

Giulio Vesperini

Le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali: un'introduzione.

Sommario. 1. Per uno studio delle discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali. 2. Alcuni esempi. 3. Le principali caratteristiche: premessa. 4. La struttura della disciplina. 5. Il profilo oggettivo: l'inerenza all'attività, all'organizzazione, alle qualificazioni giuridiche. 6. Gli interessi tutelati: a) la protezione delle imprese e dei cittadini europei nei riguardi delle amministrazioni di Stati membri diversi da quelli di appartenenza. b) il controllo dell'esecuzione nazionale del diritto comunitario. 7. Le conseguenze sugli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

1. Per uno studio delle discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali.

Le indagini sul diritto amministrativo europeo prendono in considerazione, fondamentalmente, tre diverse dimensioni. Anzitutto, il complesso dei principi e delle regole che informano l'organizzazione e le azioni delle istituzioni comunitarie e i loro rapporti con i cittadini dell'Unione europea¹. Sotto il profilo del diritto positivo, vi appartengono, tra l'altro, molte norme della Carta dei diritti e, in particolare, quelle dell'art. 41 sul diritto ad una buona amministrazione, dell'art. 42 sul diritto di accesso ai documenti delle istituzioni europee, dell'art. 43, sul Mediatore europeo.

Una seconda dimensione, in parte intrecciata con la prima, riguarda invece l'esecuzione delle politiche e delle discipline europee e i compiti a questo scopo attribuiti alle amministrazioni nazionali. Rientra in questo ambito, tra l'altro, la distinzione tradizionale tra l'amministrazione diretta della Comunità e quella indiretta degli Stati, affiancata, ora, e in gran parte superata, dalla considerazione delle numerose forme di coamministrazione².

¹ S. Cassese ha dedicato numerosi scritti all'analisi delle peculiarità e delle caratteristiche dell'amministrazione comunitaria e del diritto amministrativo comunitario. Tra questi, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv.Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 1991, p. 3; (in collaborazione con G. della Cananea), *L'esecuzione del diritto comunitario* in *Riv.Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 1991, p. 901; *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Riv. Trim. di Pubbl.*, 1991, pp. 769; (in collaborazione con G. della Cananea), *The Commission of the European Economic Community; the Administrative Ramifications of its political development, (1957-1967)*, in *Early European Community Administration - Gli inizi dell'amministrazione comunitaria europea*, Annuario per la storia amministrativa europea, Baden Baden, Nomos, 1992, p. 75; *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, M.P. Chiti e G. Greco (diretto da), II edizione, Milano, Giuffrè, 2007, pt. g., I, p. 1; *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv.Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 2002, p. 291; *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2003, p. 35.

² Indicazioni e sviluppi su questi aspetti sono contenuti, oltre che negli scritti già citati nella nota 1, anche in S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, S. Cassese e F. Bignami (a cura di), Quaderno n. 1 della "Rivista trimestrale di diritto pubblico", Milano, Giuffrè, 2004, p. 31.

Una terza dimensione è quella che viene definita della “europeizzazione” del diritto amministrativo ³. A questo termine, in realtà, vengono date in letteratura molte diverse accezioni, sicché è difficile identificarne un contenuto specifico. Può dirsi che, in questi casi, l’indagine riguarda in generale le influenze dell’integrazione europea sulla organizzazione, le funzioni, i procedimenti degli Stati membri. E’ una indagine, quindi, portata essenzialmente sui diritti amministrativi nazionali per verificare le trasformazioni indotte dal diritto europeo. Intesa in questo senso, l’europeizzazione, da un lato, determina una tendenziale convergenza dei diritti amministrativi nazionali degli Stati membri, con la diffusione di principi comuni e, talvolta, la loro estensione anche a parti dell’ordinamento nazionale non soggette al diritto comunitario ⁴; dall’altro, però, produce effetti diversi da Stato a Stato, anche in ragione della diversa tradizione dei singoli diritti amministrativi nazionali.

Sono parti integranti di questo ultimo tipo di indagine, ma non hanno ricevuto ancora un approfondimento adeguato, quelle che, in prima approssimazione, si possono definire le discipline comunitarie dei diritti amministrativi nazionali. Possono essere ricondotti ad esse tutti i casi nei quali la Comunità detta principi e regole circa i diritti amministrativi nazionali e circa l’organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni nazionali. A differenza di quelle prima richiamate, queste discipline hanno per oggetto (direttamente o indirettamente) le sole amministrazioni nazionali e, quindi, non attribuiscono alle istituzioni comunitarie compiti amministrativi diversi da quelli del controllo sulla corretta applicazione del diritto comunitario; si sostituiscono in tutto o (più spesso) in parte al diritto nazionale nella disciplina di aree dell’amministrazione nazionale più o meno estese a seconda dei casi; identificano una serie di fattispecie nelle quali la nozione di europeizzazione dei diritti amministrativi nazionali assume contenuti più puntuali e giuridicamente determinati di quanto normalmente non abbia nella letteratura che ad essa fa riferimento.

Questo lavoro pone le premesse per lo studio di queste ultime discipline, delle loro principali caratteristiche, dei problemi che esse pongono.

Ci sono due profili di interesse in questa analisi. Anzitutto, perché, in questi casi, il diritto europeo vincola in modo diretto le amministrazioni nazionali: si instaura, quindi, un circuito tra disciplina europea, amministrazioni nazionali, cittadini, con un peso significativo dei giudici

³ Sulla distinzione tra una influenza verticale (che si svolge lungo i rapporti tra la comunità europea e i diritti amministrativi nazionali) e una influenza orizzontale (per cui il diritto comunitario crea una piattaforma che costituisce un veicolo per i trapianti di istituti da un diritto nazionale ad un altro), si veda S. Cassese, *L’influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. Ital dir. Pubbl. comun.*, 1993, p.329.

