

## AZIONE CONSENSUALE DELL'AMMINISTRAZIONE E VINCOLI DERIVANTI DAL DIRITTO DELL'UNION EUROPEA

(testo parziale e provvisorio)

(Paolo Piva)

### Premessa-

Il tema del convegno, che si ritrova come filo conduttore di un po' tutti gli interventi, appare oggi, con la crisi del politico, della rappresentatività e del consenso giunta oramai all'*acmé* e ben oltre i limiti di sopportazione dell'uomo qualunque, particolarmente intrigante e stimolante.

Il pensiero corre immediatamente a "*Il nuovo cittadino*" di F. Benvenuti, in cui si elabora, *inter alia*, il nuovo concetto di "*demarchia*", fondato sulla libertà attiva, nel senso dell'"*estensione del centro di produzione del diritto a tutta la società*"<sup>1</sup>.

Anche dal punto di vista che mi compete, che è quello del diritto dell'Unione, l'enfasi sulla consensualità dell'azione amministrativa non è privo di suggestioni e finanche provocazioni, posto che la dottrina, da sempre e correttamente, si è espressa in modo netto nel senso che **il diritto dell'Unione europea nasce come "esercizio di potere pubblico"**<sup>2</sup> (V. Bogdandy).

Risalente ma autorevolissima dottrina francese (Ch. Vallée) amava ricordare, apparentando così, ancora una volta, il diritto comunitario al diritto amministrativo, che "*si l'existence meme d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle (P. Weil), celle du droit des Communautés européennes tient du prodige*"<sup>3</sup>.

Nel diritto amministrativo italiano, l'idea dell'azione consensuale dell'amministrazione rinvia quasi *naturaliter* all'art. 1 *bis* della legge fondamentale sul procedimento, agli accordi

---

<sup>1</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 124. Scriveva acutamente l'A.: "una tale libertà attiva è stata finora la connotazione fondamentale del diritto privato: essa manca come connotazione del diritto pubblico. Quando, invece, si potrà raggiungere un così fatto ampliamento della capacità degli individui tale che essa possa esplicarsi oltre che nel campo del libero commercio individuale anche nel campo dell'esercizio totale dei poteri derivanti dai diritti pubblici soggettivi, seppure resterà una distinzione di campo tra diritto privato e diritto pubblico, tuttavia i due saranno ugualmente manifestazione della personalità intera, e interamente riconosciuta, degli individui" (*ibidem*).

<sup>2</sup> A. von BOGDANDY - J. BAST, *The Vertical Order of Competences*, in *Principles of European Constitutional Law*, A. von BOGDANDY - J. BAST eds, Oxford, 2007, «*the VERY HEART of the European Union is that it exercises public power. This power stems from its vertical competences (Verbandskompetenzen in German, literally, "an association's competences")*» (335). Cfr. anche J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, II ed., Bruxelles, 2009, in cui si parla anche di "*Communauté de droit administratif*" (7).

<sup>3</sup> CH. VALLEE, *Le droits des Communautés Européennes*, Parigi, 1983, 3.

sostitutivi del provvedimento (artt. 11 e 15, L. 241/90), all'urbanistica contrattata, ad altre modalità di azione che, in apparenza, dovrebbero o parrebbero perdere i connotati tradizionali della nominatività e della autoritarietà, quali, ad esempio, le forme di partenariato pubblico privato di cui al *Codice contratti*<sup>4</sup>.

Sotto questo profilo, nell'ordinamento dell'Unione europea, la problematica appare semmai persino più complessa, dal momento che, in prima battuta, pur essendo originariamente sorto questo diritto come "esercizio di diritto pubblico", non esiste una nozione unitaria di pubblica amministrazione (nota frammentarietà) e l'ordinamento comunitario rifugge, tendenzialmente, da qualunque tipo di categorizzazione formalistica.

Fino a qualche decennio fa, ma almeno in parte ciò può ancora dirsi vero<sup>5</sup>, la dottrina affermava che "non esiste un unico diritto amministrativo della Comunità europea"<sup>6</sup>, e ciò lo imputava soprattutto alla circostanza che il diritto dell'Unione viene applicato in via generale dalle amministrazioni degli Stati membri (*indirekter Vollzug*) e solo in alcuni settori direttamente dalle amministrazioni europee (*direkter Vollzug*).

