'art. 1 della legge n. 241/1990 ha l'indiscusso merito di aver sgombrato ogni residuo dubbio circa l'ambito di vigenza del principio in esame, il quale deve essere applicato in ogni materia, a prescindere se essa sia "comunitarizzata" o meno¹⁴³. Ma soprattutto, il novellato

¹⁴² Sul punto, vedesi le osservazioni di U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 137 s. e R. CARANTA, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, 1896 ss.

¹⁴³ Già prima che il legislatore nazionale introducesse, tra i principi e i criteri generali dell'attività amministrativa, i "principi dell'ordinamento comunitario" (art. 1, co. 1, legge n. 241/1990, come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. a), legge n. 15/2005), la vigenza del principio di proporzionalità in tutte le materie, a prescindere che si versasse in settori soggetti alla normativa comunitaria, è stata preconizzata da D.U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 89 ss. (nota a Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 1996, *Gallotti ed altri*, C-58, 75, 112, 119, 123, 135, 140, 141, 154, 157/95, in *ibidem*, 85 ss.). Del medesimo avviso anche A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 358, il quale, riassuntivamente, segnalava "tre ragioni che inducono a ritenere che il principio di proporzionalità goda di un ambito di applicazione non limitato all'amministrazione comunitaria indiretta, ma esteso alle materie di competenza esclusiva nazionale. La prima, di carattere empirico-ricognitivo, è fornita dal rinvenimento di disposizioni normative o di decisioni giurisprudenziali, che contemplano, implicitamente o espressamente, anche in ordine a materie a competenza esclusiva nazionale, il principio di proporzionalità. La seconda, di ordine deduttivo, consistente nel rilevare la notevole disparità che si verificherebbe, tra l'amministrazione comunitaria indiretta e le materie di competenza esclusiva nazionale, qualora si ritenesse che il principio di proporzionalità potesse applicarsi soltanto nei confronti della prima. La terza, di tipo sistematico-ricostruttivo, è data dal rilievo che la concezione del principio di

art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo evidenzia, anche nel nostro ordinamento, la proporzionalità quale principio indipendente e distinto da qualunque altro e, in particolare, dalla ragionevolezza, nel cui ambito la proporzionalità è stata tradizionalmente ricondotta, quale specifica figura o variante¹⁴⁴.

Invero, gli studi più recenti che si sono occupati della tematica¹⁴⁵ hanno evidenziato la proporzionalità quale principio

proporzionalità, teso alla ricerca della giustizia sostanziale dell'azione, si coniuga perfettamente con le trasformazioni endogene subite dall'azione stesso, con la conseguenza che tali trasformazioni costituiscono le premesse per la piena affermazione del principio, rimasto, per svariati decenni, allo stadio embrionale”.

Per quanto concerne, in generale, l'influenza dei principi del diritto comunitario sugli ordinamenti giuridici nazionali, quale momento di integrazione ed omogeneizzazione del diritto amministrativo degli Stati membri, anche nelle materie non comunitarizzate, vedesi, *supra*, cap. I, § 8 e § 9 nonché la dottrina ivi citata, in particolare, alla nota 99. Riferimenti all'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, sono riportati anche *supra*, §§ 1 e 2.

¹⁴⁴ In particolare, in dottrina si è ritenuto che tra i principi di proporzionalità e ragionevolezza sussisterebbe un rapporto tra *species* e *genus*, ovvero che il primo rappresenti uno strumento o parametro tramite cui pervenire al più ampio sindacato di ragionevolezza, G. ZAGRELBESKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 216; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 179 ss.; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 69 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, 1998, 1187 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 7^a ed., Milano, 2005, 518; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 294 ss. e *passim*. Tale opinione è particolarmente presente nella giurisprudenza costituzionale, in cui il principio di proporzionalità è considerato corollario della ragionevolezza (vedesi, *ex multis*, Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 426, in www.giurcost.org) ovvero parte di esso (vedesi, *ex multis*, Corte cost., 6 febbraio 2002, n. 15, in www.giurcost.org).

¹⁴⁵ In tal senso, vedesi, G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 421 ss.; D.U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 142 ss. (nota a Cons. Stato, sez. V, sentenza 18 febbraio 1992, n. 132, in *ibidem*, 139 ss.); ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 206 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 285 ss.; ID., *Proporzionalità*, cit., 4646; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari-Roma, II ed., 2008, 189 ss. Merita di essere ricordata anche l'opinione di G.F. FERRARI, *Il principio di proporzionalità*, cit., 145, il quale ritiene che il processo di “europeizzazione”

definitivamente scisso dalla ragionevolezza, riconnettendo a ciascuno di essi specifici ambiti d'azione e peculiarità proprie.

Come noto, la ragionevolezza si riferisce, indistintamente, a qualunque azione posta in essere dai pubblici poteri e, pertanto, esso trova vigenza sia nel caso in cui si eserciti la funzione legislativa che nell'ambito della funzione amministrativa. Parametro di verifica a secondo dei casi della Corte costituzionale o del giudice amministrativo, il principio di ragionevolezza si pone quale strumento proteiforme tramite cui verificare il rispetto dei principi costituzionali, da parte dei pubblici poteri.

dell'ordinamento giuridico nazionale, non può che comportare una progressiva trasformazione del sindacato di ragionevolezza, in modo tale da “farsi più penetrante e ad assumere connotazioni proporzionalistiche”.

Nonostante la giurisprudenza amministrativa talora si riferisca indistintamente ai due principi, “a guisa di endiadi”, A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., 4649, le decisioni recenti mostrano una maggiore consapevolezza del giudice amministrativo circa l'autonomia acquisita dal principio di proporzionalità. Vedesi, tra le tante, TAR Sicilia, sez. III, 25 gennaio 2006, n. 291, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui chiaramente si afferma che “altro è la valutazione di una previsione del bando in chiave di proporzionalità, ed altro è il suo scrutinio sotto il profilo della ragionevolezza, trattandosi di parametri che afferiscono due distinte nozioni giuridiche. Mentre nella giustizia costituzionale le due nozioni hanno spesso finito col sovrapporsi, in diritto amministrativo l'indagine sulla ragionevolezza si è affrancata e differenziata rispetto a quella, analoga, sulla proporzionalità della scelta finale: l'esigenza di ragionevolezza si pone come limite alla discrezionalità direttamente connesso alle “finalità perseguite dalla legge” (Consiglio di Stato, A.P., 6 febbraio 1993, n. 3): con la conseguenza che l'illegittimità per irragionevolezza del provvedimento amministrativo va scrutinata in relazione alla intrinseca logicità – in astratto - del provvedimento rispetto allo scopo perseguito dalla norma attributiva. Così, ‘il caso di un ipotetico provvedimento che vietasse la circolazione nei centri urbani ai veicoli provvisti di dispositivi anti-inquinamento, lasciando via libera agli altri’ (Consiglio di Stato, A.P., 6 febbraio 1993, n. 3, cit.), darebbe luogo per ciò solo ad una ipotesi di irragionevolezza per violazione – mediante l'interposizione di una valutazione illogica – della norma primaria ad opera del provvedimento, indipendentemente da concreti profili di idoneità, adeguatezza, e necessità della soluzione adottata, che rilevano in relazione allo scrutinio di proporzionalità, e che presuppongono – quanto meno implicitamente – l'adozione, a monte, di uno schema provvedimentale astrattamente non irragionevole” .

In particolare, per quanto concerne il diritto amministrativo, il principio di ragionevolezza costituisce diretto corollario dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nonché del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Esso impone alla pubblica amministrazione di operare secondo canoni di coerenza logica e congruità, evitando, pertanto, ingiustificate ed irrazionali disparità di trattamento tra i privati¹⁴⁶. Una siffatta definizione evidenzia l'ontologica diversità del principio di proporzionalità rispetto alla ragionevolezza e la sua maggiore incisività nell'ambito del controllo giudiziale di legalità dell'azione amministrativa. Laddove il principio di ragionevolezza opera un bilanciamento degli interessi improntato alla logicità-congruità della scelta operata, il principio di proporzionalità implica una valutazione più complessa che, secondo lo schema tripartito in cui si snoda (idoneità, necessità e proporzionalità *strictu sensu* o adeguatezza), mette in diretta relazione l'interesse del privato sacrificato con l'interesse pubblico perseguito.

Conseguentemente, in caso di annullabilità giudiziale dell'atto impugnato per violazione del principio di proporzionalità, in quanto inidoneo, non necessario ovvero non adeguato (*rectius*, sproporzionato rispetto all'interesse da soddisfare), la pubblica amministrazione non potrà reiterarlo, ma eventualmente optare per il mezzo più mite ovvero meno incisivo per la sfera del cittadino, laddove la violazione del canone della ragionevolezza e il conseguente annullamento giudiziale dell'atto impugnato, consente all'amministrazione di reiterare, con le

¹⁴⁶ In argomento, si rinvia, per tutti a P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio della ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, nonché alla bibliografia ivi citata.

dovute correzioni, il medesimo provvedimento¹⁴⁷. E' chiaro, pertanto, che la verifica della proporzionalità incide qualitativamente sulle modalità di esercizio della funzione amministrativa, "poiché dal raggiungimento di una soluzione formale ragionevole si passa ad una soluzione che si profila come la più ragionevole possibile in relazione agli interessi dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa"¹⁴⁸.

La maggiore incisività del principio di proporzionalità e la sua netta articolazione nei passaggi anzidetti, permette di circoscrivere l'attività discrezionale della pubblica amministrazione entro confini ben individuabili da parte dell'operatore giuridico, costituendo, al contempo, un sicuro parametro del successivo controllo giudiziale.

Non v'è dubbio, infatti, che il principio di ragionevolezza presenta caratteristiche più incerte e sfumate rispetto alla proporzionalità¹⁴⁹, la quale si presenta strutturalmente più complesso e composto da definiti passaggi logici sequenziali che ne potenziano, indubbiamente, la pregnanza. Ciò è tanto più chiaro se si considera che il sindacato di ragionevolezza comporta "un controllo indiretto dell'idoneità della misura in concreto adottata dalla P.A."¹⁵⁰ e, pertanto, riguarda solo uno dei tre sub-parametri in cui si scompone la proporzionalità. Sicché, ricondurre tutti i casi di cattivo uso della discrezionalità amministrativa nell'alveo della ragionevolezza è quantomeno una conclusione affrettata e semplicistica¹⁵¹.

¹⁴⁷ Vedesi, V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, cit., 725 s.

¹⁴⁸ *Ibidem*, 729.

¹⁴⁹ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, cit., 438 s.

¹⁵⁰ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 207.

¹⁵¹ E in tali termini si esprime D.U. GALETTA, *Discrezionalità e principio di proporzionalità*, cit., 154.

Al contrario, la definita morfologia del principio in questione e il processo di integrazione comunitaria in atto hanno evidenziato, anche nel nostro ordinamento e nonostante le oscillazioni della giurisprudenza amministrativa, l'autonomo principio di proporzionalità e il suo definitivo distacco dalla ragionevolezza¹⁵².

La distinzione è tanto più profonda se si considerano le finalità a cui tendono i principi citati: mentre la proporzionalità è teso a tutelare la libertà del cittadino da interventi pubblici non idonei, non

¹⁵² Nonostante si sia riconosciuta l'autonomia del principio di proporzionalità, anche in tempi recenti la giurisprudenza amministrativa ha talora mostrato difficoltà a distinguere il principio di proporzionalità dal diverso principio di ragionevolezza, utilizzandoli in modo confuso. Vedesi, a tal proposito TAR Lazio, Roma, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563, (con nota critica di D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 603 ss.), in cui si afferma che “la documentazione versata in atti non consente di ravvisare una decisione sproporzionata od irragionevole”; nonché, tra le decisioni meno recenti, cfr., *ex multis*, TAR Campania, Salerno, sez. I, 20 giugno 2003, n. 40, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 agosto 1998, n. 1955, in *Foro amm.*, 1999, 1832, che in materia di contratti pubblici ha dichiarato illegittima l'esclusione della concorrente perché il plico esterno, pur integro, non riportava le prescritte firme sui lembi di chiusura, dovendo la stazione appaltante osservare “il principio di ragionevolezza – o di proporzionalità, secondo la dicitura comunitaria – e dunque scegliere modalità di svolgimento della gara in rapporto d'idoneità, oltre che di stretta necessità e proporzionalità con il fine da raggiungere”.

Nonostante il massimo giudice amministrativo abbia accolto il principio di proporzionalità, nell'accezione tripartita forgiata dalla giurisprudenza comunitaria, Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 439 ss. (con nota di D.U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*), non sempre le sentenze analizzano l'azione amministrativa secondo la triade di sub-principi in cui si scompone la proporzionalità. Accedono alla c.d. teoria “a tre gradini” del principio in esame, *ex multis*: TAR Veneto, sez. III, 15 novembre 2003, n. 1836; TAR Veneto, sez. III, 24 febbraio 2004, n. 396; TAR Puglia, Bari, sez. II, 7 giugno 2004, n. 2405; Cons. Stato, sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6410; TAR Abruzzo, Pescara, 1 luglio 2004, n. 641; TAR Abruzzo, L'Aquila, 30 luglio 2005, n. 661; TAR Puglia, Bari, sez. II, 24 ottobre 2006, n. 3783; Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7448; Cons. Stato, sez. VI, settembre 2006, n. 5321, (tutte consultabili in www.giustizia-amministrativa.it), nonché Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, cit., *supra*, § 1 ed *amplius*, nota 17.

necessari e non adeguati¹⁵³, la ragionevolezza sindacata l'idoneità della misura adottata dall'amministrazione a curare l'interesse pubblico.