⁴ In generale, sui profili della convergenza tra gli ordinamenti, si rinvia allo scritto di S. Cassese, *Storia e morfologia della convergenza in Europa*, in «Quale cultura per l’Europa? Ordinamenti giuridici e culture nel processo di globalizzazione», Presidenza del Consiglio dei ministri - Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Reggio Calabria, Centro Stampa SSPA, 2002, p. 37.

europei e, in parte, nazionali, e uno, ridotto, dei legislatori nazionali. Ne consegue che, nelle materie così regolate, le amministrazioni nazionali dipendono solo in parte minore dal legislatore nazionale, in modo più ampio da quello comunitario.

Il secondo motivo di interesse sta in ciò, che il diritto europeo vincola la “*domestic regulation*” in larga misura attraverso tecniche e istituti tratti dal diritto amministrativo e, quindi, per così dire, sottopone il diritto amministrativo nazionale ad una regolazione, anche essa, di diritto amministrativo. Le garanzie sviluppatesi ed affinate, negli ordinamenti domestici, per limitare la sovranità statale a protezione dei diritti dei cittadini, vengono riadattate e utilizzate, da parte di un potere pubblico sovrastatale, per limitare il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri al duplice scopo di proteggere i diritti di operatori economici stranieri innanzi a Stati membri diversi dal proprio e di realizzare i principi comunitari dell’unità del mercato e del diritto.

Prima di procedere, è necessaria una avvertenza, che ricorre spesso negli studi sul diritto amministrativo europeo, ma che in questo caso è particolarmente opportuna in ragione del carattere ancora embrionale della elaborazione in materia: di seguito, non si forniscono gli elementi costitutivi di un modello, ma si segnalano solo alcune caratteristiche di un fenomeno ancora poco studiato e si pongono le basi per un suo successivo approfondimento.

2. Alcuni esempi.

Prendiamo tre esempi di discipline comunitarie delle amministrazioni nazionali.

Il primo è tratto da una recente normativa, la direttiva n.2006/123/Ce, relativa ai servizi nel mercato interno, che contiene alcune importanti disposizioni del tipo indicato.

L’ art. 9, anzitutto, prevede che gli Stati membri possono subordinare ad autorizzazione l’accesso ad un’attività di servizio e il suo successivo esercizio soltanto se sono soddisfatte una serie di condizioni: il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore; la necessità dello stesso è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale; l’obiettivo perseguito tramite il regime autorizzatorio non si può conseguire efficacemente tramite una misura meno restrittiva. Si prevede, poi, che, in una apposita relazione alla Commissione, gli Stati membri, tra l’altro, indichino i propri regimi di autorizzazione e ne motivino la conformità alle norme comunitarie.

Pertanto, in materia di servizi la regola imposta al legislatore nazionale da quello europeo è quella di non istituire (o non conservare) un regime autorizzatorio: un istituto tipico del diritto amministrativo, quello dell’autorizzazione amministrativa, forma oggetto di una normativa europea che ne consente l’utilizzo solo entro limiti prestabiliti: i diritti amministrativi degli Stati non

possono prevedere autorizzazioni in materia di servizi, se non nei casi eccezionali previsti dalla stessa normativa europea e dandone comunque adeguata motivazione. Il rispetto di questa normativa è soggetta ai controlli della comunità, all'esercizio dei quali gli Stati devono collaborare fornendo informazioni circa la propria regolamentazione.

Fissato questo principio di carattere generale, i quattro articoli successivi della direttiva stabiliscono regole sull'esercizio del potere amministrativo di autorizzazione, per i casi eccezionali nei quali è ammesso, ed aggiungono, quindi, ulteriori limitazioni a quella sostanziale appena esaminata.

L'art. 10, per esempio, prevede che "I regimi di autorizzazione devono basarsi su criteri che inquadrino l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario". A loro volta, questi criteri devono essere non discriminatori; chiari e inequivocabili; oggettivi; e devono essere resi pubblici preventivamente; ecc. La disciplina delle autorizzazioni è sviluppata negli articoli che seguono. Essa riguarda l'efficacia e la durata dell'autorizzazione stessa; le forme di tutela dei cittadini; i principi regolatori delle procedure di selezione dei candidati; la previsione del meccanismo del silenzio assenso; addirittura, il contenuto della ricevuta della domanda di autorizzazione da inviare al richiedente. Quindi, una serie di altri istituti tipici del diritto amministrativo nazionale, (l'efficacia del provvedimento amministrativo, i mezzi di tutela degli interessati, i termini per provvedere, le conseguenze della loro mancata osservanza, ecc.), sono disciplinati nel diritto europeo allo scopo di conformare il potere di autorizzazione e di funzionalizzarne l'esercizio alla cura degli interessi comunitari.

Con la disciplina dei servizi, l'Unione Europea interviene sulla attività delle amministrazioni nazionali e dei loro rapporti con i cittadini. Altre volte, invece, la disciplina comunitaria detta regole circa l'organizzazione amministrativa nazionale. Molto spesso questo avviene con le misure che impongono agli Stati la costituzione di un determinato ufficio (o l'identificazione di uno tra quelli esistenti) al quale attribuire i compiti regolati dalla rispettiva disciplina. In questi casi, allora, "organi amministrativi nazionali, retti da leggi nazionali, diventano rilevanti dal punto di vista del diritto comunitario, perché questo ne prevede l'istituzione o ne regola la struttura o in altro modo ne condiziona l'esistenza o l'ordinamento"⁵.