Il quale aspetto, peraltro, non è affatto irrilevante in termini di tutela giurisdizionale, dal momento che esso comporta una doppia via di tutela, l'una davanti ai giudici nazionali, veri e propri giudici comunitari di diritto comune (*juges communautaires de droit commun*, secondo una nota terminologia), l'altra, assai più complessa e difficile da attivare, davanti ai giudici di Lussemburgo.

Probabilmente questo tipo di approccio frammentario e sostanzialistico, quasi da *common law*, è l'inevitabile portato di uno *jus commune* plurilingue, comparato per definizione

---

<sup>4</sup> Si ricorderà che, ai sensi dell'art. 3, c. 15, *Codice*, "i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste" (art. 3, comma 15 Codice).

<sup>5</sup> Cfr., fra gli altri, B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in, *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, Milano, 2011, 327 ss.

<sup>6</sup> J. PIPKORN, *Le norme. Sistema, efficacia, genesi, applicazione* in AA.VV., *L'Unione europea*, a cura di BEUTLER-BIEBER-PIPKORN-STREIL-WEILER, Bologna, 1998, 279.

(nell'accezione gorliana del termine)<sup>7</sup>, duttile per necessità (dovendo poi essere applicato all'interno delle differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri), che persegue un'armonizzazione (soprattutto oggi) piuttosto per principi che per dettaglio (cfr. anche il protocollo n. 30 al Trattato di Maastricht).

I ben noti *twin-pillars* della **diretta efficacia** e del **primato** segnalano sin da subito una sorta di democratizzazione dei rapporti fra Stati membri e cittadini, considerato che, da un lato, "... la Comunità ha dato origine ad «*un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale*», nel contesto del quale i **diritti soggettivi** dei singoli esistono "non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come **contropartita di precisi obblighi** imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie" (*Van Gend en Loos*); dall'altro, si è precisato che "il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica (quindi) una **limitazione definitiva dei loro diritti sovrani**, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia" (*Costa/ENEL*).

E pur tuttavia, questa innegabile **democratizzazione dei rapporti fra cives e Stati-pubbliche amministrazioni non ha affatto comportato una "privatizzazione" del diritto amministrativo, ma semmai una più pervasiva "amministrativizzazione" del diritto privato**, dal momento che, in un sistema non formalistico qual è quello europeo, molti rapporti in apparenza sottratti al regime pubblicistico vi vengono agevolmente ricondotti in virtù della natura sostanzialmente amministrativa dell'attività in concreto perseguita.

Si pensi alle società concessionarie di autostrade, alla società delle poste e a tutti i soggetti che, in qualche modo, in virtù di diritti esclusivi o altro, perseguono finalità pubblicistiche o di servizio pubblico e che, in virtù dei principi chiariti dalla Corte di giustizia sin da *Foster c/ British Gas*<sup>8</sup>, devono ritenersi, nonostante la forma di diritto privato, veri e propri soggetti pubblici nei cui

---

<sup>7</sup> Cfr. G. GORLA, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, in cui il grande comparatista afferma correttamente che, nell'ambito comparatistico, "si devono considerare anche la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee (specialmente quando è chiamata a costruire principi di uniformità traendoli dai diritti degli Stati membri) e quella delle Corti degli Stati membri"(283-284, in nota). Ma si veda anche la pronuncia *CILFIT* della Corte di giustizia del

<sup>8</sup> Nel caso *Foster c. British Gas*, C-188/89, deciso con sentenza 12 luglio 1990, la Corte afferma che «delle disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva possono venire invocate dagli amministrati nei

confronti possono essere invocate, fra l'altro, le direttive in via c.d. *verticale* (i.e. in via amministrativa).

## 2- Alcuni tratti fondamentali del diritto dell'Unione europea rilevanti ai presenti fini

La difficoltà di cogliere le peculiarità del sistema di tutela proprio del diritto dell'Unione si complicano se assumiamo alcune premesse fondamentali, agevolmente rinvenibili nel *corpus* della giurisprudenza della Corte di giustizia, ancorché non sempre coerente e lineare.

