



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"
FACOLTA' DI GIURISPRIDENZA**

**Cattedra di Diritto Amministrativo
Prof. Sabino Cassese
a.a. 2003/2004**

Spyridon Flogaitis

Professore della National and Capodistrian University of Athens

Rule of law e Comunità Europea

Sala delle teleconferenze - Rettorato

31 maggio 2004, h. 14.30

Nota al testo

In un complesso rapporto di continuità e di innovazione rispetto all'esperienza giuridica degli Stati membri, l'Unione europea ha elaborato il principio di rispetto delle regole di diritto previamente stabilite. Di qui l'affermazione, contenuta nell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, secondo la quale l'Unione «si fonda su principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri». Tale parametro rientra tra i criteri ai quali è subordinata l'adesione all'Unione da parte di paesi terzi e costituisce un elemento essenziale del «processo di Barcellona».

E tuttavia, la condivisione di questo principio tra i vari Stati membri del partenariato euro-mediterraneo è tutt'altro che scontata, date le divergenze sulle implicazioni del principio e, più in generale, le difficoltà connesse alla estensione delle tradizioni giuridiche europee a regioni fondate su culture ed esperienze giuridiche diverse da quella occidentale.

Il contributo del Prof. Spyridon Flogaitis vuole costituire il primo passo di una discussione più ampia, che ponga a confronto la tradizione europea con quella di un ordine giuridico e morale definito dalla legge sacra negli ordinamenti giuridici dei paesi islamici. Il Prof. Flogaitis ricostruisce la trama di comunanze e di differenze che è alla base della elaborazione del principio del rispetto delle regole di diritto nei diversi Stati dell'Unione e nello stesso organismo sovranazionale. Vi è da chiedersi in quale misura tale principio possa essere estesa agli ordinamenti degli altri membri del partenariato euro-mediterraneo, quali processi di reazione si possano innescare ed in quale misura il processo di Barcellona possa tollerare l'esistenza di una pluralità di significati del principio del rispetto delle regole di diritto. Questioni senza dubbio complesse, connesse al tema più generale della costruzione di uno spazio giuridico globale tra tradizione occidentale e proposte formulate da esperienze diverse da quella occidentale. Questioni - è l'augurio del Centro di eccellenza europeo Jean Monnet-Luigi Einaudi - sulle quali studiosi non solo europei vorranno misurarsi.

INTRODUZIONE

La nozione di principio di legalità costituisce un tema di ricerca e di riflessione che va direttamente al cuore dello Stato moderno. In questa sede non sarà naturalmente possibile studiarlo in maniera esaustiva e sotto tutte le differenti angolazioni. Ci accontenteremo, invece, di tracciare le linee generali sulle quali si basa, di vedere i principi sui quali si fonda a partire dall'epoca liberale inglese fino ai nostri giorni. I paesi che saranno presi da esempio per questo studio saranno, al di là del diritto greco, i diritti inglese, francese e tedesco, senza tuttavia perdere di vista la prospettiva del diritto europeo.

Questo rappresenterà la prima parte dello studio. Nella seconda, parleremo piuttosto delle questioni sorte all'interno dei diritti dei paesi in questione, concernenti in particolare l'attività contrattuale dell'amministrazione. È un ambito nel quale il principio di legalità si concretizza in modo particolare e alla luce rivela degli aspetti che potrebbero altrimenti passare inosservati. Questo è molto più vero per l'attività amministrativa di diritto privato, dove si potrebbe credere che l'amministrazione sia libera di agire a proprio piacimento.

Parte prima *I fondamenti della nozione del principio di legalità*

Dal XVIII secolo la nascita e lo sviluppo del diritto amministrativo vanno di pari passo con il concetto di principio di legalità. Si tratta della nozione chiave che ha tradotto i concetti di diritto amministrativo provenienti dal periodo della monarchia illuminata in sistema di diritto amministrativo moderno.

Così, gli illuministi hanno sposato l'idea di Stato della monarchia illuminata, per cui lo Stato è retto da un diritto speciale derogante il diritto comune, con quella della sottomissione dello Stato al diritto. Quest'ultima idea veniva dall'Inghilterra; era conosciuta come il principio della supremazia della legge (*Rule of Law*) e fu più tardi codificata da A. V. Dicey. È caratteristico il fatto che nel continente il risultato di questo connubio abbia seguito la propria strada. Nei suoi primi passi, anche il diritto comunitario ha contribuito all'elaborazione di una concezione globale del principio di legalità.

I. Dicey e il principio di legalità

Il disprezzo di Dicey verso il diritto amministrativo francese è stato espresso in occasione delle sue analisi della nozione della supremazia del diritto, *Rule of Law*, secondo la denominazione originale. Egli ha costruito tutto il suo sistema di diritto costituzionale intorno a questo concetto a cui ha dato il contenuto da lui stesso elaborato.

Dicey ha sviluppato la sua nozione di *Rule of Law* in tre proposizioni:

"Quando noi diciamo che la supremazia della Rule of Law è una caratteristica della costituzione inglese, noi includiamo generalmente in questa espressione almeno tre concezioni distinte ma legate le une con le altre.