Ma l'incidenza della disciplina comunitaria, talvolta, è più pronunciata. Questo è il caso delle numerose ipotesi nelle quali, a partire dagli anni novanta del secolo XX, si è imposto agli Stati di costituire un organismo indipendente ed assegnare ad esso i compiti definiti dalla stessa

⁵ Così, S. Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario*, cit..

disciplina comunitaria ⁶. Per completezza, va aggiunto che di questi organismi il diritto comunitario regola anche funzioni e procedimenti, rapporti con le omologhe autorità di altri paesi e con gli apparati della Comunità preposti alla funzione medesima: quindi, la disciplina del disegno organizzativo è parte di una disciplina più ampia ed ulteriore indizio della rilevanza comunitaria delle funzioni che l' autorità indipendente deve svolgere.

Queste discipline pongono diversi problemi, ma quello più interessante, per questa indagine, riguarda i soggetti rispetto ai quali deve essere garantita l'indipendenza dell' autorità amministrativa nazionale. Di norma, la prescrizione dell'indipendenza è regola del rapporto tra i regolatori nazionali e i regolati. Le formulazioni sono sostanzialmente equivalenti nelle diverse normative, prescrivendosi, a seconda dei casi, che l'ente titolare di poteri di regolamentazione e controllo sia distinto “legalmente e funzionalmente” dagli operatori; che eserciti i propri poteri in modo imparziale e trasparente; che sia “pienamente indipendente” dagli interessi dell'industria regolata; che, nella relativa disciplina, si evitino conflitti di interesse con gli operatori economici.

Più eterogenee, invece, anche in ragione delle ambiguità del disegno europeo, sono le prescrizioni sul rapporto di queste stesse autorità con i governi dei rispettivi paesi, anche se può dirsi che ormai le norme in materia hanno una estensione equivalente alle prime. E' interessante, però, osservare che, accanto ai (rari) casi nei quali il trattato o la normativa derivata hanno imposto espressamente una specifica posizione di indipendenza anche nei confronti del potere politico (nazionale), la regola del rapporto tra l' autorità amministrativa ed il governo nazionale viene desunta, in via interpretativa, da quella sull'indipendenza della stessa amministrazione rispetto agli operatori economici. Il percorso argomentativo utilizzato per raggiungere questa conclusione può essere sintetizzato nei seguenti termini: ogni qualvolta in un determinato settore di mercato, oggetto di regolamentazione, operino imprese in mano pubblica, di proprietà o sotto il controllo di uffici ministeriali, una effettiva indipendenza del regolatore rispetto al regolato esige anche l'indipendenza dal governo e, in particolare, da quella articolazione dello stesso che esercita poteri diretti di controllo sull'impresa. L'applicazione più frequente di questo ragionamento si ha nella disciplina delle autorità nazionali di regolamentazione dei servizi.

Un esempio può chiarire meglio la natura del problema e il ragionamento utilizzato per risolverlo. Con il ricorso proposto il 10 settembre 2004 (Causa C-389/04, successivamente, però, cancellata dal ruolo), la Commissione chiede alla Corte di Giustizia di dichiarare la Francia inadempiente per mancata trasposizione dell'art. 22 della direttiva 97/67/CE, sui servizi postali, nella parte che impone agli Stati di assicurare l'indipendenza funzionale dell' autorità nazionale di

⁶ Pur se riferito in modo specifico alla disciplina in materia di comunicazioni elettroniche, contiene una serie di considerazioni generali molto interessanti sul punto, S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn.dir.amm.*, 2002, p. 689.

regolamentazione rispetto agli operatori nazionali. La Commissione contesta alla Francia, in particolare, di avere una normativa che non garantisce all'autorità di regolamentazione del settore postale una adeguata indipendenza funzionale nei riguardi dell'operatore postale pubblico "La Poste". Infatti, l'autorità di regolamentazione designata è il ministero dell'economia, al cui interno, però, è incardinata la direzione generale dell'industria, che ha compiti di amministrazione fiduciaria di La Poste, tra i quali ad esempio la definizione degli orientamenti strategici, l'intervento nella scelta degli amministratori dell'impresa, l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, ecc. Ma, ad avviso della Commissione, il principio di indipendenza funzionale prescritto dalla direttiva 97/67/Ce per prevenire il conflitto di interessi tra l'autorità nazionale di regolamentazione e controllo e le imprese del settore, esige la separazione tra il soggetto proprietario e quello al quale sono imputate le funzioni di regolamentazione. All'opposto, la riunione in capo al ministero francese dell'economia delle due funzioni determina proprio quel conflitto di interessi che la normativa comunitaria intende evitare.

Questo caso (nel quale, peraltro, la commissione riprende un indirizzo consolidato del giudice comunitario) è interessante per almeno tre ragioni. Anzitutto, perché mostra il percorso attraverso il quale, pur in assenza di una esplicita indicazione normativa, il principio di indipendenza del regolatore rispetto al governo viene ricavato da quello della indipendenza dello stesso rispetto al regolato. Inoltre, perché dimostra che, nell'esercizio dei poteri di controllo loro attribuiti circa l'osservanza della normativa, la Commissione e il giudice europeo possono estendere il loro sindacato anche all'articolazione interna di un ministero. Infine, perché prova che per la tutela dei principi della libera concorrenza e della parità tra gli operatori può non essere sufficiente disciplinare il rapporto tra il potere pubblico e l'autonomia privata, ma essere necessario, invece, anche regolare i rapporti organizzativi interni all'apparato pubblico.

