

PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO EUROPEO:  
PROFILI TEORICI E APPLICATIVI

GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN LAW: THEORETICAL  
AND PRACTICAL APPLICATIONS

GABRIELE PEPE

*Ricercatore di diritto amministrativo  
Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma*

Recibido: 19.05.2015 / Aceptado: 29.05.2015

**Riassunto:** Il lavoro descrive la progressiva influenza dei principi europei sull'ordinamento giuridico italiano, soffermandosi sulle relazioni tra le autorità amministrative ed i destinatari dell'azione pubblica. Il lavoro inizia con l'analisi di alcune categorie di teoria generale (l'interpretazione della legge, il ruolo del giudice, le funzioni dei principi e la distinzione tra principi e regole). L'indagine è particolarmente utile per l'esatta comprensione dei principi europei che deriva la maggior parte dei suoi elementi costitutivi dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. L'impatto dei principi europei sull'ordinamento italiano è in particolare rafforzato dalle pronunce della Corte di giustizia le quali, a differenza delle comuni pronunce giurisdizionali, producono effetti non già *inter partes* ma *erga omnes*. Il lavoro continua ad esaminare le relazioni conflittuali tra atti gli nazionali e le fonti europee, mettendo in evidenza in particolare i rimedi necessari per risolverne i conflitti. In ragione del primato delle fonti europee i principi sovranazionali sono le principali norme del diritto, influenzando direttamente o indirettamente l'ordinamento giuridico italiano.

**Parole chiave:** diritto europeo, principi generali, Corte di giustizia, primazia del diritto europeo, atti nazionali, conflitti.

**Abstract:** The paper describes the progressive influence of the European principles on the Italian legal system, focusing on the relations between the administrative authorities and those who are subject to public action. The paper begins with the analysis of certain categories of general theory (interpretation of the law, the judge's role, the functions of the principles and the distinction between principles and rules) The survey is particularly useful for the exact understanding of European principles, which are mostly based on the member states legal traditions. The impact of European principles on the Italian system is also enhanced by the Court of Justice's judgements which, unlike the common judicial rulings, produce an effect not "*inter partes*" but "*erga omnes*". The paper continues to examine the conflicting relations between the national acts and the European sources, highlighting in particular the remedies available in the event of a conflict. Due to the primacy of European sources, the supranational principles are the main provisions of law, which influence directly and indirectly the Italian legal system.

**Key words:** European law, general principles, Court of justice, primacy of European law, national acts, conflicts.

**Sumario:** I. Introduzione. II. L'interpretazione del diritto e la funzione del giudice: cenni alle tecniche ermeneutiche proprie del giudice nazionale e del giudice europeo in tema di principi. III. I principi nella teoria generale del diritto: la distinzione tra principi e regole. IV. I conflitti tra

principi. V. I principi europei quale *trait d'union* tra ordinamenti e tra giurisdizioni. VI. Classificazione e funzioni dei principi europei. VII. L'attività della Corte di giustizia nella elaborazione ed applicazione dei principi europei in vista dell'ampliamento degli spazi di libertà del cittadino. VIII. L'importanza delle sentenze della Corte di giustizia nel quadro di una progressiva valorizzazione del diritto giurisprudenziale. IX. Il conflitto tra principi europei e norme nazionali. X. L'illegittimità europea dell'atto amministrativo: tipologie, caratteri e poteri del giudice. XI. La nullità dell'atto amministrativo per violazione della normativa e dei principi europei. XII. Conclusioni.

## I. Introduzione

1. Nell'età della globalizzazione l'operatore giuridico assiste “*alla crescita esorbitante, alla frantumazione, alla contraddittorietà delle regole*”<sup>1</sup>. In un contesto sempre più globale e complesso si fa urgente il bisogno di individuare nuovi strumenti (i principi generali) capaci di raccordare e armonizzare una pluralità di fonti eterogenee (locali, nazionali, ultrastatali)<sup>2</sup> che insistono sui medesimi territori e disciplinano i medesimi fenomeni<sup>3</sup>.

I principi di elaborazione pretoria rappresentano la fonte ideale per l'immediata precettività<sup>4</sup> e l'estrema duttilità che li caratterizza. In questa prospettiva “*l'attuazione giudiziale del diritto diviene momento portante della costruzione giuridica e alla giurisprudenza necessariamente si riconosce uno spazio ben maggiore di quello che il modello tradizionale positivista le attribuiva*”<sup>5</sup>. Ecco perché la figura del giudice nazionale ed europeo diviene essenziale per la crescita di un sistema giuridico, quale il sistema europeo, in continua e rapida espansione<sup>6</sup>.

La tematica dei principi generali ha da sempre affascinato, all'interno di ciascun ordinamento statale, la dottrina più autorevole sia nella enucleazione dei profili di teoria generale sia nella disamina delle correlate ricadute applicative.

Ai fini del presente articolo un'analisi dei principi in chiave dogmatica, condotta secondo studi di teoria generale, si giustifica in ragione della derivazione dei principi europei dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. La stessa composizione della Corte di giustizia (formata da giuristi di chiara fama provenienti dai vari Paesi europei) fornisce la prova del retaggio culturale-giuridico, di matrice nazionale, che certamente influenza il giudice di Lussemburgo nella elaborazione dei principi europei.

<sup>1</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'Alberti, il Mulino, 2010, pp. 33 ss.

<sup>2</sup> S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/1991, pp. 3 ss.; G. FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/1993, pp. 74-84.

<sup>3</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, op. cit., pp. 33 ss.. L'Autore sottolinea la rilevanza centrale dei principi per ricondurre ad uniformità ed omogeneità disposizioni normative frammentate e discordanti; ciò al precipuo fine di garantire una maggiore certezza del diritto nonché un sistema di tutele più solido ai destinatari dell'azione pubblica.

<sup>4</sup> È stata ormai definitivamente accolta la tesi crisafulliana che considera i principi norme di condotta imperative, bilaterali e coercibili alla stregua delle regole positivamente date.

<sup>5</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 53 ss.. Secondo l'Autore “*caduta da tempo la pregiudiziale del giuspositivismo legalista, che collegava necessariamente la positività del principio ad una sua incorporazione in un testo scritto, è ormai acquisito che sono norme al pari di quelle desunte da disposizioni allo scopo codificate anche i principi sans texte formel, affermati dalle decisioni giurisprudenziali, interpretative e anche integrative in una sorta di judicial legislation dell'ordinamento*”. Per una ricostruzione del fenomeno vedasi anche C. CASTRONOVO, *L'appassimento dello Stato moderno e un libro sulla obsolescenza delle leggi*, *Jus*, 1983, p. 238.

<sup>6</sup> R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice nella società che cambia. Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, *Atti del convegno “L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele”*, Agrigento 17-18 settembre 2010, [www.google.it](http://www.google.it). Per una analisi delle contaminazioni giurisprudenziali tra i vari Paesi in un'ottica comparata B. MARKENSIS-J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, pp. 1 ss. Con riferimento al ruolo dell'organo giurisdizionale nell'odierno contesto europeo S.M. CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di Sandulli M.A., *Foro amm. Tar, suppl.* n. 7-8/2007, pp. 3 ss.

In virtù di tali considerazioni, un'analisi dei tratti distintivi dei principi e delle relative tecniche interpretative nell'ambito dei sistemi giuridici statali può contribuire a favorire l'esatta comprensione del ruolo, dei caratteri e della funzione dei principi dell'ordinamento europeo<sup>7</sup>.

Una volta chiariti tali aspetti, sarà più agevole comprendere l'influenza esercitata dai principi sovranazionali all'interno di ciascuno Stato membro, segnatamente nei rapporti tra cittadino e Pubblica Amministrazione; una influenza penetrante e capillare che si è sviluppata tanto in via diretta quanto in forma riflessa, attraverso la conformazione di principi, regole e istituti del diritto nazionale e segnatamente del diritto amministrativo italiano.

Oggi i principi europei assurgono a veri e propri canoni distintivi dell'azione normativa e amministrativa dei pubblici poteri domestici sia a livello statale sia a livello regionale. A tal proposito si analizzeranno nel prosieguo dell'indagine le ipotesi di conflitto tra gli atti normativi e amministrativi italiani e l'ordinamento europeo.

Per quanto concerne il diritto amministrativo, i principi europei hanno valorizzato taluni principi, tra cui i principi costituzionali, già presenti nel nostro sistema giuridico, favorendo l'ampliamento degli ambiti di tutela del cittadino dinanzi ai pubblici poteri; infatti tali principi hanno per molti anni rappresentato a livello interno mere enunciazioni di stile, senza ricevere una corretta e soddisfacente applicazione. Conseguentemente per lungo tempo le legittime pretese dell'individuo sono state arbitrariamente comprese dalle autorità amministrative, rimanendo sfinite, altresì, di idonea ed effettiva tutela anche in sede giurisdizionale.

Pur dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 il cittadino, di fatto concepito alla stregua di un mero suddito, ha vissuto per decenni una condizione di subalternità nei confronti dei pubblici poteri, assistendo spesso impotente alla frustrazione delle situazioni giuridiche di cui fosse titolare.

Viceversa deve essere tributato al diritto europeo l'indiscutibile merito di avere progressivamente esteso gli spazi di libertà del cittadino, conferendo piena effettività alla tutela delle situazioni giuridiche individuali sia in ambito procedimentale sia in sede processuale<sup>8</sup>, ridimensionando al contempo i profili più autoritari (e odiosi) del potere pubblico. Lungo tale direttrice l'azione della Pubblica Amministrazione è geneticamente mutata, evolvendosi in una nuova concezione del rapporto tra l'autorità pubblica e la libertà privata.

## II. L'interpretazione del diritto e la funzione del giudice: cenni alle tecniche ermeneutiche proprie del giudice nazionale e del giudice europeo in tema di principi

2. I principi europei costituiscono una *species* del più ampio *genus* dei principi generali del diritto (o dell'ordinamento), ispirandosi per larga parte il sistema dell'Unione europea alle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

L'indagine sui principi, in una prospettiva di teoria generale si riallaccia, a sua volta, al ruolo ed alla funzione del giudice, investito di compiti di analisi ed interpretazione dell'intero assetto normativo. Nella consapevolezza della diversità delle tecniche ermeneutiche nei vari Paesi membri<sup>9</sup>, si intende focalizzare l'attenzione sul sistema italiano per poi procedere ad una comparazione con l'esperienza sovranazionale ed in particolare con l'attività della Corte di giustizia.

