SHOPWKI.it
LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO

INDICE - SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. La scelta del tema e del metodo: la proporzionalità, gli accordi e l'indagine comparata. pag. 1

PARTE PRIMA

PROPORZIONALITÀ, EFFICIENZA E ACCORDI NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

1. La proporzionalità nel diritto tedesco attuale: cenni generali. pag. 17
2. Segue: chiarimenti terminologici; varietà delle espressioni con cui la dottrina e la giurisprudenza tedesche indicano il principio di proporzionalità; confronto tra i termini *Verhältnismäßigkeit* e *Übermaßverbot* e preferenza per il primo. » 20
3. Il fondamento costituzionale del principio nonostante la mancanza di richiami espressi nel *Grundgesetz* e la sua evoluzione in rapporto alla dottrina dei diritti fondamentali; l'applicazione della proporzionalità al potere amministrativo con effetti ampliativi della sfera giuridica del destinatario. » 24
4. Gli sviluppi del principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco: dalla sua genesi nel diritto di polizia degli Stati prussiani alla sua estensione a tutto il diritto pubblico, in particolare al diritto amministrativo e a quello costituzionale del dopoguerra. » 32

5. Il principio di proporzionalità come parametro della discrezionalità amministrativa: peculiarità e ampiezza del sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione in Germania; necessità di precisare il contenuto del principio di proporzionalità e conseguente elaborazione della struttura trifasica del principio. pag. 41

6. I componenti del principio di proporzionalità: l'idoneità del provvedimento (*Geeignetheit*); le caratteristiche del giudizio prognostico alla base della valutazione di idoneità, con particolare riferimento all'assenza di discrezionalità che lo caratterizza; opportunità di distinguere idoneità ed efficacia; l'ipotesi di una verifica preliminare sulla legittimità dello scopo perseguito. » 45

7. Segue: la necessarietà del provvedimento (*Erforderlichkeit*); l'individuazione della misura più mite con riferimento al potere amministrativo con effetti sfavorevoli e a quello con effetti favorevoli sulla sfera giuridica del destinatario. L'attitudine della valutazione di necessarietà a considerare anche gli interessi pubblici concorrenti con quello principale e l'interesse dei terzi, quale aspetto nuovo e problematico del principio di proporzionalità. » 50

8. Segue: l'istituto dell'*Austauschmittel* ovvero della facoltà del soggetto privato di proporre provvedimenti alternativi alla pubblica Amministrazione e dei riflessi del consenso del destinatario dell'azione amministrativa sulla necessarietà della stessa. » 59

9. Segue: la proporzionalità in senso stretto o adeguatezza (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* o *Angemessenheit*) come criterio di ponderazione per il bilanciamento tra gli effetti del provvedimento e l'interesse pubblico perseguito; dall'origine di questa componente come reazione al sistema nazionalsocialista al suo attuale significato nell'ordinamento con assetti multipolari di interessi; ancora sulla distinzione tra *Übermaßverbot* e *Verhältnismäßigkeit*. » 62

10. Segue: la determinazione dell'adeguatezza del provvedimento nel caso di assetti multipolari di interessi e la conseguente evoluzione del concetto di proporzionalità, che accanto al ruolo primario di tutela della sfera individuale incisa dal provvedimento amministrativo acquisisce profili di garanzia del buon andamento amministrativo; aspetti peculiari del sindacato giurisdizionale amministrativo in Germania. » 70

11. Critica all'applicazione della proporzionalità che comporta una limitazione eccessiva dell'ambito di discrezionalità amministrativa e incide sull'equilibrio tra potere esecuti-