- a) Il diritto dell'Unione presuppone un **sistema di rapporti amministrativi incentrati sul rispetto delle libertà e diritti dei singoli in una prospettiva del tutto nuova di legalità o di *Rule of Law*** (per utilizzare un'espressione forse abusata)<sup>9</sup>. In siffatto sistema giuridico, contrariamente a quel che capita spesso negli ordinamenti nazionali, la Corte ravvisa l'esistenza di diritti anche in relazione a situazioni giuridiche che difficilmente i diritti tradizionali qualificherebbero come azionabili e ancor meno, se lesi, risarcibili. Si potrebbe accennare, ad esempio, al caso *Delena Wells* del 7 gennaio 2004 (causa C-201/02, *Racc.*, I-723), in materia di VIA, o ancora a *Janecek* del 25 luglio 2008 (C-237/07) in tema di inquinamento dell'aria o al più recente caso *Leth* del 14 marzo 2013 (C-420/11), sempre in tema di mancata e/o insufficiente valutazione dell'impatto ambientale. In tutti questi casi, la Corte ha ritenuto che la violazione della norma pubblicistica a tutela di interessi non immediatamente in capo ai ricorrenti non impedisse, tuttavia, la possibilità di un risarcimento del danno a loro favore. Per questo sistema, dunque, la nozione più corretta di "diritto" o di "situazione giuridica azionabile" può rinvenirsi in quella elaborata da Jhering più di un secolo fa, secondo il quale, "*i diritti sono interessi giuridicamente tutelati*" (*Rechte sind rechtlich geschuetzte*

---

confronti di organismi o di enti soggetti all'autorità o al controllo dello Stato e che dispongono di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra i singoli» (punto 18). In ogni caso, precisa la Corte, «fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato con un atto della pubblica autorità di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone, a questo scopo, di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra i singoli» (punto 20).

<sup>9</sup> Cfr. T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londra, 2010, il quale ricorda, fra l'altro, la molteplicità delle diverse accezioni di *Rule of Law* nel diritto contemporaneo, per la cui prima comparsa si deve soprattutto a V. Dicey e alla sua *Introduction to the study of the Law of the Constitution* del 1885 (3 ss.).

*Interessen*) e la tutela deve essere piena e comprensiva, eventualmente, anche di un risarcimento del danno (*Francovich-Koebler-Traghetti del Mediterraneo*).

- b) In teoria, e la premessa non vuol essere una *boutade*, esiste il **principio dell'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri** in virtù del quale l'attuazione/esecuzione del diritto (sostanziale) dell'Unione pertiene alla competenza dei diritti nazionali che decidono autonomamente sulle modalità e forme interne di tutela (cfr., *ex multis*, le pronunce gemelle *Rewe-Comet* del 16 dicembre 1976, cause 33 e 45/76). E pur tuttavia persino la stessa competenza<sup>10</sup>, al pari di altre forme e modalità, può essere oggetto di contestazione in termini di **effettività della tutela giurisdizionale**<sup>11</sup>, parametro fondamentale che consente alla Corte quello che la dottrina definisce icasticamente come una sorta di riserva di "*droit de regard*" (Tizzano). Alla luce delle incursioni della giurisprudenza della Corte sempre più invasive e pervasive nei sistemi nazionali di tutela, un vecchio giudice della Corte si chiedeva, già qualche anno fa se esista ancora l'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri<sup>12</sup>.
- c) Non è nemmeno casuale che, tradizionalmente, vi sia sempre stata –come segnalata dalla dottrina- **l'inesistenza di un vero e proprio sistema gerarchizzato di fonti**, solo in parte superato da Lisbona (cfr., oggi, gli artt. 288 ss. TFUE), posto che l'ordinamento comunitario nel passato risponde(va) piuttosto ad una logica di equi-ordinazione delle fonti (salva ovviamente la sovra-ordinazione dei Trattati), in cui la norma contenuta in un regolamento non è qualitativamente diversa, *ratione gradus*, da quella contenuta in una direttiva e/o in una decisione. Forse, è anche per questa ragione che la Corte è tanto insensibile al sistema interno delle fonti, allorquando, ad esempio, si tratti di far rispettare il primato del diritto dell'Unione: per assurdo, una circolare in conformità al

---

<sup>10</sup> l'A.G. Kokott, in *Impact*, afferma che "non sussiste alcuna differenza sostanziale fra le norme relative alla competenza e quelle relative alle regole procedurali: una cattiva gestione del procedimento, infatti, può rendere molto gravoso l'accesso del singolo alle giurisdizioni nazionali quanto una cattiva normativa sulla competenza" (punto 50, conclusioni del 9 gennaio 2008, causa C-268/06).