<sup>7</sup> Lo studio dei principi europei si riannoda a doppio filo alla disamina dei sistemi giuridici nazionali, poichè i principi si nutrono di elementi estratti dalle tradizioni giuridiche statuali che vengono poi rielaborati in sede sovranazionale. Per tali ragioni una trattazione dei principi europei postula imprescindibilmente l'esame delle questioni dogmatiche emerse negli ordinamenti interni e, in special modo, nell'ordinamento italiano (funzione interpretativa del giudice, distinzione tra principi e regole, conflitti tra principi *etc.*). In questo modo sarà possibile comprendere sia l'*iter* formativo sia le ricadute applicative dei principi sovranazionali nelle realtà ordinarie nazionali.

<sup>8</sup> M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento amministrativo europeo e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2013, pp. 1 ss..

<sup>9</sup> G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, II ed., a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 2006, pp. 547 ss.. Ad avviso dell'Autore "in un sistema non codificato-come ad es. quello inglese-i principi hanno rilevanza maggiore di quella dispiegata in un sistema codificato: ciò perchè non sono confinati al rango di fonte sussidiaria o di tecnica meramente interpretativa, come di solito accade nei sistemi codificati".

In primo luogo occorre sottolineare come l'interpretazione<sup>10</sup> possa definirsi quale vero e proprio fenomeno di creazione concreta dell'ordine giuridico<sup>11</sup>. Quest'opera ermeneutica ha come artefice principale il giudice<sup>12</sup>, chiamato a ricostruire la norma applicabile dalla dimensione concreta del fatto<sup>13</sup>. Il magistrato è, dunque, “*l'anello di congiunzione tra l'astrattezza della fattispecie e la muta espressività del fatto*”<sup>14</sup> ed ogni sua decisione è atto di concretizzazione dell'ordinamento.

L'ermeneutica del diritto, del resto, affonda le proprie radici nella distinzione di teoria generale tra disposizione e norma efficacemente elaborata dalla più autorevole dottrina italiana<sup>15</sup>. La prima si configura come “*determinazione volontaria*” ascrivibile ad un soggetto, mentre la seconda si pone come “*conseguenza*” della prima, esito della sua interpretazione. La disposizione, dunque, è il testo da interpretare, mentre la norma è il prodotto dell'interpretazione. “*In entrambi i casi può cogliersi il carattere di novità della norma che non è qualcosa che il testo già possiede, ma qualcosa che nasce dall'elaborazione dell'interprete*”<sup>16</sup>. Così la norma si emancipa dalla disposizione andando a formare un nuovo tassello dell'ordinamento giuridico.

L'interpretazione ha pertanto funzione con-creativa dell'ordine giuridico ed il giudice ne è protagonista indiscusso<sup>17</sup>, in quanto il diritto nasce sempre più attraverso l'attività giurisprudenziale.

Può, dunque, dirsi superata l'idea che la funzione giudiziaria sia prevalentemente conservativa dell'ordine giuridico<sup>18</sup>. Il giudice non è più considerato, quant'anche lo sia mai stato, “*bouche de la*

<sup>10</sup> La bibliografia in tema di interpretazione giuridica è sterminata. Si segnalano, senza pretese di esaustività, V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1 ss.; F. PETRILLO, *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Giappichelli, 2011, pp. 1 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009, pp. 1 ss.; E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1 ss.; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 1 e ss., spec. p. 459; V. OMAGGIO-G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*; J. WROBLEWSKY, *Il problema della traduzione giuridica*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2007, pp. 155 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 1 ss.; M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 173 ss.; L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1 ss.; V. MATHIEU, *Interpretazione, Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 1999, pp. 53-60; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 3 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu A.-Messineo F., Giuffrè, Milano, 1980, pp. 42 ss.; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), Edizione corretta ed ampliata, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 806 ss.; T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, pp. 1 ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, *passim*.

<sup>11</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (trad. it. Treves), Milano, 1952, pp. 117 ss.. L'autore considera ogni atto di applicazione del diritto una creazione dell'ordinamento giuridico: “*La creazione di una norma giuridica è, normalmente, un'applicazione di una norma superiore*”. Inoltre “*ogni atto creativo del diritto deve essere un atto applicativo del diritto*”.

<sup>12</sup> R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 1 ss.; H. ALBERT, *Scienza giuridica ed ermeneutica. Il diritto come fatto sociale e il compito della giurisprudenza*, *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2007, pp. 31 ss.; M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, *Contratto e impresa*, 1999, p. 243; G. HIRSCH, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico. Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia* 2007, p. 107; B. RUTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, *Criminalia* 2007, p. 121.

<sup>13</sup> K. ENGISH, *Logische studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, *passim*.

<sup>14</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 301.

<sup>15</sup> V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.. L'Autore individua nella disposizione qualunque fonte-atto dell'ordinamento giuridico capace di esprimere una “*volontà di disporre*”. La disposizione, pertanto, contiene una “*determinazione volontaria*” riferibile ad un soggetto determinato. La disposizione, inoltre, deve sempre essere “*inclusa nella parte imperativa o precettiva dell'atto*”, oltre a promanare da soggetti competenti alla sua deliberazione. La norma è, invece, il frutto, la “*conseguenza*” della interpretazione della disposizione. La norma viene “*rivelata*” dalla disposizione, la quale rappresenta una “*dichiarazione vincolante e insostituibile*” della stessa.

<sup>16</sup> L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., p. 5.

<sup>17</sup> E. MILLARD, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 2009, pp. 1 ss..

<sup>18</sup> Si tratta di una concezione cara alla dottrina *montesquiviana* della separazione dei poteri che ha avuto grande seguito con l'entrata in vigore del *Code Napoleon* (1804).

loi” con funzioni meramente esecutive<sup>19</sup>, bensì è visto come un innovatore dell'ordine giuridico<sup>20</sup>. Egli, infatti, principiando dal dettato normativo, giunge ad una decisione alla quale contribuiscono anche le sue autonome valutazioni e le sue scelte. Infatti, nell'esercizio della discrezionalità il giudice compie talvolta scelte politiche (nell'accezione scientifica del termine) alla ricerca di una mediazione tra i molteplici interessi in conflitto<sup>21</sup>.

L'organo giurisdizionale è, in definitiva, chiamato a chiarire disposizioni oscure o ad integrare lacune del sistema<sup>22</sup>. Come magistralmente affermato da Andrioli “*quello che non fa il legislatore lo fa il giudice se ne è capace*”. Ed in questo ruolo il giudice è sempre più solo nell'età della globalizzazione segnata dal crepuscolo dell'autorità statale<sup>23</sup> e dall'eclissi dello strumento legislativo.

La funzione creativa (o concreativa) dell'organo giurisdizionale viene valorizzata, in special modo, nell'ambito della ermeneutica costituzionale<sup>24</sup>. La Costituzione, momento di sintesi di valori e principi di un sistema giuridico<sup>25</sup>, racchiude in sé concetti spesso vaghi e indeterminati, clausole generali<sup>26</sup> che necessitano di una continua attività di implementazione e rivisitazione in sede interpretativa<sup>27</sup>. Particolarmente accurata è l'attività di scelta, composizione e ponderazione di principi e valori, funzionale ad una progressiva costruzione dei significati del testo costituzionale<sup>28</sup>.

<sup>19</sup> R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?* in *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività della tutela*, Atti Convegno, Agrigento, 2010, pp. 5 ss.. Il rapporto tra legislatore e giudici non è configurabile in termini di gerarchia “*ponendosi i due soggetti in una posizione di assoluta parità, ognuno certamente secondo il proprio ruolo, nello svolgimento e nella determinazione dell'ordinamento giuridico*”. M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 20-21: “*Le teorie formaliste dell'interpretazione, fondate sulla cosiddetta ideologia del codice, prevalenti fino alla prima metà del secolo scorso (...), decisamente influenzate da una concezione forte della separazione dei poteri (...) riducono l'attività interpretativa ad una facile ricognizione della intenzione del legislatore intesa come sua volontà politica soggettiva*”.

<sup>20</sup> Il diritto giudiziario come complesso di regole e principi forgiati dalle Aule di giustizia si colloca nella più ampia teoria “*del doppio volto del diritto*” (Merkl A.) secondo la quale l'applicazione del diritto è sempre, al contempo, anche atto di creazione del diritto. La tesi della natura creativa della funzione giurisdizionale è sostenuta, tra gli altri, da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, pp. 1 ss.. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 1 ss.. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, pp. 165 ss..

<sup>21</sup> Sulle problematiche connesse all'interpretazione giudiziale, tra i tanti, T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 351 ss..

<sup>22</sup> S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 1 ss..

<sup>23</sup> V. *La solitudine del giudice globale* *Ars Interpretandi*

<sup>24</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 110. Secondo l'Autore con l'entrata in vigore della Costituzione “*svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo*” e “*subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema in movimento soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e della leggi*”. Vedasi G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, III ed., Giappichelli, Torino, 1993, *passim*.

<sup>25</sup> M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1 ss..

<sup>26</sup> L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. modello, tecnica, stile*, Padova, 1988, pp. 224 ss.. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, pp. 1 ss..

<sup>27</sup> N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 865 ss..

<sup>28</sup> Sulla funzione e sulle modalità dell'interpretazione costituzionale T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, op. cit., pp. 351 ss.: “*Oggetto dell'interpretazione non è una norma, ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi passato, storico, che si formula la norma (come presente ed anzi proiettata nel futuro). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo (o di un comportamento) e cioè in realtà la formulazione (ai fini dell'applicazione) della norma. Questo lavoro...è il lavoro della stessa applicazione del diritto*”. In argomento anche F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, pp. 512 ss.. R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, *Giur. cost.* n. 1/2006, pp. 743 ss.. C. MORTATI, *voce Costituzione, (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 178 ss.. A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, pp. 11 ss.. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, *Pol. dir.*, 1991, pp. 639 ss.. F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, *Giur. cost.*, 1992, pp. 3712-3789. R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986) trad. it. Caracciolo L., Milano, 1989, *passim* (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1 ss..

La funzione creativa del giudice si esprime, pertanto, al massimo grado nell'attività di elaborazione dei principi fondamentali<sup>29</sup> e generali, la quale, al di là dell'esegesi costituzionale, è estensibile ad ogni testo e a qualsivoglia plesso giurisdizionale.

L'uso di una tecnica normativo-interpretativa per principi è tipica del costituzionalismo novecentesco: l'affermazione di una *higher law*, che pone fine al mito dell'onnipotenza del legislatore, si coniuga, soprattutto in ambito pubblicistico, con la valorizzazione dei diritti e delle libertà del cittadino quali valori fondanti l'ordinamento nel suo complesso. Secondo autorevole dottrina “*i principi appaiono come un fattore ineliminabile nell'arte e nel processo della normazione e dell'interpretazione o, che è la stessa cosa, sono strumenti indispensabili all'evoluzione del diritto*”<sup>30</sup>.