Noi intendiamo, in primo luogo, che nessuna persona può essere punita o lesa, legalmente nella sua persona o nella sua proprietà, se questo non è dovuto al fatto di aver commesso una violazione particolare della legge vigente e secondo la procedura ordinaria legale, davanti alle Corti ordinarie del paese".

In questo senso, la *Rule of Law* contrasta con ogni sistema di governo basato sull'esercizio di poteri di coercizione arbitrari o discrezionali, da parte di persone investite di autorità.

" Noi intendiamo, in secondo luogo, quando parliamo della Rule of Law come caratteristica del nostro paese, non soltanto che da noi nessuna persona si pone al di sopra della legge, ma che qui (che è una cosa differente) ogni persona, indipendentemente dal suo livello sociale o dalla sua condizione, è sottomessa al diritto ordinario del regno e suscettibile di essere condotta davanti alle giurisdizioni ordinarie.

C'è ancora un terzo e differente senso all'interno della Rule of Law, cioè la predominanza del senso del diritto, che può essere descritta come un attributo speciale delle istituzioni inglesi. Noi possiamo dire che la costituzione è la Rule of Law nel senso in cui i principi generali della costituzione (come per esempio il diritto alla libertà personale o il diritto di riunione (public meeting)) risultano in Inghilterra dalle decisioni giudiziarie che determinano i diritti degli individui, portati in casi particolari davanti alle Corti; mentre invece, secondo molte costituzioni straniere, la garanzia (in quanto tale) accordata ai diritti degli individui, è il risultato, o sembra risultare, da principi generali della costituzione".

La *Rule of Law* è una delle due caratteristiche dell' Inghilterra a partire dalla conquista normanna. Essa è sempre stata la predominanza, in tutto il paese, del governo centrale inteso come predominanza della Corona che si è evoluta verso la sovranità del Parlamento. È importante osservare questo parallelismo incosciente verso il quale Dicey dirige la sua osservazione, fra la supremazia del Parlamento - che esprime il potere centrale - e la supremazia del diritto - centrale anche lui per eccellenza. Così, se si vogliono tracciare le linee principali del pensiero di Dicey attraverso i tre assiomi esposti sopra, si deve riconoscere che egli voleva soprattutto sottolineare i principi seguenti : prima di tutto, che la legge una e unica per tutti, deve essere stabilita dal Parlamento sovrano in maniera da non lasciare un margine considerevole di potere discrezionale all'esecutivo. Egli considera per ragioni di ideologia il potere discrezionale come arbitrario. Suppone che l'amministrazione possa, tramite un potere discrezionale molto largo, e arbitrario, alterare la volontà del sovrano, o del Parlamento e attraverso ciò stravolgere di fatto la *Rule of Law*; egli sospetta soprattutto dell'amministrazione francese : *"L'illegalità reale era normale per dei monarchi così particolarmente odiosi come Luigi XV : essa era inerente al sistema di amministrazione praticato in Francia"*.

L'ultimo dei suoi assiomi afferma che, perché si abbia Rule of Law in un paese, i diritti dell'uomo devono essere garantiti dall'ordine giudiziario. Ma nella sua posizione assiomatica non lo manifesta in questa maniera: sembra piuttosto mettere l'accento sul momento storico della creazione e della valorizzazione delle libertà fondamentali nel suo paese. Ma dall'insieme dell'analisi a cui procede, risulta chiaramente che egli richiede un intervento giudiziario nel campo dei diritti dell'uomo; a suo avviso, dal punto di vista della protezione finale accordata dai giudici, la costituzione inglese non ha uguali. *“Ma la conoscenza della storia basta a dimostrare che gli autori stranieri di diritto costituzionale, quando si occupavano di definire i diritti, hanno dato un'attenzione insufficiente alla necessità assoluta di emanare delle misure capaci di garantire i diritti che essi proclamavano”*.

Il problema che si pone è dunque di sapere cosa rimane della *Rule of Law* e cosa questa possa veramente significare.

Essa non può significare che quello che si chiama Stato di diritto ovvero la subordinazione dell'esecutivo alla legge. Questo è tutto quello che resta quando le si tolgono i suoi elementi precari, la confusione provocata dall'inserimento nella nozione di un'ideologia liberale, spinta fino ad essere anacronistica, e le particolarità del sistema giudiziario britannico. L'essenza della *Rule of Law* che Dicey voleva proporre non era né più né meno che la supremazia della legge nei confronti dell'amministrazione. Questa è espressa in altri termini dalla sovranità del Parlamento britannico e dalla sanzione di questa supremazia da parte dei giudici: l'essenza stessa dello Stato di diritto, l'ammissione che l'amministrazione è condizionata alla regola di diritto, che è uno dei principi fondamentali del liberalismo politico.

Ai nostri giorni, ciò rappresenta ciò che resta della *Rule of Law*. Secondo per esempio H. W. R. Wade, la *Rule of Law*, significa che l'esecutivo deve agire in conformità con la legge *“e in quasi tutti i casi questo significa che l'esecutivo deve agire con il permesso di un atto del Parlamento”*; e che il giudiziario *“non permetterà che questi poteri siano utilizzati in modi che il Parlamento molto verosimilmente non ha mai scelto. Una parte essenziale della Rule of Law è di conseguenza un sistema di regole che vieta l'abuso del potere discrezionario”*.