<sup>11</sup> Sul tema, in generale, si veda R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008 e più specificamente, ci si permette di rinviare a P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

<sup>12</sup> N.C. KAKOURIS, *Do Member States possess judicial procedural "autonomy" ?*, in *CMLR*, 34 (1997). Sulla *vexata questio*, si veda il recente contributo di G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 1/2014, 1 ss.

prevalente diritto dell'Unione può “prevalere” su una legge in contrasto con il medesimo<sup>13</sup>.

- d) L'affermata esistenza di un **(pretesamente) compiuto e coerente sistema di tutela giurisdizionale** che rende tuttavia, ancora una volta, difficile la comprensione di pesanti limiti (in virtù del precedente *Plaumann* del 1963) frapposti all'azione dei cd. *requérants non-privilégés* (i.e., chiunque altro soggetto diverso dalle istituzioni e dagli Stati membri) davanti al Tribunale e alla Corte di giustizia. Il Trattato di Lisbona ha apportato solo un parziale rimedio, laddove si è precisato che “qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e **contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione**”<sup>14</sup>.
- e) Il **carattere tendenzialmente recessivo della forma rispetto alla sostanza**<sup>15</sup> in tutti i settori del diritto dell'Unione, di tal ch  quest'ultimo tende a considerare incompatibile con le esigenze proprie dell'ordinamento comunitario l'imposizione di una qualche forma giuridica. In tal senso, la Corte di Lussemburgo si   sempre espressa, tradizionalmente, in senso contrario a qualunque forma di discriminazione basata sulla forma giuridica del soggetto giuridico di volta in volta interessato dalla differente disciplina (cfr. la giurisprudenza in tema di raggruppamenti e appalti pubblici C-357/06 - *Frigerio Luigi & C* del 18 dicembre 2007 o, ancora, la giurisprudenza in tema di soggetti imprenditoriali e concorrenza: cfr. *Hoefner*, C-41/90 del 23 aprile 1991, sia infine in tema di imprenditore agricolo: *Villa Banfi c/ Regione Toscana*, in causa 312/85 del 16 dicembre 1986).

---

<sup>13</sup> Cfr. ad esempio quanto avvenuto in relazione alla decisione del Consiglio di Stato del 24 gennaio 1989, *Soc. Coop. La Rinascita ed altri*.

<sup>14</sup> Si veda il recente contributo –in fase di pubblicazione– di R. MASTROIANNI, *Limits on the right to bring an action under Article 263, 4 TFEU*, al Convegno internazionale tenutosi in Bruxelles 28 aprile 2014, *EU Courts – Looking forwards*.

<sup>15</sup> Non mancano, tuttavia, casi in cui il diritto dell'Unione “recupera” un formalismo in precedenza rinnegato: cfr. ad esempio, la nozione di “organismo di diritto pubblico” di cui alle Direttive 17 e 18/2004 come interpretata nella pronuncia *Mannesmann* (C-44/96), del 15 gennaio 1998, rispetto al pi  risalente precedente *Gebroeders Beentjes* del del 20 settembre 1988 (causa 31/87), in cui la personalit  giuridica diviene un elemento imprescindibile.

### 3 - Creazione ed elaborazione, *ex parte Curiae*, di esigenze proprie ed indefettibili del diritto dell'Unione europea