I principi generali rivestono, così, un ruolo di primo piano assolvendo a plurime funzioni:

- a) mezzi di auto-integrazione dell'ordinamento;
- b) parametri di legittimità delle disposizioni normative e amministrative;
- c) strumenti per l'interpretazione di regole criptiche ed oscure.

I principi si presentano come prescrizioni immediatamente precettive<sup>31</sup>. Normalmente si ricavano da norme positive “*attraverso un procedimento di astrazione e generalizzazione crescente*”<sup>32</sup>. I principi rappresentano il “*trasformatore permanente*” di ogni ordinamento, quale valvola di aggiornamento e rinnovamento continuo del sistema. Per tali ragioni i principi non assumono, di regola, la forma di enunciati precisi, assoluti e rigidi, ispirandosi, viceversa, ai caratteri della elasticità<sup>33</sup> e relatività<sup>34</sup>. I principi, infatti, sono “*scatole vuote*” che il giudice riempie di significato, dopo un'accurata opera di *weighing and balancing*<sup>35</sup>. In tal modo i principi consentono all'organo giurisdizionale splendidi salti in avanti rispetto al legislatore soprattutto nell'assicurare tutela, sia pure *case by case*, alle situazioni giuridiche soggettive individuali. Proprio l'attività dei giudici europei è risultata determinante nel potenziamento delle sfere di libertà del cittadino dinanzi alle autorità pubbliche. Infatti in ambito sovranazionale si registra il potenziamento della figura del *judge-made law*, incarnato perfettamente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; un giudice per taluni profili assimilabile, nella attività interpretativa compiuta, ad un giudice costituzionale.

Muovendo dagli aspetti comuni, si può notare che sia la Consulta italiana che il giudice europeo utilizzino come base un testo di rango primario (Costituzione e Trattati) fondativo dei rispettivi sistemi; inoltre entrambi i plessi giurisdizionali sono chiamati ad un'attenta ermeneutica improntata alla decodificazione di principi e regole nelle fattispecie ad essi sottoposte<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, Riv. it. fil. dir., 1985, p. 65.

<sup>30</sup> G. ALPA, *I principi generali*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, op. cit., p. 547.

<sup>31</sup> Sul ruolo precettivo dei principi concorda anche la giurisprudenza amministrativa *Adun. Plen. Cons. Stato* n. 3/1961, *Cons. Stato* 1961, p. 54, secondo la quale “*non vi è settore alcuno di pubblica amministrazione che sia sottratto all'impero del diritto*” perché “*il diritto amministrativo risulta appunto non soltanto da norme giuridiche ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema*”. In tal modo il sistema può dirsi completo e senza lacune incolumabili.

<sup>32</sup> V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Riv. int. fil. dir., 1941, p. 41.

<sup>33</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, op. cit., p. 64. Secondo l'Autore “*in realtà proprio la potenzialità espansiva che li connota attribuisce ai principi una elasticità tale per cui anche i conflitti si debbono risolvere non per affermazione-negazione, validità-invalidità, ma per espansione o compressione, in relazione al peso reciproco di principi in, sempre necessario dunque, bilanciamento*”.

<sup>34</sup> M. DOGLIANI, *Il “posto” del diritto costituzionale*, *Giur. cost.*, 1993, pp. 525-544. N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 895 ss.. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, op. cit., pp. 41 ss..

<sup>35</sup> Infatti la ricerca giudiziale del giusto equilibrio tra principi in conflitto può svolgersi solo *case by case*, poichè la ponderazione è un'attività operativa che postula la valutazione di elementi concreti. La natura relazionale dei principi rende inammissibili astratte gerarchie tra gli stessi, di talchè è rinviata, di volta in volta, all'interprete l'opera di valutazione e composizione dei medesimi.

<sup>36</sup> Per una disamina approfondita dei principi costituzionali si rinvia a AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1 ss..

Quanto agli elementi differenziali, è evidente come il testo dei Trattati europei, a differenza della Costituzione italiana, risulti frammentario e incompleto, sicché il giudice di Lussemburgo segue un percorso ermeneutico per principi assai più creativo rispetto alla Corte costituzionale, favorendo lo sviluppo del sistema europeo mediante un'opera di vera e propria supplenza legislativa<sup>37</sup>. In un periodo di “*benevola noncuranza*” delle istituzioni dell'Unione Europea<sup>38</sup>, la Corte di giustizia, nel ruolo di *law-maker*, ha progressivamente coniato nuovi principi, completando l'intelaiatura dei Trattati e sviluppando l'integrazione europea attraverso la promozione delle libertà individuali.

Tali principi, inoltre, hanno delineato i tratti distintivi del giovane sistema europeo, rimarcandone l'originalità e l'autonomia rispetto sia all'ordinamento internazionale sia agli ordinamenti statuali. Questo percorso è stato reso possibile inizialmente attraverso l'affermazione dei valori della *primauté* e della diretta efficacia delle norme europee, per poi proseguire con la valorizzazione delle libertà economiche e dei principi amministrativi sino alla proclamazione dei diritti umani.

Dalla progressiva ed incessante costruzione ermeneutica del giudice europeo è scaturita una “*costituzionalizzazione*” dei Trattati<sup>39</sup>, trasformati di fatto in documenti di rango primario. Le tecniche interpretative del giudice sovranazionale tendono oggi a divergere da quelle proprie del diritto internazionale per avvicinarsi ai metodi tipicamente nazionali dei giudici domestici. Come si approfondirà nei paragrafi successivi, l'esegesi della Corte di Lussemburgo ha generato numerosi principi non scritti, ricavandoli dai Trattati, degli atti di diritto derivato, dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dal diritto internazionale. Il giudice europeo ha, così, agito in una prospettiva teleologicamente orientata al perseguimento delle finalità dell'ordinamento europeo, attingendo anche al materiale giuridico degli ordinamenti nazionali.

La Corte di giustizia, in particolare, ha saputo ritrovare le radici dei propri principi nei sistemi giuridici statuali, che hanno, dunque, fornito i mattoni per la costruzione di un ordinamento nuovo, del quale essi risultano, a pieno titolo, partecipi e verso il quale hanno l'obbligo di non assumere atteggiamenti di estraneità o contrapposizione. In questo modo il giudice sovranazionale ha saputo coniare e definire progressivamente i caratteri e l'ambito applicativo di una vasta serie di principi dal forte impatto amministrativo, principi che, attraverso la conformazione degli ordinamenti statuali, hanno impresso un'accelerazione al processo di conquista da parte dei cittadini europei di nuovi spazi di libertà dinanzi ai pubblici poteri.

<sup>37</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea, Atti del convegno La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, ottobre 2006, Roma, Jovene, Napoli, 2010, pp. 257 ss.. Il sistema europeo, ad avviso dell'Autore, è articolato in una serie di “*principi che insistono su di un ordine frammentario e che, come tali, possono essere definiti norme senza disposizione in senso crisafulliano. Siamo in presenza, pertanto, di una Costituzione senza parole, priva cioè di quel referente testuale su cui riposa l'opera delle Corti costituzionali degli ordinamenti nazionali*”. Mentre la Consulta italiana si è trovata ad agire in un sistema giuridico-istituzionale ben formato ed operativo, la Corte di giustizia ha iniziato ad operare in un ordinamento giovane ed incompleto, connotato da taluni elementi schizofrenici: si trattava, infatti, di un ordinamento *work in progress* dalle poche attribuzioni ma dagli obiettivi ambiziosi. Grandi finalità ma scarsi poteri, in un quadro caratterizzato dalle gelosie e resistenze degli Stati. La Corte di Lussemburgo è riuscita a trovare una difficile quadratura del cerchio, coniugando il più possibile lo sviluppo delle finalità dell'Unione con l'osservanza delle prerogative nazionali.

<sup>38</sup> E. STEIN, *Lawyers, judges, and making of transnational Constitution, American journal of international law*, 1981, pp. 1 ss.: “*Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe*”; trad. it.: “*Rintanata nel regno delle fate del ducato di Lussemburgo e benedetta, fino a poco fa, da una benigna noncuranza da parte dei poteri costituiti e dai mass media, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha forgiato una cornice costituzionale di un'Europa di tipo federale*”.

<sup>39</sup> Anche se formalmente si è al cospetto di normali accordi internazionali, con il Trattato di Lisbona la tendenza è ormai nel segno di una loro costituzionalizzazione, mediante la codificazione di valori e principi cogenti tipici di una Carta costituzionale. Peraltro già con il Trattato di Roma (2004), taluni consideravano avviato il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. A ben vedere le premesse della trasformazione del Trattato da atto internazionale in Costituzione sono insite nella stessa struttura del sistema europeo che ha tra i suoi più diretti destinatari anche i cittadini degli Stati membri.

### III. I principi nella teoria generale del diritto: la distinzione tra principi e regole

3. Prima di esaminare nel merito rango, natura e caratteristiche dei principi europei, occorre in via preliminare decriptare il più generale concetto di principio, collocarlo nel sistema e tracciarne le differenze con figure affini<sup>40</sup>.

Il dibattito sul ruolo e sui tratti distintivi dei principi generali è sempre stato vivo in dottrina. D'altro canto secondo la lezione del *Savigny* non sarebbe un buon giurista colui il quale non abbia una corretta padronanza dei principi.

I principi generali costringono l'operatore ad interrogarsi sulla loro natura giuridica, se siano norme o meno, e in caso di risposta affermativa, da dove essi vengano ricavati, in quali tipologie si articolino e con quali caratteristiche. Da ultimo sulla base di quali criteri essi possano distinguersi da figure similari.

Con l'espressione principi generali si indicano cose molto diverse, sicchè l'istituto non si appalesa né semplice né unitario.

Nella dogmatica tradizionale per principi generali del diritto o dell'ordinamento<sup>41</sup> si intendono gli orientamenti e le direttive di carattere generale e fondamentale o meglio le travi maestre su cui è costruito un sistema giuridico<sup>42</sup>.

I principi vengono altresì definiti come “*poli giuridici da cui l'ordinamento viene attratto; però questa forza attrattiva cambia da luogo a luogo e da epoca a epoca; sotto la medesima formula si celano significati diversi; ciò comporta che i principi non possono considerarsi immutabili e debbono essere storicizzati*”<sup>43</sup>.

Per la natura relativa e cangiante, i principi generali sono stati oggetto di molteplici studi dagli esiti più disparati. Li si può suddividere in varie categorie:

- a) principi dell'ordinamento europeo;
- b) principi di rango costituzionale;

<sup>40</sup> G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas, Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2005, pp. 177 ss..