vo e potere giurisdizionale; prospettive evolutive ed elementi rilevanti per l'applicazione del principio in altri ordinamenti nazionali europei. pag. 76
12. Su alcune fattispecie positive di disciplina della proporzionalità e sulle loro applicazioni da parte della giurisprudenza amministrativa tedesca. » 81
13. Opportunità di distinguere l'applicazione della proporzionalità nell'ambito del diritto costituzionale da quella nell'ambito del diritto amministrativo e necessità di precisare la funzione attuale del principio di proporzionalità dell'attività amministrativa tramite l'elaborazione di regole a esso ispirate. » 86
14. Il principio di proporzionalità nella disciplina del procedimento amministrativo: la possibilità e l'opportunità di evidenziare gli aspetti procedimentali del principio con particolare riferimento agli strumenti di partecipazione e ai moduli consensuali di definizione del procedimento (rinvio). » 90
15. Una nuova concezione del principio di proporzionalità, che include profili di efficienza accanto a quelli tradizionali di garanzia della sfera giuridica soggettiva del privato; sulla possibilità di delineare un principio di proporzionalità-efficienza come concetto di teoria generale che trova realizzazione nella disciplina del procedimento amministrativo, con particolare riferimento alle norme sulla partecipazione e sugli accordi amministrativi; il grado di accettazione della decisione finale come fattore di efficienza. Rilevanza del concetto nell'evoluzione del dibattito sulla proporzionalità nell'ordinamento italiano. » 98

CAPITOLO SECONDO

PROPORZIONALITÀ, EFFICIENZA E CONSENSO NELL'ORDINAMENTO TEDESCO: GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI

1. Il principio di proporzionalità-efficienza e gli effetti del consenso sulla valutazione della necessarietà dell'azione amministrativa; il contratto di diritto pubblico come soluzione procedimentale che realizza il principio di proporzionalità. pag. 111
2. Il contratto di diritto pubblico nell'ordinamento amministrativo tedesco dall'iniziale isolamento alla diffusione nella prassi, fino alla minuziosa disciplina contenuta nella legge tedesca sul procedimento amministrativo; una ras-

segna delle disposizioni in materia di contratto amministrativo (§§ 54 ss. *VwVfG*). pag. 115
3. Il contratto amministrativo di scambio (*Austauschvertrag*) e i limiti posti dalla sua disciplina *ex* § 56 *VwVfG*: l'adeguatezza (*Angemessenheit*) delle prestazioni; possibilità di intendere questo requisito come un richiamo al principio di proporzionalità; incidenza del consenso delle parti sulla valutazione di proporzionalità delle prestazioni pattuite. » 121
4. Segue: il secondo requisito di legittimità del contratto amministrativo previsto dal § 56 *VwVfG*: il divieto di incongrua connessione delle prestazioni (*Koppelungsverbot*) e la sua duplice funzione di evitare il commercio di pubbliche potestà e di tutelare il privato da pattuizioni sproporzionate a favore della pubblica Amministrazione. » 124
5. La proporzionalità come regola procedimentale che porta all'individuazione del contratto amministrativo quale misura amministrativa idonea, necessaria e adeguata e come principio sostanziale cui deve conformarsi il contenuto dell'accordo; soggezione del contenuto dell'accordo al sindacato giurisdizionale di proporzionalità. » 126

PARTE SECONDA

PROPORZIONALITÀ, EFFICIENZA E ACCORDI NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

1. La proporzionalità nell'ordinamento comunitario: ambito e scopo dell'analisi volta a cogliere i profili che differenziano l'elaborazione comunitaria del principio da quella tedesca, per meglio comprendere i contorni della proporzionalità introdotta tramite il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario operato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990. pag. 133
2. Le peculiarità dell'ordinamento comunitario e i loro riflessi sul principio di proporzionalità; critica all'opinione che non rinviene la necessità di differenziare l'applicazione del principio nei confronti degli atti normativi da quella riferita agli atti amministrativi europei; constatazione della diversa (minore) ampiezza del sinda-

cato di proporzionalità sugli atti delle istituzioni europee rispetto a quello sugli atti degli Stati membri; problemi legati alla terminologia ricorrente nelle sentenze della Corte di giustizia e alle traduzioni delle sentenze. pag. 134

3. Le origini pretorie del principio di proporzionalità; l'elaborazione della Corte di giustizia secondo il metodo della comparazione giuridica e lo sviluppo del sindacato secondo il modello tedesco di scansione trifasica; la proporzionalità nel diritto comunitario originario prima del suo recepimento espresso nei Trattati; il principio negli artt. 5, 253 TCE e 5 TUE come composto dei soli elementi della idoneità e della necessarietà; la coesistenza di diverse accezioni di proporzionalità comunitaria. » 139

4. I caratteri fondamentali del sindacato della Corte di giustizia in applicazione del principio comunitario di proporzionalità: apoditticità e variabilità. » 147

