

LA QUALITÀ DELLA NORMAZIONE NELLA PROSPETTIVA DELL'INTEGRAZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA

di *Andrea Cardone**

SOMMARIO: 1. Premessa: il diritto comunitario e le *prestazioni di qualità normativa*. **Sez. I. La qualità delle norme.** 2. La qualità dei procedimenti di formazione degli atti normativi: la formazione delle norme tecniche, la partecipazione, la disciplina dei gruppi di pressione; 3. La qualità della scelta normativa e l'obbligo di motivazione; 4. Altri tre orientamenti della Corte di giustizia che impongono *standards* di qualità alle norme in materia di chiarezza, astrattezza ed adeguatezza; 5. In sintesi. **Sez. II. La qualità del sistema delle fonti.** 6. Gli obiettivi comunitari di qualità normativa strumentali all'integrazione. L'efficacia diretta; 7. L'evoluzione dei controlli di legittimità. Il "doppio binario" di tutela delle libertà fondamentali; 7.1 (segue): La patologia dell'atto amministrativo per violazione del diritto comunitario; 7.1.1 (segue): Il potere di autotutela esercitabile dalla P.A. a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario; 7.1.2 (segue): La disapplicabilità *in peius* della norma interna contrastante con il diritto comunitario; 8. Altri quattro orientamenti giurisprudenziali sulla propensione all'integrazione come qualità del sistema delle fonti; 9. Il *diritto comunitario della normazione* e la teoria costituzionale dell'integrazione europea *tra radici giudaiche e cristiane*.

1. *Premessa: il diritto comunitario e le prestazioni di qualità normativa*

Esistono sostanzialmente due diverse prospettive attraverso cui è possibile affrontare lo studio della qualità della normazione nell'ambito del diritto comunitario. Una prima prospettiva, già ampiamente percorsa dalla dottrina¹, è quella *interna* al diritto dell'Unione Europea, la quale si sostanzia nella ricostruzione *statica* del quadro normativo e giurisprudenziale comunitario in tema di qualità della regolazione, ossia delle regole di *better regulation* che le istituzioni comunitarie hanno introdotto, poco importa se per via pretoria o meno, per disciplinare i propri processi normativi. Una seconda prospettiva, forse non ancora sufficientemente battuta dalla riflessione giuspubblicistica italiana, è,

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università di Firenze e Professore a contratto di Diritto pubblico dell'informazione nell'Università di Sassari.

¹ Cfr. R. PAGANO, *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, Camera dei Deputati, Roma, 1997 e, fra i lavori più recenti, E. BROGI, *La valutazione della normativa in Europa come portato e parametro di una governance tra pubblico e privato*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 111 e ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici; ID., *La "migliore regolazione" secondo il Parlamento europeo, tra rivendicazioni e abdicazioni del ruolo "legislativo"*, in *Federalismi.it*, 12/2007; W. ROBINSON, *Drafting of EU legislation: a view from the European Commission*, *ivi*, 1/2008.

invece, quella *esterna* all'ordinamento dell'U.E., la quale consiste nel verificare *dinamicamente* in quale misura, in quali ambiti e con quali fini "di qualità" le regole sulla produzione giuridica del diritto comunitario hanno innovato o tendono ad innovare il nostro sistema normativo.

In questa seconda prospettiva si muove il presente saggio, al quale si affida la speranza di riuscire a chiarire in cosa consistono – al di là delle etichette (spesso fortemente ed irragionevolmente riduttive dell'orizzonte della speculazione scientifica) – gli obiettivi o *standards* di qualità della normazione che il diritto comunitario "esige" dall'ordinamento repubblicano e, soprattutto, di capire se essi sono suscettibili di un inquadramento teorico soddisfacente². A tal proposito si deve subito avvertire che una qualsivoglia riflessione sugli effetti che il diritto comunitario ha prodotto o è in procinto di produrre sul sistema normativo italiano non può che prendere le mosse dalla constatazione che l'argomento, inteso nella sua accezione più ampia, si presterebbe a ricomprendere ogni possibile aspetto dell'integrazione comunitaria dell'ordinamento nazionale, dalla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali alle trasformazioni della forma di stato e della forma di governo. Il primo atto che deve, allora, compiere il giurista che si relaziona con il tema proposto è quello di effettuare un'*actio finium regundorum* che consenta, da un lato, di individuare una prospettiva sufficientemente significativa per cogliere le questioni più rilevanti circa l'influenza che l'impostazione comunitaria della qualità normativa ha esercitato sull'evoluzione del nostro sistema normativo, dall'altro, di scongiurare le possibili frustrazioni di chi, pur legittimamente, si attenderebbe da questo scritto la disamina di questioni che rimarranno, invece, sullo sfondo.

Coerentemente con l'intento appena dichiarato, pare di poter dire che l'angolo visuale più interessante per studiare gli obiettivi di *qualità* che il *diritto comunitario della normazione* (si potrebbe chiamare così!) assegna al

² Infatti, non mancano, certo, in dottrina, riflessioni che evidenziano come le politiche comunitarie in tema di qualità della normazione stiano determinando un'europeizzazione del sistema delle fonti nazionali. Cfr., ad esempio, A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001; F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Competitività e regolazione: un intralcio o una risorsa? Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze, 2005; F. BASILICA (a cura di), *La qualità della regolazione. Politiche europee e piano d'azione nazionale*, Maggioli, Rimini, 2006; A. VALASTRO, *L'esperienza italiana della consultazione: un percorso a zig zag in una governance problematica*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, cit., pp. 201 e ss. Ciò che, invece, manca è una riflessione sistematica che provi a dare di questa dimensione dinamica una lettura "sostenibile" nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti e della teoria costituzionale dell'integrazione europea.

nostro ordinamento sia quello di centrare l'attenzione sugli effetti che la giurisprudenza comunitaria ha prodotto sui tratti qualificanti del sistema delle fonti interne. Tale prospettiva, infatti, presenta due indubbi pregi rispetto a qualsiasi altra impostazione che risulti legata all'uno oppure all'altro settore normativo, in cui – pure – si potrebbero certamente registrare analitiche ed importanti innovazioni determinate dagli orientamenti giurisprudenziali del Giudice di Lussemburgo. Da un primo punto di vista, infatti, essa ha carattere trasversale perché concerne qualunque possibile ambito materiale di intervento del legislatore nazionale (sia esso legislatore statale, legislatore regionale, autorità indipendente, etc...). Da un secondo punto di vista, essa si connota per il livello o “tono” costituzionale delle considerazioni che impone, perché coinvolge direttamente le forme di produzione del diritto e di strutturazione del sistema delle fonti nell'ordinamento giuridico nazionale.

D'altro canto, la scelta di studiare il *diritto comunitario della normazione* come insieme di *prestazioni di qualità normativa* pare coerente con lo stesso modo in cui l'U.E. mostra di interpretare il tema in oggetto. In questo senso sembra deporre inequivocamente il principale documento elaborato dalle istituzioni comunitarie nell'ambito della *better regulation*, ossia il *Rapporto Mandelkern* del 13 novembre 2001³, presentato al Consiglio di Laeken. Esso, infatti, oltre ad individuare i sette principi cardine della regolazione⁴, contiene la ricognizione di sei aree tematiche in relazione alle quali vengono dettate una copiosa ed articolata serie di raccomandazioni espressamente indirizzate non solo agli organi dell'Unione ma anche ai governi degli Stati membri⁵.

Chiarita l'impostazione che si è inteso dare al presente studio, giova dire immediatamente che, se si affronta la questione nei termini proposti, ci si avvede che il diritto comunitario pretende – ed ottiene (vedremo in quale misura) – dall'ordinamento interno due diverse categorie di *prestazioni di qualità normativa*.

³ Su cui cfr. E. BROGI, *ult. cit.*, pp. 118 e ss.; F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *ult. cit.*, pp. 177 e ss.

⁴ MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report*, in *Federalismi.it*, pp. 9 e ss., in cui si analizzano i principi di necessità, proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza, responsabilità, accessibilità e semplicità.

⁵ Si tratta della Parte II del Rapporto, la quale in 43 pagine condensa l'analisi ed i suggerimenti relativi ai seguenti settori di intervento: 1 – *Evaluation*; 2 – *Policy implementation options*; 3 – *Regulatory Impact Assessment*; 4 – *Consultation*; 5 – *Simplification*; 6 – *Access to regulation*; 7 – *Effective structures and a culture of better regulation*.

Sezione I. *La qualità delle norme*

2. *La qualità dei procedimenti di formazione degli atti normativi: la formazione delle norme tecniche, la partecipazione, la disciplina dei gruppi di pressione*

La prima categoria di *standards* qualitativi di cui il diritto comunitario esige il soddisfacimento da parte dell'ordinamento interno è quella costituita dalle regole, elaborate in buona parte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (ma anche direttamente dalle istituzioni comunitarie), che riguardano la qualità delle norme.

All'interno di tale classe vi sono, innanzitutto, gli obiettivi di qualità che attengono al momento della nomopoietica ed, in particolare, al procedimento di formazione degli atti normativi. Questa categoria di *standards* qualitativi si muove fundamentalmente all'interno della qualità della normazione intesa in senso tradizionale, ossia considerata – come avviene all'interno di ogni ordinamento nazionale – come viatico alla *better regulation*. Essa, pertanto, non pone particolari problemi dal punto di vista dell'inquadramento sistematico. Di qui la sua trattazione in via pregiudiziale.

Nella disciplina comunitaria dei procedimenti normativi un caso sembra assumere valenza paradigmatica degli obiettivi fissati dall'UE e finisce per attirare inevitabilmente l'attenzione dell'interprete. E ciò fundamentalmente per la sua attualità, tanto dal punto di vista dell'ambito materiale, quanto da quello del coinvolgimento dei delicati rapporti tra diritto e tecnica e tra rappresentanza e partecipazione. Ci si intende riferire al “modello” di procedimento normativo attuativo dell'approccio precauzionale, il quale rappresenta la dimensione cui tende il procedimento di normazione ambientale nazionale che si ispira al principio di precauzione⁶. Il “modello

⁶ Su cui cfr. S. GRASSI, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova, 1998, II, pp. 499 e ss.; ID., *Prime osservazioni sul “principio di precauzione” come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, pp. 38 e ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 169 e ss.; ID., *Governance ambientale e attuazione del Protocollo di Kyoto. Priorità e linee guida per l'elaborazione di nuove politiche normative*, in M. CARLI, G. CARPANI, M. CECCHETTI, T. GROPPI, A. SINISCALCHI (a cura di), *Il recepimento del Protocollo di Kyoto negli ordinamenti italiani e stranieri: problemi aperti e soluzioni*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 46 e ss.; S. BARTOLOMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale*, in *Bioetica*, 2001, pp. 321 e ss.; G. SCHERILLO,

precauzionale” – giova sottolinearlo – non rappresenta, nella prospettiva qui eletta, che un espediente narrativo, si spera efficace, per far emergere alcune regolarità formali dei procedimenti normativi del diritto comunitario. Quanto si dice intorno ad esso, dunque, ben può essere riferito anche alla normazione estranea al diritto ambientale.

a) Il primo tratto qualificante di tale modello – come si comprende agevolmente – è rappresentato dalla necessaria valorizzazione delle conoscenze tecnico-scientifiche. Il primo obiettivo di qualità è, conseguentemente, l’adeguata conformazione dell’istruttoria tecnica dei procedimenti normativi. A tal riguardo va ricordato che, per la prima volta, il contributo conoscitivo dell’*expertise* tecnico-scientifico ed economico nella normazione precauzionale viene richiesto nell’ambito del diritto comunitario dalla Comunicazione della Commissione del 2 febbraio del 2000 e dalla coeva Risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 2000, le quali sottolineano la necessità che il contributo conoscitivo che costituisce il patrimonio dell’istruttoria normativa provenga da organi tecnico-scientifici autorevoli ed indipendenti⁷. Più di recente, a tali regole, le quali affrontavano il problema della completezza dell’istruttoria tecnica in prospettiva statica (ossia con riferimento alla formazione delle norme ma non alla loro “manutenzione”), si è affiancata l’espressa previsione della procedura di rettifica dei pareri tecnici discordanti, ad opera del Regolamento CE n. 178/2002 (in materia di sicurezza alimentare), che all’art. 7 espressamente menziona il principio di precauzione. Ciò che preme in questa sede rilevare è che sia la Comunicazione, sia la Risoluzione, sia il Regolamento prefigurano un procedimento di normazione precauzionale aperto al dibattito della comunità scientifica, nelle sue plurime e dissonanti voci, e guidato da criteri scientifici e trasparenti nella selezione delle

Sul principio di precauzione nella scienza e nella tecnica. Dubbi e/o incertezze, in *Diritto e Gestione dell’Ambiente*, 2001, pp. 115 e ss.; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell’ambiente, dell’uomo, delle generazioni future*, in *Rivista diritto civile*, 2003, pp. 9 e ss.; G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 1075 e ss.; F. FONDERICO, *Tutela dall’inquinamento elettromagnetico e amministrazione ‘precauzionale’*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 339 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell’Ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Rivista giuridica dell’Ambiente*, 2006, pp. 809 e ss.; L. MARINI, *OGM, precauzione e coesistenza: verso un approccio (bio)politicamente corretto?*, ivi, 2007, pp. 1 e ss.

⁷ Ma cfr. M. CECCHETTI, *Governance ambientale e attuazione del Protocollo di Kyoto*, cit., p. 44, il quale evidenzia la sensibilità già mostrata dal diritto comunitario nei riguardi dei rapporti tra normazione e scienza/tecnica con l’art. 174, par. 3, Trattato CE.

opinioni scientifiche cui accordare prevalenza⁸. Tale esigenza è stata più volte sottolineata dalla Corte di giustizia, la quale ha soprattutto centrato l'attenzione sulla necessaria previsione di valutazioni, periodicamente obbligatorie, degli sviluppi tecnico-scientifici che conducano ad una riconferma (o modifica) delle norme di tutela⁹.

b) Ma, come si avvertiva, la giurisprudenza comunitaria ha enucleato un secondo requisito del procedimento normativo precauzionale; e, così facendo, ha assegnato all'ordinamento nazionale un secondo obiettivo di qualità normativa. Essa, infatti, si è anche preoccupata di trovare – o, per lo meno, di ricercare – il giusto punto di apertura del procedimento normativo precauzionale alla consultazione dei c.d. *stakeholders*¹⁰, in modo da contemperare la scientificità del dato istruttorio con l'efficacia delle decisioni. A tal proposito va osservato che proprio il diritto comunitario offre un significativo punto di vista per apprezzare che il tema della partecipazione rientra a pieno titolo nello studio della qualità della

⁸ Più in generale, sulle linee guida nel ricorso alle consulenze di esperti esterni, cfr. Commissione, Comunicazione “*Collection and use of expertise by the Commission: principles and guidelines*” dell’11.12.2002, COM (2002) 713.

⁹ Sull’adeguamento della normativa precauzionale ai dati scientifici sopravvenuti insistono con forza Tribunale europeo di primo grado, sent. 11 settembre 2002, in causa 13/99; ID., sent. 11 settembre 2002, in causa 70/99; ID., sent. 13 dicembre 2006, in causa 304/01; ID., sent. 11 luglio 2007, in causa 229/04; ID., sent. 26 novembre 2002, in cause riunite 74-76-83-85-132-137-141-177/00; CGCE, sent. 9 settembre 2003, in causa 236/01; ID., sent. 23 settembre 2003, in causa 192/01; ID., sent. 5 febbraio 2004, in causa 24/00; ID., sent. 5 febbraio 2004, in causa 95/01; ID., sent. 1 aprile 2004, in causa 286/02; ID., sent. 23 settembre 2004, in causa 280/02; ID., sent. 2 dicembre 2004, in causa 41/02; ID., sent. 12 luglio 2005, in cause 154-5/04; ID., sent. 12 gennaio 2006, in causa 504/04. Tutte le sentenze comunitarie non corredate da diversa indicazione bibliografica sono state tratte dai siti di documentazione giuridica disponibili agli indirizzi <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> e www.jurisdata.it.

¹⁰ È noto che quello della partecipazione è uno dei *topoi* fondamentali dei procedimenti normativi comunitari. Gli snodi nevralgici della politica comunitaria di miglioramento della regolazione, mediante l’implementazione delle procedure di consultazione, degli obblighi di pubblicità e delle analisi preventive di impatto, sono contenute in: Commissione europea, Libro bianco “*La Governance europea*”, COM (2001) 428 del 5 agosto 2001; ID., Comunicazione “*European Governance: Better Lawmaking*” del 5 giugno 2002, COM (2002) 275; ID., Comunicazione “*Piano d’azione: semplificazione e migliorare la regolamentazione*” del 5 giugno 2002, COM (2002) 278; ID., Comunicazione “*Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*” del 16 marzo 2005, COM (2005) 97; ID., Rapporto annuale “*Better Lawmaking 2004*” del 25 marzo 2005 (COM (2005) 98); ID., Comunicazione, “*Impact Assessment Guidelines*” del 15 giugno 2005, SEC (2005) 791, tutte in www.europa.eu.int. Per un articolato commento alla normativa ed alla prassi comunitaria in tema di procedure di consultazione si rinvia, anche per alcuni basilari riferimenti bibliografici, a P. FAVA, *La consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un’apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, 11, pp. 1515 ss.; E. BROGI, *ult. cit.*, pp. 115 e ss.

normazione, se l'apertura dei procedimenti normativi viene osservata non tanto (*rectius*, non soltanto) dal profilo della pretesa democratica di codeterminazione della regola giuridica, quanto da quello, complementare, dell'efficienza del metodo di produzione delle norme¹¹.

Così, secondo lo "statuto" della partecipazione elaborato dai Giudici comunitari, le procedure di consultazione devono essere *esterne* al procedimento di formazione degli atti di regolazione, di talché risultano pacificamente inammissibili impugnazioni meramente defatigatorie fondate su "formalistici" vizi procedurali¹². In secondo luogo, nell'*acquis* comunitario la consultazione attribuisce la facoltà di "esprimere un'opinione, non già un voto"¹³ (o veto), essendo la decisione finale comunque rimessa all'organo politico istituzionalmente responsabile¹⁴. L'imputazione istituzionale della scelta pubblica finisce per apparire particolarmente rilevante, ove vengano coinvolti forti interessi economici, nelle materie ad alto livello di specializzazione e tecnicità, quali appunto quelle implicate dall'approccio precauzionale. In dette materie, infatti, il regolatore – dovendo pur sempre tutelare "gli assenti", cioè consumatori, lavoratori, utenti e, in sintesi, cittadini che non hanno partecipato alla consultazione perché sprovvisti delle conoscenze specifiche richieste e dei mezzi economici, tecnici e finanziari necessari – ben potrebbe astrattamente e legittimamente adottare anche una regolazione di contenuto diverso e contrario alla maggioranza delle osservazioni eventualmente pervenute solo dai membri dell'*industry*¹⁵.

¹¹ Cfr. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 224.

¹² Quanto alla giurisprudenza comunitaria sull'illegittimità dei provvedimenti amministrativi violativi di norme procedurali cfr. D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 53 e ss.