<sup>41</sup> N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, op. cit., pp. 895 ss.. Il dibattito in Italia sui principi generali del diritto muove i primi passi dallo scontro tra la concezione legalistica sostenuta da V. Scialoja nel saggio del 1880 “*Del diritto positivo e dell'equità*” e la concezione giusnaturalistica di G. Del Vecchio nella sua opera del 1921 “*Sui principi generali del diritto*”. Per uno studio approfondito della tematica dei principi generali si rinvia, senza pretese di completezza, ai contributi di G. DALLARI, *Principi generali del diritto*, Milano, 1935, *passim*. F. ORESTANO, *Nuovi principi*, Bocca, Milano, 1939, *passim*. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 217. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, op. cit., p. 41. M. VIARO, *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969, *passim*. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, op. cit., 1980, pp. 382 e ss.. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, *Sociol. dir.*, n. 10/1983, p. 7. F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, pp. 1 ss.. A. FALZEA, *Relazione introduttiva* in AA.VV., *Convegno “I principi generali del diritto”*, Roma, 27-29 maggio, 1991, Accademia nazionale dei lincei, Roma, 1992, p. 12. P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 395. M.S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, ora in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, p. 901. A. PINO, *La ricerca giuridica: finalità, oggetto, metodo*, Cedam, Padova, 1996, *passim*. V. ITALIA, *Principi generali e principi determinati dalla legge*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim*. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 1 ss.. E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2. V. OMAGGIO-G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcellona, 2006, pp. 1 ss.. J.M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, 2003, pp. 1 ss.. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPIC, Madrid, 2000, *passim*. G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica, Ars interpretandi*, 2009, p. 131. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, fasc. 31, 2002, p. 865.

<sup>42</sup> Corte cost., 26 giugno 1956, n. 6, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Secondo la Corte costituzionale i principi generali dell'ordinamento sono “*quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente*”.

<sup>43</sup> R. SCHLESINGER, *The nature of general principles of law*, Bruxelles, 1964, pp. 1 ss..

- c) principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato<sup>44</sup>;
- d) principi settoriali concernenti determinate materie.

Qualsivoglia catalogazione, ad ogni modo, rischia di scontare un certo grado di approssimazione. Inoltre, ad oggi, distinzioni nette non sembrano auspicabili in quanto un medesimo principio può appartenere simultaneamente a più di una categoria.

Sui principi generali si è detto tutto ed il contrario di tutto. Senza voler ripercorrere il dibattito dottrinario che per decenni ha attraversato il panorama giuridico italiano ed europeo, è d'obbligo principiare dall'idea della normatività dei principi<sup>45</sup>: i principi sono norme che appartengono all'ordinamento giuridico. Ma anche le regole sono norme. Dunque vi sono differenze? E se sì, quali elementi segnano il confine tra le due figure?

Tralasciando l'orientamento estremo, in auge soprattutto in passato, che esclude la giuridicità dei principi accostandoli a forme di argomentazione morale<sup>46</sup>, in ordine alla distinzione tra regole e principi esistono tre scuole di pensiero: la prima che propone una distinzione forte (qualitativa, ontologica, logica); la seconda sostenitrice di una distinzione debole (quantitativa e di grado); la terza intermedia che attinge alle prime due rimodulandone taluni elementi<sup>47</sup>.

La teoria della distinzione forte<sup>48</sup> muove dall'assunto che i principi abbiano nel proprio *pedigree* elementi propri e inconfondibili diversi da quelli delle regole. Ai principi, quali norme essenziali dell'ordinamento, “*si aderisce*”, mentre alle regole “*si ubbidisce*”. I principi presentano un elevato tasso di generalità, vaghezza e indeterminatezza (si definiscono pertanto norme aperte o “*norme senza fattispecie*”), mentre le regole sono norme che ricollegano conseguenze giuridiche a fattispecie puntuali e determinate.

Questa scuola di pensiero evidenzia, poi, come di solito i principi esprimano valori direttamente percepibili, mentre le regole in tal senso risulterebbero maggiormente opache<sup>49</sup>. L'importanza dei principi, inoltre, va calibrata caso per caso attraverso un giudizio di bilanciamento che può sfociare anche nell'applicazione temperata di una pluralità di principi confliggenti. Le regole, viceversa, “*non si pesano*”, si applicano o non si applicano e, in caso di antinomie, l'applicazione di una regola esclude la contemporanea applicazione dell'altra, senza possibilità di coesistenza. Da ultimo i principi sono norme prescrittivo-categoriche mentre le regole seguono una struttura ipotetica. In definitiva questo orientamento conferisce normatività ai principi, ma una normatività diversa rispetto a quella propria delle regole giuridiche, riconducibile a differenze strutturali e funzionali. Questa teoria è stata nel tempo

<sup>44</sup> L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale testualmente recita: “*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”. Nel contesto storico in cui fu elaborata la disposizione vigeva un modello positivista e statalista nel quale i principi ricoprivano un ruolo sussidiario e secondario, subordinato alla legge dello Stato. Oggi, alla luce della riforma del Titolo V Cost. (l. cost. n. 3 del 2001) sarebbe più appropriato utilizzare l'espressione “*principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica*”.

<sup>45</sup> Tra i molteplici seguaci di questo orientamento. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* op. cit., p. 41. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, ora in *Studi giuridici*, vol. III, Anonima, Roma, 1932-34. Ad essi si contrappone G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, *Arch. giur.*, 1921, I, p. 331, secondo cui i principi generali del diritto sarebbero principi di diritto naturale idonei ad integrare ed arricchire dall'esterno l'ordinamento.

<sup>46</sup> Questa tesi è stata recentemente riproposta da B. CELANO, *Principi, regole, autorità, Europa e dir. priv.* n. 3/2006, p. 1061. Secondo l'autore sia i principi sia le regole non sarebbero norme in senso proprio, appartenendo non già al campo del diritto bensì a quello della morale.

<sup>47</sup> G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 131 ss..

<sup>48</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, *passim*. R. DWORKIN, *Taking right seriously*, II ed., Duckworth, London, 1978, trad. it., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1994, *passim*. J. ATIENZA M.-RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto, Analisi e diritto* 1993, p. 9. D. MARTINEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Marcial pons*, Madrid, 2007, p. 81.

<sup>49</sup> S. PERRY, *Two models of legal principles*, *Iowa Law Review*, 82, 1997, p. 787: “*I principi hanno un contenuto esplicitamente valutativo, mentre il contenuto delle regole riguarda la descrizione di una azione*”. Certamente anche le regole sono finalisticamente orientate al perseguimento di un valore che può essere politico, morale, etc., ma ciò avviene in forme criptiche, senza che se ne abbia un'immediata percezione.

applicata in modo eterogeneo (e talvolta anche travisata). Alcuni<sup>50</sup> hanno svalutato il ruolo dei principi considerandoli meri auspici di politica legislativa o norme c.d. programmatiche. Altri<sup>51</sup> ne hanno, invece, esaltato la portata, sottolineando la funzione-guida dei principi nella applicazione ed eventualmente nella disapplicazione delle regole con essi in contrasto. Ed è ciò che accade nell'ambito dell'ordinamento europeo ove operano i principi elaborati dalla Corte di giustizia quale *species* del più ampio *genus* dei principi generali. Dalla loro precettività discende l'obbligo gravante sulle autorità giurisdizionali e amministrative domestiche di disapplicazione delle norme nazionali con essi in conflitto. Questa attività tende a decostruire progressivamente l'ordinamento italiano e a conformarlo ai dettami europei.

Quanto al secondo orientamento, i fautori della distinzione debole<sup>52</sup> ritengono che i principi e le regole, in quanto appartenenti alla più ampia famiglia delle norme, abbiano gli stessi elementi e pertanto il relativo *discrimen* andrebbe rinvenuto nel grado dei rispettivi caratteri strutturali, rintracciando così differenze di tipo quantitativo (e non qualitativo).

La tesi più convincente appare, comunque, la tesi mediana la quale, rifuggendo da classificazioni nette e aprioristiche, attinge elementi sia dalla teoria forte sia dalla teoria debole. Secondo tale orientamento la differenza tra principi e regole sarebbe non già ontologica, bensì di tipo graduale e relazionale. In primo luogo una norma assume la veste di principio quando normalmente possiede talune caratteristiche (maggior genericità e indeterminatezza<sup>53</sup> della fattispecie, apertura alle eccezioni, maggior peso in sede applicativa) in misura superiore rispetto ad altre norme (le regole). In secondo luogo una norma può sì avere valore di principio rispetto a talune norme ma non ad altre. Dunque a livello teorico risulta alquanto ardua una distinzione universale tra regole e principi, dovendo la stessa ricercarsi in concreto in base alle variabili peculiarità della fattispecie. Con riferimento alla genericità e all'indeterminatezza, esse sono caratteristiche ricorrenti nei principi. La genericità del principio si palesa soprattutto nelle conseguenze normative<sup>54</sup> che risultano generiche e indeterminate<sup>55</sup>. Genericità e indeterminatezza sono, comunque, proprietà gradualistiche: non sempre una regola è specifica e determinata ed un principio, viceversa, assolutamente generico e indeterminato<sup>56</sup>. Anche il peso è un elemento graduale e relazionale. Il peso di una norma si identifica con il ruolo di quella norma nell'argomentazione giuridica, in termini di elemento di decisione del caso o per il condizionamento che essa riverbera sull'interpretazione o sull'applicazione di altre norme.

<sup>50</sup> L. ALEXANDER, *Kress, against legal principles*, in Marmor A., *Law and interpretation*, Oxford U.P., Oxford, 1995, pp. 1 ss.. L. ALEXANDER–E. SHERWIN, *The rule of rules. Morality, rules and the dilemmas of law*, Duke U.P., Durham, 2001, *passim*.

<sup>51</sup> J. ATIENZA M.–RUIZ MANERO, *Illicitos atípico. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 1 ss..

<sup>52</sup> J. RAZ, *Legal principles and the limits of law*, *Yale law journal*, 81, 1972, p. 823. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di Diciotti E. e Velluzzi V., Giappichelli, Torino, 2008, pp. 1 ss.. V. TWINING–D. MIERS, *Come far cose con regole*, Giuffrè, Milano, 1990, *passim*. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, *passim*. L. PRIETO SANCIS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 1 ss... E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 1 ss..