In un sistema così poco formalistico e francamente talora parzialmente incoerente, la Corte di giustizia ha sviluppato ed elaborato delle **esigenze proprie dell'ordinamento europeo** che paiono particolarmente rilevanti ai presenti fini. In particolare,

a) laddove vi siano **il mercato e la concorrenza, la discrezionalità si assottiglia e tendenzialmente scompare**: la Corte ha affermato, fra l'altro, che uno Stato membro contravviene ai divieti di cui alle disposizioni del Trattato contenute negli artt. 102 e 106, se induce un'impresa, sia essa pubblica o privata, col mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la propria posizione dominante (v., *ex multis*, sentenza 30 aprile 1974. *Giuseppe Sacchi*, causa 155/73; 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90; 19 maggio 1993, *Corbeau*, C-320/91; 27 aprile 1994, *Comune di Almelo*, C-393/92)

b) vi sono poi **settori di alta sofisticazione normativa, neutralità tecnica e di procedimentalizzazione direttamente comunitaria** in cui il contenuto provvedimentale dell'azione, laddove ancora ammesso, perde in qualche modo la sua naturale sovranità/discrezionalità e diviene il risultato di una sorta di *compétence liée*. Molti esempi si potrebbero rinvenire in materia di esercizio di attività di telecomunicazione, di autorizzazioni all'attività bancaria e assicurativa, tutti settori peraltro fortemente assoggettati alle regole di concorrenza.

c) le politiche di incentivazione alle imprese, siano esse pubbliche o private (cfr. art. 106 TFUE) vanno rese trasparenti ed uniformate, non essendo possibile, notoriamente, che lo Stato invochi la propria qualità di imprenditore al fine di sottrarsi al rigoroso controllo di cui agli artt. 107-108 TFUE.

d) L'approccio sostanzialistico –al fine di verificare l'eventuale elusione della prevalente disciplina comunitaria- appare anche in tema di **contratti fra pubbliche amministrazioni**, com'è evidente nel caso recente dell'ordinanza 20 maggio 2013, resa in causa C-352/12, *Ordine Nazionale degli ingegneri*.

La Corte ha avuto modo di precisare che “la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli

appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, **osta ad una normativa nazionale la quale autorizza la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale enti pubblici istituiscono fra loro una cooperazione nel caso in cui – il che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l’adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto esclusivamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.** La circostanza che un contratto del genere sia concluso in una situazione straordinaria può essere presa in considerazione unicamente nei limiti in cui l’amministrazione aggiudicatrice dimostri che ricorrono le condizioni d’applicazione dell’articolo 31, punto 1, lettera c), della menzionata direttiva”.

e) Laddove infine ci sia attività amministrativa in senso stretto, questa va ricondotta ad un tipo ideale di buona amministrazione nel contesto della quale qualunque atto autorizzatorio, scontatamente per un soggetto in libera prestazione, ma in parte anche per soggetto in libero stabilimento, viene visto tendenzialmente come ostacolo giustificabile solo eccezionalmente (cfr. Direttiva 123/2006, artt. 9-11-17).

#### **4 – Quali conseguenze di tipo pratico (vincoli) per l’attività consensuale della p.a. ?**

##### **a) Attività privatistica (art. 1 bis, L. 241/90)**

Se le norme fondamentali in tema di procedimento amministrativo impongono alla p.a., allorché adotti **atti di natura non autoritativa**, di agire secondo le norme di diritto privato (salvo che la legge disponga diversamente), ciononostante essa non può sottrarsi alla disciplina, avente certamente contenuto pubblicistico, spesso di norma imperativa, di derivazione comunitaria. In tal senso, si può ribadire che tale attività privatistica venga, per così dire, “pubblicizzata”, nel senso che non si acconsente ad alcuna forma di elusione del prevalente diritto dell’Unione.

Il caso della disciplina degli aiuti alle imprese alle imprese pubbliche o private, sotto forma di partecipazione al capitale delle stesse, è eclatante da questo punto di vista: “In relazione all’argomento tratto dal principio di parità tra imprese private ed imprese pubbliche, occorre ricordare che, come la Corte ha rilevato nella sentenza 21 marzo



1991, Italia/Commissione (causa C-303/88, « ENI-Lanerossi », Racc. pag. 1-1433, punto 20 della motivazione), discende dal detto principio di parità di trattamento che i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di un'economia di mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato” (Commissione c/ Italia, C-261/89, pronuncia 3 ottobre 1991). E rispettare il criterio **dell'investitore privato** in un'economia di mercato non risulterà sempre agevole.