¹³ Così, alla lettera, Commissione, Comunicazione "*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo – Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*" dell'11.12.2002, COM (2002) 704.

¹⁴ Così particolarmente perspicue in tema di limiti dell'obbligo di "giustificazione scientifica" le sentenze del Tribunale europeo di primo grado, 11 settembre 2002, in causa 3/99, in *Raccolta*, 2002, II-3305 e ID., 11 settembre 2002, in causa 70/99, in *Raccolta*, 2002, II-3495.

¹⁵ Significativo esempio di "*giustizia*" attraverso il procedimento è quello, di recente, offerto, in materia ambientale (seppur non precauzionale) dalle proposte di direttiva nn. 667/2005 e 397/2006, relative rispettivamente alla disciplina dei rifiuti e degli standard di qualità ambientale nel settore della politica delle acque, recante la modifica della direttiva 2000/60/CE. La lettura delle relazioni di accompagnamento delle proposte evidenzia, infatti, la completezza dell'istruttoria, articolata nella consultazione degli esperti tecnico-scientifici, dei soggetti "interessati" (quali organizzazioni rappresentative a livello comunitario e nazionale), nonché nella consultazione "aperta" per via telematica, nella pubblicazione integrale dei documenti, pareri e dati acquisiti in sede di consultazione, nell'indicazione dei criteri seguiti nella valutazione delle osservazioni pervenute, nella

c) Ove ciò non avvenga – come, del resto, ove la prevalenza agli interessi di gruppo sia accordata *contro* la partecipazione dei portatori di interessi diffusi – la motivazione va ricercata al di fuori degli stretti rapporti tra consultazione e percorsi tradizionali della rappresentanza. Si comprende, così, agevolmente perché l’esperienza comunitaria venga comunemente indicata come paradigmatica dell’ormai acquisita consapevolezza che la determinazione del contenuto della scelta pubblica si gioca sempre più sul piano delle “pressioni” informali nei confronti del legislatore che su quello delle procedure di consultazione istituzionalizzate¹⁶. Come noto, infatti, tanto l’attenuazione del principio di separazione dei poteri (soprattutto tra legislativo ed esecutivo)¹⁷, quanto la tendenza dell’ordinamento comunitario ad esorcizzare i conflitti giurisdizionali¹⁸ hanno contribuito a creare un terreno fertile per l’opera dei gruppi di pressione. Nella medesima direzione hanno spinto l’assenza di partiti politici europei in senso tradizionale, il difetto di legittimazione democratica diretta degli esecutivi e la mancanza di una matura opinione pubblica europea¹⁹. In questo contesto politico-costituzionale il diritto comunitario ha finito, allora, per individuare un terzo *standard* di qualità dei procedimenti normativi, che attiene proprio al loro grado di impermeabilità al lavoro di pressione delle *lobbies*. Esistono, infatti, alcune norme in cui l’obiettivo di *better regulation* consistente nella disciplina dei “*less formalised contacts with interested parties*”²⁰ sembra

analisi dell’impatto delle diverse ipotesi regolative (sempre in contraddittorio ed estesa anche all’analisi costi-benefici), nonché nella previsione di meccanismi di adeguamento della disciplina al progresso scientifico e tecnologico.

¹⁶ Cfr., per tutti, G. GRAZIANO, *Le lobbies*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 97 e ss.; S. PIANEBIANCO, *Il lobbying europeo*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*.

¹⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 164; G. GUZZETTA, *Declinazioni del dualismo comunitario: dall’*aut aut* all’*et et**, in ID. (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Cedam, Padova, 2003, pp. 5 e ss.; S. MANGIAMELI, *La forma di governo europea*, *ivi*, pp. 67 e ss.; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 59 e ss.

¹⁸ Cfr. P. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell’integrazione europea*, Padova, Cedam, 2005, p. 120.

¹⁹ Cfr. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 314 e 388.

²⁰ Espressione, questa, fatta propria dal già citato Libro bianco sulla *governance* europea del 2001, il cui tentativo di disciplina dei gruppi di pressione è ripreso da Commissione, Comunicazione “*Towards a Reinforced Culture of Consultation and Dialogue*”, COM (2002) 4. Su tali atti comunitari, nonché sull’incidenza del governo delle *lobbies* sull’evoluzione dei profili strutturali e funzionali degli organi comunitari (soprattutto del Parlamento europeo), vedi N. DI PALO, P. L. PETRILLO, *Gruppi di pressione e ambiente, ovvero come i gruppi di pressione incidono sulle decisioni in materia ambientale nell’Unione Europea e negli Stati Uniti d’America*, in M. CARLI, G. CARPANI, M. CECCHETTI, T. GROPPI, A. SINISCALCHI (a cura di), *Il recepimento del Protocollo di Kyoto negli*

rinvenibile con una certa nettezza. Si pensi, ad esempio, alla disciplina regolamentare interna del Parlamento europeo che regola l'accesso alla sede istituzionale dell'organo ed i contatti con gli europarlamentari al fine di rendere riconoscibili i *lobbisti*²¹. Oppure a quella, sempre regolamentare interna, che norma i diritti pubblici soggettivi delle *lobbies* per garantire parità di accesso a tutti i gruppi di pressione e parità di trattamento alle *lobbies* rispetto ai cittadini europei²². Ma, soprattutto, si pensi ancora al codice di condotta approvato dal Parlamento europeo e contenuto nell'art. 3 dell'allegato IX al Regolamento, il quale detta anche una serie di regole di comportamento per i *lobbisti*²³. Oppure, da ultimo, si pensi a tutta la procedura relativa alla negoziazione delle politiche comunitarie in materia sociale con l'Unione degli imprenditori europei, la Confederazione europea dei sindacati e l'Associazione delle imprese a partecipazione popolare²⁴.

Così individuati gli obiettivi di qualità dei procedimenti normativi introdotti dal diritto dell'U.E., non resta sul punto che chiedersi –

ordinamenti italiani e stranieri, cit., pp. 660 e ss.

²¹ Dalla lettura dell'art. 9 Reg. e dell'allegato IX risulta un'articolata disciplina dei *Long Term Visitors* (frequentatori abituali) del Parlamento europeo che prevede, tra l'altro: il diritto di ottenere un lasciapassare per un periodo compreso tra tre mesi ed un anno (*pass* con un colore ed una grafica diversa dai *badges* di riconoscimento del personale amministrativo e dei visitatori occasionali, e contenente l'indicazione, oltre alle generalità, della società/organizzazione di appartenenza. Cfr. art. 1, comma 1, all. IX); l'obbligo di iscrizione in un registro pubblico contenente l'indicazione, tra le altre cose, della tipologia del rapporto che intercorre tra il titolare del *pass* e la società/organizzazione (se a tempo indeterminato o se di collaborazione occasionale), della posizione in essa ricoperta, degli interessi particolari che si sostengono (e se sono sostenuti anche presso altre sedi), nonché del nome di europarlamentari che possano eventualmente fornire garanzie o referenze.

²² All'interno di tali diritti vanno ricordati quello di accesso ai documenti comunitari di cui all'art. 97 Reg., quello di petizione ex artt. 191-3 e quello di appello al Mediatore europeo di cui agli artt. 194-6.

²³ Tra cui vale, forse, la pena di ricordare: l'obbligo di non diffondere a scopo di lucro copie di documenti ottenuti presso il Parlamento; di non vantare alcun tipo di rapporto con l'istituzione nelle relazioni con terzi; di astenersi dal compiere azioni volte a ottenere informazioni in modo disonesto; di dichiarare nel registro anche ogni contratto o consulenza offerta e accettata da parte di europarlamentari, loro assistenti o loro familiari. Qualsiasi trasgressione del codice, accertata da un collegio di questori, comporta il ritiro del *pass* di cui si è detto *supra* e, nei casi più gravi, l'interdizione permanente dall'istituzione anche della società/organizzazione di appartenenza del lobbista espulso.

²⁴ L'art. 3 del *Protocollo sulle politiche sociali* allegato al Trattato di Maastricht, come noto, affida alla Commissione il compito di consultare le parti sociali prima di intraprendere ogni azione in materia sociale. L'art. 138, comma 4, TCE, poi, prevede che, durante queste consultazioni, le parti sociali possano richiedere la conclusione di accordi. Per tale evenienza l'art. 78 del Regolamento del Parlamento europeo precisa che la Commissione trasmette tutti i documenti redatti sulla base degli accordi alle Commissioni parlamentari competenti per materia, le quali elaborano una relazione di merito, proponendo una risoluzione di adozione o reiezione dell'accordo.

coerentemente con il dichiarato scopo di indagare la dimensione *dinamica* della qualità della normazione in ambito comunitario²⁵ – se essi siano stati recepiti da parte del nostro ordinamento e quale sia il loro grado di soddisfacimento.

a1) Salvo quanto si dirà di qui a poco sullo stato dell'arte del nostro ordinamento in tema di qualità delle norme²⁶, quanto incisivo sia il processo messo in moto all'interno del nostro sistema delle fonti dalla ricordata giurisprudenza comunitaria in tema di procedimento normativo precauzionale risulta pienamente comprensibile se si paragona il procedimento disegnato per l'adozione dei "valori-soglia"²⁷ dalla legge che ha avviato la stagione della normativa ambientale ispirata all'approccio precauzionale (c.d. di terza generazione), e cioè la legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (l. n. 36 del 2001), con l'attuale disciplina prevista dal d.lgs. n. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente)²⁸.

L'art. 4, comma 2, lett. a) e b), l. n. 36 del 2001 demandava la fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione, degli obiettivi di qualità, delle tecniche di misurazione e rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico, nonché dei parametri per la previsione di fasce di rispetto per gli elettrodotti, ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi "su proposta del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro della sanità, sentiti il Comitato di cui all'articolo 6 [n.d.r. il Comitato interministeriale per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento elettromagnetico] e le competenti Commissioni parlamentari, previa intesa in sede di Conferenza unificata". Anche a voler tralasciare le complesse questioni attinenti alla maggior idoneità o meno della fonte regolamentare per la disciplina delle norme tecniche²⁹, già ad

²⁵ Vedi *supra*, § 1.

²⁶ Vedi *infra*, §§ 4, *sub* a1) e 5.

²⁷ Adottati con i due d.p.c.m. dell'8 luglio 2003, in *G.U.*, Serie gen., 28 agosto 2003, n. 199 e 29 agosto 2003, n. 200. Per un primo commento, cfr. M. MAZZOLENI, *Campi elettromagnetici: finalmente i decreti attuativi della legge n. 36/2001*, in *Ambiente*, 2003, pp. 1025 e ss.

²⁸ Per un'indagine relativa all'esperienza precedente al 2001 si può vedere A. BORZI, *Le norme tecniche per la tutela dell'ambiente: il caso del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, 351 e ss.

²⁹ Sul punto cfr. soprattutto M. CECCHETTI, *Criticità della "normativa tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano. Il caso dell'attuazione delle direttive 99/31/CE (sulle discariche di rifiuti) e 00/53/CE (sui veicoli fuori uso)*, in www.olea.unifi.it, pp. 39 e ss.; ID., *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano* in M. CECCHETTI, S. GRASSI (a cura di), *Governo dell'ambiente e*

una prima lettura, il procedimento testé delineato appalesava l'inidoneità a soddisfare le condizioni di *giustizia* dei procedimenti normativi appena enucleate alla luce del diritto comunitario, tanto in ordine all'istruttoria tecnico-scientifica quanto alle forme di partecipazione ed informazione pubblica.

In primo luogo, carente, se non addirittura inesistente, era la regolazione dell'istruttoria tecnico-scientifica. L'art. 4 prevedeva, infatti, solo l'apporto del Parlamento (tramite il parere, seppure non vincolante, delle Commissioni competenti) e delle autonomie (con l'intesa "debole" in sede di Conferenza unificata)³⁰, ma non contemplava il contributo conoscitivo di organi tecnici pubblici, autorevoli, dotati di varia indipendenza e già esistenti nell'ordinamento, quali – ad esempio – avrebbero potuto essere l'I.S.S. (Istituto Superiore di Sanità), oppure l' A.P.A.T. (Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici), l'I.S.P.E.S.L. (Istituto Superiore Prevenzione e Sicurezza sul Lavoro), oppure ancora il C.N.R.–I.R.O.E. (Istituto di ricerca sulle onde elettromagnetiche del Consiglio nazionale delle ricerche). Solo in sede di attuazione si provvedeva ad acquisire il parere del Consiglio superiore della sanità e ad istituire, con un provvedimento dei Ministri per la tutela dell'Ambiente, della Salute e delle Comunicazioni, il "Comitato internazionale di Valutazione per l'indagine sui Rischi Sanitari dell'esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici (C.E.M.)"³¹.

In secondo luogo, mancava nella normativa la previsione di meccanismi per l'adeguamento delle conoscenze scientifiche e per la revisione delle norme tecniche, con il concreto pericolo che l'attendibilità dei valori-soglia si appannasse con il trascorrere del tempo.

Infine, la laconica disciplina delle forme partecipative strideva con le procedure comunitarie di consultazione, aperte e pubbliche. Infatti, il

formazione delle norme tecniche, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 49 e ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 191 e ss.

³⁰ Nell'affrontare il tema della partecipazione regionale alla formazione delle norme tecniche a tutela dell'ambiente si tenga comunque presente che, come insegnava A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1974, pp. 191 e ss., il carattere tecnico delle norme non dovrebbe derogare l'ordinario riparto costituzionale di competenze, come – invece – avvenuto per effetto della prassi del c.d. "coordinamento tecnico" (su cui di recente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. IANNUZZI, *Caratterizzazioni della normazione tecnica nell'ordinamento italiano. Il campo di analisi e di verifica della normative ambientale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006, §§ 5.1 e ss.).

³¹ Vale, però, la pena di sottolineare che i componenti del Comitato, sebbene scienziati di chiara fama, non venivano selezionati mediante procedure concorsuali ma individuati per nomina politica.

procedimento era stato forgiato sul modello dell'istruttoria "chiusa", limitata alle Commissioni parlamentari ed all'intesa in sede di Conferenza unificata, che, peraltro, assai significativamente, non è stata raggiunta. Non era stata, invece, contemplata alcuna forma di istruttoria pubblica mediante procedure consultive (nelle forme, ormai diffuse nel diritto comunitario, dei *focus groups*, *panels*, interviste semistruzzurate, inchieste campionarie), né tanto meno forme di pubblicazione o divulgazione dei dati tecnico-scientifici acquisiti e delle osservazioni, comunque, pervenute³².

Il modello procedimentale prescelto dal legislatore delegato che ha adottato il Codice dell'ambiente appare, invece, maggiormente rispettoso dei principi progressivamente enucleati dalla Corte di giustizia e già pienamente recepiti dal diritto comunitario. L'art. 301 del d.lgs. n. 152 del 2006, infatti, dopo aver sottolineato al comma 2 la centralità di una "preliminare valutazione scientifica obiettiva", ha attribuito al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio la facoltà di adottare – in applicazione del principio di precauzione – misure proporzionate, non discriminatorie e coerenti, basate sull'esame di potenziali vantaggi ed oneri ed aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici. Il passo in avanti nella direzione della Corte di giustizia appare significativo. Ma non si può fare a meno di notare che se, da un lato, l'art. 301 attribuisce indubbio (e meritevole) rilievo alla triplice esigenza di un'istruttoria tecnico-scientifica *obiettiva*, di un'analisi qualitativa e quantitativa dei costi-benefici dell'ipotesi regolativa, nonché di meccanismi idonei a garantire l'*aggiornabilità* dei dati scientifici, dall'altro, il medesimo tace ancora sulle modalità di articolazione del procedimento idonee a recepire tali condivisibili contenuti³³.

³² Considerazioni di analogo tenore in merito all'insufficienza dell'istruttoria, all'inadeguatezza della valutazione del rischio potrebbero, del resto, svolgersi in relazione al d.p.c.m. n. 479/1999, sulla fissazione di valori tabellari per la bonifica dei siti inquinati. Sul punto si rinvia alla puntuale analisi di L. BUTTI, *The precautionary principle in environmental law: neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 52 e ss.

³³ Più in generale, sulle criticità della nuova disciplina "codicistica" cfr. adesso A. BORZÌ, *La disciplina nazionale dell'inquinamento atmosferico*, in M. CARLI, G. CARPANI, M. CECCHETTI, T. GROPPI, A. SINISCALCHI (a cura di), *Il recepimento del Protocollo di Kyoto negli ordinamenti italiani e stranieri*, cit., pp. 222 e ss. Si tenga, inoltre, presente che lo stesso limite evidenziato nel testo affligge il D.M. 31 gennaio 2005 (in *G.U.*, n. 135 del 13 giugno 2005), il quale reca l'"*Emanazione delle linee guida per l'individuazione e l'utilizzazione delle migliori tecniche disponibili*" in materia di prevenzione e riduzione dell'inquinamento. Esso, infatti, considera l'esigenza di valutare le "*nuove informazioni scientifiche e migliori tecnologie disponibili*" ma non istituzionalizza alcun meccanismo al riguardo.

b1) Il quadro diventa meno soddisfacente, dal punto di vista del raggiungimento degli obiettivi di qualità dei procedimenti normativi fissati dal diritto comunitario, se si guarda alla regola della consultazione e, più, in generale al tema della partecipazione. Qui è necessario muoversi al di fuori del ristretto ambito del procedimento precauzionale e, ad eccezione della laconica disciplina nazionale di A.I.R. e consultazione telematica³⁴, anche al di fuori dell'ordinamento statale. Alla ricerca di possibili traduzioni ordinamentali delle regole comunitarie in materia, infatti, gli spunti più interessanti si rinvencono nell'ordinamento regionale, da sempre caratterizzato da una maggiore attenzione ai temi dell'informazione delle assemblee elettive e della partecipazione³⁵. Se si tralasciano, per mera ragione di economia espositiva, alcune pur significative norme contenute nei nuovi statuti regionali³⁶, si rinviene essenzialmente un unico fondamentale tentativo di adeguare i procedimenti normativi interni agli *standards* di qualità richiesti dall'U.E. in materia di "apertura" dei procedimenti normativi. Si intende fare riferimento alla nota legge regionale toscana n. 69 del 2007, recante "*Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*"³⁷. Il nucleo prescrittivo della legge si sviluppa lungo tre direttrici.

Su un primo versante, la legge prevede l'istituzione di un'*Autorità regionale della partecipazione* quale organo monocratico rivestito da persona "*competente nell'ambito del diritto pubblico e delle scienze politiche o di comprovata esperienza nelle metodologie e nelle pratiche*

³⁴ Vedi *infra*, §§ 4 e 5.

³⁵ Lo osservava già L. PEGORARO, *L'attività conoscitiva delle Regioni*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 1978, pp. 62 e ss.; ID., *L'attività conoscitiva nel funzionamento delle istituzioni assembleari sub-nazionali: il caso italiano*, in M. PATRONO, A. REPOSO (a cura di), *L'informazione parlamentare*, Cleup, Padova, 1983, p. 99. In particolare, sulle forme di partecipazione introdotte dagli statuti regionali del 1970, cfr. E. GUARDUCCI, *L'istruttoria legislativa delle commissioni consiliari: le consultazioni legislative*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive*, II, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 277 e ss.; R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *I diritti della persona in materia di informazione e la loro tutela: il ruolo della Regione*, in *Quad. reg.*, 1995, pp. 99 e ss.