5. Disamina dei singoli elementi del sindacato di proporzionalità sugli atti comunitari; analisi del requisito dell'idoneità dell'atto e sua rilevanza in funzione dell'esplicitazione dell'interesse comunitario perseguito. L'evoluzione giurisprudenziale: da decisioni in cui viene censurata la sola manifesta inidoneità a casi in cui il sindacato si fa più penetrante; la sentenza *Regno di Spagna/Consiglio dell'Unione europea* del 7.9.2006 come primo caso in cui il sindacato sull'idoneità conduce all'annullamento dell'atto (normativo) comunitario. » 150

6. Segue: la necessarietà come criterio dominante del sindacato relativo alla proporzionalità degli atti comunitari; corrispondenza con l'omologo tedesco — ove interpretato dalla Corte di giustizia come requisito che prescrive la scelta del provvedimento meno incisivo sulla sfera giuridica dei soggetti interessati — ma anche netta distinzione ove impone l'adozione delle misure meno onerose in termini di dispendio delle risorse. La maggiore sensibilità della giurisprudenza comunitaria per la valutazione dell'interesse pubblico piuttosto che per la considerazione della tutela della sfera giuridica soggettiva, cui consegue una diversa impostazione della proporzionalità comunitaria rispetto al principio tedesco; analisi della giurisprudenza in materia di cauzioni per l'esportazione e cenni a quella in tema di sovvenzioni; il rilievo della volontarietà dell'obbligo assunto. » 154

7. Segue: la proporzionalità in senso stretto degli atti comunitari; il dibattito sull'esistenza e sulla rilevanza di questo elemento nella versione comunitaria della proporzionalità; la giurisprudenza in materia di sanzioni come unico

settore in cui il sindacato permette di individuare un preciso procedimento di ponderazione degli interessi. pag. 163

8. Il principio di proporzionalità nel procedimento amministrativo comunitario; scarsa attenzione della Corte di giustizia alla proporzionalità come principio a tutela dei diritti fondamentali. » 167

9. Il principio di proporzionalità nelle decisioni su interventi degli Stati membri che interferiscono o comprimono le libertà previste nei Trattati. Individuazione di categorie omogenee di decisioni: le sentenze in materia di etichettatura di generi alimentari e quelle sul riconoscimento di licenze, autorizzazioni e diplomi. Maggiore incisività e precisione del sindacato di proporzionalità in relazione a tutti gli elementi del principio (idoneità, necessarietà e adeguatezza); applicazione più rigorosa della proporzionalità riconducibile all'intento di assicurare la massima garanzia agli obiettivi previsti dai Trattati. » 172

10. Alcune conclusioni sul principio di proporzionalità comunitario e le differenze rispetto all'omologo tedesco. La minore precisione del sindacato della Corte di giustizia — che spesso si arresta ai soli due primi elementi della proporzionalità (idoneità e necessarietà) e tralascia il terzo (adeguatezza) — e le marcate differenze a seconda della materia e della provenienza degli atti oggetto del giudizio: estremo *self restraint* della giurisprudenza sugli atti comunitari e maggiore incisività di quella su misure statali; riflessi di questa differenza sull'onere della prova; la proporzionalità come garanzia della prevalenza dell'interesse pubblico comunitario piuttosto che in funzione di tutela della posizione individuale incisa dal provvedimento. La proporzionalità come regola di condotta volta a ottimizzare l'attività amministrativa. » 177

CAPITOLO SECONDO

PROPORZIONALITÀ E CONSENSO NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

1. Esiguità dei riferimenti agli strumenti consensuali nel diritto comunitario originario a fronte della loro importanza nella prassi e nel diritto derivato; scarsità delle indicazioni giurisprudenziali in materia data l'applicabilità agli accordi dei diritti nazionali degli Stati membri e conseguente contraddittorietà delle indicazioni in ordine alla natura degli accordi. » 185

2. Le decisioni della Commissione volte a rendere vincolanti gli impegni proposti da un'impresa nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una infrazione alle norme *antitrust* (c.d. *commitment decisions*) ovvero di una possibile ipotesi di mezzo di scambio (*Austauschmittel*) comunitario; il caso *Alrosa* del 29.6.2010 e l'affievolimento, dovuto a ragioni di efficienza, della portata del principio di proporzionalità in presenza del consenso del soggetto destinatario della decisione. pag. 191