Per quanto interessa, si può trarre la conclusione che, ai fini della funzione di regolazione del mercato, la scelta del modello organizzativo delle autorità indipendenti sfugge, in misura significativa, alla disponibilità del legislatore nazionale. Questi non sceglie "se" affidare tale funzione ad un regolatore indipendente: può scegliere solo in quale misura, e con quali mezzi, garantire l'indipendenza del regolatore.

Passiamo ad un terzo esempio. La direttiva 2004/38/Ce regola le modalità di esercizio del diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio della Comunità (art. 18 del trattato dell'Unione, d'ora in poi TUE). Ci sono due motivi di interesse in questa disciplina: da un lato, essa dispone una tutela non solo dei cittadini europei, ma anche dei loro familiari, pur se di cittadinanza non europea; dall'altro, attribuisce diritti non solo nei

riguardi di Stati membri diversi da quello di appartenenza, ma, entro certi limiti, anche nei riguardi del proprio Stato.

Il diritto di circolazione del cittadino europeo si estende ai suoi familiari per due fondamentali ragioni: assicurare effettività allo stesso diritto che risulterebbe, invece, compromesso se questi non avesse la possibilità di essere accompagnato nel territorio di altri Stati membri dalla propria famiglia; salvaguardare il diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, garantito, tra l'altro, dall'art. 8.2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Questa disciplina, pertanto, pone vincoli ai diritti e alle amministrazioni nazionali a favore dei familiari dei cittadini europei, per tutelare la libertà di circolazione di questi ultimi. Non rileva, quindi, la nazionalità del soggetto tutelato, quanto piuttosto il suo legame con il cittadino europeo, tanto che si usa considerare i diritti attribuiti ai familiari "derivati" da quello di libera circolazione dei cittadini dell'Unione. D'altro canto, però, la subordinazione del familiare al cittadino europeo è solo parziale, tanto che si è parlato per esso di uno *status* di "quasi cittadinanza": nella normativa e nella giurisprudenza si ammette che la posizione derivativa di riferimento muti; sono fissate le condizioni che consentono ai familiari del lavoratore migrante di mantenere il diritto di soggiorno anche nel caso di morte del loro congiunto, di una sua partenza dal territorio dello Stato ospitante, o in quelli di divorzio, annullamento del matrimonio, scioglimento dell'unione registrata; alcuni diritti sono attribuiti al familiare in quanto tale.

Quindi, in funzione della tutela di un cittadino europeo, la disciplina comunitaria accordano garanzie anche a cittadini non europei legati al primo da un rapporto familiare. Il familiare, privo della cittadinanza europea, in parte, ha gli stessi diritti del cittadino, per altra parte, ha uno *status* differente sia (in senso restrittivo) dal primo, sia (in senso ampliativo) da quello di altri cittadini non europei.

Passiamo ora al secondo aspetto, quello riguardante la possibilità per i cittadini di invocare le libertà di origine comunitaria anche nei riguardi del proprio Stato di appartenenza. Si tratta di un aspetto complesso al quale può essere utile dedicare qualche cenno.

Il principio di base che regola queste relazioni è quello per il quale il cittadino può invocare la libertà di circolazione anche nei riguardi del proprio Stato, a condizione che possa dimostrare un qualche elemento di estraneità rispetto al contesto nazionale. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha progressivamente circoscritto la portata della nozione di "situazione puramente interna" (nella quale, quindi, il diritto comunitario non trova applicazione) e, in particolare, ha evitato di farne applicazione in tutti i casi nei quali il cittadino, invocando la norma comunitaria nei riguardi del proprio Stato, ha inteso tutelare, anche indirettamente, il proprio diritto di circolare liberamente nel territorio di altri Stati membri. Si è andato formando, così, un indirizzo della Corte in base al quale

è sufficiente un elemento di collegamento, anche meramente indiretto e potenziale, per radicare la controversia sotto lo standard di protezione riconosciuto dal TUE. Un esempio interessante tra i tanti si ha nella sentenza della Corte di Giustizia dell'11 luglio 2002 nel procedimento C-60/00 (*Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*), nella quale, tra l'altro, si statuisce che "l'art. 49 CE, letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, deve essere interpretato nel senso che osta a che (...) lo Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, il quale fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, neghi il diritto di soggiorno nel suo territorio al coniuge del detto prestatore, cittadino di un paese terzo".

In questi casi, quindi, il diritto comunitario penetra nei diritti nazionali, anche per regolare i rapporti tra le amministrazioni e i cittadini dello stesso Stato: questi sono provvisti nei riguardi delle prime non solo dei mezzi di tutela che concede loro il diritto nazionale, ma anche di quelli accordati ai cittadini degli altri Stati membri.

3. Le principali caratteristiche: premessa.

Nei tre esempi illustrati, quindi, la Comunità detta principi e regole circa l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni nazionali. In questo modo, il diritto comunitario si sostituisce in tutto o (più spesso) in parte al diritto nazionale nella disciplina di componenti, più o meno estese a seconda dei casi, delle amministrazioni nazionali.