Una tale concezione della *Rule of Law* corrisponde esattamente sia al senso vero della nozione elaborata da Dicey sia alle necessità dei tempi moderni, perché riconosce implicitamente che il Parlamento non è più il solo creatore del diritto.

II. Il concetto di principio di legalità in Grecia, in Francia e in Germania

La legalità dell'attività amministrativa non è retta dalle stesse regole nei tre sistemi giuridici. Le regole della legalità sono differenti, il principio di legalità non ha ovunque lo stesso contenuto, il che comporta il rischio per la dottrina di facili malintesi quanto allo status giuridico dell'amministrazione. Il contenuto della nozione di principio di legalità è in larga parte determinato dalla storia e dal modo con cui lo Stato di diritto si è sviluppato in ciascuno degli ordini giuridici.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato greco, che ha interpretato nel passato le disposizioni costituzionali, ha dato una concezione ristretta del principio di legalità. L'amministrazione è un potere condizionato che per agire ha bisogno di un'abilitazione legislativa espressa e speciale. L'art. 48 della Costituzione del 1975/1986 fissa la misura della subordinazione del potere esecutivo al potere legislativo. La maniera ristretta di concepire il principio di legalità costituisce un *“curiosum”* storico, dato che il diritto pubblico greco ha recepito abbastanza presto la teoria organica dello Stato, insegnata dai pubblicisti tedeschi. Essa riservava la supremazia allo Stato e ne considerava il popolo (nazione) e il Parlamento come degli organi costituiti.

La maniera ristretta di concepire il principio di legalità nel diritto francese è storicamente spiegabile, poiché lo Stato è stato concepito a partire dalla Rivoluzione Francese come l'organizzazione personificata della nazione sovrana. La conseguenza logica era che la legittimazione democratica dei poteri - se si esclude il legislativo, che esprimeva per eccellenza la nazione sovrana attraverso il mezzo delle elezioni generali - e soprattutto dell'esecutivo, reputato di passato monarchico, passava attraverso la legge, simbolo della subordinazione al legislatore democratico. In Grecia, nonostante ciò, lo Stato in quanto entità politica non ha tradizione né memoria storica, dato che si tratta di una creazione artificiale di un gruppo di uomini *ab initio*, nella prima metà del XIX secolo. È la ragione per la quale la fonte di legalità per eccellenza in diritto greco è la sola Costituzione, che distribuisce le competenze ai diversi poteri; non ci sono strumenti d'interpretazione che vanno al di là della lettera o dello spirito della costituzione, poiché, giustamente, solo dalla sua recente nascita, lo Stato greco è il prodotto storico di un'evoluzione costante nel tempo che è la ragione principale per cui né la scienza giuridica, né la giurisprudenza, né la consuetudine sono state mai costituite quali fonti nel diritto greco.

Il principio di legalità (o principio di giuridicità) è stato sviluppato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nella nuova realtà inaugurata dalla Rivoluzione del 1789. Si trattava dell'applicazione allo Stato del principio della supremazia della legge (*Rule of Law*), essendo la legge intesa come l'espressione della volontà generale. Si trattava anche di un'espressione molto concreta del liberalismo politico del XVIII secolo, dato che per la sua sottomissione alla legge, il potere esecutivo, tradizionalmente considerato mezzo di esecuzione della volontà del monarca, fu battezzato democratico: la nazione sovrana, rappresentata in Parlamento, permetteva all'esecutivo di agire. Per ben comprendere l'importanza di questa nuova istituzione, occorre considerare il fatto che in questo sistema, il solo giudice della costituzionalità delle leggi era il Parlamento stesso, cioè l'organo della loro produzione. Il principio di legalità ha preso più tardi un contenuto più esteso, poiché ha superato la sua base ideologica di partenza: l'amministrazione avrebbe dovuto rispettare non solo la legge, ma anche le regole di diritto che lei stessa produceva. Il principio di legalità è divenuto principio di diritto.

Questa osservazione è tanto più vera in quanto nuove fonti di legalità dell'attività amministrativa sono state aggiunte. Se la consuetudine non ha mai potuto fondare su delle prove concrete la sua qualità di fonte di legalità, secondo una grande parte della dottrina francese, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e in ogni caso i principi generali di diritto amministrativo rappresentano fonti indiscutibili della legalità.

I principi generali di diritto, intesi come il prodotto di una certa concezione dell'uomo e del mondo, come l'espressione di una concezione etica, sono posti nella gerarchia delle regole di diritto ad un livello sopra-regolamentare e al di sopra dei decreti autonomi dell'articolo 37 della Costituzione del 1958. Non è un caso che i principi generali di diritto e più in generale la giurisprudenza del Consiglio di Stato si siano distinti come fonti importanti della legalità dell'azione amministrativa; al contrario, non è un caso che la dottrina non abbia mai avuto questo spazio in diritto amministrativo francese. Infine, occorre respingere quello che viene solitamente detto per delle ragioni piuttosto accademiche, e cioè che il ruolo di produttore di norme è stato riconosciuto al Consiglio di Stato in mancanza di regole specifiche di diritto amministrativo all'inizio del XVIII secolo.