³⁶ Su cui si in questa sede non si può far altro che rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a M. CARLI, *Lo statuto dell'Emilia Romagna. Principi e partecipazione*, in *Federalismi.it*, 22/2004; M. PICCHI, *Modelli di «governance» regionale: i rapporti con la società civile*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 304 e ss.; E. FREDIANI, *Informazione e partecipazione dei privati ai procedimenti normativi nella nuova disciplina statutaria*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi statuti regionali*, Cedam, Padova, 2007, pp. 337 e ss.

³⁷ In *B.U.R.T.* n. 1 del 3 gennaio 2008. Per un primo commento sistematico a tale legge, cfr. A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure. Il caso della legge regionale toscana sulla partecipazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, pp. 603 e ss.

partecipative, anche di cittadinanza non italiana” (art. 3, co. 2). L’Autorità garante, con sede e bilancio a carico del Consiglio regionale (art. 6, co. 1 e 2), esercita una serie di funzioni di amministrazione attiva, di pianificazione e di consulenza agli organi di governo³⁸ e rappresenta il fulcro dei processi partecipativi regionali, tanto di quelli che muovono “dal basso” quanto di quelli che si inseriscono *ope legis* nei procedimenti di pianificazione. Essa aspira ad essere il luogo geometrico dell’arena pubblica regionale³⁹.

In secondo luogo, il Capo IV della legge regionale toscana introduce uno strumentario di misure di sostegno ai processi di partecipazione in ambito locale, accordabili indipendentemente dal fatto che tali processi siano promossi dai cittadini o dagli enti locali oppure da terzi (ad esempio da un’impresa su un’opera *realizzanda*). Tale sostegno, che ha carattere fondamentalmente finanziario, organizzativo e metodologico (art. 14, co. 6), viene riconosciuto in base a “progetti” approvati dall’Autorità secondo alcuni requisiti di ammissione⁴⁰ e criteri di priorità⁴¹.

³⁸ L’art. 5 della legge prevede, tra l’altro, che l’Autorità: valuti e ammetta le proposte di dibattito pubblico sui grandi interventi (lett. a); valuti e ammetta al sostegno regionale i progetti partecipativi presentati dai cittadini, dalle associazioni, dagli istituti scolastici o dagli enti locali (lett. b); elabori orientamenti per la gestione dei relativi processi partecipativi (lett. c); definisca i criteri e le tipologie delle forme di sostegno finanziario, metodologico e comunicativo alle proposte di progetti partecipativi (lett. d); valuti il rendimento e gli effetti dei processi partecipativi (lett. e); curi il rapporto annuale sulla propria attività, trasmettendolo al Consiglio regionale che ne assicura adeguata pubblicità (lett. f); assicuri, anche in via telematica, la diffusione della documentazione e della conoscenza sui progetti presentati e sulle esperienze svolte, compresi i rapporti finali dei processi partecipativi (lett. g). Ai sensi dell’art. 13, co. 1, poi, l’Autorità esprime parere sul programma di attività formative proposto dalla Regione.

³⁹ Si vedano, in proposito, gli artt. 7 e ss. sulla disciplina del dibattito pubblico sui grandi interventi.

⁴⁰ Tra i requisiti di ammissibilità del progetto, l’art. 15, co. 1, individua: la precisa definizione dell’oggetto del processo partecipativo (lett. a); l’indicazione della fase procedimentale in cui si inserisce il procedimento partecipativo (lett. b); la certezza dei tempi di svolgimento, che non possono essere superiori a sei mesi, salvo proroga motivata e per periodo non superiore a tre mesi (lett. c); la congruità delle forme della partecipazione rispetto allo scopo (lett. d); l’imparzialità del soggetto curatore del procedimento (lett. e); l’inclusività delle procedure (lett. f); l’elevato grado di diffusione delle informazioni sia prima che durante che dopo il processo partecipativo (lett. h); la quantificazione presuntiva delle spese (lett. i).

⁴¹ In particolare, l’art. 16, co. 1, riconosce priorità ai progetti che: prevedono il coinvolgimento di soggetti deboli o svantaggiati, compresi i diversamente abili (lett. a); si riferiscono a territori che presentano particolari situazioni di disagio (lett. b); hanno per oggetto opere o interventi che presentano un rilevante impatto potenziale sul paesaggio o sull’ambiente (lett. c); si fanno carico di agevolare, attraverso spazi, tempi e luoghi idonei, la partecipazione paritaria di genere (lett. d); presentano un migliore rapporto tra i costi complessivi del processo e le risorse proprie (lett. e); adottano forme innovative di comunicazione e di interazione con gli abitanti (lett. f); sono sostenuti da un numero consistente di richiedenti (lett. g). Cfr. anche il co. 2, il quale contiene gli indici di priorità dei progetti presentati dagli enti locali.

In terzo ed ultimo luogo, la normativa in questione reca una serie di modifiche puntuali alla legislazione regionale vigente, le quali introducono rinvii alla legge sulla partecipazione in svariate norme che già prevedevano momenti partecipativi⁴². E ciò al fine di omogeneizzare il più possibile le procedure partecipative che si svolgono in ambito regionale.

c1) La divergenza tra il procedimento normativo delineato dal diritto comunitario e quello interno diventa massima con riguardo al terzo profilo che si è tentato di evidenziare, ossia la disciplina delle forme di intervento dei gruppi di pressione nell'*iter* di formazione delle leggi. Non solo, infatti, il tentativo di disciplina del fenomeno delle *lobbies* compiuto dall'U.E. non ha ancora avuto alcun seguito nei confini nazionali ma si riscontra in dottrina una vera e propria ritrosia culturale da parte dei giuristi a prendere atto dell'importanza e della necessità di una tale disciplina⁴³.

3. La qualità della scelta normativa e l'obbligo di motivazione

All'interno delle *prestazioni* di qualità normativa relative alle norme, altra questione in relazione alla quale si ravvisa pacificamente un'influenza del diritto comunitario in tema di formazione delle norme è quella di grande attualità dell'obbligo di motivazione degli atti normativi. È noto, infatti, che l'art. 253 del TCE ha gravato di un obbligo motivazionale tutti gli atti comunitari, compresi quelli dotati natura normativa. Conseguentemente, tutti gli atti promananti dalle istituzioni comunitarie⁴⁴, come altrettanto noto, sono introdotti da un preambolo articolato in una serie di *visto*, che "indicano la base giuridica dell'atto e le fasi essenziali del suo procedimento di formazione" e di *considerando*, che "motivano in modo conciso le norme essenziali dell'articolato, senza riprodurne o parafrasarne il dettato" e senza contenere "enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura

⁴² I principali interventi riguardano la legge sul governo del territorio (art. 21), la disciplina del servizio sanitario regionale (art. 22), la legge istitutiva del servizio sociale integrato (art. 23), la normativa sui rifiuti e le bonifiche (art. 24), la legge sulla rete telematica regionale (art. 25).

⁴³ Lo denuncia G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2.

⁴⁴ Una limitata eccezione è rappresentata dagli atti non vincolanti (raccomandazioni e pareri) per i quali la motivazione è necessaria soltanto quando espressamente richiesta dal norme del Trattato: ad esempio i pareri di cui all'art. 226 TCE. Per la diversa scelta compiuta dal nuovo Trattato costituzionale si veda a M. ROSINI, *La motivazione delle "nuove" fonti comunitarie*, in P. BIANCHI, E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *Le "nuove" fonti comunitarie*, Cedam, Padova, 2005, p. 181.

politica”⁴⁵. L’opzione originaria per l’obbligo di motivazione viene normalmente spiegata con la contiguità tra atti amministrativi ed atti normativi⁴⁶, con la necessità di favorire il rispetto delle sfere di competenza⁴⁷ e con l’esigenza di supplire quel *gap* di legittimazione che deriva dalla scarsa rappresentatività degli organi e dall’assenza di adeguate forme di pubblicità nei procedimenti di formazione⁴⁸. Il Trattato di Maastricht ed il Protocollo n. 30 allegato al Trattato di Amsterdam hanno, poi, rafforzato gli obblighi di motivazione inizialmente posti a carico degli organi dell’U.E., prevedendo che ogni intervento normativo sia giustificato – e, quindi, motivato – alla luce dei principi di sussidiarietà (quando si verte in ambiti materiali che non sono di esclusiva competenza dell’Unione) e di proporzionalità. L’ultimo passaggio di questa lenta ma inarrestabile evoluzione è rappresentato dal *Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* allegato al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007⁴⁹. Il Protocollo, infatti, prevede espressamente all’art. 8 che la Corte di giustizia sia chiamata a decidere sui ricorsi proposti dagli Stati membri avverso gli atti legislativi non conformi al principio di sussidiarietà, ponendo – così – le premesse perché si strutturi in futuro presso il Giudice di Lussemburgo uno *strict scrutiny* sulla motivazione ulteriore rispetto al mero controllo giurisdizionale sugli scopi della legge.

È, però, di fondamentale importanza ai nostri limitati fini rilevare che – ad oggi – la portata dell’obbligo di motivazione continua ad essere ridimensionata dalla costante tendenza della Corte di giustizia ad escludere qualsiasi vizio di legittimità dell’atto, quando sia comunque soddisfatta la funzione dell’obbligo di motivazione, ovvero, quando quest’ultima sostiene in maniera chiara ed inequivoca le ragioni di fatto e di diritto della volontà

⁴⁵ Queste le definizioni recate dall’*Accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria*, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, C 73 del 17 marzo 1999.

⁴⁶ M. ROSINI, *Considerazioni in tema di motivazione degli atti legislativi*, in M. CARLI (a cura di), *Materiali sulla qualità della normazione*, Firenze University Press, Firenze, 2007, p. 17. Sull’osmosi tipologica tra atti normativi ed atti amministrativi nel diritto comunitario cfr., per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi e amministrativi dell’ordinamento comunitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 887.

⁴⁷ N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 80.

⁴⁸ N. LUPO, *La questione della “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Iter legis*, marzo-maggio 2002, p. 33.

⁴⁹ In *Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea*, C 306 del 17 dicembre 2007.

dell'istituzione comunitaria, in modo che sia consentito agli interessati di tutelare i propri diritti, alla Corte di Lussemburgo di effettuare il controllo giurisdizionale ed agli Stati membri di conoscere le condizioni di applicabilità delle norme del Trattato⁵⁰. In particolare, per quanto riguarda più da vicino la motivazione in ordine alla sussidiarietà ed alla proporzionalità della misura normativa adottata, la Corte di giustizia rifiuta un sindacato penetrante sui vizi della motivazione, da effettuarsi in base “ai parametri quantitativi e qualitativi giustificativi della sussidiarietà o della proporzionalità stesse”⁵¹, e si accontenta di generici richiami nel *visto* e nel *considerando*⁵². Più in generale, per gli atti aventi portata tale da investire la generalità dei consociati, come – appunto – gli atti normativi, il Giudice di Lussemburgo considera sufficiente l'individuazione degli scopi perseguiti mentre non considera necessario un approfondimento motivazionale sulle singole misure adottate⁵³. In taluni casi, addirittura, si giunge ad affermare che la motivazione può essere anche implicita, purché desumibile dall'articolato⁵⁴. Per effetto della giurisprudenza comunitaria, dunque, nonostante gli auspici della dottrina⁵⁵, la valutazione normativa della motivazione sulla sussidiarietà e la proporzionalità resta estranea a qualsiasi ipotesi di sindacato giurisdizionale all'interno dell'U.E. e l'obbligo di motivazione viene conseguentemente interpretato in maniera sostanzialmente “debole”.

È altrettanto noto che, proprio per effetto del diritto comunitario, sta progressivamente entrando in crisi nel nostro ordinamento il tradizionale principio per cui gli elementi strutturali del procedimento di formazione delle leggi, caratterizzato da pubblicità e controllabilità democratica da parte

⁵⁰ In tal senso già CGCE, sent. 4 luglio 1963, in causa 24/62; ID., sent. 8 febbraio 1968, un causa 3/67. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza vedi l'accurata disamina di M. ROSINI, *La motivazione delle “nuove” fonti comunitarie*, cit., pp. 178 e ss.

⁵¹ E. BROGI, *La valutazione della normativa in Europa*, cit., p. 138.

⁵² Cfr., ad esempio, CGCE, sent. 9 ottobre 2001, in causa 377/98.

⁵³ CGCE, sent. 22 gennaio 1986, in causa 250/84; ID., sent. 30 novembre 1978, in causa 87/78; ID., sent. 24 gennaio 1991, in causa 27/90. Per l'opposta giurisprudenza che predica un obbligo di motivazione più stringente per gli atti concreti ed individuali cfr. CGCE, sent. 16 dicembre 1963, in causa 18/62; ID., sent. 13 marzo 1985, in cause 296 e 318/82.

⁵⁴ Cfr., ad esempio, CGCE, sent. 23 febbraio 1978, in causa 92/77. Per una critica a questa giurisprudenza vedi F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 267; ID. *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001, p. 870.

⁵⁵ L. CARBONE, *Prime riflessioni sulle prospettive giurisdizionali possibili in materia di sussidiarietà dopo il progetto di Costituzione presentato dalla Convenzione europea*, in www.giustizia-amministrativa.it.

dei cittadini (anche attraverso la dialettica parlamentare), farebbero “venire logicamente meno la necessità di una motivazione formale e puntuale”⁵⁶. Per questa via si è, quindi, giunti a sostenere che anche la legge, come il provvedimento amministrativo, in quanto rappresenta il frutto di un’attività che non è totalmente libera nel fine, abbisogna di una specifica motivazione⁵⁷. Una motivazione il cui scopo fondamentale – si è detto – è quello di esternare la *ratio legis*, cioè di dichiarare all’esterno la volontà del legislatore per rendere verificabile la coerenza tra le singole scelte normative ed i principi costituzionali⁵⁸. Dal punto di vista della prassi legislativa, però, è stato messo in evidenza che il legislatore italiano, nel silenzio della Costituzione e dei regolamenti parlamentari, si muove in una prospettiva diversa da quella indicata dalla dottrina, antepoendo all’atto legislativo poche frasi riassuntive degli scopi, senza fornire una giustificazione in senso stretto delle scelte normative compiute⁵⁹. A commento delle scelte argomentative del nostro Parlamento si è addirittura sostenuto che, mancando una espressa clausola costituzionale che richiede la motivazione delle leggi, è presumibile che “il legislatore ricorrerà ad essa in tutti quei casi in cui non essendo il reale *fine* della legge del tutto conforme a quello che la Costituzione prevede per essa [...] si voglia per tale via ribadire l’apparente finalità della legge stessa, facendo passare inosservata l’intima divergenza rispetto allo scopo voluto dalla Costituzione”⁶⁰. A tal proposito è stato affermato che la motivazione diverrebbe, quindi, in tale prospettiva un “mezzo volto a colmare il distacco che separa l’intenzione del legislatore dal fine costituzionale”⁶¹.

Giunti a tal punto della trattazione, vale forse la pena sottolineare che se il nostro legislatore, per certi aspetti in maniera analoga alla Corte di giustizia, pratica una versione “debole” dell’obbligo di motivazione, in cui la carenza/lacunosità/contraddittorietà della stessa non viene avvertita come

⁵⁶ L. GIANNITI, *Motivazione*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 308.

⁵⁷ F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 148.

⁵⁸ P. CARETTI, *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XX, Treccani, Roma, 1990, p. 5.

⁵⁹ Si è, cioè, evidenziato che la struttura linguistica delle leggi “pretende che il *quod demonstrandum est*, la «bontà» dell’intervento, risulti in sé evidente, grazie all’indicazione di determinati dati, assunti come *veri* senza che di ciò sia data prova”. Così C. SALAZAR, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rass. Parl.*, 1996, p. 425.

⁶⁰ G. LOMBARDI, *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, X, Utet, Torino, 1964, p. 958.

⁶¹ M. ROSINI, *Considerazioni in tema di motivazione degli atti legislativi*, cit., p. 20.

vizio di legittimità, la giurisprudenza della Corte costituzionale si è invece resa protagonista di una “fuga in avanti” rispetto allo stato attuale dell’ordinamento vigente. Ci si intende riferire a due notissime e significative vicende, entrambe legate all’evoluzione del nostro ordinamento regionale⁶².

La prima è quella legata alla seconda stagione statutaria delle Regioni ordinarie, inaugurata dalla l. cost. n. 1 del 1999. È risaputo, infatti, che i nuovi statuti contengono diverse previsioni in tema di obbligo di motivazione degli atti normativi⁶³. Sulla questione la Corte costituzionale è intervenuta in occasione e per effetto delle censure governative avanzate avverso lo statuto della Regione Emilia-Romagna⁶⁴. La Consulta, com’è noto, ha rigettato la prospettazione del ricorrente ed ha legittimato la previsione statutaria della motivazione anche per gli atti legislativi, affermando che nessun divieto può trarsi dalla legge sul procedimento amministrativo e che “in ogni caso [...] la motivazione degli atti

⁶² Con particolare riferimento alla riforma del Titolo V, e nelle sue immediatezze, sottolinea la spinta che la trasformazione delle autonomie territoriali determina verso l’arricchimento del corredo motivazionale delle norme e verso l’introduzione di una motivazione delle leggi, N. LUPO, *La questione della “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Iter legis*, marzo-maggio 2002, p. 29.

⁶³ Cfr., in particolare, l’art. 39, comma 2, statuto della Regione Toscana per il quale “le leggi e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge” (su cui le considerazioni di M. CARLI, *Art. 39*, in P. CARETTI, M. CARLI, E. ROSSI (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 195 e ss.) e l’art. 17 statuto dell’Emilia-Romagna che nel contemplare la possibilità dello svolgimento di un’istruttoria pubblica nella formazione di atti normativi precisa che “il provvedimento finale è motivato con riferimento alle istanze istruttorie”. Inoltre, non va dimenticato che la diffusa previsione di organi di garanzia statutaria si accompagna sovente alla imposizione di obblighi motivazionali a carico del Consiglio regionale dissenziente. In merito cfr. gli statuti di Calabria (art. 57) ed Emilia Romagna (art. 69). In tal senso anche lo statuto della Regione Abruzzo (art. 79), il quale, dopo l’annullamento parziale ad opera della sent. n. 12 del 2006, ha sostituito l’obbligo motivazionale, che pure non era stato dichiarato illegittimo, con la previsione di un *quorum* aggravato per l’approvazione dell’atto normativo che non ha incontrato il parere favorevole dell’organo di garanzia statutaria. Sulla vicenda cfr. A. CARDONE, *Gli organi di garanzia statutaria tra suggestioni del diritto comparato, «paletti» della Corte costituzionale ed apodittiche ricostruzioni del sistema delle fonti*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie*, cit., p. 277.