Nonostante le indubbie affinità tra i principi in esame, entrambi relativi alle valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione e, in particolare, alla ponderazione dei vari interessi contrapposti, la dottrina ha distinto la ragionevolezza dalla proporzionalità, riconoscendo al primo, la valutazione "qualitativa" degli interessi, affinché il potere discrezionale sia impiegato in modo tale che il sacrificio imposto al privato sia congruo rispetto all'interesse pubblico¹⁵⁴; mentre tramite il secondo, si definisce la "quantità" del potere discrezionale da utilizzarsi, affinché l'interesse privato sia inciso nella misura considerata adeguata a perseguire il fine pubblico e, pertanto, "non possa essere raggiunto tramite un mezzo che comporti un minore pregiudizio per l'interesse privato"¹⁵⁵.

Dalla diversità ontologica dei principi di ragionevolezza e proporzionalità possono distinguersi i rispettivi ambiti d'azione. È stato infatti notato che, mentre il primo, proprio perché relativo ad una valutazione "qualitativa" degli interessi, attiene all'*iter* procedimentale e, specialmente, alla fase istruttoria; il principio di proporzionalità deve considerarsi afferente al provvedimento o, più in generale, alla statuizione finale assunta dall'amministrazione, "in quanto misura concreta e positiva della comparazione/ponderazione e del bilanciamento del fascio di interessi coinvolti dall'attività

¹⁵³ Sottolinea il principio di proporzionalità quale criterio di "non invasività" per il cittadino, I.M. MARINO, *Brevi considerazioni sul contesto evolutivo del Volontariato*, in *Il Volontariato in Sicilia*, Palermo, 2004, 27.

¹⁵⁴ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 322 s.

¹⁵⁵ *Ibidem*. L'Autore ribadisce la tesi proposta nel lavoro monografico citato, anche in ID., *Proporzionalità*, cit., 4646.

amministrativa proceduralizzata”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 192. In particolare, sulle basi sopra accennate, l’Autore conclude che “la ragionevolezza del procedimento – e, segnatamente, dell’istruttoria procedimentale - «misura» a razionalità della procedura, e dunque il fatto che essa sia stata condotta facendosi ricorso a regole e a «regolarità» secondo logica e conoscenza (secondo scienza ed esperienza) [...] mentre la proporzionalità della statuizione finale, improntata al principio di «adeguatezza», dà conto di come la cura dell’interesse pubblico individuato dalla legge (o, più esattamente, «interpretato» nel procedimento) venga concretamente soddisfatto con il minor sacrificio possibile degli interessi privati coinvolti” (*ibidem*).

4. *Principio di proporzionalità e procedimento amministrativo*

L'esigenza che la soluzione approntata dall'amministrazione sia conforme al principio di proporzionalità, sposta inevitabilmente la sua vigenza in seno al procedimento amministrativo, autorevolmente indicata quale "forma sensibile della funzione"¹⁵⁷ e nel cui ambito si concretizza, in base ai principi e ai criteri indicati dall'art. 1, co. 1, legge n. 241 del 1990, il pubblico interesse.

Non v'è, infatti dubbio alcuno, che la possibilità dell'amministrazione di optare per la soluzione meno invasiva per il cittadino suppone l'acquisizione, in sede procedimentale, dei vari interessi "secondari" coinvolti, sicché la completezza della fase istruttoria "costituisce l'imprescindibile fondamento su cui poggia l'obbligo di valutazione delle alternative"¹⁵⁸.

¹⁵⁷ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 2006, 1126.

¹⁵⁸ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 379, il quale rileva che "la completezza dell'istruttoria, rilevabile dal soddisfacimento delle regole formali di azione, permette all'amministrazione di possedere uno spettro esauriente del materiale di ponderazione, in modo da consentire una orientazione logica ottimale, attraverso la quale la stessa sia messa in grado di attuare nel modo migliore la selezione e l'armonizzazione degli elementi da ponderare".

Si deve segnalare che la legge generale sul procedimento amministrativo esclude la vigenza delle disposizioni in essa contemplate per quanto concerne la partecipazione procedimentale (artt. 7 e ss., legge n. 241/1990), relativamente "all'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione" (art. 13, legge n. 241/1990). Per quanto riguarda i procedimenti di pianificazione vedesi, A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, (Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Messina-Taormina, 10-11 novembre 2000), E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), Milano, 2000, 303 ss., in cui l'Autore critica lo schema procedimentale determinato

L'istituto della partecipazione, prescritto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, risulta funzionale al corretto esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁵⁹ e consustanziale all'approdo, da parte dell'amministrazione procedente, alla soluzione "proporzionata".

E', infatti, evidente che tanto più i cittadini potranno convogliare i loro interessi in seno alla fase procedimentale, contribuendo ad arricchire il quadro di fatto che sarà incisa dall'azione pubblica e proponendo alternative e rilievi rispetto alla "proposta di decisione" prefigurata dall'amministrazione nell'atto di avvio del procedimento¹⁶⁰, tanto più l'amministrazione procedente sarà messa in

dalla legge urbanistica del 1942, che consentendo la partecipazione solo successivamente all'adozione del piano territoriale, "sovrappone il piano adottato alla realtà fattuale e socioeconomica" elidendo, pertanto, qualunque collaborazione dei privati in ordine alla "predeterminazione dell'interesse pubblico concreto (razionale assetto del territorio)" (*ibidem*, 313), che è necessaria per "valutare [...] l'idoneità, la necessità e l'adeguatezza delle prescrizioni di piano" (*ibidem*, 311). A tal proposito, vedesi, Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *www.giurcost.org* e cit. in *ibidem*, 319, che, sia pure non richiama esplicitamente al principio di proporzionalità, afferma che "la reiterazione dei vincoli urbanistici decaduti per effetto del decorso del tempo può ritenersi legittima sul piano amministrativo se corredata da una congrua e specifica motivazione sulla attualità della previsione, con nuova ed adeguata comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, e con giustificazione delle scelte urbanistiche di piano, tanto più dettagliata e concreta quante più volte viene ripetuta la reiterazione del vincolo". In argomento, *amplius*, ID., *La governance del territorio*, cit., 108 ss. e *passim*, a cui si rinvia anche per la bibliografia ivi citata.

¹⁵⁹ Qui da intendersi secondo la nota definizione gianniniana di discrezionalità: comparazione degli interessi secondari con l'interesse primario. A tal proposito, vedesi, bibliografia già citata *supra*, nota 97.

¹⁶⁰ E' stato rilevato che la comunicazione d'avvio del procedimento amministrativo, disciplinato dagli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990, oltre a consentire la partecipazione del privato nell'ambito del procedimento dal quale scaturirà la decisione potenzialmente lesiva dei propri interessi e diritti, può considerarsi "il primo momento di fissazione di una proposta relativa alla determinazione dell'assetto degli interessi, idonea ad essere potenzialmente assunta nel provvedimento finale", A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 61 ss.

condizione di vagliare le varie alternative possibili, al fine di optare per la meno pregiudizievole per gli interessi recessivi¹⁶¹.

Non può, tuttavia, sottacersi che la legge n. 241 del 1990 se, da un lato, considera la partecipazione ineludibile momento del procedimento amministrativo, all'uopo circondandola di opportune garanzie e potenziandola con vari strumenti¹⁶², dall'altro, richiede che l'azione pubblica si informi (tra l'altro) ai criteri dell'economicità e dell'efficacia i quali impongono di raggiungere il risultato amministrativo¹⁶³ in tempi e modi che non vadano a detrimento della

¹⁶¹ La giurisprudenza riconosce, usualmente, che la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo e i loro contributi in termini di elementi di fatto, chiarimenti, soluzioni alternative ecc. è essenziale affinché l'azione amministrativa sia esercitata in base al principio di proporzionalità. Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 luglio 2009, n. 6454, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Bari, Puglia, sez. III, 17 dicembre 2008, n. 2908, in *ibidem*; Cass., S.U., 27 febbraio 2008, n. 5080, in *Giust. civ.*, 2009, 2795 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. V, 3 ottobre 2006, n. 8485, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 1999, n. 14, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, 1350 ss.

¹⁶² Vedesi, ad esempio, l'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 (inserito, da ultimo, dall'art. 6, comma 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15) che, nei procedimenti ad istanza di parte, ha istituito un'ulteriore fase partecipativa, precedente alla "formale adozione di un provvedimento negativo" da parte dell'amministrazione; nonché, l'utilizzo delle tecnologie informatiche e telematiche per esercitare le garanzie partecipative procedurali dei privati, sulle quali, può vedersi il lavoro monografico ad esse dedicate da A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, 141 ss. e *passim*.

¹⁶³ Sul concetto di risultato amministrativo, vedesi, L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss. il quale lo individua "nel dovere giuridico (e non più solo socio-politico e fattuale, né più solo interno) di raggiungere presto, bene con economicità e con trasparenza risultati concreti, corrispondenti agli interessi determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dalla stessa amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo. Essa in altri termini è obbligata ad assicurare – a persone, formazioni sociali, comunità, enti (compresa l'Amministrazione) – beni, servizi, mezzi, persone, utilità, attività, prestazioni, condizioni, rispetto delle regole ecc. che esse, da sole, non potrebbero conseguire, in assoluto o nelle quantità e con le qualità necessarie ed adeguate" (L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle*

necessità di provvedere non solo bene (*rectius*, adeguatamente), ma anche celermente.

Se, pertanto, l'approfondimento istruttorio è fondamentale affinché la decisione sia, in concreto, rispettosa del principio di proporzionalità, ciò nondimeno, essa deve essere assunta nell'ambito di un procedimento che preveda i soli passaggi burocratici considerati essenziali ad assumere la scelta pubblica, ovvero che richieda il minor impiego possibile di risorse, economiche e procedurali, riducendo al necessario sia gli oneri imposti ai privati interessati che il dispiego di mezzi pubblici¹⁶⁴.

decisioni amministrative (l'arte di amministrare), cit., 2). Su tale argomento, di recente al centro del dibattito dottrinario, vedesi, altresì, i saggi raccolti a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Atti del Convegno di Palermo, 27/28 febbraio 2003, Torino, 2004.

¹⁶⁴ Vedesi, TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 settembre 2006, n. 9194, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si considera “la natura dell'istituto giuridico dell'autocertificazione, che [...] costituisce solo uno dei molteplici strumenti attivabili al fine di garantire la rapidità dell'azione amministrativa ed il contenimento degli oneri che incombono sul privato che partecipa al procedimento amministrativo, in conformità al principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione ed ai criteri di proporzionalità e sussidiarietà dell'intervento pubblico autoritativo, che ne costituiscono i corollari, mediante l'attivazione del principio di responsabilità personale dell'imprenditore o altro soggetto che dichiara la sussistenza di una situazione conforme al diritto vantato, principio che a propria volta trova fondamento nel generalissimo principio personalista che, secondo la migliore dottrina (per tutti, Mortati, Istituzioni di diritto pubblico) informa il nostro sistema costituzionale”.

In materia di accesso ai documenti amministrativi, si è affermato che l'apposita domanda presentata all'amministrazione, “deve essere circoscritta a specifici documenti compiutamente identificati o identificabili che risultino collegati con la situazione giuridica ‘di base’ per la cui tutela il diritto di accesso viene esercitato. Secondo un principio di proporzionalità (che vale non solo a carico della p.a., ma, reciprocamente, nell'ambito di un corretto rapporto tra amministrazione e cittadini, anche a carico del cittadino che si faccia avanti a presentare istanze all'amministrazione), nonché secondo elementari criteri di economia dei mezzi giuridici, la domanda di accesso non può essere palesemente sovradimensionata rispetto all'effettivo interesse conoscitivo del soggetto, ed è onere di quest'ultimo, in sede di domanda di accesso [...], specificare il puntuale collegamento che lega il documento richiesto con la propria posizione soggettiva meritevole di tutela”, TAR

Tale esigenza, particolarmente avvertita dalla legge n. 241 del 1990¹⁶⁵, è esplicita nel principio di non aggravamento del procedimento che nel ribadire e meglio esplicitare i criteri già sanciti all'art. 1, co. 1, legge n. 241/1990 affinché ogni singolo *iter* procedimentale sia organizzato in modo efficiente¹⁶⁶, è da considerarsi una codificazione, per quanto implicita, del principio di proporzionalità¹⁶⁷.

L'organizzazione del procedimento è rimessa sia alla legge che dall'amministrazione procedente, la quale potrà anche ampliare, se necessario, l'istruttoria e gli adempimenti ad essa connessi, al fine di "colmare il *deficit* di informazioni (l'asimmetria informativa) che è proprio del decisore collettivo pubblico"¹⁶⁸ e, così, assumere la

Campania, Napoli, sez. V, 17 novembre 2006, n. 9836, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶⁵ "Sin dalla prima lettura della nuova legge sul procedimento amministrativo si coglie in essa una dialettica, che ne permea tutti gli aspetti, tra il principio della partecipazione all'attività amministrativa e la preoccupazione per l'efficienza della pubblica amministrazione", M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, 73.

¹⁶⁶ All'uopo rilevano, in particolare, i criteri di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa (art. 1, co. 1, legge n. 241/1990): il primo impone che "il conseguimento degli obiettivi avvenga con il minor impiego possibile di mezzi personali, finanziari e procedurali"; il secondo indica "il rapporto tra obiettivi prefissati e obiettivi conseguiti ed esprime la necessità che l'amministrazione, oltre al rispetto formale della legge, miri anche e soprattutto al perseguimento nel miglior modo possibile delle finalità ad essa affidate", E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 380 s.