PARTE TERZA

PROPORZIONALITÀ, EFFICIENZA E ACCORDI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. La proporzionalità nell'ordinamento italiano: linee generali dell'ambito di indagine. La comparsa della proporzionalità come principio di diritto positivo; analisi volta a individuare se le applicazioni giurisprudenziali ricorrano al principio emerso nell'ordinamento tedesco, alla variante comunitaria o a una proporzionalità autoctona con caratteristiche affatto peculiari. La violazione della proporzionalità come categoria autonoma e più ampia del vizio di eccesso di potere, la quale comporta il rischio che il sindacato giurisdizionale sconfini nel merito amministrativo; possibilità di far fronte a questo problema valorizzando gli aspetti procedurali del principio, con particolare riguardo all'istituto degli accordi amministrativi. pag. 197
2. L'origine pretoria della proporzionalità e i riflessi di questa sulle caratteristiche del principio: una sintesi comparativa tra Germania, Unione europea e Italia. Riepilogo dei primi passi del principio di proporzionalità in Italia nella dottrina e nella giurisprudenza più risalenti e della sua evoluzione come declinazione del principio di ragionevolezza, volta solo indirettamente alla tutela della sfera individuale; distinzione tra violazione della proporzionalità e figure sintomatiche di eccesso di potere e connessione con la tutela dei diritti fondamentali nelle prime applicazioni. » 209

3. Gli sviluppi attuali della giurisprudenza italiana sulla proporzionalità dagli ultimi anni Novanta a oggi: principio "autoctono" o "di importazione"; varietà delle fattispecie e dei settori in cui il principio trova applicazione; derivazione della proporzionalità dal principio di buon andamento o da quello di ragionevolezza e conseguente centralità della garanzia dell'interesse pubblico piuttosto che della tutela della sfera giuridica del destinatario del provvedimento amministrativo; disamina dei primi casi italiani di applicazione della proporzionalità come principio autonomo; "pendolarismo" tra la proporzionalità come definizione della misura della cura dell'interesse pubblico e come verifica del limite ultimo di tangibilità della sfera di interessi del privato mediante l'atto amministrativo. pag. 216

4. La necessità di distinguere la proporzionalità dalla ragionevolezza, profili di differenziazione dei due concetti in ordine all'ampiezza e al tipo di sindacato sulla discrezionalità amministrativa, alle conseguenze di un eventuale annullamento, al principio da cui vengono derivate; evoluzione dell'ordinamento italiano verso la definitiva emancipazione della proporzionalità dalla ragionevolezza. » 231

5. La proporzionalità e gli interessi pubblici con valore "assoluto": la giurisprudenza in materia di ambiente, beni culturali e paesaggio; aumento dei casi in cui viene censurata una mancata ponderazione degli interessi primari con gli altri interessi pubblici e privati, secondo lo schema della proporzionalità come principio che coniuga la tutela del privato con la garanzia dell'interesse pubblico prestando una particolare attenzione a quest'ultimo e ai profili di efficienza dell'azione amministrativa. » 241

6. La stretta connessione tra proporzionalità ed efficienza nell'ordinamento italiano; i risultati (in termini di soddisfacimento dell'interesse pubblico) e le risorse (giuridiche) impiegate come elementi di valutazione rilevanti per entrambi i principi, sia in chiave di ponderazione della scelta esatta sia in sede di sindacato giurisdizionale; la proporzionalità come derivazione del buon andamento e come traduzione prettamente giuridica del criterio giuridico-economico di efficacia e di economicità; individuazione della misura amministrativa più efficiente — intesa in termini di interesse pubblico e in termini di ottimale bilanciamento degli interessi in conflitto — e possibile coincidenza con la misura identificata in base al principio di proporzionalità. » 247

7. La proporzionalità procedurale e quella sostanziale: la possibilità di intendere il principio come canone dell'a-

zione amministrativa oltre che come parametro per il sindacato giurisdizionale; la declinazione procedurale del principio intesa come traduzione della proporzionalità in istituti e in strumenti del procedimento amministrativo. pag. 251