⁶⁴ Secondo il ricorso (in *G.U.*, n. 42 del 27 ottobre 2004) l’obbligo di motivazione in riferimento alle risultanze istruttorie avrebbe contraddetto “i principi in tema di attività normativa e principalmente quello dell’irrelevanza della motivazione della norma, tanto più in tema di attività legislativa, espressione, quest’ultima, di libere scelte politiche”. L’obbligo motivazionale, poi, sarebbe stato in contrasto anche con il principio di ragionevolezza riconducibile all’art. 3 Cost. “su cui si fondano, unitamente ad intuitive esigenze pratiche, le diametralmente opposte previsioni dell’art. 3, comma 2, e dell’art. 13, commi 1 e 2, della legge 241/1990, dalla quale erano desumibili principi generali dell’ordinamento giuridico”. Cfr. anche le analoghe argomentazioni contenute nel ricorso proposto avverso lo statuto abruzzese (in *G.U.*, n. 47 del 1 dicembre 2004).

amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario"⁶⁵.

Ma tra la posizione della nostra Corte costituzionale e quella, sopra ricostruita, della Corte di giustizia delle Comunità Europee esiste una profonda differenza. Essa dovrebbe risultare più chiara alla luce di alcune considerazioni in ordine alla seconda vicenda giurisprudenziale, cui si faceva prima riferimento, quella dell'attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa.

Come noto, la più compiuta elaborazione della "sussidiarietà normativa" si deve alla sent. n. 6 del 2004, con cui viene decisa la questione di legittimità costituzionale originata dai ricorsi proposti dalle Regioni Umbria, Basilicata e Toscana avverso il d.l. n. 7/2002 (il cd. decreto "sblocca centrali") e la relativa legge di conversione n. 55/2002. I ricorsi censuravano, tra l'altro, il contrasto con l'art. 117, co. 3, Cost., in quanto la disciplina statale sarebbe intervenuta con norme di dettaglio in materie di competenza legislativa ripartita delle Regioni, tra cui – innanzitutto – l'energia ed il governo del territorio. Alla ricerca di un titolo legittimante l'intervento normativo statale, la Corte esclude che la disciplina adottata possa essere ricondotta alla materia della "sicurezza" (*ex* art. 117, co. 2, lett. h) cost.), stante la diversità tra la sicurezza in campo energetico e l'"ordine pubblico e sicurezza", di cui alla lett. h) del comma 2 dell'art. 117 cost. Quest'ultimo, infatti, secondo la Corte, va interpretato come riferibile esclusivamente agli "interventi finalizzati alla prevenzione dei reati ed al mantenimento dell'ordine pubblico". Per tale ragione la sentenza nega che l'intervento legislativo statale, pur fondato dalla circostanza che il citato d.lgs. n. 79 del 1999 affida al Ministro delle attività produttive il compito di provvedere alla "sicurezza" del sistema elettrico nazionale e di "assicurarne la continuità", sia riconducibile alle materie di competenza esclusiva dello Stato. In secondo luogo, la sentenza sottolinea che non varrebbe ad inquadrare il d.l. in questione negli ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato nemmeno il richiamo alla clausola trasversale della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale",

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 379 del 2004, punto 5 del *Considerato in diritto* (in *Giur. cost.*, 2004, pp. 4161 e ss.). Meno significativa, dal nostro punto di vista, la sent. n. 12 del 2006 (in *Giur. cost.*, 2006, pp. 71 e ss.), in cui la Corte si limita a rilevare che "la motivazione richiesta perché il Consiglio regionale possa deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio di garanzia non inerte agli atti legislativi, ma alla decisione di non tener conto del parere negativo, che costituisce atto consiliare distinto dalla deliberazione legislativa e non fa corpo con essa".

perchè nel caso di specie l'intervento statale disciplina un nuovo ed articolato procedimento amministrativo, finalizzato a garantire la produzione e l'approvvigionamento dell'energia elettrica, e non degli *standards* di tutela dei privati. In terzo luogo, la Corte contesta, come invece prospettato dall'Avvocatura, che le norme del d.l. n. 7/2002 possano essere inquadrare nella "tutela della concorrenza", anch'essa trasversale ed anch'essa affidata alla legislazione esclusiva dello Stato (*ex art. 117, co. 2, lett. e) cost.*) e ciò in quanto, questa non presenterebbe i caratteri di una "materia di estensione certa" ma, piuttosto, quelli di una "funzione esercitabile dallo Stato sui più diversi oggetti"⁶⁶.

Ciò non di meno, nonostante l'assenza di una competenza esclusiva dello Stato ed il carattere "di dettaglio" della disciplina impugnata, la Corte giunge comunque a dichiarare la normativa statale costituzionalmente legittima attraverso il noto meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa, così precisando la dinamica tra fonti già delineata con la sentenza n. 303 del 2003⁶⁷. Segnatamente, afferma la sentenza che l'attribuzione allo Stato della competenza a disciplinare la materia deriva dalla circostanza che essa è contraddistinta dall'esistenza di esigenze unitarie che impongono l'esercizio delle funzioni amministrative a livello statale e che ciò comporta automaticamente il riconoscimento della potestà legislativa per la disciplina delle medesime, purché ricorrano tre requisiti: che la fonte statale detti una disciplina logicamente coerente ed idonea alla regolazione delle suddette funzioni; che essa sia limitata a quanto strettamente indispensabile; che risulti adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, che preveda adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali.

Proprio quest'ultimo passaggio argomentativo della sentenza consente di mettere adeguatamente in luce la profonda distanza che intercorre tra la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza comunitaria in tema di controllo giurisdizionale sulla sussidiarietà e sulla relativa motivazione

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 14 del 2004, in *Le Regioni*, 2004, pp. 978 e ss.

⁶⁷ Sugli sviluppi che la sent. n. 6 del 2004 contiene rispetto alla sentenza n. 303 del 2003 quanto al funzionamento della sussidiarietà normativa, cfr., per tutti, O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, pp. 941 e ss., la cui ricostruzione dello statuto logico del giudizio di sussidiarietà viene qui assunta come base per la formulazione delle riflessioni che seguono sul diverso modo della Corte costituzionale di "giustiziare" la sussidiarietà rispetto alla Corte di giustizia.

legislativa. A differenza di quanto avviene nella giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, la giurisprudenza della nostra Corte ha elaborato un vero e proprio *test* di sussidiarietà, attraverso cui scrutinare – sotto il profilo della ragionevolezza – la legittimità costituzionale della norma derogativa della competenza regionale. La ricostruzione della motivazione che la legge fornisce in ordine alla causa giustificativa dell’attrazione in sussidiarietà, lungi dall’essere l’oggetto di un mero riscontro formalistico soddisfatto da un semplice richiamo a presunte ed astratte esigenze unitarie, diventa il cuore di questa particolare forma di controllo di costituzionalità. Si ha così l’impressione che sia quasi il vizio di legittimità della motivazione legislativa che non soddisfa i requisiti fissati dal *test* di sussidiarietà ad esaurire l’oggetto del giudizio di costituzionalità. Ma se, da un lato, la motivazione dell’atto normativo assurge così ad aspetto centrale del controllo di legittimità costituzionale ed abbandona le vesti di mera spia disvelatrice dell’eventuale eccesso di potere legislativo, dall’altro, pare ancora oggi difficile – nel silenzio della Costituzione – configurare un autonomo vizio della legge basato sulla motivazione (come tale assorbente, nel caso di specie, quello di irragionevolezza). Ad accedere alla soluzione contraria, infatti, bisognerebbe ammettere che la norma derogativa della competenza regionale possa essere incostituzionale, anche se “ragionevole”, solo perché non adeguatamente motivata oppure, addirittura, che possa essere costituzionalmente legittima, anche se “irragionevole”, solo perché sorretta da adeguata motivazione.

Nel complesso, e con le cautele appena esposte, pare comunque di poter affermare che, tra i vari profili del diritto dell’UE che – per il tramite della giurisprudenza comunitaria – hanno stimolato l’evoluzione del sistema normativo interno, inteso come sistema delle fonti, quello della motivazione degli atti legislativi fondati sul principio di sussidiarietà rappresenta l’unico in cui i tradizionali rapporti tra le due Corti si sono invertiti. La sensazione è, infatti, che per una volta la nostra Corte non abbia “rincorso” ma “preceduto” la Corte di giustizia in un percorso che l’accennata evoluzione del diritto comunitario renderà ben presto improcrastinabile (cfr. il già citato Protocollo allegato al Trattato di Lisbona).

4. Altri tre orientamenti della Corte di giustizia che impongono standards di qualità alle norme in materia di chiarezza, astrattezza ed adeguatezza

Un'ultima questione in tema di qualità delle norme in cui si registra una significativa influenza della giurisprudenza comunitaria è quella relativa alla qualità della formulazione delle disposizioni. Qui ci si muove all'interno del nucleo duro di quello che si considera tradizionalmente "qualità della normazione", ossia il *drafting* legislativo, inteso – appunto – non come mero stile redazionale ma come rapporto tra scrittura delle norme e finalità della disciplina⁶⁸. In particolare, tre appaiono gli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo⁶⁹ che hanno dato stimolo all'ordinamento nazionale per lo sviluppo e l'implementazione di strumenti atti a garantire, o meglio favorire, la qualità delle leggi.

a) In primo luogo, ci si riferisce alla nota giurisprudenza sulla "chiarezza" delle direttive comunitarie, la quale – a partire dal celebre caso *Van Duyn* del 1974⁷⁰ – ha condizionato l'efficacia vincolante (*rectius*, diretta applicabilità) nei confronti degli Stati membri degli atti normativi comunitari non direttamente efficaci alla loro formulazione inequivoca ed incondizionata, richiedendo per questa via che la loro struttura linguistica testuale sia idonea a determinare le finalità che gli ordinamenti nazionali devono perseguire ed i margini di discrezionalità ad essi lasciati in ordine agli strumenti di attuazione. Sull'importanza di tale giurisprudenza non è il caso di soffermarsi; basterà ricordare che essa rappresenta il punto di partenza per l'edificazione della fondamentale distinzione tra efficacia diretta (come qualità della fonte) e diretta applicabilità (come caratteristica delle norme in funzione della loro formulazione).

b) In secondo luogo, si pensa all'altrettanto nota affermazione giurisprudenziale dell'impossibilità per le Agenzie europee di esercitare poteri propri degli organi "costituzionali" dell'Unione, la quale spinge nella direzione della distinzione tra regolamentazione, efficace *erga omnes*, e

⁶⁸ Per la ricostruzione delle regole dettate dalle istituzioni comunitarie per la valutazione dei propri atti normativi (profilo qui non trattato perché rientrante nella prospettiva *statica* del *diritto comunitario della normazione*: vedi *supra*, § 1), cfr. E. BROGI, *La valutazione della normativa in Europa*, cit., pp. 121 e ss.

⁶⁹ Oltre a quello, già analizzato, relativo alla formazione delle norme tecniche in materia ambientale, che per molti aspetti – come ovvio – incide direttamente sulla qualità della normazione intesa come migliore scrittura del testo.

⁷⁰ CGCE, sent. 4 dicembre 1974, in causa 41/74. Cfr., *ex plurimis*, ID., sent. 12 luglio 1990, in causa 188/89; ID., sent. 20 aprile 1999, in causa 241/97; ID., sent. 10 giugno 1999, in causa 346/1997; nonché, più di recente, ID., sent. 18 dicembre 2007, in causa 263/05.

regolazione, a carattere prevalentemente tecnico e “partecipata” dai destinatari⁷¹.

c) Infine, il riferimento cade su quella giurisprudenza che ha chiarito che le norme di autoregolamentazione privata, adottate o meno su espressa previsione di atti legislativi comunitari (nel primo caso, come noto, si parla di “co-regolazione”, nel secondo di “autoregolazione” in senso stretto), superano il *test* di adeguatezza solo ove dotate di efficacia *erga omnes*⁷² e quando risultino capaci di assicurare la tutela delle posizioni soggettive non sono degli “autoregolati” ma anche dei terzi⁷³.

Quanto alla concreta influenza che la citata giurisprudenza ha esercitato nel nostro ordinamento, non è certo questa la sede opportuna per ripercorrere diffusamente l’evoluzione che il sistema delle fonti ha subito in tema di regole, procedure e soggetti della formulazione normativa. Ciò che, infatti, preme nella prospettiva del presente studio è mostrare la dimensione *dinamica* della qualità della normazione comunitaria, individuando su cosa si appuntano gli effetti del diritto dell’U.E. in questo campo, piuttosto che ricostruire dettagliatamente i corrispondenti aspetti dell’ordinamento interno; soprattutto ove questi siano già stati sviscerati dalla dottrina. Si riterrà, pertanto, sufficiente qualche mero accenno esemplificativo allo scopo di evidenziare se e in quali settori questi tre ulteriori orientamenti della Corte di giustizia stanno determinando – o stanno più semplicemente corrispondendo a – mutamenti del nostro diritto interno.

a1) Con riguardo alla chiarezza nella scrittura delle norme, il progressivo allineamento alle prestazioni di qualità normativa imposte dalla giurisprudenza comunitaria è innanzitutto evidente con riferimento

⁷¹ Affermazione giurisprudenziale costante a partire da CGCE, sent. 13 giugno 1958, in cause 9 e 10/56. Più di recente cfr. Tribunale europeo di primo grado, sent. 27 novembre 2007, in cause 3/00 e 337/2004. Sul punto, vedi, però, le considerazioni di M. RAVERAIRA, *I privati. Nuovi attori di regole pubbliche “migliori”*, in ID. (a cura di), *“Buone” regole, e democrazia*, cit., p. 59, la quale osserva che tale distinzione sembra essere messa in crisi dall’*Accordo interistituzionale relativo all’inquadramento delle agenzie europee di regolazione* del 25 febbraio del 2005, che ricollega efficacia *erga omnes* anche agli atti di regolazione.

⁷² Tribunale europeo di primo grado, sent. 17 giugno 1998, in causa 135/96; CGCE, sent. 30 maggio 1991, in causa 361/88; ID., sent. 17 novembre 1993, in causa 185/91; ID., sent. 9 giugno 1994, in causa 153/93; ID., sent. 19 febbraio 2002, in causa 35/99; ID., sent. 19 febbraio 2002, in causa 309/99.

⁷³ Tribunale europeo di primo grado, sent. 11 luglio 2007, in causa 170/06; CGCE, sent. 17 ottobre 1995, in cause 140-2/94; ID., sent. 22 aprile 1997, in causa 180/95; ID., sent. 18 giugno 1998, in causa 35/96.

all'istituzione del Comitato della legislazione⁷⁴, alle esperienze della c.d. "testunificazione"⁷⁵ e del c.d. "taglia leggi"⁷⁶, nonché all'entrata a regime, con l'art. 14 della l. n. 246/2005, dell'analisi *ex ante* di impatto della regolamentazione (AIR) ed alla sua valutazione *ex post* (VIR)⁷⁷, nonché alla diffusione delle norme sulla qualità della legislazione all'interno degli statuti regionali⁷⁸ e dei regolamenti interni dei Consigli⁷⁹. Oppure si pensi, ancora, al recente *Accordo tra Governo, Regioni e Autonomie locali, in materia di semplificazione e miglioramento della qualità della regolamentazione* del 29 marzo 2007 ed al *Protocollo di intesa fra il Senato della Repubblica, la Camera dei deputati e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome sull'armonizzazione legislativa* del 29 giugno dello stesso anno⁸⁰. Ma la medesima linea di tendenza si coglie, più ampiamente, anche in relazione alla progressiva strutturazione di procedure di consultazione ed alla sperimentazione degli obblighi di pubblicazione degli schemi normativi e di

⁷⁴ Su cui ampiamente L. LORELLO, *Funzione legislativa e Comitato per la legislazione*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁷⁵ Su cui cfr. M. MALO, *La consolidazione normativa e la qualità della normazione (codici e testi unici)*, in corso di pubblicazione in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della regolazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁷⁶ Su cui vedi M. CECCHETTI, *L'attuazione della "ghigliottina"*, in corso di pubblicazione in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, cit.

⁷⁷ Su questi istituti cfr., prima dell'intervento legislativo, E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa nell'attività normativa del Governo (ATN)*, Giuffrè, Milano, 2003 e, da ultimo, M. CARLI, *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, cit., pp. 181 e ss.; ID., *La fonte delle buone regole nello Stato*, in corso di pubblicazione in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, nonché i saggi di E. CATELANI e G. MAZZANTINI contenuti nella sezione *Esperienze* dello stesso Volume.

⁷⁸ Cfr. M. RAVERAIRA, *La qualità della legge: una sfida per le nuove Regioni*, in *Federalismi.it*, 8/2004; G. MARTINICO, *La razionalizzazione normativa e i testi unici regionali: un modello in circolo?*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 232 ss.; ID., *Gli strumenti previsti per una migliore qualità della normazione*, in M. CARLI, G. CARPANI, A. SINISCALCHI (a cura di), *I nuovi statuti delle regioni ordinarie*, cit., pp. 455 e ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷⁹ Cfr. P. MILAZZO, *La qualità della regolazione nei regolamenti parlamentari e dei Consigli regionali*, in corso di pubblicazione in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, cit. Sulle più significative esperienze nate nella prassi regionale, cfr. G. GIACHI, G. BUSSI, *L'applicazione delle tecniche legislative nelle assemblee regionali. Una ricerca sullo sviluppo dell'utilizzazione delle tecniche legislative per la qualità delle leggi*, in M. CARLI (a cura di), *Materiali sulla qualità della normazione*, cit., pp. 31 e ss.

⁸⁰ Su cui cfr. le considerazioni di M. CARLI, *Le buone regole: il consenso c'è, ma i fatti seguiranno?*, in *Federalismi.it*, 15/2007.

informazione pubblica⁸¹, oltre che al già ricordato “giusto procedimento di normazione ambientale”⁸². Gli aspetti dell’istruttoria tecnica e della partecipazione, infatti, ancorché parzialmente già trattati a proposito dei procedimenti normativi, vengono prepotentemente in considerazione anche in tema di “contenuto” e scrittura delle norme per l’evidente ragione che pure essi contribuiscono a generare formulazioni linguistiche testuali che, proprio in quanto *pre-condivise* (scientificamente e “politicamente”), siano chiare e comprensibili dai destinatari.

b1) La medesima impressione circa il forte grado di permeabilità della qualità normativa interna alle regole della giurisprudenza comunitaria si ricava, poi, dalla vicenda relativa alla prassi nella formazione delle norme tecniche da parte delle Autorità amministrative indipendenti, sempre più rigorosa e partecipata⁸³. Ma si tenga anche presente che già alcune leggi istitutive avevano previsto il ricorso alla consultazione nei procedimenti normativi delle Autorità⁸⁴ e che la già citata legge n. 229 del 2003 (legge di semplificazione per il 2001), all’art. 12, ha esteso ad esse l’obbligo di dotarsi di “forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione” per l’emanazione degli atti di propria competenza e, in particolare, degli atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque,

⁸¹ Per una puntuale analisi dello stato dell’arte in punto di strumenti di miglioramento della regolazione e del suo tasso di democraticità e condivisione si rinvia, per alcuni fondamentali ragguagli normativi e dottrinari, a P. FAVA, *La consultazione degli interessati nella multilevel governance*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*; ID., *La consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance*, cit.; A. VALASTRO, *La valutazione ed i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?*, in M. RAVERAIRA (a cura di), *“Buone” regole e democrazia*, cit., pp. 149 e ss.