¹⁶⁷ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739 ss.; F. SAIITA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. soc.*, 2001, 491 ss. Accenna alla questione, anche, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 106 ss.

¹⁶⁸ R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Il procedimento amministrativo in Europa*, Atti del Convegno di Milano, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2000, 122 e, più in

soluzione che, in considerazione del caso concreto, sia preferibile. Tuttavia, l'eventualità di un aggravio del procedimento – con i conseguenti maggiori costi, anche in termini di procrastino della conclusione del procedimento – è subordinata al ricorrere di “straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria” (art.1, co. 2, legge n. 241/1990). Trattasi, come è stato segnalato, di una ulteriore manifestazione del canone di proporzionalità che incide nell'organizzazione dell'*iter* procedimentale: invero, le maggiori attività da compiersi e il conseguente protrarsi del procedimento sono permesse solo se calibrate alle eccezionali peculiarità dei fatti su cui l'azione amministrativa andrà ad incidere¹⁶⁹.

Si individua, pertanto, un ulteriore profilo in cui il principio in parola opera: quello della scansione procedimentale e della definizione dei tempi del procedimento, i quali devono contenersi nelle misure minime e, al contempo, funzionalmente idonee a conseguire i risultati prefissi.

Approfondimento istruttorio ed efficienza dell'azione amministrativa sono i due poli – solo a prima vista inconciliabili – in base al quale si compone, di volta in volta, il procedimento amministrativo¹⁷⁰, giacché la completezza dell'*iter* procedimentale

generale, vedesi, ID., *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.

¹⁶⁹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, cit., 1741 s., il quale segnala che tanto il procedimento amministrativo che la stessa possibilità di un suo aggravio *ex art. 1, co. 2, l. n. 241/1990*, sono sottoposti al principio di proporzionalità.

¹⁷⁰ L'azione amministrativa, disegnata dalla legge generale sul procedimento, “si caratterizza per l'esclusione di modelli predeterminati e di ogni automaticità di soluzioni, orientandosi piuttosto alla definizione di un comune denominatore di principi e di uno spettro di moduli di condotta, delineando in tal modo una pluralità

non può andare a detrimento della celerità e dell'efficienza dell'azione pubblica, ma deve altresì sfociare in una decisione che contemperi le “contrapposte esigenze di «qualità» e di «tempestività/economicità» dell'azione amministrativa”¹⁷¹.

Alla luce dei summenzionati principi, non soltanto devono escludersi pareri facoltativi, atti interni superflui e oneri aggiuntivi inutili per i privati, ma anche le garanzie partecipative dei privati sono suscettibili di essere interpretate in modo elastico e funzionali alla peculiare vicenda procedimentale¹⁷².

di soluzioni che contempera la generalità dei principi con la specialità della procedura”, M. NIGRO, *Lineamenti generali*, cit., 37.

¹⁷¹ F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, cit., 519.

¹⁷² “Le regole della partecipazione[...], non possono essere interpretate ed applicate in modo formalistico ed acritico, ma vanno lette alla luce dei criteri generali che governano lo svolgimento dell'attività amministrativa ed individuano i contenuti fondamentali del rapporto tra esercizio della potestà pubblica e tutela delle posizioni delle parti interessate: ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza. In particolare, secondo questa corretta prospettiva, la pretesa partecipativa dei soggetti interessati va razionalmente correlata all'interesse strumentale del destinatario dell'atto ed alla peculiarità della vicenda procedimentale in cui essa si colloca. Si tratta di un canone interpretativo di portata generale, costantemente affermato dalla giurisprudenza del Consiglio, per definire la rilevanza della riscontrata difformità tra l'atto amministrativo e le regole che ne disciplinano l'emanazione. L'accertato contrasto tra la fattispecie concreta ed il paradigma astratto delineato dalla norma non determina, per ciò solo, l'invalidità dell'atto. L'illegittimità può essere affermata solo quando la violazione della regola provoca una lesione dell'interesse, ancorché meramente strumentale, perseguito dal ricorrente. [...] E non può essere trascurato che la stessa legge n. 241/1990 (nonché le successiva normativa ad essa direttamente correlata) afferma con chiarezza i principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, di semplificazione dell'istruttoria, di divieto di aggravio del procedimento, di valorizzazione del risultato concreto perseguito dal titolare della potestà pubblica, di tutela effettiva della posizione sostanziale del soggetto interessato. [...]. Dunque, in sede legislativa è già presente (ma non ancora compiutamente attuata), la convinzione secondo cui la illegittimità "formale" assume rilievo, ai fini dell'annullamento, solo quando essa riverbera i propri effetti, diretti od indiretti, sul contenuto del provvedimento conclusivo”, sicché l'avviso di avvio del procedimento amministrativo *ex art. 7, comma 1, legge n. 241/1990*, non si configura quale atto

Può pertanto, affermarsi che il principio di proporzionalità non solo limita ed indirizza l'attività amministrativa volta a perseguire i fini determinati dalla legge e a concretizzare l'interesse, sia che essa si svolga autoritativamente che paritariamente¹⁷³, ma esso è, in generale, canone mediante cui si organizza e dispiega la serie procedimentale degli atti e dei comportamenti amministrativi che concretano l'azione della pubblica amministrazione¹⁷⁴, rafforzandone i momenti partecipativi, la fase d'istruttoria nonché la motivazione del provvedimento¹⁷⁵.

Bisogna, tuttavia, segnalare che tale rapporto di adeguatezza può essere inciso o addirittura del tutto compromesso dalle figure di semplificazione amministrativa ovvero da quella congerie “di strumenti, di interventi di tipo organizzativo, procedimentale, di produzione normativa, di nuovo apprezzamento o valorizzazione dell'apporto dei cittadini, sia in termini di attestazioni di certezze, sia

obbligatorio dell'amministrazione, allorché: a) il soggetto interessato a comunque acquisito “aliunde” la conoscenza del procedimento, in tempo utile per realizzare l'eventuale partecipazione all'*iter* istruttorio, ossia in una fase idonea a consentirgli la prospettazione dei fatti, documenti, memorie ed interpretazioni di cui la p.a. precedente deve tener conto in sede di emanazione; b) il procedimento che consegue con un preciso nesso di derivazione necessaria, da una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato; c) il procedimento sia iniziato ad istanza di parte, nel qual caso l'avvio sarebbe una mera duplicazione di formalità, Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, *Foro Amm.*, 2001, 1204 ss. Cfr., *ex multis*, TAR Liguria, Genova, sez. I, 9 febbraio 2004, n. 140; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6 dicembre 2006, n. 10440; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2007, n. 5087.

¹⁷³ Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, vedesi, *infra*, § 4 e § 5.

¹⁷⁴ E' utile ricordare che “L'attività amministrativa consiste [...] in un complesso di atti puntuali; e si erge a fattispecie, allorché viene globalmente o unitariamente presa in considerazione. E' richiamata l'idea di comportamento amministrativo, o di condotta, acciocché risulti chiaro che anche le omissioni di atti, i silenzi, i ritardi rientrano nella nozione di attività (amministrativa) allorché viene assunta come fattispecie giuridica”, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 83.

¹⁷⁵ L'ordine concettuale è di I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, cit., 340 ss., ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

di partecipazione”¹⁷⁶ tesi a “rendere possibile vuoi l’accelerazione del procedimento, vuoi a consentirne la sostituzione grazie ad un atto di iniziativa e d’impulso del privato, vuoi [...] a «liberalizzare» completamente una determinata attività umana”¹⁷⁷.

La dottrina ha segnalato i pericoli che possono derivare da alcuni modelli di semplificazione agli interessi pubblici e alle posizioni giuridiche dei terzi¹⁷⁸, specie in quelle figure in cui è esclusa del tutto qualsivoglia istruttoria e partecipazione, la quale, invece, “serve all’efficienza dell’azione amministrativa, se essa è intesa come *razionalità*, come scelta della soluzione migliore o della soluzione che salvaguardi, nel modo più comprensivo, tutti gli interessi in gioco e non semplicemente come rapidità dell’azione amministrativa”¹⁷⁹. Limitatamente al profilo che ci occupa, può senz’altro concludersi che in questi casi è concreto il rischio che la decisione amministrativa “semplificata” si presenti di per sé come “sproporzionata”, ovvero inadeguata a conseguire l’interesse pubblico per l’assoluto difetto di acquisizione e ponderazione dei vari interessi in gioco da parte

¹⁷⁶ I.M. MARINO, *Cenni su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all’ordinamento locale*, in *Il procedimento amministrativo in Europa*, Atti del Convegno di Milano, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2000, 141 ss., ora anche in ID., *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, 2^a ed., Palermo, 84.

¹⁷⁷ R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall’amministrazione» alla libertà dell’amministrazione?*, cit., 119.

¹⁷⁸ Vedesi, in particolare, le ipotesi di silenzio-assenso e di c.d. dichiarazione sostitutiva d’inizio attività, in cui si verificano quegli “scambi transattivi di efficienza contro legalità”, stigmatizzate dalla dottrina (*ibidem*, 118) e che segnalano il depauperamento qualitativo dell’azione amministrativa “semplificata”. Cfr. il saggio di R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità?*, cit., *passim*, nonché ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 149 ss.

¹⁷⁹ M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, cit., 79 s. (corsivo mio).

dell'amministrazione¹⁸⁰. E infatti, come è stato evidenziato, sovente l'atto amministrativo dichiarato illegittimo perché emanato in spregio al principio di proporzionalità è, al contempo, viziato dal mancato invio, ai soggetti destinatari degli effetti del provvedimento finale, della comunicazione di avvio del procedimento (art. 7, legge n. 241/1990)¹⁸¹.

¹⁸⁰ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 118 s. “La carenza di istruttoria è, in definitiva, sintomo di un'insufficiente ponderazione degli interessi che, a sua volta, costituisce un'anticamera alla disapplicazione del principio di proporzionalità”.

Ritiene che il “buon” risultato amministrativo si possa conseguire tramite i principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali soli consentono che il privato possa conseguire “il bene della vita cui anela [...] senza il sacrificio né degli interessi pubblici coinvolti né delle posizioni soggettive dei terzi”, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, cit., 123, nonché, ID., *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, cit., *passim*.

¹⁸¹ In tali termini si esprime, a conclusione dell'esame di un nutrito gruppo di sentenze del giudice amministrativo relative al principio in esame, V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, cit., 729.

5. La scelta del mezzo più “mite”

Un ulteriore profilo evolutivo del contenuto giuridico del principio di proporzionalità può essere individuato nell’impatto che esso determina non soltanto sull’esercizio del “potere” delle Amministrazioni nazionali, bensì sul fronte della funzione amministrativa globalmente considerata. Si vuol dire che così come il principio di proporzionalità incide sul contenuto del tradizionale mezzo di espressione del “potere” amministrativo (il provvedimento), esso al contempo può influire sia sulla scelta del mezzo giuridico da adottare per il perseguimento dell’interesse pubblico (provvedimento o accordo sostitutivo di provvedimento) che sulla stessa attività c.d. “di diritto privato” delle Amministrazioni.

Non v’è dubbio, infatti, che l’amministrazione, nella quasi totalità dei casi, ha dinnanzi a sé diversi “modi” attraverso cui conseguire lo scopo e concretizzare il pubblico interesse, ovvero molteplici sono le modalità attraverso cui la funzione può svolgersi. Sicché, il principio in questione si presta a guidare l’amministrazione sin dalla scelta del mezzo da utilizzare nel caso di specie, considerato che l’azione amministrativa può svolgersi, oltre che con il diritto speciale delle pubbliche amministrazioni, nell’ambito del quale sono ora da iscriversi gli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo¹⁸² (art. 11, legge n. 241/1990), anche secondo le

¹⁸² L’art. 11, legge n. 241/1990, da ultimo modificato dalla legge n. 15/2005, consente alla pubblica amministrazione di concludere con i privati accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento. La citata norma permette, pertanto, di svolgere la funzione amministrativa tramite moduli consensuali, in alternativa all’esercizio unilaterale ed imperativo che si effettua tramite il provvedimento

variegate e più duttili forme del diritto privato¹⁸³.

In molti settori, l'attività provvedimentale e quella negoziale si presentano come due moduli d'azione amministrativa che, nonostante le indubbie differenze dogmatiche e applicative, si prestano, in astratto, ad essere utilizzati in modo intercambiabile, giacché entrambi si prefigurano idonei a conseguire gli esiti pubblici prefissi. E' il caso di quelle attività che pur non necessitando di autoritarità, nel nostro ordinamento sono state tradizionalmente di appannaggio del diritto pubblico. Invero, le varie figure di concessione di beni e servizi; i provvedimenti ablatori; gli atti afferenti al rapporto di lavoro del personale pubblico; le ipotesi di sovvenzioni (contributi, sussidi, ecc.),

amministrativo. E' fuori di dubbio la portata innovativa della norma in esame nell'ordinamento italiano: lo strumento autoritativo e l'atto convenzionale sono considerate due alternative, entrambe astrattamente idonee e di pari dignità, per conseguire l'interesse pubblico. Nell'ambito della disposizione citata si distinguono due modelli: l'accordo sostitutivo e l'accordo integrativo di provvedimento. Il primo non è altro che un accordo endoprocedimentale tra l'amministrazione e il privato e successivamente acquisito dal provvedimento finale; l'accordo sostitutivo, invece, surroga completamente il provvedimento rendendolo superfluo. A fronte di una nutritissima bibliografia in materia, che segnala l'attenzione della dottrina al tema degli accordi, tale figura ha trovato scarso utilizzo pratico. Tra i vari lavori dedicati all'argomento, i quali si sono soprattutto posti il problema della qualificazione giuridica degli accordi *ex art. 11 l. n. 241/1990* (ovvero, se essi debbano intendersi atti negoziali o atti amministrativi autoritativi; quest'ultima è la tesi che si profila, anche dopo la novella legislativa del 2005, preferibile e maggioritaria), cfr., per tutti, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici, nonché le riflessioni di F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss. Sul tema, vedesi, altresì, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio di potere*, Torino, 1998; e, più di recente, F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2003.