<sup>53</sup> Sulla genericità e indeterminatezza dei principi J. RAZ, *Legal Principles and the limits of law*, *Yale law journal*, 1971-72, fasc. 81, pp. 823 ss.: “I principi sono spesso formulati in modi che lasciano il loro contenuto indeterminato. I principi prescrivono azioni estremamente indeterminate (...). Un atto è estremamente indeterminato se può essere compiuto in circostanze differenti per mezzo di molti atti generici eterogenei in ciascuna circostanza”. Pertanto una norma generica è una norma suscettibile di essere applicata in modi eterogenei. Si veda anche il contributo di C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*. La generalità di una norma non va confusa con la sua vaghezza; la generalità concerne, infatti, i destinatari del precetto che non sono individuabili *a priori*, mentre la vaghezza riguarda l'esistenza di fattispecie nelle quali è dubbia l'applicazione della norma in virtù di elementi quantitativi o combinatori difficilmente determinabili.

<sup>54</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, *passim*.

<sup>55</sup> N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994. L'autore osserva che i principi “sono norme indefinite, che comportano una serie indefinita di applicazioni”. In effetti i principi fissano un valore, un fine senza stabilire con esattezza le modalità attraverso le quali dovrà essere realizzato. Inoltre le stesse conseguenze che dall'applicazione del principio scaturiscono non sono definibili *a priori*, essendo influenzate da una molteplicità di circostanze. G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, *Ragion pratica*, n. 11/ 1998, fasc. 6, pp. 137 ss..

<sup>56</sup> G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, op. cit., pp. 131 ss.: “Una regola, ad esempio, può presentare profili di genericità e indeterminatezza se contiene clausole elastiche come “ragionevole”, “congruo” ecc.. e d'altro canto anche i principi non possono essere indefinitamente generici e indeterminati, pena la loro inapplicabilità, ma sono destinati ad essere concretizzati (cioè essere resi più specifici) in sede di applicazione”.

Con riferimento alla distinzione tra principi e regole, può dirsi che i principi hanno, di solito, un peso maggiore delle regole, in quanto rilevano ai fini della decisione in un numero maggiore di casi. Inoltre, per la loro tendenziale genericità e indeterminatezza, i principi possiedono un ambito applicativo normalmente più esteso delle regole<sup>57</sup>, in virtù di una connaturale *vis expansiva*. Talvolta, però, i principi possono avere, a seconda dei casi, un peso inferiore alle regole per la variabilità del contributo che essi forniscono alla argomentazione giuridica. Da questo punto di vista, invece, le regole offrono apporti normalmente più stabili poichè, essendo soggette, a differenza dei principi ad un numero inferiore di eccezioni implicite, garantiscono con maggior frequenza il risultato indicato dalla norma<sup>58</sup>. In relazione al peso assunto dalle norme, va sottolineato come esso sia determinato essenzialmente da tre fattori:

- 1) la posizione nella gerarchia delle fonti;
- 2) la valenza normativa ad essa riconosciuta in un dato contesto giuridico;
- 3) le circostanze rilevanti nell'ambito applicativo della norma.

Quanto al primo elemento, la collocazione di una norma nel sistema delle fonti ne misura il "peso astratto"<sup>59</sup>. In base a tale criterio, ad esempio, un principio costituzionale ha un peso astratto maggiore rispetto ad un principio legislativo, mentre un principio legislativo ha un peso astratto superiore a quello di un principio consuetudinario<sup>60</sup>.

Per quanto concerne il secondo fattore, va osservato che esso consiste nel grado di adesione della norma ai valori politico-giuridici dominanti in un particolare sistema o sottosistema. I principi manifestano valori<sup>61</sup> di vario genere. Infine il peso di una norma va soppesato alla luce delle circostanze applicative presenti. Tali circostanze possono essere fattuali (ad es. la concreta possibilità di applicazione della norma secondo le risorse disponibili) o normative (ad es. la presenza di altre norme concorrenti o confliggenti)<sup>62</sup>. In particolare alle circostanze normative sono riconducibili i c.d. "meta-principi", ossia principi che non hanno un contenuto sostanziale ma che si riferiscono al funzionamento della "macchina del diritto"<sup>63</sup>.

In conclusione dalla distinzione tra principi e regole possono trarsi una serie di corollari: *in primis* non tutti i principi hanno la stessa importanza concreta, offrendo contributi di diversa intensità alla decisione del caso. In secondo luogo un principio può essere considerato meno importante anche di una regola, ove nell'ipotesi di conflitto sia preferibile applicare la regola. In talune situazioni un principio può soccombere dinanzi ad altro principio, mentre in presenza di diverse circostanze lo stesso principio può prevalere sul principio in precedenza preminente.

<sup>57</sup> Si ritiene ad esempio che il principio di uguaglianza rilevi in molti più casi rispetto alla regola di divieto dei licenziamenti *sine iusta causa*. Anche il principio di buona fede trova spazio in molteplici situazioni a differenza ad es. della regola che, in tema di obbligazioni pecuniarie, impone l'adempimento della prestazione al domicilio del creditore.

<sup>58</sup> Questa funzione del peso nell'applicazione delle regole richiama per certi aspetti il concetto di "trinceramento" espresso dalla teoria delle regole di F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Una analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana*, il Mulino, Bologna, 2000, *passim*.

<sup>59</sup> R. ALEXI, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, *Ars interpretandi*, 10, 2005, pp. 97 ss.

<sup>60</sup> Contrario alla tesi del "peso astratto" R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*. Secondo l'autore ciò che rileva è il peso concreto dei principi da valutarsi all'esito di una ponderazione tra i medesimi. Il giudizio comparativo può effettuarsi anche tra principi di rango diverso, ad esempio tra principi costituzionali e principi non costituzionali.

<sup>61</sup> Per la distinzione tra "principio" e "valore" F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Id.*, (cur.), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, p. 111. Modugno attribuisce natura normativa ai principi, i quali hanno una capacità normogenetica, di cui, invece i valori, risultano privi. Tuttavia, il valore può essere presupposto od incorporato nel principio determinandone la fattispecie: qualora si tratti di valori supremi, tali perché posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale dello Stato, i principi che ad essi fanno riferimento assurgono a principi fondamentali, beneficiando di una più alta qualificazione giuridica (principio democratico, principio di uguaglianza, principio dell'invulnerabilità dei diritti di libertà, ecc.). È evidente come la funzione normogenetica del principio sia garanzia di attuazione del valore in esso incorporato, attraverso i precetti normativi, dei quali il principio è fonte potenzialmente inesauribile. Secondo l'autore, in definitiva, il principio non sarebbe altro che un "valore in azione".

<sup>62</sup> J. RAZ, *Legal principles and the limits of law*, op. cit., pp. 823 ss..

<sup>63</sup> V.S. CASTIGLIONE, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 1 ss.. Appartengono alla categoria dei "meta-principi" ad esempio i principi di legalità, della certezza del diritto, della distinzione dei poteri.

Tutto ciò denota lo scarso rilievo di una gerarchia astratta tra principi e tra principi e regole, e la mutevolezza e variabilità di un giudizio da calibrarsi in concreto alla luce delle circostanze del caso. *Last but not least* non sempre tra principi e regole si rinviene una contrapposizione netta, potendo le regole rinvenire il proprio fondamento in altre norme che assumono il nome di principi, instaurandosi così una relazione gerarchica di tipo assiologico<sup>64</sup>, in virtù della quale le prime devono interpretarsi in conformità ai secondi<sup>65</sup>. In sede applicativa i principi (in special modo quelli non scritti) conferiscono al giudice un potere interpretativo ed applicativo ad ampio spettro; un potere che soprattutto la Corte di giustizia utilizza per estendere l'area dei diritti e delle libertà del cittadino coinvolto dal *public power*. Tuttavia i principi, essendo non già monadi distinte e indipendenti, bensì entità comunicanti in continuo dialogo e conflitto, sollevano non pochi problemi ai giudici, tanto domestici quanto europei, chiamati in sede applicativa alla loro comprensione e composizione.

#### IV. I conflitti tra principi

4. Chiarite le differenze tra principi e regole, è d'obbligo esaminare il tema delle relazioni applicative tra principi. In particolare occorre domandarsi quali siano i criteri e le tecniche utilizzati dal giudice allorché una stessa fattispecie venga regolata da due o più principi in conflitto.

È necessario muovere da un'osservazione: la genericità e l'indeterminatezza dei principi, di solito, non consente una previsione *ex ante* delle possibili antinomie, le quali potranno essere apprezzate solo con riferimento a fattispecie concrete. Proprio in questi casi l'interprete è chiamato a raffinate operazioni di concretizzazione e bilanciamento dei principi in gioco<sup>66</sup>.

In termini generali l'attività ponderativa è rimessa al giudice, anche se non mancano casi in cui la stessa è compiuta *ex ante* dal legislatore. Le interazioni tra principi non hanno, però, solo un carattere patologico-conflittuale. Infatti possono sussistere plurime interferenze tali da rafforzare l'applicazione degli uni per mezzo degli altri<sup>67</sup>. Questo carattere emerge con forza nelle ipotesi di codificazione (in presenza ad es. di una Costituzione o di un Trattato), dato che normalmente un assetto di tipo sistematico è in grado di orientare in modo più ordinato i principi al perseguimento di talune finalità. Ad ogni modo non si è mai al riparo da possibili frizioni sempre verificabili in relazione alla mutevolezza dei casi concreti. Questo dato rafforza ulteriormente la tesi che nega una conflittualità in astratto tra principi. Anche perché, poi, non tutti i principi vigenti in un dato sistema risultano codificati, giacché taluni di essi (c.d. impliciti) emergono dalla casistica giurisprudenziale.

In tema di ponderazione è utile soffermarsi, in special modo, sulla natura e sui caratteri dei principi impliciti. Si tratta di principi non direttamente riconducibili a specifiche disposizioni, ma ricavati in via argomentativa da altri principi o regole. Essi possono essere formulati secondo due direzioni: dal basso verso l'alto o dall'alto verso il basso.

Nel primo caso l'interprete ricerca per induzione il principio partendo da norme specifiche e puntuali. Nel secondo egli ricava deduttivamente da principi generali principi più specifici<sup>68</sup>. Nel sistema delle fonti la collocazione di un principio implicito dipende alla posizione ricoperta dalla norma o principio da cui deriva, con conseguente applicazione del relativo regime giuridico.

Con riferimento alla tematica della risoluzione dei conflitti, è necessario occuparsi dell'attività giudiziale di bilanciamento tra principi generali<sup>69</sup>. Il modello di riferimento è rappresentato dagli ambienti antiformalisti americani in cui i giuristi ragionano non già alla stregua di norme e concetti

<sup>64</sup> G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto*, 2008, pp. 263-299.