⁸² Secondo la felice espressione di L. BUFFONI, *La “dottrina” dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di normazione ambientale*, in *Federalismi.it*, 8/2007.

⁸³ Su cui cfr. G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del Testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 34 e ss., quanto ai documenti di consultazione predisposti dalla CONSOB; F. DONATI, V. BONCINELLI, *I regolamenti dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, ivi, p. 160; G. DE MINICO, *Regole*, cit., pp. 90 e ss. e F. DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 62 e ss. sulle procedure di consultazione dell’A.G.COM.; nonché, da ultimo e in termini generali, A. VALASTRO, *L’esperienza italiana della consultazione*, cit., pp. 211 e ss.; S. SILEONI, *Le tecniche di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti: esperienze applicative*, in corso di pubblicazione in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, cit.

⁸⁴ Cfr. A. VALASTRO, *ult. cit.*, p. 211, nota 23.

di regolazione⁸⁵. Del resto, secondo la dottrina, ai procedimenti delle Autorità indipendenti si applicano i principi generali dell'azione amministrativa e con essi, quindi, anche quelli sulla partecipazione⁸⁶.

e1) Da ultimo, non può non notarsi come stia trovando terreno via via sempre più fertile all'interno del nostro ordinamento anche la propensione comunitaria alla regolazione privata di talune attività, non necessariamente economiche, che coinvolgono diritti di terzi apprestando ad essi tutela, pur nel quadro di un sistema che sembra ancora imperniato sul monopolio statale nell'attribuzione di normatività alle regole private⁸⁷ e su principi e *status* giuridici considerati inderogabili⁸⁸. Numerosi potrebbero essere gli esempi, che, certo, meriterebbero un separato approfondimento che qui non è possibile. Così per le regole della deontologia professionale in generale, che regolano rapporti che non si esauriscono nella sfera della colleganza ma coinvolgono diritti costituzionali di terzi, come quello alla tutela giurisdizionale o alla riservatezza⁸⁹. Oppure per i codici di autoregolamentazione che garantiscono il rispetto della *par condicio* in tema di propaganda elettorale⁹⁰. Ma si pensi, ancora, alla disciplina del C.o.n.i. nell'ordinamento sportivo⁹¹. Oppure ai codici di autoregolamentazione per la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali⁹². O, infine, ma – come si avvertiva – gli esempi potrebbero moltiplicarsi, alle raccolte di usi

⁸⁵ Su tale disposizione cfr. N. RANGONE, *L'analisi di impatto della regolazione*, in S. MARIOTTI, P. G. TORRANI (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 461 e ss.

⁸⁶ Per tutti, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 184 e ss.

⁸⁷ Per tutti, M. LUCIANI, *Autodisciplina e autonormazione*, in M. DE TILLA, G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Diritto dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 377.

⁸⁸ G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Economia e Diritto del terziario*, 1999, p. 372 e ss.

⁸⁹ Su quest'ultimo profilo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. G. BUSIA, *I codici deontologici sulla privacy: una fonte al crocevia fra autonomia privata e diritto oggettivo, normativa interna ed internazionale*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit., pp. 205 e ss.

⁹⁰ I quali, peraltro, presentano la peculiarità di coinvolgere direttamente la dimensione regionale nella loro attuazione e nel controllo sul loro rispetto. Sul punto sia consentito un rinvio ad A. CARDONE, *Il modello dell'amministrazione comune delle comunicazioni tra omogeneizzazione della legislazione regionale sulle funzioni proprie, funzioni delegate e garanzie di indipendenza dei Co.re.com.*, in *Le ist. del fed.*, 2007, p. 749.

⁹¹ Su cui cfr. C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva. Il C.O.N.I. e la regolamentazione dello sport*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁹² O. ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 91-3.

di commercio⁹³. Si tratta, infatti, di ipotesi tutte accomunate proprio dalla regola comunitaria della contestualità tra carattere privato e tutela dei diritti dei terzi.

5. In sintesi

A conclusione di questa prima sezione, in termini generali e sintetici (e prescindendo, adesso, dalla stretta corrispondenza tra singoli istituti comunitari ed interni), pare, allora, di poter dire che, dai *desiderata* espressi nel *Rapporto sullo stato dell'amministrazione* (nel lontano 1979) da Massimo Severo Giannini, allora Ministro della Funzione Pubblica, molta acqua è passata sotto i ponti. Le esigenze nel frattempo evidenziate dalla giurisprudenza di Lussemburgo, infatti, stanno progressivamente trovando nel nostro ordinamento luoghi idonei a soddisfare gli *standards* di qualità delle *norme* imposti dal diritto dell'U.E. Si tratta, tuttavia, di un quadro fatto di luci ed ombre.

E così, per un primo verso, il nuovo procedimento normativo precauzionale prefigurato dal Codice dell'ambiente recepisce gran parte delle istanze comunitarie ma difetta ancora dal punto di vista delle garanzie nelle procedure di nomina degli organi consultivi e con riguardo ai criteri di valutazione delle numerose, e spesso dissonanti, voci della comunità scientifica⁹⁴.

Per un secondo verso, nella nuova valutazione preventiva dell'impatto normativo, espressamente aperta al contraddittorio ed alla consultazione dei potenziali destinatari, parrebbero trovare adeguato svolgimento le prestazioni di qualità normative richieste con riguardo alla chiarezza delle norme (*drafting*) ed alle procedure di consultazione tendenti ad acquisire

⁹³ Su cui cfr., tra gli altri, L. PASTORELLI, *Gli usi del commercio internazionale tra elemento del negozio e fonte del diritto*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 2000, pp. 297 e ss. e, quanto ai problemi della tutela giurisdizionale, V. ANGIOLINI, *Impugnabilità delle raccolte degli usi e consuetudini delle Camere di commercio*, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 2004, pp. 129 e ss.

⁹⁴ Sul punto cfr. L. BUFFONI, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale*, cit., p. 16. Più in generale, sulle conseguenze normative dell'incertezza che connota i saperi scientifici e tecnici contemporanei cfr. M. C. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, I, S. Olschki, Firenze, 1999, p. 85; ID., *Scientific Evidence and Environmental Rule-Making: the Co-Production of Science and Law*, in A. BIONDI, M. CECCHETTI, S. GRASSI, M. LEE (eds), *Scientific Evidence in European Environmental Rule-Making: The Case of the Landfill and End-of-Life Vehicles Directives*, The Hague/London/New York, 2003, *passim*.

dati tecnico-scientifici, nonché elementi sul rapporto costi-benefici⁹⁵. Senonché tutta la procedura è tutta imperniata sul Governo, sui suoi atti e sulla facoltà ad esso riconosciuta di decidere i casi in cui l’AIR non si applica⁹⁶.

Per ulteriore verso, inoltre, la disciplina dell’AIR non soddisfa quelle esigenze sottese alle forme di partecipazione pubblica generalizzata – volte non a coinvolgere l’*expertise* scientifico per una valutazione obiettiva, ma a ricevere i contributi e le osservazioni dell’opinione pubblica – che, invece, trovano svolgimento nella predisposizione, tipica delle istruttorie comunitarie, di consultazioni telematiche aperte, nella forma di *focus groups*, *panels*, inchieste campionarie⁹⁷. La trasparenza e la condivisione ad ampio raggio del prodotto normativo finale avrebbero potuto, invero, avvalersi della previsione di cui alla già citata legge di semplificazione per il 2001, che – all’art. 18 – ha avviato in via sperimentale la pubblicazione in Internet⁹⁸ degli schemi di provvedimenti normativi, con facoltà di far pervenire contributi personali e di partecipare, così, alla gestazione delle norme. Ma, ancora una volta, si tratta di una consultazione facoltativa e rimessa all’unilaterale iniziativa del Governo⁹⁹.

Sempre con riguardo allo Stato, come detto, si è proceduto all’istituzione del *Comitato per la legislazione*, ma i risultati di questi anni di attività

⁹⁵ Sull’analisi economica della regolazione e sulla sua recessività allo stato attuale dell’ordinamento italiano, cfr. Consiglio di Stato, Ad. Gen., parere 25 ottobre 2004, 10548 n. Gab. 2/04, ove si legge significativamente che “l’analisi economica delle regole è rimasta a lungo fuori dal dibattito politico-istituzionale sulla normazione, e la produzione delle leggi è stata, specie all’inizio, fortemente influenzata da un’impostazione di tipo giuridico, non sempre attenta agli effetti che si dispiegano sui destinatari delle regole”. In termini teorico-general, il ruolo dell’analisi costi-benefici nel procedimento normativo è, come noto, molto dibattuto. Per una prima approssimazione cfr. i classici G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices* (1978), trad. it. a cura di C.M. Mazzoli e V. Varano, *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano, 1986; C. R. SUNSTEIN, *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*, Cambridge University Press, 2002, pp. XV-342; ID., *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005, pp. XII-234.

⁹⁶ Sul punto si vedano le osservazioni condivisibilmente critiche di M. RAVERAIRA, “Buone” regole e democrazia: ma l’Italia dove va?, in ID. (a cura di), *ult. cit.*, pp. 240 e ss.

⁹⁷ Cfr. sul punto A. VALASTRO, *ult. cit.*, p. 207, la quale osserva che la partecipazione è limitata alla sola fase della progettazione della legge e che riguarda solo gli atti normativi del Governo.

⁹⁸ Sul sito www.governo.it, con un servizio che, a quanto è dato di capire, va ad affiancarsi al servizio già disponibile all’indirizzo www.governo.it/Presidenza/USG/trasparenza_norma.html.

⁹⁹ La norma è, poi, stata abrogata dall’art. 75 del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il *Codice dell’amministrazione digitale*, il quale, a sua volta, è stato sul punto modificato dall’art. 30 del d. lgs. 4 aprile 2006, n. 159, che ha introdotto nel *Codice* un Capo VIII dedicato al “Sistema pubblico di connettività” (SPC). Il contenuto prescrittivo dell’art. 18, invece, è stato trasfuso integralmente nell’art. 55 del *Codice*, all’interno del Capo V sui dati delle P.A. e sui servizi in rete.

dell'organo sono solo parzialmente soddisfacenti¹⁰⁰. Dubbi e perplessità hanno suscitato anche le esperienze legate a codici, testi unici e abrogazioni¹⁰¹. Come visto¹⁰², invece, l'esito dell'analisi è maggiormente confortante a livello regionale ma resta, anche a quel livello, una forte disomogeneità negli strumenti adottati e nella loro effettività¹⁰³.

Quanto alla motivazione degli atti legislativi possono valere analoghe considerazioni. Se per un lato, infatti, è dato riscontrare che la giurisprudenza costituzionale pratica un sindacato sulla sussidiarietà più stringente e strutturato di quello della Corte di giustizia, per l'altro, l'obbligo di motivazione non ha fondamento in Costituzione ed è imposto normativamente solo in alcuni statuti regionali.

Lo stesso quadro risulta per la normazione delle Autorità indipendenti e l'autoregolamentazione privata: ad una prassi sostanzialmente conforme alla giurisprudenza comunitaria fa da contraltare l'insufficienza (nel primo caso) o l'assenza (nel secondo) di qualsivoglia disciplina di principio che assicuri *standard* di tutela procedimentale e sostanziale a vantaggio dei diritti dei terzi.

Come si è già avuto modo di notare, infine, il quadro appare sostanzialmente negativo quanto alla disciplina dei gruppi di pressione e dei loro rapporti e "frequentazioni" con i luoghi della nomopoietica.

Sezione II. *La qualità del sistema delle fonti*

6. *Gli obiettivi comunitari di qualità normativa strumentali all'integrazione. L'efficacia diretta*

Se si guarda al tema della qualità della normazione avendo riguardo ai rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, ossia – come ci si è proposti di fare – in prospettiva *dinamica*, ci si avvede che il primo esige dal secondo *prestazioni di qualità normativa* che si riferiscono non solo alle norme ma anche al sistema delle fonti nel suo complesso. Accanto alle regole giurisprudenziali comunitarie che investono la formazione e la

¹⁰⁰ Sul punto cfr. G. VERDE, L. LORELLO, *Il Comitato per la legislazione e l'effettività del suo ruolo*, in corso di pubblicazione in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2007*, cit.

¹⁰¹ Si rinvia alla dottrina già citata *supra*, note 75 e 76.

¹⁰² Vedi *supra*, § 2, sub b1).

¹⁰³ Lo sottolinea, in particolare, A. VALASTRO, *ult. cit.*, pp. 213 e ss.

formulazione delle norme vi sono, infatti, orientamenti della Corte di giustizia che sembrano pretendere il soddisfacimento di determinati criteri di strutturazione e funzionamento del sistema delle fonti interne che vanno ben oltre la *better regulation*. In questo terreno ci si allontana dalla qualità della normazione in senso tradizionale ma l'*extra moenia* è reso necessario dalla presa di coscienza che l'ordinamento comunitario desta l'impressione di praticare *nei confronti di quello interno* una nozione di qualità normativa che orienta la *better regulation* verso un fine fondamentale, quello dell'integrazione comunitaria. Si vedrà, infatti, nelle pagine che seguono che i caratteri strutturali e di funzionamento che il sistema delle fonti interne deve soddisfare ai fini dell'integrazione comunitaria paiono rappresentare, in realtà, secondo la prospettiva comunitaria, altrettanti obiettivi di qualità che, anche se non investono direttamente le norme, devono, comunque, essere posseduti dal sistema delle fonti.

Un primo fondamentale *standard* di qualità del sistema delle fonti che il diritto comunitario pare esigere in funzione dell'integrazione è quello inerente il rapporto tra fonti interne di rango primario e fonti comunitarie. Tale questione è arcinota ed è stata sviscerata in dottrina in tutti i suoi aspetti qualificanti. Per quanto brevemente, ad essa conviene comunque accennare, non tanto per gli esiti ormai acquisiti cui la vicenda del "cammino comunitario"¹⁰⁴ della Corte costituzionale ha condotto, e cioè il riconoscimento della *primauté* sotto forma di applicazione diretta¹⁰⁵, quanto per la valenza emblematica che tale vicenda denota in ordine alla forza dirompente con cui la giurisprudenza comunitaria è in grado di pretendere *prestazioni di qualità normativa* dal sistema delle fonti interne. E ciò anche

¹⁰⁴ L'espressione, è noto ma piace ricordarlo, si deve al titolo del contributo di Paolo Barile (*Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2405 e ss.).

¹⁰⁵ Sul tema la letteratura è ormai sterminata. Per prima approssimazione si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a G. COCCO, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 642 e ss.; A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1583 e ss.; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 45 e ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 95 e ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 5 e ss.; V. ONIDA, M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*, I, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 180 e ss.; A. ANZON, *I tribunali costituzionali nell'era di Maastricht*, in AA. VV., *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 81 e ss.; A. LA PERGOLA, *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, ivi, pp. 817 e ss.; S. PAJNO, *L'integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 47 e ss.

quando le relative trasformazioni sono non solo arginate ed apertamente contrastate dagli organi e dalle istituzioni nazionali ma anche inessenziali ai fini della mera (nel senso, appunto, di priva di *qualità*) prevalenza del diritto comunitario.

Nella limitata ma significativa prospettiva qui assunta, infatti, può non risultare privo di interesse ricordare quanto pervasiva sia stata la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha richiesto – o, per certi aspetti, si potrebbe anche dire “preteso” – l'*uniforme effettività* del diritto comunitario e la disapplicazione della norma interna contrastante (senza previo giudizio di legittimità costituzionale)¹⁰⁶. In particolare, ciò che preme rimarcare è che anche prima del celeberrimo caso *Simmenthal*¹⁰⁷ e dell’“accettazione” da parte della nostra Corte costituzionale della “non applicabilità”¹⁰⁸ del diritto interno primario contrastante con il diritto europeo, la giurisprudenza comunitaria era già stata in grado di determinare l’abbandono del criterio cronologico per la soluzione delle antinomie normative tra norme interne e norme comunitarie direttamente applicabili¹⁰⁹. Ma è storia costituzionale che il recepimento della teoria giurisprudenziale comunitaria dell’effetto diretto, con conseguente esclusione della possibilità per il legislatore nazionale di intervenire anche solo mediante norme “a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo”¹¹⁰, non è stato in grado di “tacitare” le richieste della Corte di giustizia fino a quando la prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne successive contrastanti è stata assicurata nel nostro ordinamento attraverso il giudizio di legittimità costituzionale¹¹¹.

¹⁰⁶ CGCE, sent. 7 febbraio 1973, in causa 39/72, in *Foro it.*, 1973, IV, pp. 49 e ss.; ID., sent. 10 ottobre 1973, in causa 34/73, in *Foro it.*, 1974, IV, pp. 60 e ss.

¹⁰⁷ CGCE, sent. 28 giugno 1978, in causa 106/77, in *Foro it.*, 1978, IV, pp. 201 e ss.

¹⁰⁸ Si mutua qui la celebre espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 168 del 1991 (in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1412 e ss.), in cui viene chiarito che il meccanismo delineato nella pronuncia capostipite, n. 170 del 1984, non deve essere interpretato nei termini di una disapplicazione in senso stretto, poiché essa presupporrebbe un previo giudizio di legittimità e l’individuazione di vizi “in realtà non sussistenti in ragione proprio dell’autonomia dei due ordinamenti”. Sul punto vedi, in dottrina, A. CELOTTO, *Le “modalità” di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 1472 e ss.

¹⁰⁹ Questa, come noto, la soluzione originariamente adottata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 14 del 1964 (in *Giur. cost.*, 1964, pp. 129 e ss.).

¹¹⁰ Cui la Corte costituzionale giunge, dopo le timide aperture delle sentt. nn. 98 del 1965 e 142 del 1972, con l’altrettanto nota sent. n. 183 del 1973 (in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2403 e ss.).

¹¹¹ Secondo il modello delineato dalla nostra Corte con la sent. n. 232 del 1975 (in *Giur. cost.*, 1975, pp. 2211 e ss.).

Il che consente all'interprete di rilevare che la potestà conformativa che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo esercita sul sistema nazionale delle fonti non si limita alla collocazione delle norme comunitarie nella *Stufenfolge* interna ma si estende anche alla definizione dei meccanismi attraverso cui la *primauté* deve essere garantita dall'ordinamento dello Stato membro. Essa, detto altrimenti, richiede ed ottiene una particolare *qualità* del sistema delle fonti ossia un preciso e determinato criterio di funzionamento.

Né per giungere a diversa ed opposta conclusione sembra sufficiente fare riferimento alla c.d. "teoria dei controlimiti" elaborata dalla Corte costituzionale per arginare l'ingresso nel sistema delle fonti delle norme comunitarie eventualmente contrastanti con i diritti e/o le libertà fondamentali ed i principi supremi della Costituzione¹¹². Ciò per lo meno fino a quando la nostra Corte non avrà abbandonato quell'atteggiamento di "autoesclusione"¹¹³ che trova la sua massima espressione nella giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità¹¹⁴, la quale – nell'assegnare assoluta prevalenza al giudizio comunitario rispetto a quello di costituzionalità – finisce per far gravare esclusivamente sul giudice comune l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo anche quando questa coinvolge il bilanciamento di valori interni con valori comunitari¹¹⁵.