Tale fenomeno riguarda il diritto amministrativo per due ragioni differenti. Anzitutto, e in modo più evidente, per l'oggetto della regolamentazione: come si è visto da questi pochi esempi, infatti, essa concerne procedimenti e provvedimenti amministrativi, la discrezionalità dell'amministrazione, i diritti attribuiti ai singoli nei riguardi delle amministrazioni, la loro tutela, l'organizzazione degli uffici, ecc. In secondo luogo, perché il diritto europeo vincola la normativa nazionale con le tecniche proprie del diritto amministrativo e, in particolare, stabilisce i fini che essa deve perseguire e vincola la sua discrezionalità.

Ancora, si è visto che queste discipline hanno per oggetto diverse componenti delle amministrazioni nazionali; pongono limiti al legislatore e all'amministrazione nazionale; attribuiscono diritti ai cittadini e alle imprese dell'unione europea; ma non intestano funzioni alle istituzioni comunitarie, se non in modo marginale o per quanto è strettamente necessario al controllo del rispetto delle disposizioni impartite. Non vi è quindi, come avviene, invece, nelle numerose ipotesi di c.d. coamministrazione, la disciplina di una funzione comunitaria, articolata tra uffici comunitari e uffici nazionali, quanto, piuttosto, la regolamentazione sovranazionale di componenti delle amministrazioni nazionali, cui ineriscono interessi comunitari. Né la disciplina

delle amministrazioni nazionali serve ad assicurare l' omogeneità della loro regolamentazione con quella delle amministrazioni comunitarie, per le esigenze di tutela dei singoli, come è caratteristico, invece, della disciplina dei procedimenti composti. Né, ancora, a differenza di quanto avvenga nel tradizionale modello della esecuzione indiretta, vi è una disciplina comunitaria recepita dai legislatori nazionali e, quindi, eseguita dalle amministrazioni nazionali, ma, all'inverso, una disciplina comunitaria che incide in modo diretto sulle amministrazioni nazionali o che stabilisce i principi ai quali si deve attenere il diritto amministrativo nazionale.

Di seguito, si approfondiscono alcune tra le più importanti caratteristiche comuni di queste discipline: la loro struttura; l' inerenza degli interessi comunitari tutelati per il loro tramite alle diverse componenti delle amministrazioni nazionali; i fini perseguiti; le conseguenze sulla collocazione costituzionale delle amministrazioni nazionali nei diritti interni.

4. La struttura della disciplina

Come si è detto, queste discipline riguardano l'attività e l'organizzazione delle amministrazioni nazionali. Ma la tecnica di regolamentazione varia. In alcuni casi, la mediazione dei legislatori nazionali viene meno e la disciplina comunitaria riguarda in via diretta gli uffici nazionali. Così è, ad esempio, per le discipline comunitarie che attribuiscono diritti ai cittadini comunitari nei riguardi delle amministrazioni di Stati membri diversi dal proprio (per esempio, i diritti procedurali alla motivazione, alla predeterminazione e al rispetto dei termini, alla difesa, ecc.). Così anche per quelle che regolano le modalità di esercizio del potere amministrativo. Un esempio si ha nell' art. 14 della direttiva 2004/38/Ce, a norma del quale gli Stati non possono operare una verifica sistematica circa la conservazione in capo ai cittadini e ai loro familiari delle condizioni previste per la titolarità dei diritti di soggiorno loro attribuiti, ma intervenire solo in casi specifici, qualora vi sia un dubbio ragionevole che il cittadino stesso o i suoi familiari non soddisfino le condizioni stabilite nella normativa.

Molto più spesso, invece, il precetto comunitario è rivolto alle discipline amministrative nazionali: ora con prescrizioni così puntuali da lasciare ai legislatori margini di autonomia assai ridotti; ora, invece, stabilendo principi e finalità ai quali i legislatori stessi si devono attenere nella regolamentazione degli uffici pubblici nazionali. Così facendo, il diritto comunitario limita i legislatori nazionali in tre modi: perché impone ad essi di regolare; perché stabilisce i fini ai quali essi si devono attenere; perché nell'esercizio di questi poteri di regolamentazione, il legislatore nazionale è soggetto ai controlli delle istituzioni comunitarie. Si forma, così, un diritto amministrativo nazionale la cui funzione è quella di regolare i diritti amministrativi nazionali.

Esempi analoghi si hanno, sia pure ad un livello più embrionale, nel diritto globale: ne tratta approfonditamente Stefano Battini in questo volume.

Alle limitazioni di tipo “verticale”, che fondano la sostituzione di una normativa europea a quella nazionale, si aggiungono, in altri casi (l’esempio più importante si ha nelle discipline comunitarie sul mutuo riconoscimento), quelle di tipo “orizzontale”, per mezzo delle quali si impone all’ordinamento nazionale di accogliere nel proprio territorio il diritto di un altro Stato membro. In questi casi, quindi, si ha una norma di diritto amministrativo nazionale che attinge il proprio contenuto dal diritto degli altri Stati membri e la sua forza obbligatoria dal diritto comunitario.

Va detto, infine, che le discipline comunitarie in questione limitano il *right to regulate* degli Stati, senza, però, sostituirsi integralmente ad essi e sono, sotto questo aspetto, discipline incomplete: sia perché anche quando dettano norme di dettaglio direttamente operative non esauriscono la disciplina della materia; sia perché, in molti casi, operano attraverso norme di principio, la attuazione e specificazione delle quali sono rimesse ai legislatori nazionali; sia, infine, perché consentono in alcuni casi ai legislatori nazionali di derogare alla disciplina comunitaria.