¹⁸³ Già alla fine degli anni cinquanta, la migliore dottrina rilevava che "la persona giuridica pubblica può curare gli interessi pubblici che le sono assegnati come scopi tanto con strumenti di diritto pubblico, quanto con strumenti di diritto privato. L'attività regolata dal diritto privato [...] è anch'essa attività amministrativa", M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 994.

sono tutti casi in cui i rapporti tra amministrazione e privati possono essere efficacemente regolati anche tramite figure negoziali¹⁸⁴.

Proprio il rinnovato interesse per le forme contrattuali e l'estensione dell'area del diritto privato, da ultimo assunta a disciplina generale d'azione dell'attività amministrativa c.d. non autoritativa¹⁸⁵, hanno ampliato lo strumentario a cui l'amministrazione può attingere

¹⁸⁴ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 230 ss.

¹⁸⁵ Tale definizione ha dato origine a un vivace dibattito dottrinario, circa il significato e l'ambito d'azione da riservarsi alla c.d. attività amministrativa non autoritativa, per la quale l'art. 1, co. 1 *bis*, legge n. 241/1990 (come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. *b*), legge 11 febbraio 2005, n. 15), impone alla pubblica amministrazione di agire "secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga altrimenti". In argomento cfr. oltre a V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 217 ss.; anche, F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 947 ss.; N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1 bis: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 77 ss.; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'art. 1-bis della L. n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e principio di specialità*, in *Giust. amm.*, 2006, 1133 ss.

Escluso che la distinzione tra attività amministrativa non autoritativa ed autoritativa possa spiegarsi in termini di ampliamento o meno della sfera giuridica del destinatario, giacché anche un provvedimento amministrativo può comportare un beneficio od un'utilità per il privato (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 496 s.), si conviene, generalmente, che "il potere amministrativo non può [...] considerarsi autoritativo quando l'adozione dell'atto consensuale è indispensabile per raggiungere un determinato regolamento di interessi; quando cioè il consenso del privato condiziona l'adozione del regolamento", giacché "l'autorità, tecnicamente intesa, non è altro che eteroregolazione; il potere autoritativo è potere di disciplinare interessi altrui anche senza il consenso e il concorso dei titolari degli interessi da disciplinare", F.G. COCA, *L'attività amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, ID. (a cura di), Torino, 2008, 179, nonché ID., *Autorità e consenso*, cit., 453 s. Per entrambe le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa vige "uno statuto unitario", per cui "l'amministrazione agisce sempre secondo valutazioni discrezionali anziché libere, ed è tenuta sempre a dare applicazione ai principi, costituzionali e non, che risultano effettivamente vigenti; adeguandosi ad una doppia necessità: perseguire l'interesse pubblico e rispettare (o tenere conto delle) situazioni soggettive del privato", F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 95, nonché *ult. op. cit.*

nel regolare una determinata fattispecie (provvedimenti, accordi, contratto, convenzioni ecc.). Sicché, il problema della scelta del mezzo adatto per conseguire il pubblico interesse si profila nella pratica, concreto, tutte le volte in cui l'autorità amministrativa potrà optare tra diversi strumenti, tutti tecnicamente atti a perseguire lo scopo pubblico.

Si individua, pertanto, un ulteriore ambito di operatività del principio di proporzionalità, giacché esso è capace di indirizzare la selezione della pubblica amministrazione nei confronti di quel mezzo che, oltre ad essere astrattamente idoneo ed adeguato a conseguire lo scopo pubblico, si profili, al contempo, come il meno lesivo della sfera giuridica del soggetto destinatario dell'azione amministrativa¹⁸⁶. E' indubbio, pertanto, che il principio in parola tende, in generale, a favorire l'intero strumentario di diritto privato, ovviamente laddove la figura contrattuale possa essere implementata, rispetto ai tradizionali atti autoritativi. E invero, l'atto consensuale ha il pregio di temperare i vari interessi in modo più flessibile e con una diretta partecipazione dell'interessato nella stessa redazione della soluzione, la quale, proprio per tale motivo, si presenta più "stabile", ovvero

¹⁸⁶ Il potere precettivo esercitato dalla p.a. nella regolazione degli interessi pubblici è un potere funzionalizzato, sia esso autoritativo o meno, soggetto a uno speciale statuto (vedesi, anche nota precedente), nel quale sono da comprendersi "una serie di regole, formali e sostanziali; le quali possono essere riassunte, rispettivamente, nel principio del procedimento e nel principio (che si può convenire di denominare) del rispetto degli amministrati, includendo in questi ultimi sia gli interessati sia i terzi. Al principio sostanziale fanno capo le regole della imparzialità, della proporzionalità, della trasparenza, e così via", sicché *"l'azione precettiva dell'amministrazione non è solo funzionale al pubblico interesse ma deve scegliere le soluzioni che pregiudichino nella misura minore possibile (ovvero soddisfano nella misura maggiore possibile) gli interessi privati che si intrecciano con l'interesse pubblico"*, F.G. COCA, *Autorità e consenso*, cit., 453 (corsivo mio).

meno soggetto a contestazioni giudiziarie¹⁸⁷.

Sicché, proprio per tal via, potrebbe incentivarsi l'impiego degli accordi amministrativi, eufemisticamente sotto-utilizzati (se non ignorati *tout court*) nella prassi. Invero, la stessa giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che il rispetto del principio di proporzionalità, talora, può essere meglio assicurato attraverso la conclusione di accordi tra amministrazione e privati¹⁸⁸.

In particolare, secondo il massimo giudice amministrativo, “Nelle ipotesi di accordo tra privati e amministrazione è evidente che l'accordo con i soggetti interessati garantisce l'esigenza di contemperamento tra interesse generale ed interessi particolari dei privati e del rispetto del principio di proporzionalità che impone di perseguire l'interesse generale col minor sacrificio possibile per i privati”.

La tendenza dell'amministrazione per i mezzi consensuali¹⁸⁹ è,

¹⁸⁷ È stato segnalato che, specie nelle opere più recenti della dottrina, “aleggia spesso una specie di «mistica» del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione realmente democratica; l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione realmente democratica; l'autorità sarebbe sinonimo (o causa) di cattiva (o inadeguata) azione amministrativa, il consenso condurrebbe ad azione amministrative ragionevoli, proporzionate, legittime nella sostanza”, F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 457. Smitizzando la *comune opinio* in materia, l'Autore evidenzia che “l'idea di un diritto amministrativo paritario, affascinante in sé, rischia di rimanere un fenomeno chimerico: la sproporzione delle posizioni, anche se venisse corretta in diritto (e non sarebbe facile), si riprodurrebbe inevitabilmente in fatto”, sicché, a suo avviso, bisogna continuare a “ridurre il tasso di autorità nell'esercizio dei poteri precettivi dell'amministrazione, ampliando e rendendo più efficienti i mezzi di partecipazione dei privati al procedimento, vincolando in modo più stringente l'azione autoritativa sia alla soddisfazione dell'interesse pubblico [...] sia al pieno rispetto degli interessi privati, e controllando con più attenzione (anche in sede giurisdizionale) lo svolgimento e l'esito dell'azione autoritativa” (*ibidem*, 458).

¹⁸⁸ Vedesi, Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in *Urb. App.*, 2001, 305 ss.

¹⁸⁹ Sia la diffusione delle forme contrattuali che il maggior utilizzo del diritto privato dal parte delle amministrazioni pubbliche sono annoverate tra le recenti

d'altronde, confermata anche dal principio di autonomia negoziale, che si radica agli artt. 2 e 41 Cost., nonché dal principio di parità di trattamento, *ex art. 3 Cost.*, dai quali consegue che “l’area dei poteri amministrativi in quanto derogatori della disciplina di diritto comune deve essere contenuta nei limiti dello stretto indispensabile (o se si vuole, secondo criteri di proporzionalità)”¹⁹⁰.

E’, pertanto, gioco-forza insito nel paradigma della proporzionalità graduare i vari mezzi a disposizione dell’amministrazione in base alla loro mitezza, con la conseguenza che l’autorità pubblica sarà indotta a cura dell’interesse demandatole principalmente tramite moduli negoziali.

Si verifica, in altri termini, una vera “rivoluzione copernicana” nel modo di operare dell’amministrazione, la quale, prima di procedere, dovrà prefigurarsi le conseguenze della propria azione non solo in termini di beneficio per la collettività, ma anche negli esiti pregiudizievoli che essa potrà comportare per le posizioni giuridiche dei soggetti destinatari, all’uopo adottando le soluzioni che, fin dalla scelta dello strumento operativo, possano ovviarle o, quantomeno, ridurle. Non v’è dubbio che ciò comporti un’assoluta novità per l’amministrazione italiana, tradizionalmente concentrata ad individuare la soluzione migliore con riferimento al solo pubblico interesse, nonché un elemento di ulteriore complicazione, del già complesso quadro operativo in cui la pubblica amministrazione si

tendenze che dell’azione dei pubblici poteri, da M. NIGRO, *Lineamenti generali*, cit. 40, ss.

¹⁹⁰ Così, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 236. Radicandosi in Costituzione, il *favor* per l’impiego dei moduli negoziali nell’attività amministrativa si impone sia come canone ermeneutico per l’amministrazione procedente, che come principio normogenetico, sicché il legislatore dovrà eliminare la “normazione pubblicistica eccessivamente pervasiva rispetto alle attività private” (*ibidem*, 237).

trova, normalmente, ad effettuare le scelte pubbliche.

Il principio di proporzionalità valorizza, pertanto, il variegato e ampio strumentario di cui è oggi dotata la pubblica amministrazione, imponendole l'utilizzo di quelli che, in considerazione del caso concreto, sono strettamente necessari, nonché idonei ed adeguati, a conseguire l'interesse pubblico.

6. *I contratti della pubblica amministrazione*

Sempre con riferimento all'impatto della proporzionalità sul fronte dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, bisogna focalizzare l'attenzione sul settore degli appalti pubblici, di recente oggetto di provvedimenti normativi (c.d. Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture¹⁹¹), adottati anche per recepire le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE¹⁹².

Il mutato quadro legislativo, imposto dall'Unione europea, registra una rinnovata attenzione al mercato, all'uopo indicando che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici è retto dai principi comunitari della tutela della concorrenza e della competitività, con il chiaro intento di garantire la massima partecipazione degli operatori economici, anche dei diversi Paesi europei. A tal fine, la normativa sopra citata prescrive che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici debba conformarsi ai principi di trasparenza, non discriminazione e soprattutto di proporzionalità (art. 2, c.d. Codice dei contratti pubblici¹⁹³).

¹⁹¹ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in G.U. 2 maggio 2006, n. 100, suppl. ord. n. 107 e successivamente modificato dai d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, in G.U. 31 gennaio 2007, n. 25; d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, in G.U. 31 luglio 2007, n. 176, suppl. ord. n. 173; d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152., in G.U. 2 ottobre 2008, n. 231. Per un'esauritiva disamina della contrattualistica pubblica, tra le più recenti pubblicazioni, vedesi A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, V. ROPPO (diretto da), vol. VI, *Interferenze*, V. ROPPO (a cura di), Milano, 2006, 901 ss.; i contributi raccolti da C. FRANCHINI (a cura di), *I Contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, nonché cfr. M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

¹⁹² Entrambe pubblicate in G.U.U.E., 30 aprile 2004, n. 134.

¹⁹³

Sotto quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato il principio di proporzionalità nella logica della salvaguardia della *par condicio* tra le imprese interessate al contratto pubblico. Quest'ultimo, in particolare, va inteso come un bene¹⁹⁴, un vantaggio economico, affidato col metodo delle procedure di pubblica evidenza, con cui si garantisce, al contempo, la convenienza della scelta dell'amministrazione, la concorrenza tra i privati e l'imparzialità dell'azione amministrativa.

Anche in questi casi, la proporzionalità circoscrive la discrezionalità dell'amministrazione, la quale non potrà imporre alle imprese interessate, condizioni di partecipazione attraverso clausole del bando di gara eccedenti quanto necessario per il soddisfacimento dell'oggetto della prestazione considerata dal bando¹⁹⁵; né, tanto meno, la stazione appaltante può predisporre procedure concorsuali con oggetto talmente ampio e disomogeneo da rilevarsi "sproporzionate" rispetto alla corretta e razionale regolazione del

¹⁹⁴ Definisce il contratto pubblico "un bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni", F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 324.

¹⁹⁵ Invero, è costante l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale spetta "alla discrezionalità della stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, «anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge essendo coesistente il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare» (*ex multis* Cons. Stato 10 gennaio 2007, n. 37). Unico limite a detta insindacabilità della scelta, si rinviene allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.12.2006 n. 7460; Cons. Stato, sez. V, 13.12.2005 n. 7081; Cons. Stato, sez. IV, 22.10.2004, n. 6967)" (TAR Emilia Romagna, Bologna, 11 aprile 2008, 1424. Vedesi, inoltre, *ex multis*, TAR Lombardia, Brescia, n. 1698/2002; Consiglio di Stato, n. 9305/2003; TAR Lazio, Roma, n. 5418/2006; TAR Puglia, Bari, n. 475/2007; TAR Lazio, Roma, n. 1824/2008); tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

mercato e, pertanto, in guisa tale da frustrare il diritto degli operatori economici a partecipare alle stesse¹⁹⁶.

E' impedito alle stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara clausole di ammissione e partecipazione che, richiedendo ingiustificati ed esorbitanti requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari delle imprese partecipanti rispetto alla tipologia ed oggetto del contratto bandito, restringono la concorrenza, determinano una disparità di trattamento e discriminano ingiustificatamente taluni soggetti¹⁹⁷.

Può, pertanto, affermarsi che la soluzione amministrativa contraria al principio di proporzionalità è, al contempo, illegittima in quanto posta in spregio anche dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione. Quest'ultimi, nella formulazione dell'art. 2 del c.d. Codice di contratti pubblici, precedono il principio di proporzionalità e si configurano, nell'ottica del legislatore comunitario, prioritari per la corretta gestione di un mercato unico ed

¹⁹⁶ Di recente il giudice amministrativo ha censurato, per violazione del principio di proporzionalità, la scelta della stazione appaltante di conferire, con un'unica gara, un complesso di prestazioni (lavori e forniture di vario genere e tipologia) affermando che tali "determinazioni in materia non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del 'principio di proporzionalità', il quale esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti per cui, nella scelta dei provvedimenti da adottare, la stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica", sicché "tali bandi diventano lesivi dei principi generali in materia di appalti quando vi sia la concreta impossibilità per le imprese di formulare offerte consapevoli a cagione della eccessiva diversità, della assoluta eterogeneità delle prestazioni, dell'oggettiva indeterminatezza dell'oggetto del contratto; della carenza e dell'illogicità e, conseguente l'inapplicabilità dei criteri selettivi previsti dal bando", TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 maggio 2009, n. 4924, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁷ Moltissime le decisioni del giudice amministrativo che in tale materia applicano il principio di proporzionalità. Solo a titolo esemplificativo, cfr., *ex multis*, TAR Liguria, Genova, n. 1238/2009; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 31 marzo 2004, n. 2216; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922 cit.

effettivamente competitivo¹⁹⁸. Conseguente da quanto sopra che, nel settore dei contratti pubblici, la proporzionalità assolve il ruolo di principio “spia”, in quanto si configura servente e funzionale ad accertare la violazione di altri principi ad esso collegato¹⁹⁹ che, altrimenti, rimarrebbero privi di efficacia precettiva.

La proporzionalità tende in tal senso ad estendere la propria operatività a tutti i mezzi espressivi dell’attività amministrativa, così acquisendo connotati “trasversali” contributo a superare la tradizionale logica potere-atto amministrativo.

¹⁹⁸ L’importanza dei principi generali del diritto comunitario, tra i quali sono da annoverarsi i già sopradetti principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, è stata ribadita dalla giurisprudenza comunitaria, la quale ne ha sancito la vigenza anche per i c.d. contratti sottosoglia. Vedesi, A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, cit., 932, anche per la giurisprudenza, comunitaria e nazionale, ivi riportata alla nota 11.

¹⁹⁹ Tale caratteristica del principio di proporzionalità era stata già notata da A. SANDULLI, *Proporzionalità*, cit., 4648, con particolare riferimento ai “principi di sviluppo sostenibile e precauzione”. Gli aspetti dinamici dei principi di proporzionalità e precauzione sono stati, da ultimo, oggetto di analisi in A. BARONE, G.A. ANSALDI, *The european nomofilachia and the principle of proportionality*, in *Trasylvanian review of administrative sciences*, 2009, 224 s. a cui sia consentito rinviare. Per quanto riguarda il principio di precauzione, vedesi, per tutti, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II ed., Milano, 2006.

7. *Proporzionalità e procedimenti di secondo grado*

La logica della proporzionalità si manifesta anche nei c.d. procedimenti di secondo grado, ovvero, in quelle ipotesi in cui l'amministrazione, riconsiderando l'interesse pubblico già oggetto di un precedente provvedimento, giunga alla determinazione di annullarlo, in quanto illegittimo (art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990), ovvero lo revochi, per ragioni di opportunità (art. 21 *quinquies*, legge n. 241/1990).

In entrambi i casi, il riesercizio della potere amministrativo deve tenere in considerazione gli interessi privati dei destinatari dell'atto amministrativo oggetto di annullamento o revoca, su cui si era appuntato l'affidamento dei destinatari. Sicché l'esigenza di rendere strettamente necessaria l'attivazione dei poteri in autotutela dell'amministrazione, ha indotto il legislatore, da un lato, a consentire l'annullamento d'ufficio solo quando la rimozione dell'atto illegittimo si configuri sorretta da ragioni di pubblico interesse, avvenga entro termini ragionevoli e previa la comparazione degli interessi dei privati eventualmente incisi dal provvedimento di secondo grado²⁰⁰; dall'altro

²⁰⁰ L'art. 21 *nonies*, inserito nella legge n. 241/1990 con l'art. 14, co. 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15, così dispone: "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressato, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".

Tra i vari contributi dedicati all'argomento, cfr., Vedesi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 843 ss.; V. ANTONELLI, *Art. 21 nonies. Annullamento d'ufficio*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata*

a subordinare la revoca dell'atto amministrativo considerato inidoneo a conseguire le prefisse finalità pubbliche, all'indennizzo dovuto agli interessati per i danni subiti, ovviamente, previa adeguata considerazione degli svantaggi subiti dai soggetti interessati²⁰¹.

Le diverse figure dell'annullamento d'ufficio e della revoca richiedono, pertanto, una ponderazione da parte dell'amministrazione dell'interesse primario con gli interessi secondari – quest'ultimi facenti capo ai soggetti destinatari e ai controinteressati – che, anche in questa ipotesi, dovrà effettuarsi in base al paradigma della proporzionalità. In entrambe le distinte ipotesi di autotutela, il

dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 643 ss.

²⁰¹ L'art. 21 *quinquies*, inserito nella legge n. 241/1990 con l'art. 14, co. 1, legge 11 febbraio 2005, n. 15, e, prevede che: "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizio in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.". Di recente, con l'art. 13, co. 8-duodevices, D.L. 31/01/2007, n. 7 convertito, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, alla sopradetta disposizione si è aggiunto il seguente comma 1-*bis*: "Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".

Sull'istituto della revoca del provvedimento, vedesi, per tutti, M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 485 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 1547 ss. Riconsidera l'istituto della revoca degli atti legittimi, ora canonizzato all'art. 21 *quinquies*, legge n. 241/1990, alla luce della giurisprudenza comunitaria, A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 161 ss. a cui si rinvia anche per una più dettagliata bibliografia in materia.

principio in esame, riducendo nel minimo le conseguenze sfavorevoli del provvedimento di secondo grado, permette di concretizzare il principio di legittimo affidamento del cittadino.

Per quanto concerne, in particolare, l'annullamento d'ufficio²⁰², il legislatore ha, comunque, previsto "la possibilità di convalida del provvedimento annullabile sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole" (art. 21 *nonies*, 2° co., legge n. 241/2990). Trattasi, come è stato notato, di una clausola che consente di mitigare e graduare l'attività amministrativa di secondo grado, in favore della soluzione meno lesiva per il cittadino destinatario del provvedimento favorevole ma illegittimo. E', pertanto, alla luce del secondo comma dell'art. 21 *nonies* che si deve ricostruire il significato dell'intera disposizione che disciplina il potere d'annullamento d'ufficio dell'amministrazione²⁰³. Sicché, l'amministrazione potrà procedere all'eliminazione dell'atto illegittimo solo dopo aver escluso che, nel caso concreto, non si possa convalidare l'atto²⁰⁴, ovvero, non sia possibile adottare la misura che consente di depurarlo dai vizi che lo inficiano, preservando e stabilizzando gli effetti favorevoli del provvedimento.

Ma anche laddove non si possa optare per la convalida e si debba disporre l'annullamento d'ufficio, il principio di proporzionalità interverrà a ponderare i contrapposti interessi, pubblici e privati, al fine di valutare quale tra essi debba prevalere, anche in considerazione del tempo frattanto trascorso e delle spese sostenute dal privato in

²⁰² Vedesi, bibliografia citata *supra*, nota 200.

²⁰³ Secondo l'ordine concettuale di A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 166 ss., al quale si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche ivi citate.

²⁰⁴ *Ibidem*, 167 s.

base all'atto passibile di essere annullato d'ufficio²⁰⁵. A secondo delle caratteristiche dello specifico caso oggetto di autotutela, l'amministrazione potrà comporre il conflitto tra i contrapposti interessi anche graduando gli effetti retroattivi dell'atto annullato, decidendo di "di farli decorrere dal momento in cui l'atto viene annullato (efficacia *ex nunc*) o da un momento intermedio fra i due atti"²⁰⁶, al fine di temperare gli effetti sfavorevoli del provvedimento di secondo grado che, in assenza di qualsivoglia indennizzo conseguente all'annullamento *ex art. 21 nonies*, si presenta quale utile espediente per garantire il legittimo affidamento del privato²⁰⁷.

Tale ultimo passaggio, ci induce a ritenere che il principio di proporzionalità indirizzerà l'amministrazione anche nel caso in cui proceda con la revoca del provvedimento *ex art. 21 quinquies*²⁰⁸.

Invero, in tale ipotesi, l'amministrazione ha, altresì, l'obbligo di indennizzare i danni subiti dai soggetti direttamente pregiudicati dall'atto di revoca, sicché si introduce un ulteriore elemento che l'amministrazione dovrà vagliare nell'optare o meno per lo strumento

²⁰⁵ Afferma che l'esercizio potere di annullamento in autotutela "è soggetto a tutti i suoi ordinari presupposti e limiti, in particolare all'esigenza di accurata ponderazione dell'interesse sacrificato nel destinatario dell'atto favorevole, anche in relazione all'affidamento suscitato come conseguenza del trascorrere del tempo e all'entità del costo da questi sopportato in comparazione con l'interesse pubblico, astratto e concreto, al ripristino della legalità, in applicazione del principio generale di proporzionalità", Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3458; nonché cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2009, n. 1615; TAR Lombardia, Brescia, 13 settembre 2005, n. 833; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 novembre 2007, n. 1721. Tutte le citate decisioni sono consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁶ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2006, 264. Tale soluzione è esposta nella logica della proporzionalità da A. BARONE, *Giustizia comunitarie e funzioni interne*, cit., 168 ss. il quale lo lega anche "con il consolidato orientamento in materia della giurisprudenza comunitaria" (*ibidem*, 169), nonché da S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 124.

²⁰⁷ A. BARONE, *Giustizia comunitarie e funzioni interne*, cit., 170.

²⁰⁸ In argomento vedesi la bibliografia già citata *supra*, nota 201.

disciplinato dall'art. 21 *quinquies*. L'amministrazione deve, pertanto, considerare l'opportunità di procedere alla revoca in base ad un'analisi costi/benefici che tenga conto, oltre degli effetti pregiudizievoli subiti dai privati, anche dell'entità delle somme loro dovute a titolo di indennizzo²⁰⁹.

E', infatti, evidente che il legislatore, nel porre a carico dell'amministrazione l'obbligazione di indennizzare il cittadino per le conseguenze dannose da costui subite dall'esercizio dello *ius poenitendi*, ha inteso sia disincentivare il ricorso a tale controverso istituto, che apprestare una effettiva tutela all'affidamento del cittadino, quantificandolo in termini monetari²¹⁰. Sicché, l'amministrazione, potrà adottare la revoca, previa valutazione dei vantaggi che il pubblico interesse consegue, in concreto, da tale atto, da valutarsi, in termini di proporzionalità (*rectius*, idoneità, necessarietà e adeguatezza), sia rispetto agli interessi dei privati incisi, che all'esborso dovuto ai soggetti destinatari di tale atto, il quale dovrà commisurarsi anche in ragione del tempo trascorso tra l'emanazione del provvedimento e la sua revoca²¹¹.

²⁰⁹ Nonostante la formulazione dell'art. 21 *quinquies*, l'indennizzo dev'essere interpretato quale presupposto della revoca, piuttosto che una sua conseguenza. Sul punto cfr. E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. 15/2005*, cit., 1555.

²¹⁰ L'obbligo di corrispondere un indennizzo ai soggetti lesi dall'atto di revoca *ex* art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990, dovrebbe ridurre il ricorso a tale istituto, il quale, come noto, è stato oggetto di molte critiche, per la sua palese incompatibilità in "un ordinamento che annovera tra i suoi principi fondamentali l'affidamento del cittadino, ivi compresa la fiducia che un certo assetto instaurato dal provvedimento amministrativo abbia una certa stabilità", G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 266.

²¹¹ Invero, il legislatore consente all'amministrazione di esercitare la funzione di riesame dell'atto, disciplinata all'art. 21 *quinquies*, in qualunque tempo, non prescrivendosi, all'uopo, termini di natura prescrizione o decadenziale. Tuttavia, il decorso del tempo è comunque un elemento che l'amministrazione deve vagliare, sia per verificare "la presenza di un interesse pubblico concreto e attuale" che per constatare il "consolidamento dell'assetto degli interessi nato dall'atto revocando"

Il rapporto di proporzionalità intercorrente tra i benefici conseguibili dalla revoca e l'entità dell'indennizzo evidenzia, nitidamente, la dialettica tra *ius poenitendi* e tutela dell'affidamento del privato e le torsioni dell'ordinamento verso decisioni amministrative stabili e certe²¹².