Da una pronuncia di qualche tempo fa, inoltre, la *Stardust marine* del 16 maggio 2002, in causa C-482/99, si comprende pure che persino una **banca pubblica** (nel caso, si trattava del *Credit Lyonnais*) deve fare attenzione quando finanzia un soggetto privato se non opera correttamente nel rispetto del criterio dell'investitore privato in un'economia di mercato

#### **b) Le forme di partenariato pubblico privato di cui al Codice contratti**

L'art. 3, comma 15, ipotizza diverse forme di partenariato pubblico-privato anche atipiche: si deve tuttavia precisare che la fantasia dell'amministrazione deve trovare un qualche limite, anche perché **le disposizioni vincolanti delle direttive appalti non possono essere in alcun modo eluse.**

Ad esempio, in un caso relativo a peculiarità procedurali del diritto francese degli appalti<sup>16</sup>, la Corte ha osservato che l'argomento del governo francese secondo cui la direttiva 2004/18 sarebbe soltanto una *direttiva di coordinamento* che lascerebbe agli Stati membri la **discrezionalità** di mantenere o di emanare, in materia di appalti pubblici, disposizioni diverse da quelle previste dalla direttiva non è punto condivisibile.

Infatti, secondo la Corte, “se è vero che la direttiva 2004/18 non è intesa a stabilire un'armonizzazione completa del regime degli appalti pubblici negli Stati membri, è anche vero che le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all'art. 28 di tale direttiva” (punto 28 sentenza).

---

<sup>16</sup> Causa C-299/08, *Commissione c. Repubblica francese*, decisa il 10 dicembre 2009. La questione ineriva ai cd. appalti di definizione e di esecuzione di cui agli artt. 73 e 74 IV del *Code* nella versione del 2006: secondo la Corte, tali appalti, pur avendo una qualche affinità con la figura del dialogo competitivo, sembrano avere, per loro natura, oggetti diversi, ovvero, da una parte, il lavoro di studio, di progettazione e di precisazione delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altra, l'effettiva prestazione delle forniture, dei servizi o dei lavori previamente definiti. Il che, nell'interpretazione offerta dalla Corte, non consentirebbe di garantire che, in ogni caso, l'oggetto e i criteri di aggiudicazione vuoi degli appalti di definizione vuoi dell'appalto di esecuzione siano precisati fin dall'inizio del procedimento in forma unitaria.

Ciò comporta che, “ai sensi di detto art. 28, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad aggiudicare i loro appalti pubblici facendo ricorso vuoi alla procedura aperta o ristretta, vuoi, nelle circostanze specifiche espressamente previste all’art. 29 della direttiva 2004/18, al dialogo competitivo, vuoi ancora, nelle circostanze specifiche espressamente elencate agli artt. 30 e 31 della medesima direttiva, ad una procedura negoziata. L’aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva” (punto 29 sentenza).

Recentemente, ancora, nel noto caso *Pizzarrotti- Comune di Bari*, deciso il 10 luglio 2014 (causa C-213/13, in fattispecie di atto d’impegno a locare edifici non ancora costruiti, la Corte ha affermato che “ l’articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che un **contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un’opera che risponda alle esigenze formulate dall’amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori** e non rientra, pertanto, nell’esclusione di cui all’articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l’opera di cui trattasi”

#### **c) Altra attività pubblicistica di natura convenzionale**

Mi ha sempre fatto impressione quanto scriveva qualche tempo fa –in termini un po’ brutali ma assai realistici- G. Paleologo, a proposito della materia urbanistica, nel suo *Breviario*: “forse in nessuna materia come in quella urbanistica è dato all’autorità amministrativa, e segnatamente a quella comunale, arricchire od impoverire con ampi caratteri di discrezionalità e scarsissima possibilità di controlli obiettivi, soggetti passivi della sua potestà. Ciò è sicuramente inevitabile. E’ del pari sicuramente vero; sicché occorre escludere la finzione che la materia sia retta da principi tecnici sulla cui base le scelte dell’amministrazione, rilevanti per ogni singolo, siano strettamente delimitate, in modo da divenire quasi immancabili”<sup>17</sup>.

In realtà, laddove l’azione amministrativa della p.a. in materia urbanistica trovi un qualche nesso o legame con il diritto dell’Unione, siffatte conclusioni non paiono più né vere né *a fortiori* inevitabili.