8. La proporzionalità come principio trasversale del procedimento amministrativo secondo la legge n. 241 del 1990; disamina degli istituti inquadrabili come emanazioni del principio o, comunque, specificamente rivolti alla sua realizzazione: gli strumenti di partecipazione; la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza; l'obbligo di motivazione dei provvedimenti; la sospensione dell'efficacia e dell'esecuzione del provvedimento; l'annullamento d'ufficio e la revoca; gli accordi amministrativi (rinvio). » 255

CAPITOLO SECONDO

LA PROPORZIONALITÀ, L'EFFICIENZA E GLI ACCORDI DI DIRITTO PUBBLICO

1. Gli accordi *ex* art. 11 della legge n. 241 del 1990 come istituto di diritto pubblico volto a valorizzare il ruolo dei privati nel procedimento; importanza dell'istituto nel diritto amministrativo di settore e nella prassi nonostante la scarsa applicazione della disciplina generale contenuta in questa disposizione; segnali di una nuova stagione degli accordi amministrativi disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo. pag. 268

2. Sull'ammissibilità dell'ipotesi secondo la quale l'art. 11 e l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 introdurrebbero una sorta di "mezzo di scambio" (*Austauschmittel*) all'italiana, ovvero sulla facoltà del soggetto privato di proporre provvedimenti alternativi alla pubblica Amministrazione. » 276

3. Il principio di proporzionalità-efficienza come canone per la scelta di addivenire all'accordo; l'onere di motivare in ordine al mancato accoglimento della proposta con riferimento alle valutazioni sull'idoneità, sulla necessarietà e sull'adeguatezza dell'accordo; possibilità che l'iniziativa della proposta di accordo provenga dal responsabile del procedimento. » 277

4. Segue: l'istituto dell'accordo come espressione del principio di proporzionalità secondo gli sviluppi normativi e giurisprudenziali più recenti; necessità di rifuggire un approccio ideologico al tema dell'autorità e del consenso nell'attività amministrativa. I criteri per orientare la scelta

tra accordo e provvedimento: la valutazione dell'idoneità e quella della necessarietà; gli effetti del consenso sulla necessarietà dell'accordo: aspetti problematici. pag. 281

5. L'accordo come traduzione del principio di proporzionalità-efficienza per la sua capacità di conciliare la cura dell'interesse pubblico e la garanzia della sfera giuridica soggettiva del privato; la valutazione sull'opportunità di ricorrere a un accordo sostitutivo o integrativo del contenuto discrezionale come determinazione discrezionale da svolgersi in base alla valutazione dell'idoneità, della necessarietà e dell'adeguatezza; valorizzazione dell'accordo come strumento di semplificazione e con effetti deflattivi del contenzioso. » 286

6. Consenso, proporzionalità ed efficienza in relazione agli accordi amministrativi alla luce di alcuni settori materiali particolarmente significativi: il diritto urbanistico, la disciplina delle espropriazioni, il diritto dell'ambiente, gli accordi transattivi. » 293

7. Il contenuto dell'accordo: lacunosità della disciplina normativa e sua integrabilità in via interpretativa: l'applicazione del principio di proporzionalità. L'accordo integrativo relativo ai profili discrezionali del contenuto del provvedimento anche in ipotesi di attività amministrativa vincolata. La legittimità della pattuizione di effetti ulteriori rispetto a quelli di un provvedimento amministrativo: aspetti problematici alla luce del principio di legalità e rilevanza della garanzia offerta dal principio di proporzionalità. La previsione della determinazione preliminare dell'organo che sarebbe competente all'adozione del provvedimento di cui al comma 4-*bis* dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 come atto autonomamente impugnabile. Il sindacato sul contenuto dell'accordo. » 297

8. La posizione del terzo nell'accordo e la possibilità di risolvere il problema della sua tutela ricorrendo al principio di proporzionalità-efficienza e in particolare alla verifica di adeguatezza; le garanzie per la posizione dei terzi connesse al regime pubblicistico dell'accordo. » 305

9. Il recesso della pubblica Amministrazione come esercizio di potere amministrativo soggetto al principio di proporzionalità; l'obbligo di rinegoziazione e le condizioni per la legittimità del recesso come emanazione del principio di proporzionalità-efficienza per la cura dell'interesse pubblico, la tutela del privato che subisce il recesso e quella dei terzi. » 307

Bibliografia pag. 311

SHOPWKI.it
LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO