

STUDI E DIALOGHI GIURIDICI

COLLANA “STUDI E DIALOGHI GIURIDICI”

diretta da: Gennaro Terracciano, Stefano Toschei, Virginia Zambrano

COMITATO SCIENTIFICO

Presidente: Gianni Ricci, *Rettore Link Campus University*
Giuseppe Albano, *Avvocato dello Stato*
Kevin Aquilina, *Professore. Università di Malta*
Marcello Buscema, *Magistrato Ordinario*
Gaetano Caputi, *Segretario generale CONSOB*
Ida Caracciolo, *Professore Seconda Università di Napoli*
Francesco Cardarelli, *Professore Università di Roma Foro Italico*
Fausto Cardella, *Magistrato Ordinario*
Paolo Carpentieri, *Magistrato T.A.R.*
Giuseppe Celeste, *Notaio*
Vittorio Cesaroni, *Avvocato dello Stato*
Guido Clemente di San Luca, *Professore Università Federico II di Napoli*
Gianfranco D’Alessio, *Professore Università Roma Tre*
Oberdan Forlenza, *Consigliere di Stato*
Carlos Lasarte, *Professore Universidad Nacional de Educacion a Distancia*
Raffaele Lauro, *Senatore della Repubblica*
Gaetano, Liccardo, *Professore emerito II Università di Napoli*
Pierluigi Matera, *Docente Link Campus University*
Francesco Merloni, *Professore Università di Perugia*
Luigi Paganetto, *Professore e Presidente Fondazione CEIS Università Tor Vergata*
Lorenzo Pallesi, *Avvocato. Docente Link campus University*
Giuseppe Palma, *Professore Emerito Diritto Amministrativo*
Francesco Petrillo, *Professore Università del Molise*
Angelo Piazza, *Professore Università di Bologna*
Gianni Piccinelli, *Professore Seconda Università di Napoli*
Franco Pizzetti, *Professore Università di Torino*
Michele Pizzo, *Professore Università Federico II di Napoli*
Helene Puliati, *Professore. Università di Limoges*
Ian Refalo, *Professore Università di Malta*
Marilena Rispoli, *Professore Seconda Università di Napoli*
Giuseppe Rossi, *Professore Università degli Studi di Milano*
Ferruccio Sbarbaro, *Docente Link Campus University*
Vincenzo Scotti, *Docente Link Campus University*
Michel Senimon, *Segretario generale ass. EuroPA*
Giorgio Spangher, *Professore Università La Sapienza di Roma*
Alberto Stagno d’Alcontres, *Professore Università di Palermo*
Francesco Paolo Traisci, *Professore Università del Molise*
Mario Trapani, *Professore Università Roma Tre*
Antonio Uricchio, *Professore Università di Bari*
Ortensio Zecchino, *già Ministro dell’Università, Docente Link Campus University*

Gabriele Pepe

PRINCIPI GENERALI
DELL'ORDINAMENTO
COMUNITARIO
E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

Eurilink

© Copyright 2012 Eurilink

Eurilink Edizioni Srl
Via Nomentana, 335, 00162 Roma

www.eurilink.it - info@eurilink.it
ISBN: 978 88 97931 072

Prima edizione, ottobre 2012

Progetto grafico di Eurilink

INDICE

| | |
|--------------------|----|
| Ringraziamenti | 11 |
| Introduzione | 15 |
| Metodo di indagine | 19 |

PARTE PRIMA

I PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO NEL CONTESTO EUROPEO

| | | |
|-----------|---|----|
| 1. | L'uropeizzazione del diritto amministrativo italiano nell'osmosi tra diritto comunitario e ordinamenti nazionali | |
| | <i>Premessa</i> | 23 |
| 1.1. | La fine del monopolio statale sul diritto: la rimodulazione del concetto di sovranità e l'affievolimento del ruolo della legge in un sistema delle fonti ormai multilivello | 26 |
| 1.2. | Un diritto sempre più europeo: cause storiche, fattori politici ed economici | 34 |
| 1.3. | La Comunità europea e il suo diritto. Le ricadute della normativa e dei principi comunitari sugli ordinamenti amministrativi statuali | 44 |
| 1.4. | Il quadro delle fonti alla luce dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: tesi monista vs tesi dualista | 58 |
| 1.5. | L'incidenza delle regole e dei principi comunitari sul sistema italiano delle fonti. I nuovi strumenti a disposizione del giudice e della pubblica amministrazione | 65 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 2. | Principi generali dell'ordinamento comunitario: aspetti teorici e profili applicativi | |
| | <i>Premessa</i> | 71 |
| 2.1. | L'interpretazione del diritto e la funzione del giudice. Cenni alle tecniche ermeneutiche proprie del giudice nazionale e del giudice comunitario in tema di principi | 74 |
| 2.2. | I principi nella teoria generale del diritto: la distinzione tra principi e regole | 84 |
| 2.2.1 | I conflitti tra principi | 94 |
| 2.3. | I principi comunitari quale <i>trait d'union</i> tra ordinamenti e tra giurisdizioni | 98 |
| 2.4. | Classificazione e funzioni dei principi comunitari | 103 |
| 2.5. | L'attività della Corte di giustizia nella elaborazione ed applicazione dei principi comunitari nel segno dell'allargamento degli spazi di libertà del cittadino | 111 |
| 2.6. | L'importanza delle sentenze della Corte di giustizia nel quadro di una progressiva valorizzazione del diritto giurisprudenziale | 121 |
| 2.7. | Il conflitto tra principi comunitari e norme nazionali | 125 |
| 2.8. | L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo: tipologie, caratteri e poteri del giudice | 130 |
| 2.8.1 | La nullità dell'atto amministrativo per violazione della normativa e dei principi comunitari | 141 |
| 3. | I principi comunitari di maggior rilievo per l'azione amministrativa | |
| | <i>Premessa</i> | 145 |
| 3.1. | Il principio della certezza del diritto: la prevedibilità delle scelte pubbliche a tutela delle situazioni soggettive individuali | 150 |
| 3.2. | Il principio della tutela del legittimo affidamento: le libertà del cittadino quale fulcro del sistema comunitario | 157 |
| 3.3. | Il principio di proporzionalità quale misura e limite dell'esercizio dei pubblici poteri in ambito comunitario e nazionale | 164 |
| 3.4. | I principi del giusto procedimento: la valorizzazione delle pretese del cittadino nell'esercizio del potere | 172 |

- 3.5 I principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale: l'erosione dell'autonomia processuale degli Stati e l'influenza sul giudizio amministrativo italiano 185

PARTE SECONDA

L'INFILTRAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI NELLA
REALTÀ AMMINISTRATIVA ITALIANA

Introduzione 199

- 4. Le situazioni giuridiche soggettive tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale**
- 4.1. La visione "sostanzialista" e pragmatica dell'ordinamento comunitario: la centralità dei diritti e delle libertà del cittadino nel sistema 205
- 4.2. Le situazioni giuridiche comunitarie e l'influenza del diritto europeo sulle posizioni giuridiche nazionali 210
- 4.3. Interesse legittimo e sua risarcibilità nella prospettiva comunitaria 213
- 4.4. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei suoi organi: brevi cenni 220
- 5. L'azione amministrativa nella nuova era dei rapporti tra autorità e libertà**
- 5.1 La democratizzazione dei pubblici poteri e l'estensione delle garanzie procedurali nella legge 241 del 1990: un nuovo modo di intendere i rapporti tra potere pubblico e amministrati 225
- 5.2. L'evoluzione del principio di legalità da una concezione meramente formale ad una nuova legalità di risultato 233
- 5.2.1 Le illegittimità non invalidanti ex art. 21-octies 237
- 5.3. Il sindacato del giudice sulla violazione del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa 242

| | | |
|-----------|--|-----|
| 6. | La tutela delle legittime aspettative dei privati in alcuni istituti del diritto amministrativo italiano | |
| 6.1. | Gli accordi ex art. 11 l. 241/1990 | 251 |
| 6.1.1 | L'affidamento del privato alla stabilità delle convenzioni di lottizzazione a fronte di una variante urbanistica al P.r.g. | 259 |
| 6.2. | L'autotutela decisoria: l'affidamento del cittadino alla stabilità del provvedimento quale limite alla funzione di riesame | 262 |
| 6.2.1 | Una fattispecie spinosa: l'autotutela della pubblica amministrazione avverso un atto confligente con l'ordinamento comunitario | 272 |
| 6.3. | Il danno da ritardo e la nuova concezione del tempo come bene della vita risarcibile in via autonoma | 276 |
| 7. | La tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione: spunti ricostruttivi | |
| 7.1. | L'ampliamento delle azioni esperibili e l'evoluzione del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva | 287 |
| 7.1.1 | I nuovi caratteri dell'annullamento giurisdizionale nel tramonto dei miti della necessaria retroattività e dell'automatismo | 298 |
| 7.1.2 | La vexata quaestio della ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo: excursus storico dalla metà del XX sec. al nuovo Codice del processo amministrativo | 303 |
| 7.1.3 | L'azione risarcitoria e il nodo della "pregiudiziale mascherata" | 309 |
| | Conclusioni | 315 |
| | Bibliografia | 319 |
| | Giurisprudenza | 385 |

a mio Padre

*per avermi insegnato
a trasformare le sconfitte
in opportunità*

Ringraziamenti

Il presente lavoro costituisce sviluppo della tesi di dottorato discussa presso l'Università G. Marconi il 18 luglio 2011.

Desidero esprimere un sincero ringraziamento a tutti coloro che a vario titolo mi hanno accompagnato sin dal 2008 in questo percorso di ricerca.

In ambito accademico, al prof. avv. Massimo Stipo, coordinatore del corso di dottorato, per avermi seguito con dedizione nel percorso di ricerca, guidandomi con lucidità lungo i perigliosi sentieri della scienza giuridica. Al prof. avv. Gennaro Terracciano per l'encomiabile disponibilità nonché per le preziose indicazioni sul filo conduttore della ricerca.

Alla mia famiglia, Mamma, Papà e Ornella per avermi sostenuto con ammirevole affetto nei momenti di difficoltà.

Last but not least al mio amico Giuseppe per l'aiuto nell'impaginazione della monografia.

Roma, 22 ottobre 2012

Gabriele Pepe

Principali Abbreviazioni

| | |
|------------------------------|--|
| <i>A.I.C.</i> | <i>Associazione italiana costituzionalisti</i> |
| <i>Adun. Plen.</i> | <i>Adunanza Plenaria</i> |
| <i>Ajda</i> | <i>Actualité juridique droit administratif</i> |
| <i>Arch. giur.</i> | <i>Archivio giuridico</i> |
| <i>CDE</i> | <i>Cahiers de droit européen</i> |
| <i>Ch. dr. europ.</i> | <i>Cahier de droit européen</i> |
| <i>CMLR</i> | <i>Common market law review</i> |
| <i>Corr. giur.</i> | <i>Corriere giuridico</i> |
| <i>Democr. e dir.</i> | <i>Democrazia e diritto</i> |
| <i>Dig. disc. pubbl.</i> | <i>Digesto discipline pubblicistiche</i> |
| <i>Dir. amm.</i> | <i>Diritto amministrativo</i> |
| <i>Dir. com. sc. int.</i> | <i>Diritto comunitario degli scambi internazionali</i> |
| <i>Dir. e form.</i> | <i>Diritto e formazione</i> |
| <i>Dir. int.</i> | <i>Diritto internazionale</i> |
| <i>Dir. proc. amm.</i> | <i>Diritto processuale amministrativo</i> |
| <i>Dir. pubbl. eu. comp.</i> | <i>Diritto pubblico europeo e comparato</i> |
| <i>Dir. pubbl.</i> | <i>Diritto pubblico</i> |
| <i>Dir. soc.</i> | <i>Diritto e società</i> |
| <i>Dir. UE</i> | <i>Il Diritto dell'Unione europea</i> |
| <i>Diz. dir. pubbl.</i> | <i>Dizionario di diritto pubblico</i> |
| <i>Enc. dir.</i> | <i>Enciclopedia del diritto</i> |
| <i>Enc. giur.</i> | <i>Enciclopedia giuridica</i> |
| <i>EPL</i> | <i>European public law</i> |
| <i>Eur. Journ. Int.Rel.</i> | <i>European journal of international relations</i> |
| <i>Eur. law j.</i> | <i>European law journal</i> |
| <i>Eur. law rev.</i> | <i>European law review</i> |
| <i>Europa e dir. priv.</i> | <i>Europa e diritto privato</i> |
| <i>Filos. pol.</i> | <i>Filosofia politica</i> |
| <i>Foro amm.</i> | <i>Foro amministrativo</i> |
| <i>Foro it.</i> | <i>Foro italiano</i> |
| <i>Giur. cost.</i> | <i>Giurisprudenza costituzionale</i> |
| <i>Giust. civ.</i> | <i>Giustizia civile</i> |
| <i>L.G.D.J.</i> | <i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i> |
| <i>Noviss. dig. it.</i> | <i>Novissimo digesto italiano</i> |
| <i>Nuova rass.</i> | <i>Nuova rassegna</i> |

| | |
|------------------------------------|--|
| <i>Pol. dir.</i> | <i>Politica del diritto</i> |
| <i>Probl. amm. pubbl.</i> | <i>Problemi di amministrazione pubblica</i> |
| <i>Quad. Cons. Stato</i> | <i>Quaderni del Consiglio di Stato</i> |
| <i>Quad. cost.</i> | <i>Quaderni costituzionali</i> |
| <i>Quad. fior.</i> | <i>Quaderni fiorentini</i> |
| <i>Quad. rass. parlam.</i> | <i>Quaderni di rassegna parlamentare</i> |
| <i>Quad. reg.</i> | <i>Quaderni regionali</i> |
| <i>Resp. civ. e prev.</i> | <i>Responsabilità civile e previdenza</i> |
| <i>Rev. eur. dr. publ.</i> | <i>Revue européenne de droit public</i> |
| <i>Rev. intern. dr. comparé</i> | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| <i>RIFD</i> | <i>Rivista internazionale di filosofia del diritto</i> |
| <i>Riv. amm.</i> | <i>Rivista amministrativa</i> |
| <i>Riv. amm. repubbl. it.</i> | <i>Rivista amministrativa repubblica italiana</i> |
| <i>Riv. dir. civ.</i> | <i>Rivista di diritto civile</i> |
| <i>Riv. dir. comm.</i> | <i>Rivista di diritto commerciale</i> |
| <i>Riv. dir. cost.</i> | <i>Rivista di diritto costituzionale</i> |
| <i>Riv. dir. pubbl. comp. eur.</i> | <i>Rivista di diritto pubblico comparato europeo</i> |
| <i>Riv. giur. ed.</i> | <i>Rivista giuridica dell'edilizia</i> |
| <i>Riv. giur. urb.</i> | <i>Rivista giuridica dell'urbanistica</i> |
| <i>Riv. int. fil. dir.</i> | <i>Rivista internazionale di filosofia del diritto</i> |
| <i>Riv. trim. app.</i> | <i>Rivista trimestrale degli appalti</i> |
| <i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i> | <i>Rivista trimestrale di diritto processuale civile</i> |
| <i>Riv. trim. dir. pubbl.</i> | <i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i> |
| <i>Urb. e app.</i> | <i>Urbanistica appalti</i> |

Introduzione

La nascita dell'ordinamento comunitario riflette e amplifica i cambiamenti di una nuova era, segnata dal declino dell'egemonia statale sulle dinamiche economiche e sulla produzione normativa.

Il fenomeno della globalizzazione provoca importanti mutamenti nella sfera dei rapporti tra politica, economia e diritto, dettando una rivisitazione dei dogmi positivistici del nostro tempo.

L'emergere di uno spazio sovranazionale in cui diritti ed economie si connettono e si contaminano costringe l'interprete ad una rilettura sia del ruolo sia delle funzioni dei pubblici poteri nazionali.

In particolare, da un'angolazione giuridica, è possibile constatare l'evoluzione dell'ordinamento italiano, tradizionalmente piramidale, verso una struttura policentrica e multilivello, in cui convivono, intesendo reciproche relazioni, soggetti, norme e poteri diversi, sicchè *“l'imperativo funzionale del coordinamento prevale sull'esigenza logica della gerarchizzazione”*¹.

¹ OST F.-VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, 2000. Sull'evoluzione dei pubblici poteri da una struttura gerarchica e verticale verso un modello a rete di tipo orizzontale anche ARNAUD A.J., *Critique de la raison juridique*, Paris, L.G.D.J., 25, 1981. PREDIERI A., *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. UE*, 1997, 287.

La crisi della sovranità statale, iniziata con la Costituzione repubblicana del '48, laddove al tradizionale dogma della sovranità del c.d. Stato-ente o Stato-persona² si è sostituita l'appartenenza della sovranità al popolo (art. 1 II co. Cost.), è accentuata inesorabilmente dall'attribuzione di ampi poteri alle Comunità europee prima ed all'Unione poi, ossia ad organizzazioni internazionali *sui generis* capaci di sostituire gli Stati nella regolazione di taluni processi in ambito politico, giuridico ed economico.

La peculiarità dell'ordinamento comunitario consiste nell'avere come protagonisti sia gli Stati sia le persone fisiche e giuridiche dei rispettivi ordinamenti, cui riconosce direttamente, e senza intermediazione alcuna, posizioni giuridiche immediatamente azionabili.

In un contesto di piena integrazione tra ordinamenti³, tanto i giudici nazionali quanto i giudici comunitari hanno il compito di garantire la piena affermazione dell'*acquis communautaire*, vale a dire della vasta galassia di fonti comunitarie (tipiche e atipiche).

Una funzione di primo piano è in special modo rivestita dalle pronunce della Corte di giustizia che non si limitano ad interpretare il diritto comunitario ma concorrono a formarlo. Mediante l'elaborazione di una gamma di principi non scritti, il giudice di Lussemburgo promuove, infatti, lo sviluppo del sistema, attraverso una conformazione progressiva e costante degli ordinamenti statali.

In particolare la materia del diritto amministrativo, da sempre appannaggio dei pubblici poteri nazionali, viene ad essere plasmata in

² Sulla figura soggettiva dello Stato-persona MASSERA A., *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo. Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Giuffrè, Milano, 1986.

³ ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Edizioni scientifiche, Napoli, 1999. L'autore evidenzia come il fenomeno dell'integrazione comunitaria sia tuttora circondato da un'aurea di diffidenza e gelosia all'interno degli ordinamenti degli Stati membri: "*Persiste infatti, sia pur in forma attenuata, la convinzione-diffusa peraltro non solo nell'ambito della organizzazione amministrativa italiana, ma anche in una certa giurisprudenza nazionale-che sia il diritto comunitario a doversi adattare alle ragioni del nostro ordinamento e non viceversa; e ciò, malgrado una prassi ormai risalente dimostri, con precisione quasi statistica, che il processo di integrazione si estende in misura e con incisività crescenti, apparendo per molti versi come ineludibile*".

profondità dai principi comunitari, acquisendo nuovi caratteri e sfumature, lungo il *fil rouge* della protezione delle libertà del cittadino dagli abusi dell'autorità.

L'influenza esercitata dall'ordinamento europeo sui sistemi giuridici dei Paesi membri determina, pertanto, una trasformazione dei rapporti tra autorità pubblica e *cives*. Le relazioni amministrative, infatti, da uno stadio iniziale di netta e rigida contrapposizione⁴ si evolvono progressivamente verso modelli dialogici e collaborativi.

Di conseguenza l'attività amministrativa tende a diluire progressivamente la segretezza e l'unilateralità del proprio agire in un rinnovato scenario costruito sui valori della trasparenza e della partecipazione.

Il procedimento assurge, così, a luogo privilegiato di dialogo e di confronto, in cui coloro i quali erano precedentemente considerati amministrati, o peggio sudditi, divengono a vario titolo codecisori delle scelte pubbliche⁵.

Sono proprio le situazioni giuridiche soggettive individuali a rappresentare la nuova stella cometa del panorama giuridico europeo, fungendo sia da finalità che da limite all'esercizio dei pubblici poteri.

I principi comunitari, dunque, impongono lentamente ma inesorabilmente alle amministrazioni nazionali l'obiettivo della valorizzazione delle pretese del cittadino. Un vero e proprio cambio di paradigma che rende sempre più partecipata e condivisa la funzione pubblica, ampliando conseguentemente gli spazi di libertà e di tutela degli amministrati.

Lungo tale direttrice il diritto amministrativo viene così a proiettarsi, attraverso una disciplina integrata e multilivello, in una dimensione giuridica europea che travalica e assorbe, senza peraltro mortificare, le singole realtà statuali.

⁴ CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in Riv. trim. dir. pubbl. 2001. Secondo l'autore il rapporto tra amministrazione e cittadini è storicamente impostato sul c.d. "*paradigma bipolare*", ossia su una rigida contrapposizione fra il polo dell'autorità pubblica e il polo delle libertà private. In proposito si rinvia al contributo di ARENA G., *Cittadini attivi*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁵ BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