Il principio del legittimo affidamento è, pertanto, rafforzato dalla previsione dell'indennizzo e dal principio di proporzionalità che interviene sia nella definizione del *quantum* dovuto al destinatario che, in generale, nello svolgimento della funzione amministrativa in autotutela. L'interesse alla conservazione dell'atto dovrà, pertanto, prevalere tutte le volte in cui la revoca si palesi economicamente non conveniente per l'amministrazione, ovvero la ponderazione degli interessi contrapposti induca a ritenere che tale atto non si profili come lo strumento necessario, idoneo ed adeguato alla cura dell'interesse primario.

Affinché lo *ius poenitendi* sia esercitato legittimamente è, pertanto, necessario che i vantaggi conseguibili dalla revoca sopravanzino i pregiudizi che essa comporta sia ai soggetti destinatari che all'amministrazione, con la conseguente possibilità di contestare, in sede giudiziaria, anche il profilo dell'adeguatezza dell'indennizzo dovuto al cittadino, punto sul quale l'amministrazione deve pronunciarsi, fornendo all'uopo adeguata motivazione²¹³.

che, condiziona “le determinazioni sull'indennizzo”, A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 166.

²¹² Vedesi a tal proposito, la sentenza della Corte di giustizia, *Kühne&Heitz*, 13 gennaio 2004, C-453/00, richiamata a tal proposito da A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, cit., 163.

²¹³ “La previsione e la misura dell'indennizzo costituiscono parametri rilevanti ai fini della legittimità della revoca, in quanto solo la previsione già in sede di adozione del provvedimento di un indennizzo ragionevole può esonerare l'amministrazione dall'obbligo di rispettare l'affidamento del soggetto

8. *La proporzionalità quale principio “trasversale” dell’ordinamento giuridico*

Metafora del processo di integrazione, in atto da alcuni decenni, tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno²¹⁴, il principio di proporzionalità si presta a riscrivere per intero le categorie del diritto pubblico, in generale e del diritto amministrativo, in particolare.

Non v’è, infatti, funzione pubblica che non sottostia alla logica della proporzionalità, quest’ultima intesa quale principio che presiede al corretto svolgimento dell’attività pubblica e tramite cui dosare l’opportuna “quantità” di autoritarità, che l’ordinamento attribuisce affinché si possa perseguire lo scopo pubblico prefisso. La congrua misura del potere è determinata, di volta in volta, tramite un raffronto con i confliggenti diritti, interessi, potestà riconosciute ai soggetti, siano essi singoli o aggregati nelle loro formazioni sociali anche pubbliche, che si prestano ad essere incisi, ridotti o del tutto annullati, dall’azione pubblica.

Intesa in tali termini, la proporzionalità è un essenziale

controinteressato alla revoca [...] un corretto esercizio de potere di revoca postula non solo la verifica in concreto di un pubblico interesse atteggiato nelle forme della sopravvenienza o dello *ius poenitendi*, ma anche una compiuta valutazione degli interessi contrapposti alla luce dei principi di ragionevolezza, economicità, proporzionalità e tutela dell’affidamento, che si traduca in un motivato giudizio di prevalenza dell’interesse pubblico connesso alla misura dell’esborso quanto all’interesse privato che pretende che tale esborso sia proporzionato alla rilevanza giuridica accordata alla tutela dell’affidamento”, E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, cit. (il passo citato è riportato anche da S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 125, nota 123, il quale aderisce all’interpretazione fornita dall’Autore in ordine alla vigenza del principio di proporzionalità per quanto concerne la determinazione del quantum dell’indennizzo *ex art. 21 quinquies*).

²¹⁴ Vedesi, *supra*, cap. I, §§ 6 ss.

principio di governo delle società complesse, in cui convivono diversi diritti, valori e posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, tra loro potenzialmente in conflitto, in quanto a nessuno di essi si attribuisce generale prevalenza. Il principio di proporzionalità si presenta quale tecnica di bilanciamento e ponderazione dei vari interessi contrapposti, individuando, a secondo della peculiare situazione di fatto in cui essa opera, l'esercizio equilibrato della funzione, ovvero il limite entro cui essa potrà legittimamente esercitarsi.

Per quanto concerne, il diritto amministrativo, si è osservato che il principio di proporzionalità interviene sin dall'allocazione delle funzioni²¹⁵, indirizzando altresì lo svolgimento dei poteri sostitutivi²¹⁶ ed esplicandosi nell'attività amministrativa a principiarsi dal suo nucleo caratterizzante: la discrezionalità amministrativa.

Il principio di proporzionalità, vincolando l'amministrazione nello svolgimento della funzione, induce ad assumere soluzioni tollerabili e meno invasive per i soggetti destinatari dell'azione amministrativa, così introducendosi un ulteriore elemento di "democratizzazione" dell'attività della pubblica amministrazione²¹⁷. Invero, l'attenzione che l'amministrazione deve riservare alla posizione giuridica del privato, sia pure intuita e talora richiamata dalla dottrina italiana meno recente²¹⁸, rappresenta un carattere di sostanziale novità per il nostro ordinamento e contribuisce a tutelare con effettività le posizioni giuridiche del privato, sia in sede giurisdizionale che nel momento procedimentale²¹⁹, potenziando tutti

²¹⁵ Vedesi, *supra*, sez. I, § 3.1.

²¹⁶ Vedesi, *supra*, sez. I, § 3.2.

²¹⁷ Vedesi, *supra*, § 1 e § 2.

²¹⁸ Cfr. la dottrina richiamata *supra*, nota 103.

²¹⁹ Vedesi, *supra*, § 4.

gli strumenti, autoritativi o meno, che la pubblica amministrazione ha a sua disposizione per conseguire il pubblico interesse in forma più “mite”²²⁰.

Si deve ora segnalare, che il principio di proporzionalità, filtrato nell’ordinamento nazionale in base al fenomeno della circolazione dei principi generali nell’ordinamento comunitario²²¹, si candida ad acquisire una valenza che trasborda ogni specifico settore o materia, fino ad informare l’intero ordinamento giuridico nazionale, sicché esso non è confinabile nell’alveo delle materie pubblicistiche, nell’ambito delle quali è storicamente sorto²²².

Contrariamente a quanto inizialmente ritenuto dalla Corte di Cassazione²²³, non esiste settore dell’ordinamento giuridico in cui la logica della proporzionalità non possa essere direttamente invocata²²⁴.

Paradigmatica di tale tendenza evolutiva della proporzionalità, è l’attenzione che la dottrina processualcivilistica ha, in tempi recenti, riservato al principio in esame, onde chiarire talune tendenze evolutive della giurisprudenza e, più in generale, del sistema di tutele giudiziarie.

²²⁰ Vedesi, *supra*, § 5 e § 6.

²²¹ Sulla circolazione dei principi generali nell’ordinamento comunitario, cfr. *supra*, cap. I, § 7 e § 8.

²²² Sulle origini del principio di proporzionalità, vedesi, cap. II, § 2.

²²³ Vedesi, Cass., sez. I, 4 dicembre 1996, n. 10815; Cass., sez. I, 28 novembre 1996, n. 10585, con nota critica di E. D’ALESSANDRO, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, 2521 ss. Con tali sentenze la Corte di Cassazione, riconduce la rilevanza interna del principio di proporzionalità al rapporto tra legislatore comunitario e legislatore interno, cosicché esso sarebbe vigente laddove il legislatore nazionale non abbia, in concreto, alcun margine di discrezionalità in ordine all’attuazione della normativa comunitaria (Cass. n. 10815/1996). Parimenti, la Corte di giustizia non si potrebbe pronunciare sulla proporzionalità della sanzione la cui individuazione è demandata, dalla disciplina comunitaria, allo Stato membro (Cass. n. 10585/1996).

²²⁴ Vedesi, cap. II, § 1.

Come è stato evidenziato, il principio di proporzionalità è utile a spiegare la decisione della Corte di Cassazione con la quale si è vietato il frazionamento giudiziale del credito che “in quanto attuato nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in un abuso dello stesso”²²⁵. In tale contesto il principio di proporzionalità è diretta esplicazione dell’efficienza e della ragionevole durata del processo (art. 111, 2° co., Cost.), vero obiettivo a cui le recenti riforme del processo civile mirano²²⁶; sicché, non possono certamente ammettersi artifici processuali che, moltiplicando ingiustificatamente i processi aventi ad oggetto il medesimo rapporto sostanziale si risolvono, oltre che in un aggravio per la controparte, in un ingiustificato sperpero di risorse e mezzi processuali.

Riflessioni simili attengono, poi, alla previsione di tecniche di tutela giudiziaria, differenziata per specifiche materie. Si è, infatti, segnalato che esse debbano trovare giustificazione e legittimità nei principi di ragionevolezza e proporzionalità²²⁷; sicché l’introduzione di specifici strumenti processuali dovrebbe rispondere ad una ottimizzazione della funzione giurisdizionale, la quale – secondo l’usuale schema “a tre gradini”²²⁸ – deve attivarsi quando necessario e con modalità idonee ed adeguate al perseguimento del suo obiettivo:

²²⁵ Cass., S.U., 15 dicembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, 1514 ss., con nota di R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *ibidem*, n. 5, 2008, 1519 ss.

²²⁶ Così, R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, cit., 1524, il quale si riferisce al principio di proporzionalità previsto “nell’art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia richiede, tra l’altro di «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi»”.

²²⁷ L. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, *Riv. dir. proc.*, 6, 2008, 1528 ss.

²²⁸ Su tale punto, vedesi, cap. II, § 2, nonché §§ 4 e ss.

inverare l'ordinamento nel caso concreto²²⁹, con modalità organizzative che comportino il minimo sacrifico, in termini di oneri e tempi del giudizio, per le parti processuali.

Sono questi segnali della grande vitalità del principio in esame e dei suoi molteplici impieghi. E invero, la proporzionalità acquisisce connotati e prerogative di principio generale dell'ordinamento²³⁰, sia per la sua duttilità che lo rende estendibile in ogni materia, che per quelle funzioni (integrativa, interpretativa e programmatica) che si candida a svolgere nell'ordinamento giuridico²³¹.

Proprio su tale presupposto, è possibile affermare che il principio in parola opera anche nella qualificazione dei fatti complessi, affinché possano essere esattamente riferiti alla normativa di riferimento (sussunzione del fatto alla norma)²³², nonché quale canone ermeneutico rilevante, soprattutto, nell'esegesi e nell'applicazione di quelle disposizioni normative foriere di assumere vari significati: tra di essi, il giudice, l'amministrazione e, più in generale, l'interprete, dovranno optare per quello considerato più "mite"²³³.

Alla crisi della legge fa da *pendant* il contestuale sorgere di

229 S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 218 ss.

²³⁰ Vedesi, *supra*, cap. I.

²³¹ Cfr., *supra*, cap. I, § 3.

²³² S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Seminario svolto nell'ambito delle attività del Dottorato di Ricerca in Diritto Amministrativo dell'Università di Catania, Catania, 12 gennaio 2010.

²³³ Lo rileva S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., 109, il quale all'uopo si riferisce alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3431, in www.giustizia-amministrativa.it, che richiama al "canone di stretta proporzionalità" per interpretare una disposizione limitativa della proprietà contenuta in un atto di pianificazione.

nuovi principi²³⁴, sicché spetta all'operatore giuridico il compito di ricostruire la norma del caso concreto, riferendosi ad una congerie di materiali normativi che ridefinisce, in modo sostanziale, il principio di legalità²³⁵. In tale contesto, si deve sottolineare il peculiare ruolo che la proporzionalità assolve rispetto agli altri principi dell'ordinamento comunitario, quali la sussidiarietà²³⁶, il legittimo affidamento²³⁷, la libera concorrenza²³⁸, nonché quello sopra solo accennato, di precauzione²³⁹.

Invero, la giurisprudenza e talora anche il legislatore, mostrano la tendenza a combinare la proporzionalità con i singoli principi citati, ciascuno dei quali informa determinate materie o istituti, al fine di definirne il contenuto, renderli effettivi ed applicarli nella misura considerata opportuna, con riferimento alle peculiarità del caso oggetto di giudizio.

Il principio proporzionalità è, pertanto, d'ausilio nell'inverare i nuovi principi (massimamente) di origine comunitaria, quali appunto sono la sussidiarietà, il legittimo affidamento, la precauzione, la libera concorrenza ecc. e che, probabilmente, rappresentano il fattore di maggiore evoluzione del nostro sistema "a diritto amministrativo".

²³⁴ Vedesi, *supra*, cap. I, § 5.

²³⁵ Per tutti, vedesi, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 85 ss.

²³⁶ Vedesi, *supra*, sez. I, § 3.1 e § 3.2.

²³⁷ Vedesi, *supra*, § 7.

²³⁸ Vedesi, *supra*, § 6.

²³⁹ Cfr. *supra*, note 128 e 199.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Le Conseil d'Etat. Livre Jubilaire*, Parigi, 1952.
- ADINOLFI A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 521 ss.
- AKEHURST M., *The application of general principles of law by the Court of justice of the European Communities*, in *The British Year Book of International Law*, Oxford, 1981, 29 ss.
- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1958.
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 131 ss.
- ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Milano, II ed., 2006.
- ANTONELLI V., *Art. 21 nonies. Annullamento d'ufficio*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 643 ss.

- ANTONINI L., *Art. 117, c. 2, 3, 4*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. III, Torino, 2006, 2227 ss.
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. I, Napoli, 2005, 179 ss.
- ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, cap. V (trad. it. C. Mazzarelli), Milano 1993.
- AUBY J.B., *I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?*, in http://www.dirittoamministrativo.jus.unitn.it/Docs/0IV_01_auby.pdf.
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.
- BARDUSCO A., *Articolo 8*, in *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge 'La Loggia' (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, P. CAVALIERI e E. LAMARQUE (a cura di), Torino, 2004, 209 ss.
- BARIATTI S., *Il ruolo del giudice nella costruzione dell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, Milano, 1999, 119 ss.
- BARONE A., *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale (Atti del IV Convegno nazionale AIDU, Messina-*

Taormina, 10-11 novembre 2000), E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), Milano, 2000, 303 ss.