In realtà questo ruolo del Consiglio di Stato si trova in interconnessione costante con il sistema giurisdizionale dell'Antico Regime e del Consiglio del re. Il Consiglio di Stato del XIX secolo, divenuto organo, aveva con la sua giurisprudenza apportato una nuova legittimazione democratica a pratiche e giurisprudenze dei secoli precedenti. Si trova un'applicazione concreta e importante di questa attività del Consiglio di Stato nella sua giurisprudenza, secondo la quale l'amministrazione dispone, per la natura stessa delle cose, del potere regolamentare autonomo di organizzare e di fare funzionare i servizi pubblici senza una necessaria abilitazione legislativa. Se

l'art. 37 della Costituzione del 1958 ha offerto una base costituzionale a questo potere regolamentare autonomo dell'amministrazione, allargando il suo campo d'azione, resta sempre vero che il suo riconoscimento da sempre da parte del Consiglio di Stato non costituisce che il ripetersi di pratiche antiche, il lascito del diritto del Monarca di organizzare i servizi grazie ai quali esercitava i suoi doveri nei confronti del suo popolo, lo *jus politiae* nella sua espressione per eccellenza.

Nonostante il principio di legalità in diritto tedesco (*Prinzip der Gesetz-mäßigkeit*) trovi il suo fondamento costituzionale nel paragrafo 20 capoverso 3 della Legge Fondamentale (GG), per cui il potere legislativo ha un limite nella Costituzione, e i poteri esecutivo e giudiziario sono invece subordinati alla legge e dal diritto (*Gesetz und Recht*), il suo contenuto reale si chiarisce veramente solo attraverso la storia dello sviluppo concreto dello Stato di diritto tedesco; è generalmente riconosciuto che il principio di legalità si analizzi in due sottoprincipi: quello della supremazia della legge (*Vorrang des Gesetzes*) e quello della riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*).

Il principio della supremazia della legge significa che la legge formale occupa un posto preponderante fra le fonti della legalità amministrativa. L'amministrazione è tenuta ad applicare la legge, anche quando, nel suo contenuto, differisce dalle altre fonti di legalità (*Anwendungsgebot*), poiché essa è tenuta a non deviare dalla legge (*Abweichungsverbot*) né ad agire contro la legge. La differenza fra questa concezione del principio di legalità e quelle dei diritti francese e greco è chiara. L'attività dell'amministrazione non deve sempre fondarsi sulla legge, ma è sufficiente che la si conosca e che la si applichi se esiste o se il suo contenuto è differente da quello delle altre fonti di legalità; nonostante ciò, in tutte le altre ipotesi, è libera di agire secondo la sua volontà. Si tratta del puro lascito degli assolutismi e dell'epoca della monarchia costituzionale, nella quale il Monarca si trovava confrontato a un Parlamento espressione della classe borghese: dotato dei poteri che il Monarca stesso gli aveva ceduto, obbligato a rispettare la legge, ma allo stesso tempo, libero di agire negli ambiti in cui nessuna legge esisteva.

Occorre ricordarsi che in questo periodo di sviluppo dello Stato in Germania, la classe borghese e il movimento costituzionale ritengono il Parlamento e la legge garanti della libertà personale e della proprietà privata (*Freiheit und Eigentum*), essendo l'obiettivo quello di assicurare il rispetto del principio per cui solo la legge è competente per intervenire in questi campi e regolarli. Questo è, almeno storicamente, il contenuto della seconda componente del principio di legalità, e cioè il principio della riserva di legge (*Gesetzesvorbehalt*) e che equivale al termine "riserva del pregiudizio" (cioè alla libertà personale e alla proprietà privata, *Eingriffsvorbehalt*). È la ragione per cui *Gesetzesvorbehalt* e nozione di legge coincidono perfettamente.

Risulta dunque dalla combinazione di questi due sottoprincipi che, secondo la concezione tedesca del principio di legalità, l'amministrazione attiva non può mai disconoscere la supremazia della legge rispetto alle altre fonti di legalità. Allo stesso modo, essa non può deviare dalla legge o agire contro di essa, né tantomeno intervenire nella sfera a questa riservata, cioè nel campo della regolamentazione delle libertà pubbliche; ma per il resto, essa è libera. Dispone della stessa libertà ereditata dal Monarca costituzionale, esiste per lei stessa, con una legittimazione costituzionale che non deve fondare su di un'altra fonte di legalità.

Questo studio non vuole entrare nei dettagli della dottrina tedesca se non per studiare le frontiere attuali del principio della riserva in favore di legge nello Stato sociale moderno, ma non si deve sottovalutare un punto importante: occorre ricordare che amministrazione libera dalla legge non significa amministrazione libera dal diritto, poiché in effetti, anche l'amministrazione è sottomessa alla Costituzione, che è tenuta a rispettare e applicare.