<sup>65</sup> G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, *Riv. int. fil. dir.*, 1, 1998, p. 84.

<sup>66</sup> Di parere contrario L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I: *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 85 secondo il quale "nella maggior parte dei casi i principi si applicano alle loro violazioni senza che intervengano bilanciamenti e neppure, più che in altri giudizi, opzioni soggettive di valore".

<sup>67</sup> V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 275 ss..

<sup>68</sup> A. IACONA, *L'argomentazione*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 68 ss..

<sup>69</sup> In dottrina sul bilanciamento tra principi costituzionali, *ex multis*, J.J. MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, [www.dirittoquestionipubbliche.org](http://www.dirittoquestionipubbliche.org). R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, *Dir. pubbl.*, 1998, p. 651.

giuridici astratti, bensì sulla base di principi ed interessi concreti da valutare caso per caso<sup>70</sup>. I principi generali, quali norme *sui generis* per natura e caratteristiche, impongono per lo più al giudice operazioni di *balancing* in sede applicativa.

La ponderazione consiste nello stabilire una gerarchia assiologica tra principi in contrasto mediante un giudizio concreto di valore. Dunque una “*gerarchia mobile*” variabile *case by case*<sup>71</sup>. Il bilanciamento è, pertanto, il risultato di un’attività altamente soggettiva, rimessa al giudizio discrezionale (ma non arbitrario) dell’operatore giuridico. Ciò non significa, però, assenza di regole, dovendo l’interprete muoversi in uno spazio legalmente dato e delimitato. Secondo parte della dottrina<sup>72</sup> il giudice ricorrerebbe alla ponderazione, in primo luogo, ove sussista una antinomia tra principi, in parte sovrapponibili, di carattere parziale.

In quest’ipotesi non sarebbe possibile utilizzare alcuno dei criteri generali previsti per la risoluzione delle antinomie normative: non il criterio gerarchico, avendo i principi lo stesso rango<sup>73</sup>; non il criterio cronologico, considerandosi i principi coevi o non riconducibili ad un preciso momento temporale. Infine non è utilizzabile nemmeno il criterio *lex specialis derogat legi generali*, poiché l’antinomia è parziale-parziale e non vi è alcuna relazione di specialità tra principi.

In conclusione, mentre le antinomie tra regole si risolvono agevolmente con l’applicazione di una sola delle regole in contrasto, i conflitti tra principi possono risolversi anche con l’applicazione congiunta e calibrata di più principi, all’esito di una complessa operazione ponderativa<sup>74</sup>.

Ciò denota un più ampio potere discrezionale del giudice, che nell’opera di ritaglio, selezione e composizione dei principi, è talvolta autore di scelte ideologiche non propriamente giuridiche (*stricto sensu*), scelte che nella maggior parte dei casi ampliano l’area delle libertà dei *cives*, circoscrivendo gli abusi delle pubbliche autorità.

## V. I principi europei quale *trait d’union* tra ordinamenti e tra giurisdizioni

5. L’elaborazione da parte della Corte di giustizia di una vasta gamma di principi non scritti ha avuto l’indubbio merito di favorire nel corso dei decenni l’instaurazione di appositi canali di comunicazione tra l’ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali, nonché di promuovere plurimi contatti tra i rispettivi organi giurisdizionali. Ciò è stato reso possibile, in primo luogo, dall’origine statale dei principi europei, i cui elementi costitutivi, come noto, provengono dalle tradizioni giuridiche dei Paesi membri; *in secundis* dall’estrema duttilità dei medesimi.

<sup>70</sup> K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, 1960, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 39 ss..

<sup>71</sup> R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 19 ss., secondo il quale “*il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz’altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull’altro (...); ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso in casi futuri*”.

<sup>72</sup> R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale I. Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, p. 89.

<sup>73</sup> Anche allorché si incontrino principi di peso diverso non è ipotizzabile alcuna gerarchia assoluta, astratta e incontrovertibile tra i medesimi. Ogni principio, anche il più importante, ha natura relazionale e si confronta con gli altri nelle singole fattispecie concrete. E solo all’esito del bilanciamento giudiziale, conformato sul caso specifico, potrà dirsi quale o quali principi trovino applicazione e con quale estensione. Per tali ragioni può affermarsi che la gerarchia normativa, tipica delle norme, viene sostituita, in relazione ai principi, da una gerarchia di tipo assiologico.

<sup>74</sup> La duttilità dei principi rappresenta il corollario della loro particolare natura ed è dovuta ad una dimensione che li differenzia dalle regole ossia quella del peso e dell’importanza. Infatti se due o più principi entrano in collisione, la risoluzione del conflitto non muove dall’applicazione dell’uno e dalla disapplicazione dell’altro, come avviene nel caso delle regole, bensì da un esame comparativo-relazionale e da un’attività di bilanciamento dei medesimi. Le regole sono sì norme e come tali vincolanti ma, a differenza dei principi, sono rigide e specifiche; il loro precetto o si applica o si disapplica: *tertium non datur*. L’antinomia tra regole, infatti, non ammette forme di coesistenza, a differenza di quanto accade nel conflitto tra principi. In dottrina, tra i tanti, A. SCHIAVELLO, *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell’opera di R. Dworkin*, *Riv. int. fil. dir.* 1995, pp. 159 ss..

I principi europei hanno corroborato il disegno integrazionista tra ordinamenti attraverso l'edificazione di solidi collegamenti tra la giurisdizione sovranazionale e le giurisdizioni nazionali. Progressivamente l'Europa ha assistito all'emersione di un unico e integrato apparato giurisdizionale fondato su due livelli, l'uno nazionale<sup>75</sup> e l'altro europeo<sup>76</sup> e su un continuo dialogo tra le Corti<sup>77</sup>, in un rinnovato scenario di *judicial law making*, idoneo ad instaurare forme di *co-giurisdizione*<sup>78</sup>. Al pluralismo normativo, dunque, si coniuga il pluralismo delle Corti, ordinato secondo un principio di sussidiarietà giurisdizionale.

Il giudice italiano è oggi vincolato, ai sensi dell'art. 101 Cost., non soltanto alla legge, al diritto e alla giurisprudenza interna, ma anche e soprattutto ai principi individuati dalla giurisprudenza europea<sup>79</sup>; tra questi si segnalano i principi di certezza del diritto, proporzionalità, tutela del legittimo affidamento, giusto procedimento, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Del resto, in ambito sovranazionale “*i principi generali, nati nei sistemi giuridici degli Stati membri, riesaminati, perfezionati e conformati dall'ordinamento comunitario sono riproposti in ambito nazionale corretti, ritoccati, trasformati molto spesso potenziati e con possibilità di applicazione che superano quelle originarie*”<sup>80</sup>. Anche la giurisdizione interna, poi, garantisce l'applicazione di un diritto, qual è il diritto europeo, formatosi in uno scenario di “*globalizzazione attraverso i giudici*”<sup>81</sup>.

Gli obiettivi del cammino europeo si riassumono nell'idea di garantire la primazia, nonché l'immediata e diretta applicazione del diritto sovranazionale, superando eventuali ostruzionismi da parte degli Stati. Queste finalità vengono assicurate, appunto, sia dai giudici domestici sia dalla Corte di giustizia in una cornice di progressiva europeizzazione della scienza giuridica. I giudici nazionali agiscono come “*organi decentrati*” della giurisdizione europea<sup>82</sup>, avvalendosi di tre strumenti:

<sup>75</sup> F. BALAGUER CALLEJON, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, op. cit., pp. 257 ss.. E.M. BARBIERI, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, pp. 692 ss.. R. KOVAR, *Rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali*, in AA.VV., *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, pp. 530 ss.. L'autore definisce i giudici nazionali giudici europei di diritto comune. L'espressione è anche utilizzata da Trib. I grado, 10 luglio 1990, in causa T-51/89, *Tetra Pak c. Commissione*, Racc. 1990.

<sup>76</sup> Per una descrizione generale ed approfondita circa la natura e il ruolo del giudice di Lussemburgo A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milano, 1996, pp. 1470 ss.. N. BROWN-T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, *passim*. M. MIGLIAZZA, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle Comunità europee*, Milano, 1993, pp. 3 ss.. M. LAGRANGE, *Cour de Justice et Tribunaux nationaux*, *Gazette du palais*, 1971, pp. 1. ss.. A. LASOK, *The European Court of justice, practise and procedure*, Butterworths, 1994, *passim*. M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996, pp. 1 ss.. AZOULAY, *The Court of Justice and the administrative governance*, *European Law Journal*, 7, 2001, pp. 425 ss..

<sup>77</sup> In una dimensione sovranazionale i giudici nazionali sono i destinatari del dovere di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE (ora art. 4 TFUE), il quale costituisce la colonna portante del sistema giuridico sovranazionale. Sulla “*realizzazione di un circuito integrato*” tra giudici nazionali e giudice di Lussemburgo G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, 2009, *passim*. Sulla collaborazione tra sistemi giurisdizionali P. PERLINGER, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 2008, pp. 3 ss.. R. ALONSO GARCIA, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, *Quad. cost.* n. 1/2005, pp. 111 ss.. R. CONTI, *Il “dialogo” tra giudice nazionale e Corte UE*, *Corr. giur.* 2009, pp. 1053 ss.. In giurisprudenza Cgce, 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Simmenthal*, Racc. 1978. In senso conforme recentemente Cgce, 24 maggio 2012, in causa C-97/11, *Amia Spa*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>78</sup> L'espressione *co-giurisdizione* è utilizzata da E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2009, *passim*.

<sup>79</sup> D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Jovene, Napoli, 2008, *passim*.

<sup>80</sup> E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004, pp. 25 ss..

<sup>81</sup> R. BIN, *Lo Stato di diritto*, il Mulino, 2004, p. 57. Secondo l'Autore i giudici rappresentano i capillari del sistema giuridico e del potere pubblico: tramite loro si compie il passaggio osmotico dalla società civile, dominata dalle esperienze particolari (i casi cui i giudici devono applicarsi) ai principi generalissimi attraverso i quali i diritti vengono dichiarati. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 34: “*La rottura del trinomio sovranità-territorio-giurisdizione, con la progressiva affermazione della extrastatalità della giurisdizione, conferma la prospettiva di un giudice che si stacca dallo Stato-apparato per riferirsi alla comunità. È proprio il riferimento della giurisdizione alla comunità che rende il giudice fattore di coesione di un ordinamento generale complesso, aperto alle contaminazioni al contempo sovranazionali e locali ed ormai slegato dalla centralità della legge statale*”.