- BARONE A., *La governance del territorio*, in AA.VV., *L'uso del territorio*, Milano, 2004, 31 ss.
- BARONE A., *Il diritto del rischio*, Milano, II ed., 2006.
- BARONE A., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.
-
- BARONE A., ANSALDI G.A., *The european nomofilachia and the principle of proportionality*, in *Trasylvanian review of administrative sciences*, 2009, 209 ss.
- BARONE G., *Discrezionalità I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss.
- BARTOLE S., BIN R., FALCON G., TOSI R., *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003.
- BARTOLE S., *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, 578 ss.
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 494 ss.
- BARTOLE S., *Principio di collaborazione e proporzionalità degli interventi statali in ambiti regionali*, in *Giur. cost.*, 2003, 259 ss.

- BASSI F., *La norma interna: lineamenti di una teorica*, Milano, 1963.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. Venturi, Torino, 1970.
- BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.
- BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 30 s., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, *Articoli e altri scritti (1948-1959)*, Milano, 2006, 991 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, *Articoli e altri scritti (1948-1959)*, Milano, 2006, 1117 ss.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BERTI G., *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, 405 ss.
- BETTI E., *Interesse (teoria generale)*, in *Nov. Digesto It.*, Torino, 1975, 839 ss.

- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.
- BIENTINESI F., *Sussidiarietà (principio di)*, in *Dizionario costituzionale*, M. AINIS (a cura di), Roma-Bari, 2000.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.
- BIN R., *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.
- BIN R., *Legge regionale*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 178 ss.
- BOBBIO N., *Analogia*, in *Nov. Digesto It.*, I, Torino, 1957, 601 ss., ora in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 1 ss.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.
- BOBBIO N., *Principi generali di diritto*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 887 ss., ora in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 257 ss.
- BOGNETTI G., *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 372 ss.
- BORTOLUZZI A., *Proporzionalità*, in *Digesto disc. priv., sez. civile, Aggiornamento*, Torino, 2007, 1089 ss.

- BREMIDAS A., *Methods of interpretation and Communities law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1978.
- BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale ed europeo*, Napoli, 2009.
- CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, vol. I, Firenze, 1950.
- CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Roma-Bari, 1955.
- CALAMANDREI P., *La Costituzione si è mossa*, in *La Stampa* del 16 giugno 1956, ora in ID., *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, vol. II, Firenze, 1966, 180 ss.
- CAMELI R., *Poteri sostitutivi del governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 Cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, 3390 ss.
- CAMERLENGO Q., *Art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. III, Torino, 2006, 2521 ss.
- CAMELLI M., *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 453 ss.

- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, rist. con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960.
- CAPONI R., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, 1519 ss.
- CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, 409 ss.
- CAPPELLETTI M., *Is the European Court of justice “running wild”?*, in *Eur. law review*, 1985, 1 ss.
- CARANTA R., *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, 1889 ss.
- CARCATERRA G., *Analogia I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.
- CARDI E., COGNETTI S., *Eccesso di potere (Atto amministrativo)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 341 ss.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 939 ss.
- CARLASSE L., VERONESI P., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 951 ss.

- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Le nuove Istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), II ed., Bologna, 2010, 99 ss.
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2010, 221 ss.
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, ID. (a cura di), Bologna, 2007, 13 ss.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.
- CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": i diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giust. cost.*, 2007, 3564 ss.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- CASSETTA E., *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 2005.
- CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

- CASSESE S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 23 ss.
- CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Foro it.*, 1995, 373 ss.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di ID., *Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, II ed., 2003, 1 ss.
- CASSESE S., *La signoria comunitaria del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 291 ss.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2004.
- CASSESE S., *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 329 ss.
- CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2003, 93 ss.
- CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2003.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, F.D. BUSNELLI (a cura di), Milano, 1987, 19 ss.
- CATTABRIGA C., *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 361 ss.,

anche in *Il Trattato di Amsterdam*, A. PREDIERI e A. TIZZANO (a cura di), Milano, 1999, 107 ss.

- CELOTTO A., FRONTONI E., *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 697 ss.
- CELOTTO A., GROPPI T., *Diritti UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1309 ss.
- CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.giustamm.it
- CERULLI IRELLI V., *Commento all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in *Legge "La Loggia" – Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, F. BASSANINI (a cura di), Rimini, 2003, 172 ss.
- CERULLI IRELLI V., BARAZZONI L., *Gli atti dell'Unione*, in *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Conferenza europea alla Conferenza intergovernativa*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), Bologna, 2003, 147 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 1 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

- CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *Astrid on line*, 2005, n. 4.
- CHITI E., FRANCHINI C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.
- CHITI E., *Le figure organizzative*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di G. DELLA CANANEA, Milano, II ed., 2008, 61 ss.
- CHITI M.P., *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, GAROFOLI R., vol. I, Milano, 2008, 145 ss.
- CHITI M.P., *I Signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796 ss.
- CHITI M.P., *Italian Report*, in *Administrative Law under European Influence*, edited by J. SCHWARZE, London, 1996, 229 ss.
- CHITI M.P., *La Carta europea dei diritti: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1 ss.
- CHITI M.P., *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 976 ss.
- CHITI M.P., *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M.P. CHITI e GUIDO

GRECO (diretto da), *Parte Generale*, Tomo I, II ed., Milano, 2007, 415 ss.

- CHITI M.P., *Mutazioni nel diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.
- CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 517 ss.
- CHITI M.P., *Riflettendo sull'opera e sull'avvenire del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), Milano, 2000, 49 ss.
- CHITI M.P., *The role of the european Court of justice in the developmente of general principles and their possibile codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 661 ss.
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.
- COGLIANI S. (a cura di), *Casi e materiali di diritto amministrativo. Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 2008.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità*, Seminario svolto nell'ambito delle attività del Dottorato di Ricerca in Diritto Amministrativo dell'Università di Catania, Catania, 12 gennaio 2010.

- COMOGLIO L.P., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1509 ss.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, V ed., Napoli, 1999.
- CORPACI A., *Revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 1305 ss.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2006.
- CORTESE F., *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le Ist. del Federalismo*, 2003, 843 ss.
- COSSU G., *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa – Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001)*, Milano, 2002, 297 ss.
- COSTANZO A., *Il principio di proporzionata collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 2008, 2799 ss.
- CRAIG P., *EU Administrative law*, Oxford-New York, 2006.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.
- CRISAFULLI V., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1968, 925 ss.

- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 215 ss.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.
- CRISAFULLI V., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, ora in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 27 ss.
- D'ALBERTI M., *Configurazioni del diritto amministrativo in M.S. Giannini*, in *L'unità del diritto*, Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica, S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO (a cura di), Bologna, 1994, 67 ss.
- D'ALESSANDRO E., *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, 2521 ss.
- D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.

- D'ATENA A., *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. comunit.*, 1997, 603 ss.
- D'ATENA A., *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2776 ss.
- DANIELE L., *Corte di giustizia della Comunità Economica Europea*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 225 ss.
- DE PASQUALE P., *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. comp. eur.*, 2008, 60 ss.
- DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della P.A. e l'art. 1-bis della L. n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e principio di specialità*, in *Giust. amm.*, 2006, 1133 ss.
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 3^a ed., Napoli, 2001.
- DE SALVIA M., *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione, sussidiarietà*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1994, 24 ss.
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, Milano, 2009.

- D'ELIA G., *Osservazioni in tema di rinvio per relationem dei principi e criteri direttivi nella delegazione legislativa*, in *Giur. cost.*, 1998, 2717 ss.
- DELLA CANANEA G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.
- DELLA CANANEA G., *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, a cura di ID., Napoli, 2007, 11 ss.
- DELLA CANANEA G., *L'amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, II ed., 2003, 1797 ss.
- DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003.
- DICKMANN R., *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V (osservazioni a Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303)*, in *federalismi.it*, n. 12, 2003.
- DICKMANN R., *La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali (osservazioni a Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43)*, in *federalismi.it*, n. 4, 2004.
- DICKMANN R., *La legge in luogo di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 915 ss.

- DICKMANN R., *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione*, in *Giur. cost.*, 2003, 485 ss.
- DICKMANN R., *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell'intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*, in *Corriere giur.*, 2004, 41 ss.
- DONNER A.M., *The constitutional power of the Court of justice of the European Communities*, in *Comm. mark. law rev.*, 1974, 127 ss.
- DRAETTA U., *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2008, 245 ss.
- DURET P., *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.
- EISSEN M.A., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 31 ss.
- EISSEN M.A., *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (sous la direction de), Paris, 1995, 65 ss.
- EISSEN M.A., *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *The European System for*

the Protection of Human Rights, R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (edited by), Dordrecht-Boston, 1993, 125 ss.

- EMILIOU N., *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, London-the Hague-Boston, 1996.
- FALCON G., *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 1998, 279 ss.
- FALCON G., *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 383 ss.
- FALCON G., *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 383 ss.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari-Roma, II ed., 2008.
- FERRARA R., *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.
- FERRARA R., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss. nonché in *Il procedimento amministrativo in Europa, Atti del Convegno di Milano*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2000, 111 ss.

- FERRARI G.F., *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di ID., Milano, 2001, 26 ss.
- FERRARI G.F., *Il principio di proporzionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, V. PARISIO (a cura di), 1998, Milano, 125 ss.
- FERRARO A., *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 534 ss.
- FLORIDIA G.G. (in collaborazione con L.G. SCANNELLA), *Il cantiere della nuova europea. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003.
- FOLLIERI E., *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 439 ss.
- FONTANA G., *Alla ricerca di uno statuto giuridico dei poteri sostitutivi ex art. 120, comma 2, Cost.*, in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, F. MODUGNO e P. CARNEVALE (a cura di), Milan, 2003, 63 ss.
- FONTANA G., *I poteri sostitutivi nella "Repubblica delle autonomie"*, in *Rass. parlamentare*, 2006, 1015 ss.
- FORTSHOFF E., *Le leggi provvedimento*, ora in ID., *Stato e diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Milano, 1973, 101 ss.

- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio di potere*, Torino, 1998.
- FRACCHIA F., *Le funzioni amministrative nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *La revisione costituzionale del titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, G.F. FERRARI e G. PARODI (a cura di), Padova, 2003, 159 ss.
- FRANCHINI C. (a cura di), *I Contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007.
- FRANCHINI C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.
- FRANCHINI C., *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 651 ss.
- FRANCO A., *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine alla innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1989, 1041 ss.
- FROSINI T.E., *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Tomo II, Milano, 2008, 1133 ss.
- GAJA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2010.

- GAJA G., *Fonti comunitarie*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, 443 ss.
- GALETTA D.U., *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 89 ss.
- GALETTA D.U., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 142 ss.
- GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 819 ss.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Aut.*, 2005, 552 ss. (anche ID., *Le principe de proportionnalité*, in *Droit Administratif Européen*, J.B. AUBY, J. DE LA ROCHERE (diretto da), Bruxelles, 2007).
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 743 ss..
- GALETTA D.U., KRÖGER D., *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di*

«necessarietà» ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 905 ss.

- GALETTA D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1107 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 603 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALETTA D.U., *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 459 ss.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, III ed., Torino, 2008.
- GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 988 ss.
- GIANNINI M.S., *Divieto di leggi regionali singolari ed eccezionali?*, ora in *Scritti 1955-1962*, vol. IV, Milano, 2004, 330 ss.
- GIANNINI M.S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1958, 219 ss. ora in ID., *Scritti 1955-1962*, vol. IV, Milano, 2004, 337 ss.

- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 997 ss. ora in ID., *Scritti 1984-1990*, vol. VIII, Milano, 2006.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- GORLA G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.
- GORLA G., *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 928 ss.
- GORLA G., *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, (Roma, 27-29 maggio 1991), Atti dei Convegni Lincei, Roma, 1992, 172 ss.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- GRECO G., *I rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, *Parte generale*, vol. II, Milano, II ed., 2007, 827 ss.
- GRECO G., *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85 ss.

- GRECO G., *Innovazioni del diritto comunitario sul «tipo» e sulla disciplina dell'atto amministrativo nazionale*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, 3^a ed., Milano, 2008, 67 ss.
- GROPPI T., *Art. 52*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), Bologna, 2001, 351 ss.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2008.
- GUARNERI A., *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. II, Torino, 1988, 403 ss.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 2010.
- GUASTINI R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 641 ss.
- GUASTINI R., *Principi di diritto*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. XIV, Torino, 1996, 341 ss.
- GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giust. cost.*, 3574 ss.

- IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.
- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.
- IMMORDINO M., *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*.
- IPSEN H.P., *Europäisches Gemeinschaftrecht*, Tübingen, 1972.
- ITZCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 34 ss.
- JACOBS F.G., *Recent development in the principle of proportionality in European Community law*, in *The principle of proportionality in the European Law*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 1 ss.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1966.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, 1952.

- LEDDA F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317 ss.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giurisdizionale sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.
- LICCIARDELLO S., *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000.
- LIPARI N., «*Concorrenza tra ordinamenti*» e sistema delle fonti, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, a cura di A. DONATI, A. GRILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI, vol. I, *Fondamenti etici e processo*, a cura di A. DONATI e A. SASSI, Torino, 2009, 413 ss.
- LOMBARDO G., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 421 ss.
- LUPO N., *Dalla delega ai decreti-legge «taglia-leggi»: continuità o rottura?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, 701 ss.
- M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796 ss.
- MAINARDIS C., *Art. 120*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), vol. III, Torino, 2006, 2387 ss.