La storia dello Stato tedesco come fenomeno giuridico così come del diritto amministrativo tedesco è importante anche per quel che concerne le fonti della legalità dell'attività amministrativa. La consuetudine (*Gewohnheitsrecht*) è accettata come una delle fonti del diritto amministrativo, in virtù di un'estensione della dottrina civilista in diritto amministrativo, anche

se è vero che essa è largamente confusa con la giurisprudenza in quanto fonte di legalità (*Richterrecht*); quest'ultima, malgrado una discussione molto ricca di riflessioni, non gode della riconoscenza di cui dispone in diritto francese. Il diritto amministrativo tedesco è in larga misura diritto scritto, uno dei motivi per cui esso ha avuto uno sviluppo rapido. I principi generali di diritto amministrativo (*die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts*) sono considerati come il prodotto non solo della giurisprudenza, ma contemporaneamente della giurisprudenza e della dottrina; è un elemento che testimonia le origini e le radici del diritto amministrativo tedesco nella dottrina, e dell'importanza particolare che l'Università occupa nella società tedesca. Per la stessa ragione, il posto che i principi generali di diritto occupano nella gerarchia delle fonti della legalità non è fisso ma dipende ogni volta dalla maniera concreta in cui sono dedotti: si può trattare della consacrazione di una consuetudine, o della concretizzazione del diritto costituzionale (*Konkretisierung von Verfassungsrecht*), o di un principio che discende da un insieme di disposizioni legislative, o, secondo certi, di idee che reggono il diritto, come per esempio l'idea di giustizia. La differenza nella concezione di un solo e stesso fenomeno dalle due parti del Reno è evidente.

III. Il principio di legalità e il diritto comunitario

Il principio di legalità vale anche per il diritto comunitario. Lo si ritrova nelle diverse fonti di legalità comunitaria ed è consacrato dalla giurisprudenza della CJCE, già con la sentenza *Hauer*, ma soprattutto con le sentenze *Dow Benelux NV*, *Dow Chemical Iberica SA* e altri, *Orkem* e *Hoechst AG contro la Commissione delle Comunità Europee*.

Se le sentenze in questione hanno attirato l'attenzione dei giuristi in ragione dei loro consideranda in materia di diritti fondamentali, la loro utilità nel campo del diritto amministrativo classico non è comunque da sottovalutare.

Secondo la Corte europea, "in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri, gli interventi della potenza pubblica nella sfera d'attività privata di ogni persona, che sia fisica o morale, devono avere un fondamento legale" (*Hoechst*).

Da queste affermazioni di principio, la Corte sembra avere dedotto la regola giuridica dell'esame comparativo degli ordini giuridici dei paesi membri. Sembra ancora enunciare una sorta di principio generale di diritto nell'ordine giuridico europeo, senza però dirlo espressamente, e, in più, senza caratterizzarlo puramente e semplicemente come "principio generale di diritto comunitario". È possibile che la Corte abbia proceduto così in ragione dell'evidenza del principio posto, di cui non di dovrebbe negare il carattere di principio generale di diritto comunitario – soprattutto dopo la sentenza *Granaria* del 13 febbraio 1979, secondo la quale il rispetto del principio fondamentale dello Stato di diritto costituisce uno dei fondamenti del Trattato della CEE.

Il principio di legalità dell'attività normativa o degli atti individuali, che denunciano l'amministrazione europea, risulta dai trattati internazionali sui quali la Comunità si fonda, ma anche dal loro stesso carattere di trattati internazionali.

I trattati prevedono espressamente le competenze degli organi, i quali non possono agire al di fuori delle competenze previste dagli stessi trattati (art. 4 Trattato CEE) e per restrizione dell'ambito dell'esercizio della sovranità nazionale degli Stati Membri. Gli atti presi contro questa regola sono supposti essere nulli e non avvenuti (art. 33 CECA, art. 173 CEE, art. 146 CEEA).

Attraverso questa considerazione, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee sembra aderire alla concezione francese del principio di legalità, senza troppi problemi in più, per la validità di

una tale preferenza. L'amministrazione europea non può infatti agire senza fondamento legale e senza che la legalità europea lo preveda.

Si potrebbe malgrado questo pensare che la posizione della Corte in questo ambito non è così chiara come sembra ad una prima lettura. Secondo la sentenza in questione, questa concezione della legalità può essere ammessa quando si tratta di interventi della potenza pubblica e anche nella sfera di attività di ogni persona. Se questo significa che il fondamento legale è necessario solo quando l'amministrazione prende delle misure di potenza pubblica, cioè quando essa non si comporta puramente e semplicemente da Stato sociale, offrendo agli amministrati delle prestazioni (la *Leistungsverwaltung* del diritto tedesco), e anche, in più, quando si è in presenza di una ingerenza nella sfera di attività privata dell'individuo (la *Eingriffsverwaltung* del diritto tedesco), non è più la concezione francese del principio di legalità che è in gioco, ma al contrario quella di diritto tedesco. Nella sentenza *Hoechst*, nessun elemento può purtroppo giustificare chiaramente la posizione della Corte, in favore di questa tradizione. Non si deve dimenticare che la concezione tedesca del principio di legalità, forte di una storia e di una tradizione abbastanza particolari, è difficilmente riconducibile al livello europeo. La concezione francese è più semplice. Da un altro lato, non deve sfuggire all'attenzione che la concezione tedesca potrebbe lasciare più flessibilità all'amministrazione europea, e ed è stato sostenuto che in effetti, la concezione europea del principio di legalità ne è un esempio.

Non è in ogni caso vero che si possa dedurre facilmente e senza equivoco un principio unitario di legalità amministrativa dagli ordini giuridici degli Stati membri.

Se l'amministrazione europea è tenuta a sottomettersi al diritto nel quadro del principio di legalità, la questione che si pone è di sapere qual è il sistema giuridico che l'atto comunitario deve rispettare. La risposta è data nella sentenza *Dow Chemical Iberica*. La validità degli atti decisi dalle istituzioni comunitarie non dovrebbe essere apprezzata che in funzione del diritto comunitario. Questo costituisce il sistema giuridico di riferimento e di base per ogni atto di questo tipo, ed è in funzione di questo sistema che la legalità dell'atto sarà giudicata. L'incompatibilità di questo atto, anche di carattere costituzionale, con l'ordine giuridico del paese membro nel quale l'atto sarà eseguito, non ha nessuna importanza e non interferisce sulla validità dell'atto comunitario.

D'altronde, la validità dell'atto è apprezzata in riferimento al diritto in vigore al momento dell'assunzione della decisione in questione. Gli atti posteriori non hanno assolutamente a che vedere con la legalità di una decisione, secondo il principio enunciato nella sentenza *Dow Benelux*. Senza che la sentenza si pronunci espressamente su questo punto, ci si trova in presenza di una semplice ricezione del principio generale di diritto, che si ritrova in tutte le concezioni europee del principio di legalità e diventa così una sorta di principio generale del diritto comunitario.

SECONDA PARTE

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E AZIONE CONTRATTUALE DELL'AMMINISTRAZIONE

Ci sono due ambiti nei quali il principio di legalità pone dei problemi abbastanza particolari: quello dell'azione amministrativa contrattuale dello Stato (I) e quello dell'azione amministrativa di diritto privato (II).

I. L'azione amministrativa contrattuale in generale e il principio di legalità

Prima di tutto, occorre accettare che salvo disposizione contraria, l'amministrazione pubblica è priva della libertà contrattuale (*Vertragsfreiheit*): essa non ha la possibilità di fondare dei diritti e delle obbligazioni reciproche sull'incontro delle dichiarazioni di volontà, e nemmeno la libertà illimitata di decidere se un contratto deve essere concluso, e quale dovrebbe essere il suo contenuto. In questo modo, l'amministrazione non è caratterizzata dal principio dell'autonomia della volontà privata (*Privatautonomie*), cioè la libera determinazione, secondo la propria volontà, del contenuto dei rapporti giuridici da essa creati. D'altra parte, il principio dell'autonomia della volontà privata, in quanto parte integrante del principio più generale dell'autodeterminazione degli uomini (*Selbstbestimmung der Menschen*), e costituzionalmente garantito a livello dei diritti dell'uomo, non copre gli organi che esercitano il potere pubblico. Al contrario, il cocontrattante dell'amministrazione è retto dal principio della libertà contrattuale; l'espressione della sua volontà costituisce un'applicazione particolare del principio dell'autonomia della volontà privata, ben determinata di fatto dai limiti ai quali è sottomessa la volontà dell'amministrazione contrattante.

L'amministrazione attraverso la via contrattuale non può fare quello che non potrebbe fare attraverso un atto amministrativo unilaterale, salvo che la forma contrattuale sia imposta dalla legge. L'amministrazione non può dunque eccedere i limiti che le sono imposti dal principio di legalità nell'esercizio delle sue competenze locali, funzionali o temporali. La competenza ha una base legale e l'amministrazione non può non rispettare queste regole utilizzando la via contrattuale, regole alle quali si deve conformare nell'esercizio del suo potere di emanare degli atti amministrativi unilaterali. Occorrerà includere fra le regole che determinano la competenza quelle di diritto finanziario che descrivono il modo esatto secondo cui le spese pubbliche dovrebbero essere fatte. La spesa pubblica è più caratteristica di una procedura contrattuale che di una procedura unilaterale, cosa che necessita di conseguenza di un'attenzione particolare. Infine, l'amministrazione non può vendere un atto amministrativo a un privato, servendosi di un contratto; lei non può, cioè, esercitare legalmente il potere pubblico avendo come solo obiettivo un obiettivo lucrativo, salvo se questo è espressamente previsto dalla legge, poiché la ragione d'essere dei poteri pubblici è il soddisfacimento dell'interesse generale.

La regola secondo la quale l'amministrazione contrattante deve rispettare le fonti costituzionali dei principi di legalità e di competenza è un'applicazione speciale di queste considerazioni. Il contratto deve dunque costituire un'applicazione concreta del principio dello Stato di diritto, di giustizia e di sicurezza giuridica di cui tutto l'ordine giuridico necessita; d'altronde, non può concernere un'attività che non sia amministrativa, e in particolare le funzioni legislativa e giudiziaria. Il principio di proporzionalità – che è costituzionalmente riconosciuto in diritto tedesco e costituisce in diritto francese e greco un principio generale di diritto amministrativo – ha un'importanza particolare all'interno dell'insegnamento del contratto amministrativo, poiché dei pericoli molto specifici nascono nei confronti dell'amministrato per il fatto dell'inosservanza di questo principio, tenuto conto della sua partecipazione all'elaborazione dell'atto.