Ne derivano alcune importanti conseguenze. La prima è quella della varietà dei rapporti che si collegano a queste regolamentazioni e che, a seconda dei casi, riguardano con diversa intensità il legislatore ed il giudice comunitario, il legislatore e l’amministrazione nazionale, i cittadini dell’Unione europea. Ad una struttura tendenzialmente binaria del diritto amministrativo nazionale, perché basata sul rapporto tra l’amministrazione e il cittadino, si contrappone in questo caso una struttura policentrica⁷, nella quale le norme sono (soprattutto) comunitarie, la loro attuazione spetta alle amministrazioni degli Stati, il controllo è diviso tra la commissione, il giudice comunitario e (in parte, anche seguendo le istruzioni di questo ultimo) quello nazionale.

Una seconda conseguenza sta in questo. In prima approssimazione, si può ritenere che le discipline esaminate costituiscano espressione dei principi generali della superiorità del diritto comunitario e della sua diretta applicabilità negli ordinamenti degli Stati membri. In realtà, però, si ha una situazione più complessa, se non altro perché l’intermediazione della normativa nazionale è spesso necessaria per sviluppare e dare attuazione ai principi dettati dalle istituzioni comunitarie.

In terzo luogo, si determina una modifica dei contenuti del principio di legalità: la discrezionalità delle amministrazioni nazionali non si svolge, come di consueto, solo nell’ambito della legge nazionale, ma anche in quello delimitato dai vincoli posti dalle istituzioni comunitarie.

Infine, queste normative enfatizzano quel tratto peculiare del diritto amministrativo europeo, rappresentato dal suo essere composto di una parte comune e di tante parti separate quanti sono gli

⁷ S. Cassese, *Three features of the European Administrative Space*, in corso di pubblicazione, ora consultabile su www.irpa.eu.

Stati ⁸. Per quanto si è detto fin qui, infatti, l'intreccio tra il diritto europeo ed i diritti nazionali costituisce un elemento costitutivo di queste discipline, anche se la sua conformazione varia a seconda dei casi.

5. *Il profilo oggettivo: l'inerenza all'attività, all'organizzazione, alle qualificazioni giuridiche*

Come si è visto, le discipline comunitarie dei diritti amministrativi e delle amministrazioni nazionali toccano numerose componenti dell'amministrazione nazionale (il procedimento, l'organizzazione, la discrezionalità e l'uso del potere, le condizioni di accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni). Esse, però, ne regolano solo gli specifici profili di inerenza ad interessi comunitari (e, quindi, anche sotto questo aspetto, sono discipline incomplete), i principali dei quali riguardano, rispettivamente, l'attività, l'organizzazione, le qualificazioni giuridiche.

Per quanto concerne l'attività, il collegamento riguarda, di volta in volta, l'*esistenza* del procedimento amministrativo, talvolta, imponendosi a tutti gli Stati una determinata sequenza procedimentale, talaltra, prescrivendosi agli stessi di sopprimere o comunque di non istituire determinati procedimenti; le *forme di tutela* dell'interessato, come è nei casi nei quali si impone alle amministrazioni di motivare il provvedimento, di concludere il procedimento entro un termine determinato, di consentire al privato di partecipare al procedimento stesso, o si disciplina il diritto del privato stesso di ricorrere innanzi ad una autorità amministrativa o giurisdizionale; la *strutturazione* del procedimento, come avviene quando la disciplina sopranazionale regola le fasi procedimentali, o, talvolta, anche, specifica nel dettaglio i presupposti e i titolari del potere di iniziativa; la *discrezionalità amministrativa*, come è per le discipline che circoscrivono gli interessi pubblici che possono essere presi in considerazione ai fini dell'adozione di un determinato provvedimento o che definiscono i criteri da utilizzare per la ponderazione degli stessi; il *contenuto*, gli *effetti*, la *validità temporale* del provvedimento.

I principali criteri di collegamento dell'interesse comunitario con l'organizzazione, riguardano l'*esistenza* di un ufficio pubblico (come è per le norme che impongono agli Stati la costituzione di un determinato ufficio) o lo *status* dello stesso (come mostrano le norme sull'indipendenza da garantire a determinati uffici nazionali). Deve aggiungersi che la disciplina comunitaria interferisce sull'organizzazione nazionale anche nei casi nei quali impone un principio di concentrazione in un solo apparato organizzativo delle funzioni da essa disciplinate, o,

⁸ S.Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?* In *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 2004, p. 1135.

comunque, un principio di coordinamento tra i diversi uffici nazionali, tra i quali quelle stesse funzioni siano distribuite.

Tra i casi, infine, nei quali l'interesse comunitario inerisce alla qualificazione giuridica, gli esempi più noti sono quelli che riguardano le nozioni di pubblica amministrazione (come è, tra l'altro, nelle direttive in materia di contratti della pubblica amministrazione) e di impresa pubblica (come si può vedere nelle normative che regolano le relazioni finanziarie tra Stato e impresa).

6. Gli interessi tutelati: a) la protezione delle imprese e dei cittadini europei nei riguardi delle amministrazioni di Stati membri diversi da quelli di appartenenza; b) il controllo dell'esecuzione nazionale del diritto comunitario.

Si possono identificare fondamentalmente due tipi di interessi tutelati da queste discipline.