- MAINARDIS C., *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 1357 ss.
- MAINARDIS C., *Il potere sostitutivo. Commento all'art. 8*, in *Stato, Regioni ed Enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, G. FALCON (a cura di), Bologna, 2003, 171 ss.
- MALINCONICO C., *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa – Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001)*, Milano, 2002, 49 ss.
- MANCINI F., *Safeguarding human rights: the role of the Court of justice of the European Communities*, in *Judicial protection of human right at the national and international level*, (a cura di F. CARPI, C. GIOVANNUCCI ORLANDI), Milano, 1991, 597 ss.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, IV ed., 2006.
- MARAZZITA G., *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le ist. del federalismo*, 2005, 819 ss.
- MARINO I.M., «Neo-federalismo» e politiche delle infrastrutture e dei trasporti in Italia, in *L'uso del territorio*, I.M. MARINO, S. LICCIARDELLO, A. BARONE, Milano, 2004, 264 ss.
- MARINO I.M., *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, 2^a ed., Palermo, 2007.

- MARINO I.M., *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, 2^a ed., Palermo, 2007, 147 ss. anche in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, E. CASETTA, A. ROMANO, SCOCA F.G. (a cura di), vol. I, *Teoria e Storia. Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, 214 ss.
- MARINO I.M., *Brevi considerazioni sul contesto evolutivo del Volontariato*, in *Il Volontariato in Sicilia*, Palermo, 2004, 26 ss.
- MARINO I.M., *Cenni su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all'ordinamento locale*, in *Il procedimento amministrativo in Europa*, Atti del Convegno di Milano, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2000, 141 ss.
- MARINO I.M., *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. econom.*, 2005, 25 ss.
- MARINO I.M., *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 340 ss.
- MARINO I.M., *L'assetto degli interessi pubblici nell'ordinamento costituzionale delle autonomie locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 909 ss.
- MARINO I.M., *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm. – TAR*, 2010, 725 ss.
- MARINO I.M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986.

- MARINO I.M., *The missed constitution: what the european citizen has lost*, in *Megatrend review*, 2009, 71 ss.
- MARRAMA D., *Art. 1, comma 1 ter: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 117 ss.
- MARTINES T., RUGGERI A., SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 8^a ed., Milano, 2008.
- MARZANO G., *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955.
- MASSERA A., *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, ROPPO V. (diretto da), vol. VI, *Interferenze*, ROPPO V. (a cura di), Milano, 2006, 901 ss.
- MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 ss.
- MASSERA A., *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M.P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Parte Generale*, Tomo I, II ed., Milano, 2007, 285 ss.

- MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Carta europea e diritti dei privati*, G. VETTORI (a cura di), Milano, 2002, 273 ss.
- MASTROIANNI R., *Le competenze dell'Unione*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 409 ss.
- MAZZAMUTO M., *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, 1739 ss.
- MCBRIDE J., *Proportionality and the European Convention on Human Right*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland, Oregon, 1999, 23 ss.
- MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, F.D. BUSNELLI (a cura di), Milano, 1987, 3 ss.
- MENGOZZI P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XV, Padova, 1997, 260 ss.
- MENGOZZI P., *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 511 ss.

- MERLONI F., *La leale collaborazione nella Repubblica delle Autonomie*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2002, 2003*, 534 ss.
- MERUSI F., *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quad. fior. pensiero giur. mod.*, 1993, 414 ss.
- MERUSI F., *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998.
- MODUGNO F., CELOTTO A., RUOTOLO M., *A mo' d'introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa. II Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 1 ss.
- MODUGNO F., *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 301 ss.
- MODUGNO F., MANETTI M., *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1 ss.
- MODUGNO F., NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 411 ss.
- MODUGNO F., *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 678 ss.

- MODUGNO F., *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 448 ss.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, *Nov. Digesto It.*, vol. XIII, Torino, 1966, 473 ss.
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, 1 ss.
- MODUGNO F., *Procedimento "taglialeggi": profili problematici*, in www.federalismi.it.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (L'epris de lois, 1748)*, ed. it. a cura di A. Montesperelli, Torino, 1960.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, 1999, 1187 ss.
- MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1967.
- MORTATI C., *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, 107 ss.
- MOSCARINI A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003.
- MOSCARINI A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella*

costruzione del patrimonio costituzionale europeo, in *Giur. cost.*, 2007, 3525 ss.

- MOSCARINI A., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 433 ss.
- MOSCARINI A., *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 12, 2003
ID., *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, in *Giur. cost.*, 2003, 2791 ss.
- MULLACH F.W.A., *Fragmenta philosophorum Graecorum*, vol. 1, Paris, 1860 (repr. 1968), XII, 1, 2
- N. FORWARD, *L'uso della giurisprudenza nazionale e del case law nella Corte di giustizia europea*, in *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di A.M. Marini e D. Cerri, Pisa, 2007, 107 ss.
- NIGRO M. (agg. a cura di E. CARDI), *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, vol. III. *L'azione dei pubblici poteri*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), 5^a ed., Bologna, 1997, 7 ss.
- ORLANDO V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Lodi, 1897.
- OROFINO A.G., *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008.

- OTTAVIANO V., *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 963 ss.
- OTTAVIANO V., *Merito*, in *Nov. Digesto It.*, vol. X, Torino, 1964, 575 ss. ora anche in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, 255 ss.
- OTTAVIANO V., *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1948, 308 ss. ora anche in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, 267 ss.
- PANUNZIO S.P. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.
- PAOLANTONIO N., *Art. 1, comma 1 bis: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 77 ss.
- PAPADOPOULOU R.E., *Principes generaux du droit communautaire. Origines et concretisation*, Athènes-Bruxelles, 1996.
- PARISIO V., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove Aut.*, 2006, 717 ss.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss.
- PASTORI G., *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in *Sussidiarietà e ordinamenti*

costituzionali. Esperienze a confronto, A. RINELLA, L. COEN, R. SCARMIGLIA (a cura di), Padova, 1999, 170 ss.

- PESCATORE P., *art. 164*, in V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUE, R. KOVAR, D. SIMON, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, 1992.
- PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Paris, 1990
- PICARDI N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss.
- PICOZZA E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1209 ss.
- PICOZZA E., *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1997, 1 ss.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004.
- PICOZZA E., *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 239 ss.
- PICOZZA E., *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in ID. (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2004, 3 ss.

- PICOZZA E., *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto nazionale e in quello comunitario*, in E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, SANTANIELLO (a cura di), vol. II, Padova, 1999, 3 ss.
- PINELLI C., *Assestamenti nell'interpretazione dell'art. 114 Cost.*, *Giur. cost.*, 2009, 1569 ss.
- PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 145 ss.
- PINELLI C., *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), II ed., Bologna, 2010, 67 ss.
- PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, 3518 ss.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 65 ss.
- PIZZETTI F., TIBERI G., *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), II ed., Bologna, 2010, 143 ss.

- PIZZORUSSO A., *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali nel diritto: l'esperienza pubblicistica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, (Roma, 27-29 maggio 1991), Atti dei Convegni Lincei, Roma, 1992, 235 ss.
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- PIZZORUSSO A., *La produzione normativa ai tempi della globalizzazione*, Torino, 2008,
- PIZZORUSSO A., *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988.
- POLICE A., *Articolo 1, comma 1: Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 49 ss.
- POTO M., *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giur. it.*, 2008, 2359 ss.
- POUND R., *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962.
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 401 ss.

- PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003.
- QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA - BRANCA (a cura di), Bologna, 1974.
- RAZZANO G., *La "reinterpretazione" della sussidiarietà nella recente giurisprudenza costituzionale, con particolare riguardo alle novità introdotte dalla sentenza n. 303 del 2003*, in *Giur. it.*, 2005, 201 ss.
- RAZZANO G., *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in *Sussidiarietà e diritti*, V. BALDINI (a cura di), Napoli, 2007, anche in www.astrid-online.it.
- RAZZANO G., *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, F. MODUGNO e P. CARNEVALE (a cura di), Milano, 2003, 4 ss.
- REBUFFA G., *La Costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, Bologna, 1995.
- RESCIGNO G.U., *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

- RESCIGNO G.U., *Sussidiarietà e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 381 ss.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali, Il principio di buona fede*, F.D. BUSNELLI (a cura di), Milano, 1987, 247 ss.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970.
- ROHERSSEN G., *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 1987, 47 ss.
- ROLLA G., *L'autonomia dei Comuni e delle Province*, in *La repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2001, 160 ss.
- ROMAGNOSI G.D., *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 3^a ed., Prato, 1835 (1^a ed., Parma, 1814).
- RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 125 ss.
- RUGGERI A., *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, ora in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, VII. *Studi dell'anno 2003*, tomo 2, Torino, 2004, 297 ss.
- RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in

Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni. Atti del Convegno annuale del «Gruppo Pisa», a cura di S. STAIANO, Torino, 2005, 828 ss.

- SACCO R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. II, Torino, 1998, 365 ss.
- SACCO R., *Crittotipo*, in *Digesto disc. priv.*, vol. V, 4^a ed., Torino, 1989, 39 ss.
- SACCO R., *L'interpretazione in AA.VV., Le fonti non scritte e l'interpretazione*, nel *Trattato di diritto civile*, ID. (diretto da), vol. II, Torino, 1999.
- SAITTA F., *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. soc.*, 2001, 491 ss.
- SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- SANDULLI A., *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2006, 4643 ss.
- SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

- SANDULLI M.A., *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *federalismi.it*, n. 17, 2009.
- SANNA TICCA E., *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004.
- SARANDREA A., *Legge provvedimento*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 3430 ss.
- SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 218 ss.
- SCACCIA G., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCACCIA G., *Il principio di proporzionalità*, in *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, vol. II, Milano, 2006, 227 ss.
- SCHWARZE J., *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 52 ss.
- SCHWARZE J., *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella «vecchia» e nella «nuova» Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1279 ss.
- SCHWARZE J., *Rules and general principles of european administrative law*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1219 ss.

- SCHWARZE J., *European administrative law*, revised 1st edition, London, 2006.
- SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giust. cost.*, 2007, 3579 ss.
- SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.
- SCIUMÈ A., *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002.
- COCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.
- COCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 75 ss.
- COCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss.
- COCA F.G., *L'attività amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, ID. (a cura di), Torino, 2008, 173 ss.
- SERGES G., *Art. 117 Cost., c. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. III, Torino, 2006, 2213 ss.

- SILVESTRI, G. *La separazione dei poteri*, Milano, 1984.
- SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 7 ss.
- SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.
- SORRENTINO F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996.
- SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 79 ss.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009.
- SPAGNUOLO F., *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1544 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, in *Riv. giur. ed.*, 1958, 626 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Sulla necessaria proporzione fra area espropriata e utilità pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 825 ss.
- SPUNTARELLI S., *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- STICCHI DAMIANI E., *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. – TAR*, 2006, 1547 ss.
- T. HARTLEY, *The european Court, judicial objectivity and the Costitution of the European Union*, in *Law quaterly rev.*, 1996, 95 ss.
- T. HARTLEY, *Constitutional problems of the European Union*, Oxford-Portland, 1999.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1998.
- TEMPLE LANG J., *The sphere in which member States are obliged to compy with general principles of law and Comunity fundamental rights principles*, in *Legal issue of european integration*, 1991, 23 ss.
- TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 426 ss.
- TIGANO F., *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2003.
- TIZZANO A., *Problematiche del diritto della Comunità europee*, Roma, 1992.
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino ed. Leonina, vol. XVII, *La Giustizia (II-II, qq. 57-79)*, Bologna, 1984.

- TORCHIA L., *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 845 ss.
- TORIELLO F., *I Principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.
- TOSI R., *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 564 ss.
- TOTH A.G., *Legal protection of individuals in the European Communities*, vol. I, Amsterdam, 1978.
- TOTH A.G., *General principles of law*, in *The Oxford encyclopedia of european community law, Institutional law*, vol. I, Oxford, 1990.
- TRIDIMAS T., *Proportionality in community law, searching for appropriate standard of scrutiny*, in *The principle of proportionality in the laws of Europe*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 65 ss.
- TRIDIMAS T., *The general principles of EC law*, Oxford-New York, 1999.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 843 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 947 ss.

- TRIMARCHI F., BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, *Parte Generale*, Tomo I, II ed., Milano, 2007, 49 ss.
- URBANI P., *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 459 ss.
- VAN DIJK P., VAN HOOF G., *The theory and the Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Deventer, 1990.
- VAN GERVEN W., *The effect of proportionality on the actions of member States of the European community, national viewpoints from continental Europe*, in *The principle of proportionality in the law of Europe*, E. ELLIS (edited by), Oxford-Portland Oregon, 1999, 37 ss.
- VERDE G., *L'interpretazione della legge*, Torino, 1997.
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano, comunitario e inglese*, Milano, 2008.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2001, 1524 ss.
- VIOLINI L., *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 2003, 691 ss.

- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio della ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.
- VIRGA P., *Diritto Amministrativo*, vol. II – *Atti e ricorsi*, 6^a ed. agg., Milano, 2001.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1937.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quad. fior. storia pensiero giur. mod.*, 2002, II, 865 ss.
- ZANCHÌ C., *Protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 150 ss.
- ZINGALES I., *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro amm. – TAR*, 1998, 2457 ss.
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.
- ZITO A., *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 425 ss.