II. *L'azione amministrativa contrattuale di diritto privato e il principio di legalità*

Due questioni si pongono nel quadro dei contratti di diritto privato dell'amministrazione: da una parte, quella di sapere se l'amministrazione che agisce secondo le regole di diritto privato è tenuta a rispettare le disposizioni costituzionali e soprattutto quelle delle libertà pubbliche; e dall'altra, quella di sapere se l'amministrazione, agente secondo le regole di diritto pubblico o diritto privato, disponga del diritto e della libertà, di scegliere i suoi mezzi di azione, cioè di diritto pubblico o di diritto privato. Questa seconda questione pone il problema della libertà dell'amministrazione di scegliere i suoi mezzi nell'inseguimento dei suoi fini o per ottenere il risultato voluto, o in altre parole, per riprendere l'espressione tradizionale tedesca, quello di

sapere se l'amministrazione ha la libertà di scelta della forma appropriata (*Formenwahlfreiheit*). I due problemi che sono stati particolarmente posti dalla dottrina e giurisprudenza tedesche, valgono per tutti gli ordini giuridici.

Il dovere dell'amministrazione, agente come persona morale di diritto privato o come persona morale di diritto pubblico ma attraverso degli atti di diritto privato, di rispettare le libertà pubbliche che sono costituzionalmente protette (tema conosciuto in diritto tedesco sotto il nome di "*applicazione delle libertà pubbliche in materia di attività privata dell'amministrazione*", *Fiskalgeltung der Grundrechte*), è ai nostri giorni generalmente accettato dalla scienza tedesca di diritto pubblico, cosa che deve essere considerata come valida per i tre ordini giuridici in questione. In effetti, quando la Costituzione non prevede espressamente l'applicazione delle libertà pubbliche nei confronti del solo Stato-potenza pubblica, proprio perché nessuna distinzione viene fatta, occorre accettare che con il termine "amministrazione", si deve intendere la persona pubblica, quale che sia la forma sotto la quale essa appare e agisce. In più, l'opinione contraria condurrebbe alla liberazione dei poteri pubblici dai loro doveri fondamentali nei confronti degli amministrati; in effetti, l'utilizzazione delle forme di diritto privato per sfuggire ai propri doveri equivarrebbe a un'utilizzazione abusiva di forma (*Formenmißbrauch*) che sarebbe incostituzionale. Infine, si è a giusto titolo rimarcato che l'amministrazione agente sotto delle forme di diritto privato è tenuta a rispettare i diritti fondamentali *almeno* nella stessa maniera dei privati, secondo e in applicazione della dottrina dell'azione dei diritti fondamentali nei rapporti giuridici fra privati (dottrina conosciuta come *Drittwirkung der Grundrechte*): se si accetta la validità di questa teoria per i rapporti giuridici fra privati, questa deve *a fortiori* essere accettata come applicabile nei rapporti che nascono fra i privati e l'amministrazione agente in diritto privato.

L'accettazione dell'applicazione dei diritti fondamentali nei confronti dell'amministrazione agente come ogni persona privata ha come ambito di elezione l'attività contrattuale dell'amministrazione, considerato che il contratto è il mezzo giuridico che l'amministrazione utilizza quando non agisce come espressione di potenza pubblica. Questo principio copre sia il permesso di utilizzare il procedimento contrattuale che il contenuto del contratto. Quanto a questo ultimo punto, una serie di ipotesi può essere oggetto di analisi, che dipendono da ogni ordine giuridico. Per quanto riguarda tuttavia la permissibilità del contratto, il problema si ricollega alla questione più generale della possibilità dell'amministrazione di scegliere liberamente i mezzi di realizzazione dei suoi fini.

Prima di analizzare questo problema importante, occorre fare una precisazione a proposito dell'applicazione delle libertà pubbliche all'attività dell'amministrazione agente sotto forma di persona di diritto pubblico o diritto privato. La Corte Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*) ha ammesso sulla base di un ragionamento il cui valore va al di là delle frontiere di questo paese, che i diritti fondamentali non proteggono in principio le persone morali di diritto pubblico. Questa regola copre anche nella sua generalità il principio dell'autonomia privata (*Privataautonomie*), protetto costituzionalmente in diritto tedesco: lo Stato e le altre persone morali che esercitano la potenza pubblica non godono di questa facoltà, anche quando agiscono nel quadro di diritto privato; il fatto che, attraverso i loro atti, perseguono direttamente o indirettamente degli scopi di interesse generale non ha nessuna importanza. Occorre notare che questa dottrina non è contraddetta da quella per cui lo Stato dispone dell'autonomia privata, i cui limiti e contenuto sono determinati dal fine dello Stato; poiché questa autonomia non ha assolutamente dei punti in comune con quella di diritto privato, essendo vero tuttavia che questa può essere compresa come una maniera specifica di autonomia privata il cui contenuto è determinato dal principio di legalità.