<sup>82</sup> L'espressione è utilizzata da A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, *Foro it.*, IV, 1995, p. 17.

- 1) l'interpretazione conforme<sup>83</sup>;
- 2) il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo<sup>84</sup>;
- 3) l'obbligo di disapplicazione della norma (e dell'atto amministrativo) in conflitto con il diritto europeo<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> La giurisprudenza ha, in più occasioni, riconosciuto *expressis verbis* l'obbligo per i giudici nazionali di interpretare il diritto interno in conformità alle fonti normative europee, anche se sprovviste di effetti diretti. Ove non residuino margini per una interpretazione orientata all'osservanza dell'ordinamento UE, la norma interna è considerata in conflitto con la normativa sovranazionale con conseguente applicazione dei rimedi all'uopo previsti. Si vedano a riguardo, *ex plurimis*, Cgce, 10 aprile 1984, in causa C-14/83, *Von Colson*, Racc. 1984. Cgce, 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*, Racc. 1990. Cass. civ., sez. V, 23 giugno 2001, n. 7016, in *Giur. it.*, 2001. Cass. civ., sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18620, in *Giust. civ. Mass.*, 2003. Cgce, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, Racc. 2005. Cgce, 24 gennaio 2012, in causa C-282/10, *Dominguez*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In dottrina G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in Panunzio S.P.–Sciso E., *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 133 ss.. G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, *Dir. amm.*, n. 1-2/2014, pp. 217-263.

<sup>84</sup> L'art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE) attribuisce al meccanismo del rinvio pregiudiziale la finalità di assicurare l'uniformità interpretativa ed applicativa delle norme europee nell'ambito degli ordinamenti interni in vista di un riconoscimento e una tutela effettivi delle situazioni giuridiche soggettive di origine sovranazionale. Nel *genus* del rinvio pregiudiziale è possibile distinguere un rinvio pregiudiziale di validità da un rinvio pregiudiziale di interpretazione. Sulla natura e sulle caratteristiche del rinvio pregiudiziale si rinvia a M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, trad. it. di A. Zei, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 42-135. C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Edizioni università di Trieste, 2003, pp. 1 ss.. T. TRIDIMAS, *Knocking on heaven's door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure*, *Common market law rev.*, 2003, p. 9. D.W.K. ANDERSON–M. DEMETRIOU, *References to the European Courts*, London, 2002, pp. 186 ss.. T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*. G. MARTINICO, *L'ultima fase del processo di integrazione comunitaria: Fonti culturali versus fonti politiche?*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2006. P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali*, *Foro it.*, V, 1986, p. 31. Secondo Pescatore oggetto del rinvio pregiudiziale (sia di interpretazione che di validità) possono essere tanto le disposizioni scritte quanto i principi generali del diritto europeo. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 3 ss.. Sui rapporti tra Corti nell'ambito del rinvio pregiudiziale G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss.. L. AZZENA, *Prospettive evolutive in tema di applicazione del diritto europeo e ruolo dei giudici nazionali*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2005. L'Autrice evidenzia come il ruolo della Corte di giustizia sia quello di "fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione, che rientrano nel diritto comunitario, atti a consentirgli di pronunciarsi sulla compatibilità delle norme nazionali con la norma comunitaria" (Cgce, 29 giugno 1978, in causa C-154/77, *Dechmann*, Racc. 1978). "Spetta invece al giudice nazionale l'applicazione del diritto comunitario nel caso concreto e la valutazione comparativa con il diritto". Prosegue l'autrice affermando che "si va così delineando un sistema il cui fulcro è costituito dal giudice (comune) nazionale, che, in ordine al diritto nazionale, assume la Corte di Cassazione come riferimento per la sua interpretazione; in ordine al diritto comunitario, in ragione del meccanismo di cui all'art. 234 TCE, assume come riferimento la Corte di giustizia, le cui sentenze, pur avendo carattere meramente dichiarativo, e limitato al caso a quo, nella pratica finiscono per avere anch'esse un'efficacia di precedente". Con riferimento al rinvio pregiudiziale interpretativo, l'autore precisa che "la decisione sul rinvio, facoltativa od obbligatoria, è assunta dal giudice che tratta la questione controversa in cui è emersa la questione di interpretazione della norma comunitaria. Spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sia la rilevanza delle questioni che propone alla Corte. I poteri del giudice vanno considerati nella luce dell'obbligo di cooperazione di cui all'art. 10 TCE. La Corte è, di regola, tenuta a statuire sulle questioni sottoposte, che vertono sull'interpretazione del diritto comunitario (sentenza 15 dicembre 1995 causa C-415/93, *Bosman*). Tuttavia in circostanze eccezionali, la Corte può esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale, al fine di verificare la propria competenza (sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/2001)".

<sup>85</sup> Sui caratteri della disapplicazione Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it): "Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (...) tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri-come gli organi amministrativi-sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme comunitarie". A tali conclusioni la Corte è giunta dopo aver notato che "poiché la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative, che oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse, e pertanto non può essere causa di qualsi-

Siffatti meccanismi assolvono una rilevante funzione di garanzia nei confronti dei *cives*, assicurando protezione alle situazioni soggettive individuali<sup>86</sup>. Tra i rimedi a disposizione del giudice, la disapplicazione rende particolarmente efficace la tutela dei diritti e delle libertà dei privati, in quanto strumento capace di sterilizzare, sia pure limitatamente al caso di specie, gli atti nazionali in contrasto con il sistema europeo.

## VI. Classificazione e funzioni dei principi europei

6. Seguendo un approccio casistico ed antinominalista, la Corte di Lussemburgo ha utilizzato le terminologie più varie, in assenza di una nomenclatura univoca ed omogenea<sup>87</sup>: principi generali di diritto (o del diritto), principi generali del diritto europeo<sup>88</sup>, principi fondamentali del diritto sovranazionale, principi europei, non rinvenendosi alcuna rigorosa classificazione in sede pretoria<sup>89</sup>. Tali principi, inoltre, lungi dal costituire un *numerus clausus*, rappresentano un catalogo aperto suscettibile di continui aggiornamenti. Una caratteristica in linea con la filosofia antiformalista del giudice europeo il quale, rifiutando limitanti qualificazioni di teoria generale, procede secondo un pragmatismo per obiettivi.

Ciononostante volendo, comunque, tentare una classificazione di massima dei principi europei, è possibile ricorrere in primo luogo al criterio dell'origine, distinguendo tra:

- 1) principi generali derivanti dal diritto internazionale;
- 2) principi provenienti dai diritti nazionali;
- 3) principi propri dell'Unione Europea<sup>90</sup>.

---

voglia forma di estinzione o modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto, resta ferma l'esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie". Va detto che attraverso la disapplicazione della fonte nazionale in conflitto con il diritto europeo, il giudice interno esercita un controllo diffuso di compatibilità sovranazionale della legge nazionale. In dottrina sulla disapplicazione, da ultimo, S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, pp. 158 ss..

<sup>86</sup> A riguardo si rinvia al saggio di P. MENGOZZI, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 11-47.

<sup>87</sup> F. CAPELLI, *I principi generali come fonte del diritto*, *Dir. com. sc. int.*, 1986, pp. 541 ss..

<sup>88</sup> Per un esame approfondito della tematica dei principi generali dell'ordinamento europeo si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di Mario P. Chiti, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 89-114. G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012, pp. 1 ss.. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-50. M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1 ss.. G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, II ed., Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1 ss.. X. GROUSSOT, *General principles of community law*, *Europe law publishing*, 2006, pp. 45 ss.. U. BERNITZ-J. NERGELIUS (eds.), *General principles of European community law*, 2000, pp. 1 ss.. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1 ss.. J.T. TRIDIMAS, *The general principles of EC law*, Oxford, 1999, pp. 1 ss.. A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1994, pp. 521 ss.. C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, II, 1994, pp. 917 ss.. J. MALERBE, *L'égalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, II, 1994, pp. 883 ss.. D. SIMON, *Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire*, *Droits*, 14, 1991, pp. 73 ss.. W. LORENZ, *General principles of law: their elaboration in the Court of justice of the European Communities*, *Am. journ. comp. law*, 1964, pp. 12 ss.. A. ARNULL, *The general principles of EEC law and the individual*, London, 1990. MARKENSIS, *The gradual convergence (foreign ideas, foreign influences, and English law on the Eve of the 21 st. Century)*, Oxford, Clarendon press, 1994. M.P. CHITI, *La meta dell'integrazione europea: Stato, unione internazionale o "monstro simile"*, *Riv. it. dir. pubbl. comp.* 1996, pp. 591 ss.. M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, op. cit., pp. 46 ss..

<sup>89</sup> G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*,

<sup>90</sup> F. PICOD, voce *Principes généraux de droit*, in A. Barav-C. Philip, *Dictionnaire juridique des communautés européennes*, Paris, 1993, p. 858.

*Summa divisio* di grande importanza è anche quella tra principi di primo grado (primato, diretta applicabilità, efficacia diretta), esclusivi dell'ordinamento europeo, e principi di secondo grado, positivamente nei Trattati o conati dalla giurisprudenza, in parte rinvenibili nelle tradizioni comuni degli Stati membri. Questi ultimi, a loro volta, si articolano in tre sottocategorie:

- a) principi dell'ordinamento europeo<sup>91</sup>;
- b) principi del diritto amministrativo europeo generale;
- c) principi dei procedimenti amministrativi europei.

Ogni forma di catalogazione è valida pur sempre nei limiti della relatività, anche in virtù dell'ap-proccio antiformalista della Corte di Lussemburgo, assai utile quando si tratta di applicare tali principi a controversie reali al di là di mere distinzioni nominalistiche.

Ai fini della presente indagine la distinzione di maggior pregio pare esser quella tra principi scritti, ossia consacrati nei Trattati e principi non scritti elaborati dalla Corte di giustizia<sup>92</sup>. I principi generali non scritti si collocano al livello dei Trattati in posizione ad essi equiordinata. Certamente, tra questi, al vertice della gerarchia vengono situati i principi fondativi dell'ordinamento sovranazionale (primato, diretta applicabilità, efficacia diretta). A loro volta i principi non scritti si articolano in due ulteriori *sub*-categorie: un primo gruppo comprende i principi desunti direttamente da disposizioni dei Trattati, attraverso un'interpretazione teleologico-sistematica, secondo un metodo misto prima induttivo e poi deduttivo<sup>93</sup>.

Un secondo gruppo ricomprende i principi non scritti che la Corte ricostruisce in base ad elementi esterni desunti dall'ordinamento internazionale o dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri attraverso tecniche di interpretazione dinamica. Si è qui al cospetto di un'attività etero-integrativa sia pure modellata sulle esigenze europee.