¹¹² Cfr. Corte cost., sentt. nn. 183 del 1973 (in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2403 e ss.) e 232 del 1989 (in *Giur. cost.*, 1989, pp. 1001 e ss.).

¹¹³ Di recente attenuato in maniera significativa con l'ord. n. 103 del 2008, la quale – come noto – ha operato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio in via principale. Sulla questione si appunta il noto tema del "dialogo tra le Corti", su cui si vedano i vari contributi raccolti in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, nonché, da ultimo, ad A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in *Forum dei Quaderni costituzionali* ed A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 734 e ss.

¹¹⁴ Cfr. M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 4502 e ss., cui si rinvia per una casistica degli orientamenti processuali della Corte che contribuiscono alla sua progressiva emarginazione nel circuito giudiziario di tutela dei diritti umani. Cfr. anche F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 1193 e ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 502 e ss.; A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze fra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 1732 e ss.

¹¹⁵ Per alcune riflessioni problematiche sul punto sia consentito un rinvio ad A. CARDONE, *Tutela dei diritti, costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 402 e ss.

7. L'evoluzione dei controlli di legittimità. Il “doppio binario” di tutela delle libertà fondamentali

Una seconda, ed altrettanto nota e rilevante, tendenza innovativa che la giurisprudenza comunitaria ha stimolato in tema di sistema delle fonti del diritto interno, è quella relativa all'evoluzione dei controlli di legittimità e, quindi, delle forme di garanzia della validità delle norme. Anche a tal proposito non pare fuorviante parlare di uno *standard* di qualità perché anche in questo caso il diritto comunitario richiede un particolare modo di funzionamento del sistema delle fonti (che investe le reazioni alle sue patologie), appunto una sua *qualità*, il quale non discende direttamente dalla partecipazione dell'ordinamento interno all'Unione Europea ma è ancora una volta funzionale alla logica dell'integrazione o – come vedremo – ad una certa logica dell'integrazione comunitaria.

Ciò è vero, in primo luogo, con riferimento alla legittimità costituzionale delle leggi. La problematica risulta tanto nota quanto intimamente connessa alla giurisprudenza appena esaminata da non meritare particolari svolgimenti. È appena il caso di sottolineare che gli orientamenti della Corte di giustizia sulla *primauté*, l'efficacia diretta e la disapplicazione *se*, da un lato, hanno inciso sulla collocazione delle norme primarie (interne e comunitarie) nel sistema delle fonti e sui loro reciproci rapporti in caso di antinomia, dall'altro, hanno trasformato profondamente il controllo di costituzionalità delle leggi come giurisdizione delle libertà, instaurando un ormai non più nuovo, ma apparentemente insuperabile, sistema di tutela dei diritti fondamentali basato sul c.d. “doppio binario”. Per lo meno fino a quando il catalogo dei diritti comunitari adottato a Nizza continuerà ad avere una valenza esclusivamente “politica”, infatti, il fenomeno della disapplicazione in luogo del promovimento della questione di legittimità costituzionale quale meccanismo di tutela dei diritti inviolabili, praticato da due allarmanti e tristemente note decisioni delle Corti d'appello di Roma e di Torino nel 2002¹¹⁶, potrà continuare ad essere relegato sul piano delle

¹¹⁶ Come risaputo, il “campanello d'allarme” da cui si è originata la riflessione dottrina sulla sorte che il processo costituente europeo potrebbe riservare alle giurisdizioni costituzionali nazionali è rappresentato dalle ordinanze dell'11 aprile 2002 con cui i giudici di seconde cure di Roma e Torino hanno disapplicato la legge sul patrocinio a spese dello Stato dopo averla ritenuta in contrasto con l'art. 47 della Carta europea dei diritti e con l'art. 6 della C.e.d.u. Cfr., in particolare, Corte d'Appello di Roma, ord. 11 aprile 2002, su cui R. CALVANO, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei*

“deformazioni istituzionali” determinate dal processo costituente europeo o, meglio, dei suoi rischi. Fino a quando, infatti, la Costituzione europea non avrà soddisfatto gli oneri di ratifica, la disciplina costituzionale di tutela delle libertà fondamentali cui il giudice comune dovrà parametrare la costituzionalità delle leggi, per determinarsi nell’esercizio del suo potere/dovere di sollevare la q.l.c., sarà sempre e soltanto quella contenuta nella Costituzione repubblicana del 1948 e non potrà essere messo in discussione su basi giuridiche il “doppio binario” di tutela dei diritti introdotto dalla Corte di giustizia a partire dal celebre caso *Stauder* del 1969¹¹⁷. Continueranno, cioè, ad esistere due meccanismi di tutela paralleli, imperniati sulla disapplicazione quando si attua il diritto comunitario e sul giudizio costituzionale accentrato quando si applica il diritto interno¹¹⁸. Detto altrimenti, la coerenza complessiva del sistema di garanzia delle libertà potrà ancora essere ricostruita nei termini di una “armonia tra diversi” in cui non si verificano sovrapposizioni tra legalità comunitaria e legittimità costituzionale¹¹⁹.

7.1 (segue): *La patologia dell’atto amministrativo per violazione del diritto comunitario*

Meno discusso nella prospettiva dell’incidenza del diritto comunitario sul sistema delle fonti interne, ma non per questo meno interessante dalla prospettiva eletta, è, invece, il tema della patologia dell’atto amministrativo per violazione del diritto comunitario. È, infatti, di tutta evidenza che anche

diritti UE. Diritto pretorio o jus comune europeo?, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*; M. CARTABIA, A. CELOTTO, *ult. cit.*, p. 4494. Più in generale, sull’utilizzo giudiziario della Carta, vedi A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*.

¹¹⁷ CGCE, sent. 12 gennaio 1969, in causa 29/69, in *Racc.*, 1969, I-419.

¹¹⁸ Ciò, naturalmente, fatti salvi gli effetti di diffusione del giudizio costituzionale innescati anche dal diritto comunitario. In dottrina, cfr. E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” : verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹¹⁹ Come noto, l’espressione si deve a V. ONIDA, “*Armonia tra diversi*” e problemi aperti. *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 549 e ss. Di diverso avviso A. CELOTTO, *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria (prime considerazioni sul controllo di costituzionalità in Italia come sistema “misto”)*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002, pp. 47 e ss., secondo cui il sindacato di legittimità costituzionale avrebbe un doppio regime e, quindi, un doppio giudice, a seconda che la legge sia in contrasto diretto con la Costituzione oppure con il diritto comunitario e, solo per suo tramite, con la stessa.

tale questione incide direttamente sul funzionamento del sistema delle fonti sotto il profilo delle garanzie apprestate dall'ordinamento per la tutela del principio di legalità e, dunque, che anche tale questione – per i motivi sopra evidenziati – esige *prestazioni di qualità* dal sistema delle fonti, ossia richiede il soddisfacimento di condizioni che non sarebbero strettamente necessarie in forza dell'adesione all'U.E. ma che rappresentano un *quid pluris* rispondente, in quanto tale, a logiche diverse da quelle della mera partecipazione all'ordinamento comunitario.

La questione principale che si incontra in quest'ambito di riflessione attiene agli effetti dell'illegittimità derivante da violazione del diritto dell'U.E. ed impone di verificare se il contrasto dell'atto amministrativo con la norma comunitaria determini una semplice illegittimità o una nullità radicale. Si potrebbe astrattamente sostenere che l'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario sia adottato in carenza di potere, e quindi affetto da nullità, nel caso in cui la norma interna *disapplicanda* non si limiti a disciplinare le modalità di esercizio del potere, ma sia l'unica a fondare il potere stesso sul piano dell'*an*¹²⁰. In questo caso, infatti, considerata l'inapplicabilità della norma stessa al caso di specie, il provvedimento risulterebbe emanato in assenza di una qualsiasi fonte capace di radicare, sul piano dell'*an*, l'esercizio del potere, con conseguente nullità dell'atto e giurisdizione del G.O. In senso opposto, però, orienta il principio generale per cui il diritto comunitario rimette agli Stati membri la disciplina delle regole in materia di tutela giurisdizionale¹²¹. In accordo con tale devoluzione di competenza, infatti, si deve ritenere che la violazione della norma comunitaria configuri una mera illegittimità-annullabilità del provvedimento amministrativo – da dedurre in sede di ricorso al giudice amministrativo nel termine perentorio di decadenza – perché, come noto, l'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, qualifica come causa di annullabilità la violazione di legge (intendendo, evidentemente, anche la norma comunitaria dotata di efficacia

¹²⁰ Sulla tutela delle posizioni soggettive avverso atti illegittimi per violazione del diritto comunitario, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 333 e ss.; R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 81 e ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, pp. 41 e ss.

¹²¹ Si veda CGCE, sent. 27 febbraio 2003, in causa 327/00.

diretta), mentre non fa specifico riferimento alla violazione di norma comunitaria nell'ambito delle cause di nullità di cui all'art. 21-septies.

Ai nostri limitati fini è da tenere presente che sul regime giuridico del provvedimento amministrativo nazionale violativo della normativa comunitaria si è espressa la stessa Corte di giustizia¹²², la quale ha ribadito che la scelta del legislatore nazionale di assoggettare a termine decadenziale il ricorso per annullamento di un provvedimento illegittimo sul piano comunitario non è censurabile ove non restringa ingiustificatamente la tutela giurisdizionale delle posizioni garantite dalla normativa europea. Resta, però, ferma – ad avviso del Giudice comunitario – la possibilità di ammettere il sindacato, pur in assenza di tempestiva impugnazione, ove quest'ultima non sia stata possibile per causa imputabile alla P.A.¹²³. In quel caso, infatti, a venire in considerazione sono le preminenti ragioni dell'effettività della tutela giurisdizionale e della non discriminazione¹²⁴. Il potere conformativo che il legislatore nazionale esercita sul sistema interno

¹²² CGCE, sent. 29 aprile 1999, in causa 224/97; ID., sent. 27 febbraio 2003, cit.; ID., sent. 18 giugno 2002, in causa 92/00.

¹²³ Cfr., ancora, CGCE, sent. 27 febbraio 2003, cit. Nella specie, la Corte di Lussemburgo, pronunciandosi su un bando relativo ad un appalto di servizi, non impugnato per effetto di un comportamento della precedente che non aveva permesso al privato di avvertirne la lesività, ha reputato che “la direttiva in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa – una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità – impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità”. Per un'applicazione di tale principio, T.R.G.A. Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140. Nel senso della non disapplicabilità dei bandi, si veda anche la decisione del Consiglio di Stato n. 35 del 2003 e la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003. In dottrina, per una più ampia riflessione sugli effetti di questa giurisprudenza comunitaria sul processo amministrativo nazionale, cfr. M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 20/2007, pp. 20 e ss.

¹²⁴ Come noto, infatti, la giurisprudenza di Lussemburgo ha elaborato il principio secondo cui sono legittime le preclusioni legislative che impediscono la cognizione dell'illegittimità comunitaria di atti applicativi di provvedimenti precedentemente non impugnati, a patto che esse siano compatibili con i due limiti della non discriminatorietà e dell'effettività della tutela. Sul punto, cfr., in particolare, CGCE, sent. 12 dicembre 2002, in causa 470/99, in tema di perentorietà del termine di impugnazione, secondo la quale, anche se è competenza di ogni Stato membro definire le modalità destinate ad assicurare la tutela delle posizioni soggettive comunitarie dei candidati e degli offerenti pregiudicati da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali forme non devono in ogni caso attentare all'effettivo raggiungimento degli obiettivi della direttiva 89/665, la quale è tesa a garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

delle garanzie giurisdizionali pare, dunque, rappresentare l'ultimo ostacolo all'altrimenti ormai completa generalizzazione dell'istituto della disapplicazione come criterio generale di articolazione dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario¹²⁵.

7.1.1 (segue): *Il potere di autotutela esercitabile dalla P.A. a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario*

Un ulteriore problema, strettamente connesso a quello precedente e rilevante nella medesima prospettiva in ordine al sistema delle fonti, riguarda il regime del potere di autotutela esercitabile dalla P.A. a fronte di un atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario. La questione che viene in considerazione è se l'esercizio del potere di ritiro rientri nello schema legale tipico espressamente previsto in caso di violazione di norme nazionali, il quale – come noto – richiede ai fini del suo esercizio, oltre alla previa verifica dell'illegittimità dell'atto, anche la sussistenza di un interesse pubblico che determini l'amministrazione alla sua rimozione piuttosto che alla sua conservazione. Oppure se, all'opposto, la *primauté* del diritto comunitario imponga senza alternativa all'amministrazione l'annullamento d'ufficio, inducendo, conseguentemente, a qualificare l'atto di ritiro in termini vincolati, in deroga all'ordinaria caratterizzazione discrezionale dell'istituto¹²⁶. È appena il caso di dire che il problema si pone in forza del dato positivo perché, come noto, la legge n. 15 del 2005, nell'introdurre nella legge sul procedimento amministrativo l'articolo 21-*quinquies* in tema di annullamento in sede di autotutela, configura l'istituto come discrezionale a prescindere dalla

¹²⁵ G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 571. Sul punto cfr. anche E. CANNADA-BARTOLI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 153, il quale rileva come sia incoerente con l'impostazione comunitaria della disapplicazione quella giurisprudenza amministrativa interna che esclude la possibilità di superare eventuali contrasti tra atti amministrativi e fonti sopraordinate nazionali mediante la disapplicazione, richiedendo sempre una previa formale impugnazione.

¹²⁶ È questa la posizione assunta da Cons. Stato, Sez. IV, sent. 5 giugno 1998, n. 918, in *Urbanistica e appalti*, 1998, pp. 1342 e ss., la quale afferma che – in caso di violazione di norme comunitarie – l'attualità e la concretezza dell'interesse all'atto di ritiro è non solo in *re ipsa* ma anche sempre prevalente rispetto a qualsivoglia altro interesse privato.

circostanza che l'illegittimità derivi dalla violazione di una norma comunitaria o meno.

Anche su questo tema è intervenuta la giurisprudenza della Corte di giustizia, affrontando il tema della possibile estensione del principio di cooperazione alla previsione di un obbligo, per l'amministrazione interna, di riesaminare un provvedimento amministrativo già emanato, anche se su di esso si è formato il giudicato, a seguito dello *ius* (comunitario) *superveniens*¹²⁷. L'*iter* argomentativo che sorregge la decisione del caso *Kühne* si articola in una serie di passaggi che vale la pena ripercorrere per far emergere le condizioni enucleate in ordine all'ammissibilità dell'istituto. La sentenza prende le mosse dall'affermazione che, nel bilanciamento fra il valore della certezza del diritto e la ricerca del massimo grado di applicazione del diritto comunitario, la seconda non prevale sul primo tanto da pretendere una revisione dei c.d. "rapporti esauriti", divenuti inoppugnabili per "scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale"¹²⁸. In secondo luogo, la Corte di Lussemburgo afferma che la decisione amministrativa acquisisce carattere definitivo solo per effetto della sentenza di un giudice nazionale, la quale non sia più passibile di un ricorso giurisdizionale. Quanto al caso di specie, poi, la pronunzia sottolinea che il giudicato in questione era fondato su un'interpretazione del diritto comunitario che, alla luce di una successiva sentenza della Corte, si era rivelata erronea e che era stata adottata senza che la Corte stessa fosse adita in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, n. 3, TCE. Come ultimo elemento di fatto rilevante, la motivazione osserva che la richiesta di riesame dell'interessata era pervenuta all'organo amministrativo immediatamente dopo l'avvenuta conoscenza, da parte di quest'ultima, della sentenza della Corte recante lo *ius* comunitario *superveniens*.

Alla luce di tali premesse il Giudice comunitario conclude che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 TCE obbliga l'organo amministrativo coinvolto a riesaminare la propria decisione onde tenere

¹²⁷ CGCE, sent. 13 gennaio 2004, in causa 453/00, cui si riferisce il virgolettato che segue. A commento di tale pronunzia vedi M. ANTONUCCI, *Il primato del diritto comunitario*, in *Cons. Stato*, 2004, II, pp. 225 e ss.; F. GENTILI, *Il principio di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.*, ivi, pp. 233 e ss.; D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 35 e ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹²⁸ Con l'eccezione, tuttavia, che il riesame deve essere effettuato ove l'ordinamento nazionale riconosca all'amministrazione il potere di autotutela anche dopo il giudicato. L'eccezione pretoria viene ricavata tutta con riguardo alle peculiarità della fattispecie concreta. Nel caso di specie, infatti, il diritto nazionale olandese riconosceva proprio all'autorità amministrativa la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, ancorché la medesima fosse divenuta definitiva.

conto dell'interpretazione della disposizione di diritto nel frattempo accolta dalla giurisprudenza comunitaria ed, eventualmente, a ritornare sulla determinazione adottata, senza pregiudizio per gli interessi ed i diritti di terzi.

In estrema sintesi pare, dunque, di poter dire che il principio di cooperazione impone che l'organo amministrativo, investito di una specifica richiesta in tal senso, riesamini la decisione amministrativa definitiva per tenere conto dell'interpretazione conforme al diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte qualora sussistono le seguenti condizioni: a) che l'amministrazione disponga, secondo l'ordinamento interno, del potere di ritornare sulla decisione dopo la formazione del giudicato; b) che la decisione in questione sia divenuta definitiva per effetto di una sentenza di un giudice interno di ultimo grado; c) che tale sentenza, alla luce della successiva giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, risulti fondata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario e non assistita da una pronuncia della stessa Corte resa in via pregiudiziale nelle ipotesi di cui all'art. 234 TCE; d) che l'interessato abbia fatto istanza all'autorità amministrativa nelle immediatezze della suddetta giurisprudenza.

La pronuncia appena analizzata offre l'occasione anche per richiamare un'altra recente giurisprudenza comunitaria che rileva la marcata tendenza del diritto comunitario ad incidere sui profili maggiormente qualificanti dell'applicazione delle norme, richiedendo specifiche *prestazioni di qualità normativa*. Si intende fare riferimento alla sentenza con cui la Corte di giustizia¹²⁹, relativizzando la stabilità che all'applicazione del diritto interno al caso concreto deriva dalla formazione del giudicato, ha risolto la questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato in ordine all'esecutabilità del procedimento interno di recupero degli aiuti di stato erogati in contrasto con il diritto comunitario, a fronte di una condanna (della P.A. ad erogarli) con sentenza definitiva, la quale – ai sensi dell'art. 2909 c.c. – fa stato tra privato ed amministrazione ed obbliga quest'ultima ad uniformarsi. Il Giudice comunitario, tra l'altro superando un proprio precedente¹³⁰, osserva che la sentenza interna che ha condannato

¹²⁹ CGCE, sent. 18 luglio 2007, in causa 119/05, su cui cfr. E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, pp. 533 e ss.