La scelta da parte dell'amministrazione del contratto di diritto pubblico o di diritto privato come mezzo per raggiungere i propri scopi, costituisce un caso specifico di applicazione della questione

più ampia che è quella di sapere se l'amministrazione ha la libertà di scegliere fra diritto pubblico e diritto privato nell'esecuzione dei suoi doveri. Questa importante questione è stata portata a conoscenza della Corte di Cassazione Federale (*Bundesgerichtshof*), che si è pronunciata per la libertà dell'amministrazione di scegliere la maniera che gli sembra più appropriata per raggiungere i propri fini, a condizione che non ci siano regole giuridiche contrarie. Questa giurisprudenza riflette perfettamente il concetto tedesco di principio di legalità. Il limite ultimo di questa disponibilità di cui dispone l'amministrazione è il divieto di utilizzo abusivo di forma (*Formenmißbrauch*).

Ora, la sola risposta possibile che si può dare alla domanda di sapere se l'amministrazione ha nella ricerca del soddisfacimento dei propri fini la libera scelta fra contratto di diritto pubblico e contratto di diritto privato, è che tutto dipende dal principio di legalità, così come formulato nell'ordine giuridico ogni volta in questione. In diritto francese, abbiamo già esaminato molti casi nei quali la legge ha determinato la natura del contratto come di diritto pubblico, concedendo al giudice amministrativo la competenza di conoscere dei litigi che sorgono.

La concezione francese del principio di legalità accetta questa possibilità senza problema, così come tutta la giurisprudenza del Consiglio di Stato che vi apporta delle eccezioni. In diritto greco, la disposizione concreta sulla quale si fonda ogni volta la decisione dell'amministrazione di costituire un contratto non le lascia in principio né margine né libertà di decisione, se evidentemente, si esclude il caso del potere discrezionario. La legislazione non ha nella maggior parte dei casi nessuna ragione di determinare *expressis verbis* il contratto pubblico o privato del contratto; una tale determinazione rischierebbe inoltre spesso di essere incostituzionale, in un paese come la Grecia dove la separazione delle giurisdizioni civile e amministrativa sulla base della natura del rapporto giuridico ogni volta in questione, è garantita al livello della Costituzione.

Nei tre paesi esaminati, la legislazione, per sua natura stessa, si riserva in principio di porre le condizioni che guideranno, alla fine, all'occasione, il giudice o la dottrina, nell'interpretazione dei testi e nella scoperta della vera natura del contratto, in funzione della natura e del carattere del rapporto giuridico creato. In compenso, l'amministrazione ha margini di manovra e di scelta molto importanti, quando i testi che prevedono la sua competenza di concludere il contratto non gli impongono nulla di ciò che concerne il suo contenuto. In questi ultimi casi, essa ha in effetti eventualmente la possibilità, attraverso le clausole che saranno stipulate e attraverso l'oggetto della regolamentazione, di qualificare il contratto come di diritto pubblico o di diritto privato; pertanto, nei due casi, agirà secondo le regole del principio di legalità.

Conclusioni

L'idea della sottomissione dei poteri pubblici al diritto, di origine inglese, amalgamata all'altra idea continentale di sviluppo di un diritto proprio all'amministrazione pubblica, sono all'origine della creazione di quello che si chiama diritto amministrativo; questo diritto non è più esclusivamente di carattere pubblico, a partire dallo sviluppo lo si chiama correntemente di "diritto amministrativo privato" (*Verwaltungsprivatrecht*). Che sia di carattere pubblico o privato, il diritto è chiamato a governare ogni iniziativa e azione amministrativa, per una reale predominanza della legittimità democratica.

Una domanda attende ancora risposta: ci sono oggi differenze fondamentali fra il diritto tedesco e francese, in materia di nozione di principio di legalità? Le osservazioni che sono state fatte, soprattutto per quel che concerne gli atti amministrativi, hanno un valore assoluto o, se ci si riavvicina più alla realtà attuale di diritto amministrativo, le differenze diminuiscono?

La Costituzione francese del 1958 ha mosso il passo verso la costituzionalizzazione di vecchie pratiche razionalizzandole, in materia di divisione della materia normativa fra il legislatore e

l'amministrazione. Ha introdotto un catalogo di materie, riservate al legislatore, che racchiudono al loro interno soprattutto ciò che entra o tocca la protezione delle libertà pubbliche. Il resto è in principio lasciato al potere normativo dell'amministrazione pubblica, con abilitazione direttamente costituzionale. Si tratta di fatto dell'introduzione di un sistema che, pur avendo base costituzionale, non è estraneo alla concezione tedesca del principio di legalità.

Dall'altro lato, in diritto tedesco, è stato sviluppato un indizio, una sorta di regolatore, che testimonia la natura esatta della norma da adottare, così che il legislatore o l'amministrazione siano competenti per farlo. Si tratta della *Wesentlichkeitstheorie*, la teoria di ciò che è essenzialmente una norma data.

Infine, occorre anche sottolineare che da tanto, e soprattutto grazie alle costituzioni europee del Secondo Dopoguerra, la vecchia affermazione secondo la quale l'amministrazione pubblica è un potere concesso, che non trova la sua legittimazione democratica che per subordinazione al potere legislativo, non è più esatta. L'amministrazione pubblica trova la sua legittimazione nella Costituzione per esempio della Francia del 1958, o della Repubblica Federale Tedesca del 1949 ed è democratica quanto ogni altro potere.