---

<sup>17</sup> G. PALEOLOGO, *Breviario di urbanistica italiana*, Padova, 1996, 78. In senso analogo, cfr. anche P. STELLA RICHTER, *I principi di diritto urbanistico*, Milano, 2002, 76 ss., a proposito della cd. rendita parassitaria.

Ed invero, laddove le imprese siano in qualche modo interessate da attività di perequazione urbanistica o da qualunque altro atto consensuale che comporti un vantaggio economico all'impresa, l'attività della p.a. potrà e dovrà essere scrutinata anche alla stregua degli artt. 107-108 TFUE

Anche l'attività edilizia a scomputo di oneri di urbanizzazione ricade, in realtà, nelle direttive appalti, come ha avuto modo di chiarire la Corte di giustizia, già ai tempi della pronuncia *Ordine Architetti di Milano e Lodi* (sentenza *Bicocca* del 21 luglio 2001, C-399/98) in cui la Corte ha avuto modo di precisare, *inter alia*, che "la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non si oppone ad una normativa nazionale la quale prevede che, allorché l'attuazione di un piano di lottizzazione rende necessari lavori di costruzione di un'attrezzatura collettiva, spetta al titolare della concessione edilizia procedere a questi lavori, a sue spese, in contropartita dell'esenzione dal pagamento del contributo dovuto al comune a titolo della concessione edilizia, a meno che il comune non decida di riscuotere il contributo in sostituzione della realizzazione diretta dei lavori, senza far ricorso all'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previsti da tale direttiva".

#### **d) Attività pubblicistica *tout court*: verso una "consensualità" imposta ?**

Si può infine osservare che il diritto dell'Unione sia riuscito, con il tempo, e soprattutto nelle forme di principi generali, ad approntare un sistema compiuto dei diritti di difesa dei privati e delle imprese di natura procedimentale, vuoi in sede amministrativa che giurisdizionale.

In questa prospettiva non si devono sottovalutare i nuovi articoli della Carta dei diritti fondamentali di Nizza che, a tenore dell'art. 6 TUE, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Questa Carta, che ovviamente può essere invocata solo quando le istituzioni comunitari e/o gli Stati membri stiano facendo applicazione del diritto dell'Unione (cfr. art. 51 Carta), offre oggi all'interprete e all'operatore un nuovo armamentario giuridico per rafforzare ulteriormente la posizione dei privati nei confronti della p.a.

In effetti, accanto ai più noti artt. 47 e ss. della Carta, dedicati al tema della giustizia (diritto al Giudice, ad un ricorso effettivo etc), si deve menzionare sicuramente l'**art. 41 (Diritto ad una buona amministrazione)** "1. Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano

trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. (2). Tale diritto comprende in particolare:

- **il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio,**
- **il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.**

Va da sé che, come ricordato anche recentemente dalla giurisprudenza, l'art. 41 si applica anche nei procedimenti nazionali, a condizione ovviamente che si stia applicando il diritto dell'Unione.

Del resto, già in precedenza, e a prescindere dalla Carta, la Corte ha avuto modo di affermare che **“ il rispetto dei diritti della difesa costituisce un principio generale del diritto comunitario che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo.** In forza di tale principio i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di **manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione.** A tal fine essi devono beneficiare di un **termine sufficiente** (v., in particolare, sentenze citate Commissione/Lisrestal e a., punto 21, e Mediocurso/Commissione, punto 36). Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto comunitario, **quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità.** Trattandosi dell'attuazione del principio in parola e, più in particolare, dei termini per esercitare i diritti della difesa, si deve precisare che, qualora non siano fissati dal diritto comunitario, come nella causa principale, essi rientrano nella sfera del diritto nazionale purché, da un lato, siano dello stesso genere di quelli di cui beneficiano i singoli o le imprese in situazioni di diritto nazionale comparabili, e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti della difesa conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (punti 36-38, sentenza *Sopropè* del 18 dicembre 2008, C-349/07).

Questa nuova prospettiva del diritto ad una buona amministrazione consente di recuperare l'idea di Benvenuti della *demarchia*, posto che il consenso, come consapevole e responsabile accettazione delle determinazioni della p.a. in un contesto di trasparenza ed imparzialità, consente per l'appunto di attribuire direttamente al cittadino la contitolarità del potere pubblico.