¹³⁰ Cfr. CGCE, sent. 1 giugno 1999, in causa 126/97 ma soprattutto ID., sent. 16 marzo 2006, in causa 234/04, su cui vedi M. CASTELLANETA, *Con la prevalenza della cosa giudicata un passo indietro del diritto sovranazionale*, in *Guida al diritto*, 2006, 14, pp. 113 e ss., in cui, giudicando proprio dell'applicabilità alla revisione della sentenza passata in giudicato dei principi affermati in relazione al riesame amministrativo dall'analizzata sentenza del caso *Kühne*, la Corte afferma che

l'amministrazione ad erogare illegittimamente gli aiuti di stato, ancorché passata in giudicato, non può ostacolare il procedimento di recupero di tali aiuti perché altrimenti, stante l'esclusiva competenza degli organi comunitari a decidere sull'ammissibilità degli aiuti medesimi, si finirebbe per riconoscere a detta sentenza un'efficacia eccedente i limiti di competenza del giudice interno derivanti dal diritto comunitario.

7.1.2 (segue): *La disapplicabilità in peius della norma interna contrastante con il diritto comunitario*

Vi è, poi, una terza questione attinente all'illegittimità comunitaria cui conviene accennare per la sua incidenza sul sistema delle fonti. Si allude al problema consistente nel chiarire se la disapplicazione in via amministrativa della norma interna contrastante con il diritto comunitario possa operare *in peius*, con l'effetto di rendere amministrativamente sanzionabili condotte che siano conformi ad una normativa interna che è, però, contrastante con le disposizioni comunitarie. La questione si risolve nel comprendere se la violazione della normativa comunitaria da parte del legislatore nazionale, possa produrre non già l'illegittimità del provvedimento amministrativo

“occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [...]. Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione”. Critica di recente il mutamento di giurisprudenza G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, dal titolo “Interpretazione conforme e tecniche argomentative”, tenutosi a Milano, 6-7 giugno 2008, p. 10 del *paper*. Va, però, ricordato che il principio della certezza del diritto *sub specie* di intangibilità del giudicato era già stato “relativizzato” da quella giurisprudenza comunitaria che aveva affermato l'obbligo degli Stati membri di risarcire i danni causati ai privati dalle violazioni del diritto comunitario imputabili alle decisioni non più impugnabili degli organi giurisdizionali di ultima istanza (è il noto caso *Köbler*, cfr. CGCE, sent. 30 settembre 2003, in causa 224/01), nonché la non conformità al diritto comunitario: a) dell'esclusione della responsabilità dello Stato membro per i medesimi danni quando essi derivano dall'interpretazione delle norme giuridiche o dalla valutazione dei fatti e delle prove operate dall'organo giurisdizionale di ultimo grado; b) della limitazione di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove tale limitazione conduca ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro nelle ipotesi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della stessa sentenza *Köbler* (è il caso *Traghetti del Mediterraneo*, cfr. CGCE, sent. n. 13 giugno 2006, in causa 173/03).

contrastante con la norma comunitaria ma, al contrario, determinare l'adozione di un provvedimento che sanzioni la condotta del privato che si sia uniformato, ancorché erroneamente, alla disciplina nazionale.

Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza comunitaria in occasione di un'ordinanza del Tar Lazio che ha sollevato questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia per verificare se sia potere-dovere del Garante della Concorrenza disapplicare una norma interna che favorisce un'intesa contraria alle regole comunitarie sulla concorrenza (caso *C.I.F.*).

La Corte di Lussemburgo ha affrontato la questione sostenendo che, nonostante l'art. 81 TCE riguardi esclusivamente la condotta delle imprese che operano nel mercato comune e non le disposizioni legislative e regolamentari dei singoli Stati membri, queste ultime vanno comunque lette in combinato disposto con le disposizioni comunitarie che prevedono il più volte citato obbligo di leale collaborazione e che tutelano l'effetto utile delle disposizioni di diritto comunitario¹³¹. Ne consegue, come affermato nel caso *Van Eycke*, che gli Stati membri non possono e non devono emettere o mantenere in vita disposizioni contrarie a detti principi¹³² e che l'inadempimento di tale obbligo può ben essere rilevato *incidenter tantum* dall'Autorità amministrativa indipendente all'interno dei procedimenti di propria competenza. A ben vedere, tale principio altro non appare che la coerente applicazione di un altro principio, quello del primato del diritto UE, il quale esige, come chiarito in occasione del caso *Fratelli Costanzo*, che sia disapplicata qualsiasi disposizione normativa nazionale che si ponga in contrasto con la norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore rispetto a quest'ultima¹³³. Con la differenza, però, che nel caso di specie ci si trova davanti a norme di Trattato direttamente

¹³¹ CGCE, sent. 9 settembre 2003, in causa 198/01, su cui cfr., tra gli altri, S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 1132 e ss.; M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, ivi, pp. 1135 e ss.; G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, ivi, pp. 1138 e ss.; C. PAGOTTO, *La sentenza "CIF" della Corte di giustizia: tra integrazione del diritto europeo e conflitti di cultura giuridica*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 1343 e ss.; P. DE PASQUALE, *CIF: L'applicazione al caso di specie di principi consolidati potenzia il ruolo dell'AGCM*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004 pp. 449 e ss. La "dottrina dell'effetto utile", come noto, era stata già diffusamente esposta nel caso *Arduino* da CGCE, sent. 19 febbraio 2002, in causa 35/99. Cfr. anche, *ex plurimis*, CGCE, sent. 17 febbraio 2005, in causa 250/03; ID., sent. 13 luglio 2006, in cause 295-8/04; ID., sent. 5 dicembre 2006, in cause 94 e 202/04; ID., sent. 11 dicembre 2007, in causa 280/2006; ID., sent. 14 febbraio 2008, in causa 450/06; ID., 13 marzo 2008, in causa 446/05.

¹³² CGCE, sent. 21 settembre 1988, in causa 267/86.

¹³³ CGCE, sent. 22 giugno 1989, in causa 103/88.

applicabili e non a direttive contraddistinte da efficacia diretta. In caso di norme comunitarie sprovviste di diretta applicabilità, infatti, a meno di non voler mettere in discussione l'assenza di efficacia orizzontale delle direttive¹³⁴, pare opportuno concludere che la disapplicazione *in peius* possa considerarsi praticabile solo nei rapporti trilateri, in cui l'effetto pregiudizievole per il privato – terzo rispetto alle relazioni verticali tra Unione e Stato membro disciplinate dalla direttiva – si produce indirettamente e si concreta nel venir meno di una situazione di vantaggio accordata dalla Pubblica Amministrazione in forza di una norma interna contrastante con il diritto comunitario¹³⁵. Viceversa, ove la direttiva sia azionata dal privato direttamente nei confronti di un altro privato per far valere le posizioni soggettive di svantaggio che la norma comunitaria non direttamente applicabile intende porre a suo carico¹³⁶ oppure nei casi in cui l'interposizione amministrativa sia solo il frutto di una richiesta del privato che si rivolge alla P.A. per ottenere il rispetto da parte di un altro privato di un obbligo su di esso gravante in forza di una direttiva, la giurisprudenza sull'inefficacia orizzontale dovrebbe riespandere i propri effetti¹³⁷.

Nel merito, ad ogni modo, sul più limitato tema della rilevanza della norma nazionale al fine di escludere o attenuare la sanzionabilità della condotta del privato che ad essa si sia uniformato, la sentenza *C.I.F.* non nega aprioristicamente che, nonostante la presunzione di legittimità della norma interna, possa comunque sussistere in capo ai privati un profilo di responsabilità. A tal proposito, però, vengono nettamente distinti i casi in cui la condotta anticoncorrenziale è stata effettivamente imposta dalla norma nazionale, ad esempio attraverso la previsione di apposite sanzioni,

¹³⁴ Affermata dalla Corte di giustizia fin dal caso *Ratti*, sent. 5 aprile 1979, in causa 148/78, in *Racc.*, 1979, I-1629, e ribadita nell'altrettanto noto caso *Faccini Dori*, sent. 14 luglio 1994, in causa 91/92, in *Racc.*, 1994, I-3325. In dottrina, per tutti, cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 111, in relazione all'inconfigurabilità diretta di obblighi in capo ai privati in forza di direttive, e G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, pp. 171-2, in ordine alla valenza sanzionatoria della disapplicazione nei confronti dello Stato membro.

¹³⁵ S. AMADEO, *L'efficacia «obiettiva» delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati. Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linster e Unilever*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, pp. 95 e ss., part. § 6.

¹³⁶ Come avvenuto, ad esempio, nel già citato caso *Faccini Dori*, oltre che in CGCE, sent. 7 marzo 1996, in causa 192/94 (caso *El Corte Inglés*) e ID., sent. 17 dicembre 1998, in causa 2/97 (caso *Società Italiana Petroli*).

¹³⁷ Cfr., ad esempio, CGCE, sent. 4 dicembre 1997, in causa 97/96, in cui si afferma l'impossibilità per il privato di azionare nei confronti di altri privati, per il tramite dell'autorità amministrativa nazionale di controllo, gli obblighi in materia di pubblicità dei conti annuali societari sanciti dall'art. 6 della direttiva n. 68/151/CEE.

da quelli in cui la norma si è solo limitata a sollecitare e facilitare le condotte anticoncorrenziali. Nel primo caso, la sentenza ammette che la circostanza fornisca al privato una causa di giustificazione tale da escludere l'applicabilità di qualsiasi sanzione. Nel secondo caso, invece, la Corte afferma che le pratiche anticoncorrenziali rimangono soggette al regime ordinario degli artt. 81 ed 82 del Trattato, potendo la buona fede dell'operatore privato rilevare tutt'al più alla stregua di una vera e propria circostanza attenuante.

8. *Altri quattro orientamenti giurisprudenziali sulla propensione all'integrazione come qualità del sistema delle fonti*

Da ultimo, può non essere privo di interesse accennare ad alcuni indirizzi giurisprudenziali comunitari che, ancorché non direttamente collegati ad alcuno specifico profilo di evoluzione del sistema normativo nazionale, esercitano comunque un potere conformativo generale delle fonti interne, favorendo l'integrazione comunitaria attraverso l'uniformità delle legislazioni degli Stati membri e l'omogeneità delle relative interpretazioni. Sotto quest'aspetto, anch'essi paiono, dunque, avere titolo per essere menzionati in una riflessione sulla qualità della normazione *secondo* il diritto comunitario, ossia – come dovrebbe apparire chiaro a questo punto – sulle *prestazioni di qualità normativa* che il diritto comunitario esige dal nostro sistema delle fonti.

Ci si intende riferire, schematicamente:

- 1) alla giurisprudenza in tema di idoneità delle direttive scadute a produrre effetti diretti negli ordinamenti nazionali¹³⁸;
- 2) all'affermazione pretoria della responsabilità economica degli Stati verso i cittadini e le imprese per il mancato recepimento delle direttive¹³⁹;

¹³⁸ Cfr., *ex plurimis*, CGCE, sent. 5 aprile 1979, in causa 148/78; ID., sent. 19 gennaio 1982, in causa 8/81; ID., sent. 12 luglio 1990, in causa 188/89; ID., sent. 19 novembre 1991, in cause 6 e 9/90; ID., sent. 5 febbraio 2004, in causa 157/02.

¹³⁹ Effettuata dalla Corte di Giustizia a partire dal celebre caso *Humblet*. Cfr. CGCE, sent. 16 dicembre 1960, in causa 6/60. Sul punto vedi anche CGCE, sent. 19 novembre 1991, in cause riunite 6 e 9/90, la quale chiude il caso *Francovich*, affermando che il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di una direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni: 1) che la direttiva abbia lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli; 2) che sia possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della direttiva; 3) che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito. Al medesimo filone giurisprudenziale appartengono anche CGCE., sent. 14 luglio 1994,

3) all'indirizzo giurisprudenziale con cui la Corte di giustizia ha posto a carico dei giudici interni l'obbligo di interpretazione conforme anche in relazione agli atti normativi comunitari non direttamente applicabili¹⁴⁰;

4) all'introduzione dell'obbligo di "pre-conformazione" alle direttive in attesa di recepimento anche prima della scadenza, con conseguente divieto di eventuale deviazione della legislazione interna dal paradigma normativo definito dal contenuto della direttiva pendente¹⁴¹.

Gli orientamenti giurisprudenziali di cui ai punti nn. 1, 2 e 3, come si accennava, incidono *indirettamente* sul sistema normativo interno nella misura in cui favoriscono la formazione di canali di integrazione privilegiata e creano "meccanismi di incentivazione" per l'adeguamento del diritto nazionale al diritto comunitario. Lo stesso, invece, non si può dire per la giurisprudenza comunitaria di cui al punto n. 4. Essa, infatti, ha trasformato – *direttamente* e dall'interno – il sistema delle fonti. A tale conclusione pare potersi giungere, se non altro, in forza dell'evoluzione subita dal limite all'abrogazione referendaria rappresentato dalle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, in relazione al quale la giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato l'inammissibilità delle consultazioni popolari che hanno ad oggetto norme interne attraverso cui il legislatore ha

in causa 91/92; ID., sent. 8 ottobre 1996, in cause 178-9/97 e 188-90/94; ID., sent. 25 febbraio 1999, in causa 131/97; ID., sent. 12 giugno 2003, in causa 112/00.

¹⁴⁰ Per tutti si veda il caso *Von Colson e Kamann*. Cfr. CGCE, sent. 10 aprile 1984, in causa 14/83, in *Racc.*, 1984, I-1891, punto 26. Conformi, *ex plurimis*, CGCE, sent. 7 novembre 1989, in causa 125/88; ID., sent. 13 novembre 1990, in causa 106/89; ID., sent. 16 gennaio 1992, in causa 373/90; ID., sent. 2 agosto 1993, in causa 271/91; ID., sent. 14 luglio 1994, in causa 91/92; ID., sent. 7 marzo 1996, in causa 118/94; ID., sent. 22 aprile 1997, in causa 180/95; ID., sent. 30 aprile 1998, in causa 136/95; ID., sent. 25 febbraio 1999, in causa 131/97; ID., sent. 15 giugno 2000, in causa 365/98; ID., sent. 10 maggio 2001, in causa 203/99; ID., sent. 15 maggio 2003, in causa 160/01; ID., sent. 5 ottobre 2004, in cause 397-403/01; ID., sent. 10 novembre 2005, in causa 316/04; ID., sent. 27 aprile 2006, in causa 145/05; ID., sent. 15 aprile 2008, in causa 268/06. Sulla giurisprudenza in materia di interpretazione conforme comunitaria cfr., di recente, C. ACOCELLA, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica: il principio di concorrenza*, relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", dal titolo "Interpretazione conforme e tecniche argomentative", cit.; A. LONGO, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica: il principio dell'equilibrio finanziario*, relazione presentata al medesimo convegno.

¹⁴¹ Cfr. Tribunale europeo di primo grado, sent. 27 giugno 2000, in cause 172 e 175-7/98; CGCE, sent. 18 dicembre 1997, in causa 129/96; ID., sent. 5 dicembre 2000 in causa 477/98; ID., sent. 10 novembre 2005, in causa 316/04; ID., sent. 22 novembre 2005, in causa 144/04; ID., sent. 14 settembre 2006, in causa 138/05; ID., sent. 14 giugno 2007, in causa 422/05, in cui si ribadisce che, in pendenza del termine per la ricezione della direttiva, gli Stati devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente la realizzazione dello scopo prescritto dalla direttiva stessa.

inteso realizzare una sorta di anticipazione del recepimento delle direttive pendenti, atteso che la loro abrogazione determinerebbe la rimozione proprio di quello stato di pre-conformazione all'obbligo di adeguamento che preclude l'adozione di atti collidenti con il realizzando recepimento¹⁴².

9. Il diritto comunitario della normazione e la teoria costituzionale dell'integrazione europea tra radici giudaiche e cristiane

Alla luce dell'analisi che si è tentato di condurre nelle pagine che precedono – e pur nella consapevolezza che il fenomeno andrebbe indagato anche con riferimento agli altri ordinamenti nazionali (operazione per la quale chi scrive confessa di non avere i mezzi!) – non pare azzardato affermare che, se si affronta il tema della qualità della normazione nella prospettiva *dinamica* dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale, ci si avvede che la qualità della normazione comunitaria va ben al di là della *better regulation*, che già di per sé marca un territorio più ampio del mero *drafting*.

Se, infatti, si ricostruisce quello che si è proposto di chiamare *diritto comunitario della normazione* prescindendo dalle fuorvianti e limitative etichette che ruotano intorno al tema della qualità delle leggi, si matura il convincimento che solo apparentemente le sue norme e le sue elaborazioni pretorie si risolvono in un complesso di regole che mira a contrastare le inefficienze pratiche ed i pregiudizi culturali legati alla delirante pretesa del diritto di disciplinare ogni aspetto della vita umana¹⁴³. La ricostruzione degli effetti che il *diritto comunitario della normazione* ha prodotto e sta producendo nei confronti dell'ordinamento interno, tanto sul versante della *qualità delle norme* quanto su quello della *qualità del sistema delle fonti*, ha mostrato piuttosto che le singole regole comunitarie si atteggiavano come altrettante pretese di *prestazioni di qualità normativa*. Si tratta ora di capire quale significato tali richieste assumono nell'ottica dei rapporti tra ordinamenti.

¹⁴² Cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 64 del 1990; 26 del 1993; 36 del 1997. In dottrina, cfr. A. CELOTTO, *La "pre-conformazione" a direttive comunitarie (in pendenza del termine di recepimento) come limite all'ammissibilità del referendum abrogativo e come norma interposta di carattere "eventuale" nei giudizi di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Giappichelli, Torino, 2001.

¹⁴³ Su cui, per tutti, cfr. J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981), trad. it. P. Rinaudo, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1984, II, pp. 972 e ss.

A tal proposito pare di poter dire che le norme, poco importa se giurisprudenziali (come visto, la maggior parte) o meno, attraverso cui l'U.E. effettua tali richieste, funzionano come veri e propri precetti di ottimizzazione¹⁴⁴ nei confronti delle fonti interne, la cui dimensione teleologica si rinviene nelle ragioni dell'integrazione comunitaria. Si tratta, detto altrimenti, di norme che conformano il *trade off* tra autonomia statale e integrazione europea in maniera tale da garantire la più elevata efficienza allocativa, ossia il massimo grado di integrazione comunitaria con il minor sacrificio possibile dell'autonomia nazionale¹⁴⁵.