Anzitutto, quelli di garanzia dei cittadini e delle imprese nei riguardi delle amministrazioni di Stati membri diversi da quelli di appartenenza. Il principio fondante di queste discipline è quello della non discriminazione e della parità di trattamento: gli Stati non solo non possono impedire l'accesso al mercato nazionale, ma neppure possono, all'interno di quello stesso mercato, diversificare la disciplina in funzione della nazionalità dell'operatore economico o della merce⁹. Di conseguenza, la Comunità impone obblighi e fissa principi affinché i diritti amministrativi degli Stati siano conformati in funzione della tutela degli interessi dei privati aventi la cittadinanza di altri Stati membri. Si potrebbe ritenere, quindi, che si sia di fronte alla situazione tipica del diritto amministrativo, quella, cioè, di regole dettate per limitare il potere autoritativo della pubblica amministrazione a tutela delle situazioni soggettive dei privati.

Queste discipline, tuttavia, si differenziano sotto più punti da quelle tipiche del diritto amministrativo nazionale. Il primo elemento di peculiarità riguarda il tipo di interessi da contemperare e le regole della loro ponderazione. Questi fanno capo, rispettivamente, alla comunità e agli Stati: la normativa comunitaria definisce gli interessi pubblici rilevanti, le regole del loro contemperamento, le condizioni in presenza delle quali gli interessi nazionali possono prevalere su quelli comunitari; i parlamenti e le amministrazioni nazionali provvedono, in concreto, al contemperamento dei vari interessi e, se ricorrono i presupposti indicati dalla norma, possono dare prevalenza a quelli nazionali; ma sul loro operato vigilano la commissione e la corte di giustizia. Quindi, si hanno interessi pubblici, riferiti a due poteri pubblici differenti (uno

⁹ Del principio dell'unità del mercato, e di quello connesso di divieto di discriminazione, come principio che ha un valore fondante della costituzione economica europea, parla S. Cassese, *La costituzione economica europea*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. comun.*, 2001, p.907.

sopranazionale, l'altro statale), nella disciplina e nella cura dei quali intervengono una pluralità di diversi soggetti, comunitari e nazionali, variamente in rapporto tra loro.

Una seconda peculiarità è connessa ai rapporti tra la tutela accordata allo "straniero" e quella assicurata al "cittadino". Sulla apparente semplicità del principio di non discriminazione, e della conseguente estensione allo "straniero" dei diritti spettanti al cittadino, si innestano una pluralità di situazioni molto differenti tra loro, quali per esempio: l'estensione della tutela accordata al cittadino comunitario ai suoi familiari, a prescindere dalla loro cittadinanza; il riconoscimento al cittadino di diritti di origine comunitaria anche nei riguardi del proprio Stato di appartenenza; l'equiparazione tra la posizione dello straniero e quella del cittadino condizionata ad una procedura amministrativa nazionale, diretta, tra l'altro, a ponderare gli interessi alla libera circolazione e una serie di altri interessi pubblici nazionali identificati dalla normativa (per esempio quelli dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza, della sanità pubblica).

Un secondo gruppo di interessi tutelati da queste normative sono quelli propri della Comunità, all'unità del diritto e all'unità dei mercati. Un buon esempio del primo tipo si ricava dalla giurisprudenza comunitaria sulla interpretazione della nozione di pubblica amministrazione, per l'applicazione dell'art. 39.4 del TUE. Già dall'inizio degli anni ottanta del secolo scorso, infatti, dopo aver chiarito che la nozione di pubblica amministrazione non può essere lasciata alla completa discrezionalità degli Stati membri, una nota sentenza della Corte di giustizia (17 novembre 1980, C.-149/79), statuisce che occorre evitare che l'efficacia pratica e la portata delle disposizioni del TUE relative alla libera circolazione e alla parità di trattamento di tutti i cittadini degli Stati membri siano limitate da interpretazioni della nozione di pubblica amministrazione tratte dal solo diritto nazionale e che ostino all'applicazione delle norme comunitarie¹⁰.

Un esempio delle misure di tutela dell'unità del mercato si trova nella cd. direttiva servizi. Si legge, infatti, nel secondo considerando, che, tra gli obiettivi principali della disciplina, vi è quello di rimuovere i tanti ostacoli nel mercato interno che impediscono ai prestatori, in particolare alle piccole medie imprese, di sfruttare appieno il mercato unico.

7. Le conseguenze sugli ordinamenti costituzionali degli Stati membri

Una ultima serie di considerazioni riguarda le conseguenze che le discipline comunitarie producono sulla collocazione delle pubbliche amministrazioni negli ordinamenti costituzionali nazionali. Ci si limita anche qui solo ad alcune osservazioni generali.

¹⁰ Per un commento a una serie di sentenze della metà degli anni novanta del secolo XX, nelle quali la Corte di giustizia ha confermato e specificato questo orientamento, si veda S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn.dir.amm.*, 1996, p.915.

Anzitutto, queste discipline tendono ad equiparare tra loro legge nazionale e amministrazione nazionale. Ciò, perché i vincoli comunitari possono riguardare, indifferentemente, sia l'una che l'altra o risolversi nella contrazione di entrambe. Perché il legislatore, al pari dell'amministrazione, trova predeterminati nella disciplina europea gli interessi di cui tenere conto nell'esercizio del proprio potere. Perché le regole e i controlli ai quali è sottoposto l'esercizio del potere legislativo sono dello stesso tipo di quelli ai quali è sottoposto di norma il potere amministrativo. Perché, infine, in molti casi, come si è visto a proposito della direttiva servizi, si deve provare la necessità stessa della norma legislativa e del potere amministrativo che essa intende istituire; mentre, in altri casi, il giudice comunitario e quello nazionale devono verificare la proporzionalità delle norme adottate. In definitiva, quindi, il legislatore nazionale viene regolato alla stregua di una amministrazione: alla pari di essa, infatti, esercita un potere funzionalizzato, ovvero preordinato al raggiungimento di fini ed interessi stabiliti da un regolatore diverso e in qualche modo ad esso superiore ed è assoggettato ai relativi controlli.