## 5- Conclusioni

Nell'attività privatistica della p.a., sembra potersi affermare che i vincoli e limiti all'azione amministrativa aumentino in virtù di quei principi fondamentali di diritto dell'Unione che derivano soprattutto dall'idea del mercato, il quale non dev'essere in alcun modo falsato (concorrenza valore fondamentale)

Tuttavia, il diritto dell'Unione appare altresì decisivo nella sua volontà di democratizzare i rapporti e di renderli il più possibile "consensuali", nel senso di contemperarli con una sorta di "libertà attiva" del cittadino e dell'impresa.

L'amministrazione è costretta in certo qual modo a rapportarsi con i privati, anche nella propria attività pubblicistica in senso stretto, in forma altamente procedimentalizzata, "attraverso quella manifestazione, esplicita o implicita, del consenso che si esprime nella condivisione della responsabilità dell'azione dell'autorità" (Benvenuti, op. cit., 125-126).

Davvero sembra potersi affermare che le nuove prospettive aperte dal diritto dell'Unione, sul versante amministrativo, si conformino perfettamente con quell'idea di demarchia tracciata con lungimiranza dal grande maestro amministrativista: "le varie di forme di partecipazione procedimentale, a partire dal potere di accesso alla eliminazione della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, come le varie forme di intervento a posteriori, quale garanzia non solo della legalità ma anche della adeguatezza dell'agire amministrativo, dipendono inevitabilmente dal riconoscimento della libertà attiva che spetta ai cittadini come membri di un'intera società. Né altro può significare il concetto di demarchia" (*Il nuovo cittadino*, 126).

Con riferimento al **diritto di accesso**, in certi settori particolarmente rafforzato (si veda ad esempio il diritto ambientale), si può ricordare che, secondo la Corte, "a norma dell'articolo 255, paragrafi 1 e 2, CE, qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire conformemente al procedimento di cui all'articolo 251 CE. Il regolamento n. 1049/2001 mira a conferire al pubblico un diritto di accesso ai documenti delle istituzioni che sia **il più ampio possibile**" (punto 61, sentenza del 27 febbraio 2014, in causa C-365/12 P, *Commissione c/ EnBW Energie Baden-Württemberg AG*).

Altrettanto può dirsi a proposito di un vero e proprio diritto alla revisione dell'azione amministrativa *a posteriori* (*Kuhne&Heitz-Kapferer-Kempter*) che vede, sul versante processuale, una sorta di analogo diritto alla "revisione" dell'attività del giudice nelle forme (risarcitorie) elaborate in *Koebler-Tragheti del Mediterraneo-Commissione c/Italia* del 24.11.2011, in ipotesi di violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione.

Si è elaborato finanche l'idea di un **diritto fondamentale ad una buona amministrazione** di cui all'**art. 41 Carta di Nizza**, che attribuisce, *inter alia*, il diritto di essere ascoltati prima di essere raggiunti da qualunque atto lesivo.

E se è vero che, in certi settori dell'ordinamento, questi esiti di rispetto *ex parte pubblica* della libertà attiva dei cittadini e delle imprese hanno trovato riconoscimento, non si può dire altrettanto per settori rimasti portatori di poteri autoreferenziali, quali ad esempio quelli riconducibili ad alcune autorità amministrative definite a torto indipendenti<sup>18</sup>, rispetto alle quali, molto spesso, misure gravissime a carico di privati ed imprese appaiono del tutto prive di tutela e di qualunque contraddittorio serio, come, ad esempio, in tema di atti di vigilanza prudenziale della Banca d'Italia (cfr. art. 70 TUB).

Potrei concludere queste brevi e frammentarie osservazioni a margine del tema odierno, ricordando che neppure quando la p.a. sta esercitando potestà di imperio in posizione di supremazia ordinamentale dovrebbe dimenticare la derivazione del proprio potere da quel cittadino nel cui interesse essa sta operando: come ricordò l'inglese Thomas Fuller, qualche secolo fa, "*Be ye never so high, the law is above you*" ("Non stimarti troppo in alto o importante perché la legge e il diritto ti sono superiori")<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Sul tema, cfr., per tutti, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

<sup>19</sup> Parole usate da Lord Denning nel celebre *Gouriet case* [1978], AC 435, e ricordate dallo stesso grande giudice in LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londra, 1979, 140.