Con riguardo alle *prestazioni di qualità normativa* inerenti il sistema delle fonti si è già avuto modo di osservare, trattando dei singoli aspetti¹⁴⁶, che per più versi l'ordinamento dell'Unione richiede una conformazione delle fonti interne (contraddistinta da tutti i caratteri evidenziati nella Sezione II) che non discende direttamente dall'adesione all'ordinamento comunitario ma che risulta funzionale proprio alla logica dell'integrazione europea. Si tratta, infatti, di una serie di *qualità* del sistema delle fonti intese appunto come *pregi*, cioè di caratteristiche che favoriscono i percorsi dell'integrazione. Quanto, invece, alle *prestazioni di qualità normativa* riguardanti le norme, ossia la qualità della normazione *in senso stretto*, è lo stesso *Rapporto Mandelkern* a dichiarare espressamente che le regole comunitarie riconducibili in quest'alveo trovano la propria ragione giustificatrice nelle esigenze dell'integrazione economica¹⁴⁷. Senonché, appare innegabile che anche tali norme, in quanto investono direttamente le forme di produzione del diritto ed i caratteri che ne condizionano la

¹⁴⁴ Secondo l'espressione di R. ALEXI, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁴⁵ È il modello teorico dell'ottimo paretiano: V. PARETO, *Cours d'économie politique* (1896), trad. it. R. Fubini, *Corso di economia politica*, Boringhieri, Torino, 1961.

¹⁴⁶ Vedi *supra*, §§ 6 e ss.

¹⁴⁷ MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report*, cit., p. 3, in cui si legge significativamente che "regulation is essential to achieve the aims of public policy in many areas, and better regulation is not about unthinking removal of such regulation. Rather, it is about ensuring that regulation is only used when appropriate, and about ensuring that the regulation that is used is high quality. Improving the quality of regulation is a public good in itself, enhancing the credibility of the governance process and contributing to the welfare of citizens, business and other stakeholders alike. High quality regulation prevents the imposition of the unnecessary burdens on businesses, citizens and public administrations that cost them time and money. It helps avoid the damage to firms' competitiveness that comes from increased costs and market distortions (particularly for small firms)".

legittima pretesa di vincolare i membri dell'ordinamento¹⁴⁸, finiscono per debordare dal piano dell'integrazione economica tra mercati ed interessare quello dell'integrazione costituzionale tra ordinamenti¹⁴⁹.

Ciò che a questo punto diventa imprescindibile precisare è che l'integrazione costituzionale europea che si realizza per effetto dei precetti di ottimizzazione del *diritto comunitario della normazione* ha carattere eminentemente procedurale o formale. Con tale affermazione non si intende affatto oscurare la consapevolezza – peraltro già espressa discorrendo degli obiettivi di qualità normativa relativi alla giurisprudenza comunitaria sulla chiarezza delle norme¹⁵⁰ – che regole di formazione e contenuto della legge vivono nell'ordinamento senza soluzione di continuità ed in un osmotico rapporto in cui la conformazione dell'istruttoria determina il comando legislativo e l'oggetto della norma presuppone un dato *iter* formativo (emblematico il caso del procedimento normativo precauzionale). Più semplicemente, si vuole cristallizzare l'acquisizione che esiste uno specifico canale dell'integrazione comunitaria che si sviluppa facendo leva sulla qualità delle norme (procedimenti normativi, *better regulation*, *drafting*) e sulle caratteristiche del sistema delle fonti (rapporti tra norme, principio di legalità e incentivi all'armonizzazione) piuttosto che sul contenuto dei precetti normativi.

Quello che, forse, vale la pena sottolineare è che tale *integrazione procedurale* ha una propria autonomia normativa in forza dell'espreso fondamento che se ne rinviene negli artt. 100 e seguenti del TCE, i quali perseguono il fine dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali¹⁵¹. Ma,

¹⁴⁸ Si pensi alla celeberrima sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 (in *Giur. cost.*, 1988, pp. 1504 e ss.), la quale – proprio in forza dell'oscurità della legge – limita l'applicazione del principio penalistico per cui *ignorantia legis non excusat*.

¹⁴⁹ Sostanzialmente concorde sulla rilevanza non solo economica delle regole sulla qualità della normazione è P. CARNEVALE, *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa fra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in *Federalismi.it*, 2007, p. 3, secondo cui il tema in questione si sviluppa “sul crinale fra *potestas* e *societas*”.

¹⁵⁰ Vedi *supra*, § 4, sub a1).

¹⁵¹ Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona* (1997), Laterza, Roma, 2002, pp. 106-7, il quale, muovendosi nell'ambito di quella che in questo scritto avremmo chiamato qualità della normazione in senso stretto (si vedano i suoi esempi sul *drafting* e sulla motivazione degli atti legislativi), pare teorizzare l'autonomia dell'integrazione procedurale quando afferma che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali “non può che perseguirsi per il tramite di un *modello* comune di riferimento, di un parametro da tutti condiviso *non solo circa i contenuti o il raggio di escursione del diritto europeo*, bensì pure in relazione alla qualità delle sue regole giuridiche. Da qui (anche da qui) l'*esigenza metodologica* d'affrontare i mali che investono la legge in una *dimensione integrata*, nazionale ed europea a un tempo; ma da qui inoltre l'occasione di fissare uno *standard*

soprattutto, ciò che consente alla riflessione di fare un passo avanti è la constatazione che essa è concettualmente autonoma dal processo di “comunitarizzazione” al quale comunemente – muovendo dal condiviso presupposto che la compenetrazione dei valori è l’unico fondamento di legittimità possibile per una aggregazione sociale e politica priva di dimensione procedurale e di guida carismatica¹⁵² – si affida la conquista di un’*integrazione materiale* di senso intorno ai diritti ed alle libertà nello spazio costituzionale europeo. Quanto sia diverso l’orizzonte concettuale in cui si muove l’*integrazione formale* derivante dal *diritto comunitario della normazione* si comprende proprio con riferimento all’esperienza teorica dell’integrazione di senso, in relazione alla quale è stato affermato che l’unico modo per definire il processo di costituzionalizzazione dell’Unione Europea è la nascita di una “dogmatica dei principi”¹⁵³. Nella prospettiva dell’integrazione materiale, infatti, i principi costituzionali, nella misura in cui rivestono di normatività la condivisione di un dato nesso tra diritto e morale, rappresentano l’unico percorso possibile per la costruzione di una comunità libera dai vetusti dogmi della sovranità statale. Sul punto è parso a chi scrive di poter osservare¹⁵⁴ che, a ben vedere, tale ricostruzione non si allontana poi molto dal sostenere che il paradigma concettuale dell’integrazione comunitaria ricalca quello delle democrazie pluralistiche, ossia non presuppone alcun ordine statale concreto (in forma di unità del popolo) o astratto (in forma di *Grundnorm*)¹⁵⁵. In quella sede, infatti, si è notato che tanto che si adotti l’uno o l’altro paradigma interpretativo, non varia l’idea di fondo, ossia che il fenomeno comunitario imponga il riconoscimento di un comune patrimonio di contenuti etico-giuridici che

europeo alla comprensibilità delle norme legislative, che possa imporsi sui diversi Parlamenti dell’Unione” (*corsivi miei*).

¹⁵² Come noto, l’interpretazione “smendiana” dell’integrazione comunitaria si deve nella dottrina italiana soprattutto a M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., *passim*, part. pp. 136 e 217.

¹⁵³ L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, Allen Lane The Penguin Press, London, 2000, pp. 94 e ss.; A. VON BOGDANDY, *Europäische Prinzipienlehre*, in ID., *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer Verlag, Heidelberg, 2003, pp. 149 e ss.

¹⁵⁴ A. CARDONE, *Tutela dei diritti, costituzione europea e giustizia costituzionale*, cit., pp. 400-1.

¹⁵⁵ È questa la posizione di O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 112, il quale fornisce dell’integrazione europea una lettura “helleriana” riprendendo il paradigma interpretativo sviluppato da P. PINNA, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 79.

non può essere imposto con la forza di un sovrano¹⁵⁶ e che è destinato a tradursi nell'autorappresentazione spontanea di un popolo¹⁵⁷.

Ma è per l'appunto questo il profilo dirimente al limitato fine di apprezzare l'autonomia concettuale dell'integrazione formale. Essa, infatti, quale che sia il contenuto del precetto normativo, si appunta, da un lato, sui procedimenti di formazione, la *better regulation* ed il *drafting*, dall'altro, sui rapporti tra norme interne e comunitarie, sulle garanzie del principio di legalità e sugli incentivi all'armonizzazione. L'integrazione attraverso le procedure non mira, dunque, a ricostruire una comunità di senso ma a rendere riconoscibile l'*acquis communautaire* dalla formazione e dalla formulazione delle norme nonché dal loro modo di comporsi ed animare il sistema delle fonti. Per indulgere nella metafora dello specchio, allora, l'integrazione formale consente al popolo europeo di rappresentarsi e riconoscersi nei caratteri del sistema della fonti e nella vita delle norme (genesì, modificazione, estinzione), non nei valori che esse propugnano o nei fini che le medesime perseguono. Detto ancora altrimenti, il *diritto comunitario della normazione* integra l'ordinamento europeo uniformando i sistemi normativi nazionali attraverso l'introduzione di un modello tendenzialmente unitario di creazione giuridica e di funzionamento del sistema delle fonti e non attraverso la predisposizione di canali attraverso cui modellare valori condivisi.

Non è, allora, un caso che alla distanza concettuale di quelli che appaiono adesso come i due paradigmi fondamentali (sostanziale e formale) dell'integrazione costituzionale europea corrisponda la profonda diversità degli strumenti e dei processi attraverso cui i medesimi operano. L'aspetto appena richiamato risulta particolarmente evidente con riferimento alla creazione giurisprudenziale del diritto da parte della Corte di giustizia. All'elaborazione pretoria delle regole del *diritto comunitario della normazione* e, quindi, ora possiamo dire, all'integrazione formale operata dalla Corte di Lussemburgo, sono state dedicate la gran parte delle pagine di questo scritto. Su di esse, dunque, non è necessario soffermarsi se non per sottolineare che questo tipo di integrazione è unidirezionale, ossia procede unilateralmente dall'ordinamento comunitario all'ordinamento interno,

¹⁵⁶ Di recente individua il significato del Trattato nel contribuire alla creazione di una *Kultur*, intesa come *Verfassung* e non come mera *Konstitution*, F. PETRANGELI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa? Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Ediesse, Roma, 2004, p. 13.

¹⁵⁷ La metafora dello specchio, come noto, si deve a P. HABERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, p. 3.

dall'alto verso il basso¹⁵⁸, non presuppone il diritto degli ordinamenti nazionali. Anzi, è *sradicato* da essi. Come visto, infatti, essa opera attraverso la richiesta di una serie di *prestazioni di qualità normativa* che investono tanto le norme quanto il sistema delle fonti e che pongono gli Stati membri nella posizione di dover – con diverso grado di vincolatività – adeguare i propri ordinamenti nazionali. Si tratta, in sintesi, di un processo in cui esiste un solo protagonista, una sola parte attiva, il diritto comunitario, a fronte di una pluralità di destinatari, gli ordinamenti nazionali, i quali, in posizione tendenzialmente passiva, possono al massimo offrire più o meno velleitarie resistenze. Se è vero ancora oggi quello che già notava Montesquieu, e cioè che la semplicità delle leggi è preoccupazione tipica del tiranno¹⁵⁹, l'integrazione procedurale denota da questo punto di vista tutto il proprio carattere marcatamente autoritario.

Come noto, radicalmente diverso è il modo di operare dell'integrazione materiale attraverso la “comunitarizzazione” dei diritti. L'esperienza ha insegnato che nelle ipotesi più estreme tale processo può addirittura richiedere un intervento di revisione costituzionale, com'è avvenuto – ad esempio – nel celebre caso tedesco *Tanja Kreil*¹⁶⁰. Nella generalità dei casi, invece, il carattere pluralistico delle Costituzioni del dopoguerra consente che l'eventuale conflitto tra ordinamento costituzionale interno ed europeo sull'ampiezza dei diritti venga risolto sul piano interpretativo¹⁶¹. In questa sede la questione non è tanto se a tale opera ermeneutica possa provvedere direttamente ed isolatamente la Corte di giustizia¹⁶² oppure se essa possa o

¹⁵⁸ Lo notava già M. AINIS, *La legge oscura*, cit., p. 107, con riguardo alla qualità della normazione in senso stretto (in particolare del *drafting*), ragionando a tal proposito di *unificazione* in una prospettiva che, però, non appare molto diversa da quella in cui si è qui arrivati a parlare di *integrazione* studiando la qualità della normazione comunitaria anche al di fuori dei confini del *drafting* e della *better regulation*.

¹⁵⁹ C. L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), libro VI, cap. II, trad. it. B. Boffito Serra, *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli, Milano, 1989, p. 224.

¹⁶⁰ CGCE, sent. 11 gennaio 2000, in causa 285/98. Sulla vicenda che dalla pronuncia della Corte di giustizia ha portato alla revisione del *Grundgesetz*, vedi S. NINATTI, *Le donne e il servizio di leva in Germania*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2001, pp. 240 e ss.

¹⁶¹ F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, cit., p. 237.

¹⁶² Soprattutto se la Corte di giustizia possa farlo senza eccedere le proprie competenze, atteso che ad essa è precluso il sindacato di conformità del diritto interno al diritto comunitario; preclusione, però, come noto, fortemente ridimensionata dalla giurisprudenza sulla tutela dei diritti umani lesi dalle legislazioni nazionali inaugurata dalla stessa Corte di Lussemburgo a partire dai celebri casi *Demirel* (sent. 30 settembre 1987, in causa 12/86) ed *ERT* (sent. 18 giugno 1991, in causa C-260/89). Di recente, con particolare riguardo ai rapporti interindividuali, cfr. M. S. CARBONE, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 707 e ss.

debba – e in che forma e misura – coinvolgere anche la Corte costituzionale¹⁶³, quanto piuttosto di chiarire quali indicazioni si possono trarre dal processo interpretativo attraverso cui il Giudice di Lussemburgo crea i principi del diritto comunitario intorno ai quali si consuma l'integrazione materiale del diritto costituzionale europeo. Come a tutti noto, tale operazione è imperniata sull'elaborazione delle tradizioni costituzionali comuni ai vari Stati membri¹⁶⁴ e si alimenta dal patrimonio costituzionale degli ordinamenti nazionali. Proprio su tale caratteristica del processo ermeneutico dei diritti e delle libertà comunitarie è necessario centrare l'attenzione per cogliere – come si accennava – in che misura le divergenze teoriche tra i due paradigmi dell'integrazione sostanziale e dell'integrazione formale si traducano in una divaricazione dei processi attraverso cui viene perseguito il comune fine della costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Nel caso dell'integrazione materiale dei valori costituzionali, infatti, a differenza di quanto abbiamo osservato avvenire per l'integrazione formale delle norme e delle fonti, il processo interpretativo/creativo assume carattere, se non circolare, per lo meno bidirezionale. Il circolo ermeneutico da cui scaturiscono i principi comunitari non è sordo alle voci delle Costituzioni degli Stati membri¹⁶⁵, presuppone i diritti costituzionali nazionali, è *radicato* nei territori degli ordinamenti nazionali.

Le osservazioni fin qui svolte consentono, dunque, di affermare che esistono due concorrenti paradigmi attraverso i quali il diritto comunitario persegue il fine dell'integrazione costituzionale europea e che essi rispondono a logiche funzionali diverse ed irriducibili: da un lato, infatti, l'*integrazione materiale* si alimenta dalle Costituzioni nazionali, si nutre dalla *terra* dei singoli Stati e procede, prima, dal basso verso l'alto e, solo poi, dall'alto verso il basso, per radicarsi nel diritto nazionale e fare ad esso

¹⁶³ Elaboro una proposta in tal senso in A. CARDONE, *Tutela dei diritti, costituzione europea e giustizia costituzionale*, cit., pp. 420 e ss.

¹⁶⁴ Su cui, tra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., *passim*; A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *ult. cit.*, pp. 512 e ss.; L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, *ivi*; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in *Identità Europea e Tutela dei Diritti. Costituzione UE e interesse nazionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005.

¹⁶⁵ Si riecheggia qui la dialettica *Exit/Voice*, teorizzata da A. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, Cambridge (Ma), 1970, la cui applicazione allo studio del diritto comunitario si deve a J. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403 e ss.

ritorno; dall'altro, al contrario, l'*integrazione formale* prescinde dagli ordinamenti nazionali, è da essi *sradicata*, non li presuppone e procede unilateralmente dal diritto dell'Unione a quello degli Stati membri.

Le riflessioni attraverso cui si è dipanato il discorso sui due paradigmi che ordinano il fenomeno dell'integrazione costituzionale europea offrono, da ultimo, lo spunto per tentare di dare un contributo affinché tale fenomeno possa essere compreso unitariamente ed in una prospettiva culturale più ampia di quella che si considera comunemente competere al giurista positivo. Esse consentono, infatti, di sottolineare la circostanza che le due vie dell'integrazione comunitaria che si sono delineate paiono strutturate in maniera da riportare gli ancestrali segni distintivi dei due grandi quadranti lungo cui si sviluppa tutta l'esistenza occidentale: il cristianesimo e il giudaismo¹⁶⁶. Il paradigma dell'*integrazione materiale*, in particolare, pare rimandare all'idea cristiana del Nomos, del diritto inestricabilmente connesso alla terra (*Ortung*), alle lingue, ai costumi del popolo. Il Nomos solca la terra, segna confini, si *stabilisce*. Dalla terra si allontana solo per bonificare il mare e il deserto. E sulle nuove terre porta il diritto, dando ad esso stabilità con la forza (*Gewalt*), mettendo radici¹⁶⁷. Il paradigma dell'*integrazione formale*, invece, incarna l'antinomismo ebraico, richiama alla mente la visione giudaica della Legge, che ordina l'esodo (*Entortung*) al suo popolo, che *recide* il diritto da ogni *radice* terranea, che coltiva l'aspirazione messianica nel perenne errare senza terra e senza lingua. Per la Legge giudaica terre e lingue sono simboli, idoli. Non a caso la sua immagine è la stella di David, che esprime l'idea della redenzione (*Erlösung*) che risale lungo i raggi verso il fuoco della fede¹⁶⁸.

E come per cristianesimo ed ebraismo, per Nomos e Legge, "è dato spiare i segni del comune lavoro"¹⁶⁹, così integrazione procedurale e sostanziale giocano nella dimensione costituzionale europea l'una a vantaggio dell'altra: l'integrazione procedurale favorisce la trasmissione dei valori costituzionali europei attraverso l'omogeneizzazione formale delle

¹⁶⁶ M. CACCIARI, *Icone della legge*, Adelphi, Milano, 2002, *passim*. Con particolare riguardo al tema della costituzionalizzazione dell'Unione Europea, cfr. J. WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, con prefazione di A. Barbera, Rizzoli, Milano, 2003.

¹⁶⁷ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), trad. it. E. Castrucci, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus Publicum Europaeum*, Adelphi, Milano, 1991.

¹⁶⁸ F. ROSENZWEIG, *Der Stern der Erlösung* (1921), ed. it. a cura di G. Bonola, *La stella della redenzione*, Marietti, Milano, 2003, Parte III, pp. 111-2.

¹⁶⁹ M. CACCIARI, *Icone della legge*, cit., p. 57.

fonti, l'integrazione materiale legittima le richieste di *prestazioni di qualità normativa*, destinate altrimenti – come ogni altro strumento di integrazione funzionale – ad essere autoritarie ed inconciliabili con l'orizzonte delle democrazie pluraliste contemporanee¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Come ha insegnato R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), trad. it. F. Fiore e J. Luther, in ID., *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.