In secondo luogo, almeno in alcuni casi, il diritto comunitario stabilisce un collegamento orizzontale tra le amministrazioni e i diritti amministrativi degli Stati membri, con la conseguenza di favorire la convergenza dei diritti nazionali¹¹, la cooperazione delle amministrazioni di diversi Stati membri tra loro, la circolazione del diritto nazionale assieme al cittadino del rispettivo paese, ma anche e soprattutto la disaggregazione dei diversi uffici dell'amministrazione dello Stato¹² e i rapporti degli stessi con gli uffici omologhi degli altri Stati membri.

In terzo luogo, queste disposizioni determinano una sorta di biappartenenza delle amministrazioni nazionali, che devono rispondere non solo ai corpi politici nazionali, ma anche ai vertici politico-amministrativi sopranazionali: in parte, esse continuano a dipendere dal proprio parlamento, ma per altra parte sono direttamente regolate dalle disposizioni comunitarie e ad esse devono adeguarsi; sono alle dipendenze del governo nazionale, ma sono soggette direttamente ai controlli della commissione europea¹³.

Infine, la disciplina comunitaria dei diritti amministrativi nazionali fornisce una garanzia supplementare agli uffici nazionali che ne sono i destinatari: la determinazione comunitaria delle loro funzioni, l'autonomia loro accordata, la disciplina delle procedure, tutelano esse anche nei

¹¹ Su questi aspetti della convergenza dei diritti amministrativi europei, si veda S. Cassese, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1992, p. 467; S. Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario*, cit.

¹² S. Cassese, *La costituzione europea*, cit., p. 473.

¹³ S. Cassese, *State and Administration in Europe (the past and the future)*, in corso di pubblicazione, ora consultabile su www.irpa.eu.

riguardi dello Stato del quale fanno parte. Questo, infatti, non potrà interferire con le decisioni comunitarie, a meno di non incorrere nelle sanzioni previste per la loro violazione ¹⁴.

Nota bibliografica

Sulle diverse accezioni del diritto amministrativo europeo, i suoi principi, i rapporti tra lo stesso e i diritti amministrativi nazionali, si veda, di recente, *Droit Administratif Européen*, sous la direction de J-B Auby et J. Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, e in particolare J-B Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Introduction générale*, p.1; M.P.Chiti, *Introduction: Les droits administratif nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible*, p. 669. Si veda anche J. Schwarze, *European Administrative Law. Revised First Edition*, Londra, Sweet and Maxwell, 2006

Sulla europeizzazione del diritto amministrativo, nel senso indicato nel testo, tra gli altri, *Administrative law under European Influence. On the Convergence of the administrative laws of the Eu Member State*, J. Schwarze (ed), Baden Baden, Sweet & Maxwell, 1996; *The Europeanisation of Law. The Legal Effects of European Integration*, F. Snyder (ed.), Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000; C. Knill, *The Europeanisation of National Administrations. Patterns of Institutional Change and Persistence*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2001; *The Europeanisation of Administrative Law. Transforming national decision-making procedures*, K. H. Ladeur (ed), Ashgate, Aldershot, 2002; J.H. Hans, R. de Lange, S. Prechal e R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Europa, Groningen, Law Publishing, 2007; M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project*, in *The Transformation of Administrative Law in Europe*, M. Ruffert (ed.), Monaco, Sellier European Law Publishers, 2007; S. Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, Giuffrè, 2008.

Sulla formazione in sede giurisprudenziale di un corpo di principi sul procedimento amministrativo, in vario modo riconducibili alla nozione di “buona amministrazione”, ed applicabili, per lo più, all’amministrazione comunitaria diretta e alle varie forme di coamministrazione, H.P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in Ec Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999. Sulle implicazioni del diritto ad una buona amministrazione sulle decisioni adottate dalle amministrazioni pubbliche europee, E.Nieto-Garrido, I.Martin Delgado, *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.

¹⁴ S.Cassese, *La signoria comunitaria*, cit. ivi 298-9; *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, cit.

Per un esame delle diverse forme di composizione amministrativa tra amministrazioni europee e amministrazioni nazionali, si rinvia a E.Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, il Mulino, 2003.

Sul principio di equivalenza, L.Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, il Mulino, 2006.

Per un esame in parallelo dei limiti posti ai diritti amministrativi nazionali dalla disciplina europea e da quella globale, sia pure con specifico riferimento alla materia dei servizi, si rinvia a *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, a cura di S. Battini e G. Vesperini, Milano, Giuffrè, 2008.

Sulle autorità indipendenti nazionali nell'ordinamento europeo, si vedano F. Merusi, *Le autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna, il Mulino 2002, p. 82; E. Chiti, *I "sistemi comuni" europei di pubblici poteri indipendenti*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Battini e G. Vesperini, Milano, Giuffrè, 2006, p.1.

Sulla disciplina e la giurisprudenza in materia di libera circolazione delle persone, può essere utile far riferimento a S. O'Leary, *The Free Movement of Persons and Services*, in *The Evolution of Eu Law*, P. Craig e G. Dé Burca (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 377; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, seconda edizione, Milano, Giuffrè, 2006.

Sui problemi della cittadinanza europea, il suo legame con la nazionalità degli Stati membri, i parametri economici ai quali la stessa è connessa, la connessione tra principio di eguale trattamento e cittadinanza e le prospettive del superamento di questo nesso, per tutti, si veda, S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, 1996.