La Corte di giustizia, pur attingendo al bacino giuridico degli Stati membri<sup>94</sup>, sviluppa i principi in funzione degli obiettivi del sistema europeo. Il giudice di Lussemburgo ha così modellato in via graduale il contenuto dei principi, adattandone tanto il significato quanto l'ambito applicativo alle specifiche esigenze del caso concreto<sup>95</sup>.

Tanto premesso a livello classificatorio, è ora ineludibile l'esame dei caratteri e delle funzioni dei principi europei in particolare dei principi di matrice giurisprudenziale.

<sup>91</sup> In dottrina, tra i più recenti contributi, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Cedam, Padova, 2012, pp. 104 ss.; R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 2012, pp. 104 ss.; J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2012, pp. 145 ss.; G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, op. cit., *passim*. SCHWARZE J., *European Administrative law*, II ed., Sweet and Maxwell, 2006, *passim*.

<sup>92</sup> Sul punto si vedano R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, 1996, *passim*. M. AKERHURST, *The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities*, *British year-book of international law*, 1981, pp. 29 ss..

<sup>93</sup> R. MONACO, *Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des Communautés européennes, Mélanges offerts à Henri Rolin (problèmes de droit des gens)*, Paris, 1964, *passim*.

<sup>94</sup> Al di là del dato testuale dell'art. 288 TCE (ora art. 340 TFUE) -peraltro dall'ambito applicativo limitato- la possibilità di attingere ai principi comuni degli Stati membri non sembra avere alcun fondamento positivo. Tuttavia ciò è costantemente avvenuto. In proposito J. USHER, *The influence of national concepts on decisions of the European Court*, *Eur. law rev.*, 1976, pp. 359 ss..

<sup>95</sup> A rigore i principi del diritto sovranazionale andrebbero distinti da quelli desumibili dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Infatti i primi discendono da una lettura sistematica delle norme positive europee, mentre i secondi sono ricavati da regole non scritte degli ordinamenti nazionali, adattati e funzionalizzati alle esigenze del sistema dell'Unione Europea. In realtà i principi europei vengono costruiti dalla Corte di giustizia attingendo proprio al patrimonio giuridico degli Stati membri sia pure con talune manipolazioni funzionali agli obiettivi europei. In dottrina L. NEVILLE BROWN-F.G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1977. M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: la legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, op. cit., p. 59: "Senza dubbio l'elaborazione operata dalla Corte di giustizia non consiste semplicemente in un'indagine sui principi in vigore negli Stati seguita da una meccanica assunzione nell'ordinamento comunitario delle norme maggiormente condivise. Al contrario, la Corte agisce in vista delle esigenze e delle peculiarità dell'ordinamento comunitario, introduce elementi propri e originali e talvolta privilegia l'interpretazione che di un determinato principio è stata data in un particolare ordinamento. I principi generali CEE non corrispondono, perciò, al minimo comun denominatore delle norme fondamentali degli Stati membri".

Tali principi sono “*quei principi che ordinando e sistematizzando una molteplicità di regole particolari collegate tra loro in base alla natura, all'oggetto e alla finalità perseguita adempiono ad una duplice funzione: interpretativa e normativa nel contempo*”<sup>96</sup>. Dunque essi ricevono plurime applicazioni fungendo da:

- 1) criteri interpretativi di altre fonti<sup>97</sup>;
- 2) strumenti di integrazione delle lacune del sistema<sup>98</sup>;
- 3) parametri di legittimità degli atti legislativi e amministrativi<sup>99</sup>.

Anche in ambito europeo, pertanto, l'impiego dei principi europei avviene per finalità speculari alle esperienze giurisprudenziali nazionali, “*ad uso integrativo, correttivo, esplicativo delle disposizioni vigenti che risultano oscure, lacunose, generiche*”<sup>100</sup>.

I principi generali hanno la capacità di adeguare il sistema ai mutamenti del contesto sociale, preservandone la vitalità e scongiurandone una rapida obsolescenza. Infatti ogni principio, alla stregua di una clausola generale, ha la capacità di “*far respirare il diritto*”<sup>101</sup>.

I principi, invero, “*esprimono una forza normativa a cogente contenuto valoriale, capace di riorientare l'applicazione della regola, quando questa secondo i criteri interpretativi applicabili, non appare più adeguata al mutato contesto economico-sociale e comunque di sospingerla programmaticamente verso finalità rinnovate*”<sup>102</sup>. In questo modo si riconosce al sistema una *chance* di evoluzione in conformità alle esigenze di volta in volta in rilievo<sup>103</sup>.

I principi europei vengono utilizzati dalla Corte di giustizia individualmente ma anche congiuntamente<sup>104</sup>. La loro forza risiede proprio nella versatilità e capacità di adattamento mediante le quali lo stesso principio può “*essere rinvenuto (e pertanto utilizzato) in situazioni e in contesti diversi, in quanto chiamato a giocare contemporaneamente più ruoli e funzioni*”<sup>105</sup>.

Come acutamente osservato, tali principi sono il simbolo di una rivoluzione storica nella concezione del diritto in genere e del diritto pubblico in particolare. I principi europei “*denotano ampiamente il passaggio da una concezione statalista e positivista del diritto contrassegnato dal formalismo,*

<sup>96</sup> M.C. CICIRIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, IV ed., Editoriale scientifica Napoli, 2010, pp. 1 ss..

<sup>97</sup> F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario promosse da G. Biscottini*, vol. II, Milano, 1983, pp. 154 ss..

<sup>98</sup> In tema di lacune si rinvia agli studi di C.W. CANARIS, *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand*, in Perelman (*par le soin de*), *le problème des lacunes en droit*, *Travaux du centre national de recherches de logique*, Bruxelles, 1968, *passim*. Dalla prassi giurisprudenziale emerge che la Corte di giustizia per colmare le lacune dell'ordinamento europeo non fa sempre ed esclusivamente ricorso ai principi generali, bensì utilizza anche il diritto interno di uno Stato membro.

<sup>99</sup> A.G. TOTH, voce *General principles of law*. *The Oxford encyclopaedia of European Community law*, I, *Institutional law*, Oxford, 1990, pp. 1 ss..

<sup>100</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., p. 301 ss.: “*La categoria dei principi generali occupa una posizione di primo piano all'interno delle stesse dinamiche evolutive del diritto comunitario, considerato che, per giurisprudenza costante, sono indicati dalla Corte di giustizia come primo parametro di riferimento per l'interpretazione delle norme settoriali che si presentano oscure*”. In relazione a siffatta funzione assolta dai principi europei, in giurisprudenza, Trib. I grado, 6 ottobre 2005, in cause riun. T-22/02 e T-23/02, *Sumitomo Chemical c. Commissione*, Racc. 2005, II-4065. Cgce, 27 gennaio 1994, in causa C-98/91, *Herbrink*, 1994, I-223.

<sup>101</sup> Sulle clausole generali come “*organi respiratori del diritto*” si veda V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale* (1908), ora in *Id.*, *Opere minori*, II, Modena, 1928, pp. 41-68.

<sup>102</sup> A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, *Dir. amm.* n. 4/2005, pp. 707 ss.. In argomento anche E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, “standards” valutativi e principi generali dell'ordinamento*, *Foro it.*, 1999, pp. 3558 ss..

<sup>103</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., op. cit., p. 42. Secondo l'Autore i principi europei riceverebbero molteplici applicazioni, venendo utilizzati talvolta come criteri di interpretazione, talaltra per individuare limiti all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e più in generale per acclarare la legittimità di un atto o di un comportamento dei pubblici poteri (Stati membri e istituzioni dell'Unione).

<sup>104</sup> Cgce, 17 luglio 1997, in causa C-183/95, *Affish*, Racc. 1997.

<sup>105</sup> A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, op. cit., pp. 707 ss..

*rigorismo e tassatività nell'applicazione e interpretazione del diritto, ad una concezione più aperta e pluralistica nella quale assumono fondamentale importanza i diritti umani, anche a contenuto economico, sociale, collettivo e diffuso*<sup>106</sup>.

I principi europei hanno avuto, e tuttora hanno, una carica propellente e delimitante sia come molla di sviluppo dell'integrazione sia come limite all'azione dei pubblici poteri. In special modo quelli di matrice giurisprudenziale, grazie alla forza espansiva e all'immediata precettività che li connota, operano come elementi di integrazione e di conformazione, tali da costituire un'area giuridica comune, attraverso un circuito simbiotico tra regole europee e regole nazionali.

Siffatti principi promuovono e favoriscono, inoltre, l'apertura di nuovi e più estesi spazi di libertà per la tutela delle situazioni soggettive individuali, in conformità agli scopi dei Trattati. Invero ai principi europei di certezza del diritto, proporzionalità, legittimo affidamento, giusto procedimento, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale va riconosciuto il merito di aver rivoluzionato il tradizionale assetto dei rapporti pubblicistici, tradizionalmente sbilanciato sul momento dell'autorità in danno del momento della libertà<sup>107</sup>; alla stregua di un grimaldello i principi enunciati dalla Corte di giustizia hanno progressivamente assicurato il massimo sviluppo delle pretese del cittadino, attraverso l'imposizione di una serie di prescrizioni alle autorità nazionali<sup>108</sup>. L'esercizio del potere ha *lento pede* iniziato a democratizzarsi, stemperando gli aspetti più unilaterali ed imperativi del proprio agire, a fronte del riconoscimento sempre più frequente di garanzie e pretese ai destinatari dell'azione pubblica.

## VII. L'attività della Corte di giustizia nella elaborazione ed applicazione dei principi europei in vista dell'ampliamento degli spazi di libertà del cittadino

7. Nell'alveo del sistema giurisdizionale propriamente europeo operano la Corte di Giustizia<sup>109</sup> e, dal 1988, il Tribunale di primo grado. In particolare la Corte di Giustizia è il custode dell'interpretazione e applicazione del diritto sovranazionale<sup>110</sup> quale giudice della nomofilachia<sup>111</sup> che, intervenendo

<sup>106</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Giappichelli, Torino, 2004, *passim*.

<sup>107</sup> In ordine alla concezione del diritto amministrativo quale disciplina deputata a regolare il conflitto tra l'autorità pubblica e la libertà privata M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 34: "Vi sono nelle comunità statali due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espansione. (...) Ciascuna delle due forze, in quanto opera, comprime l'altra e la riduce: esse possono così considerarsi come momenti di un procedimento dialettico. (...) L'autorità, in quanto agisce, incide, e non può in alcun modo evitarlo, nell'ambito delle libertà garantite; così come, per converso, non meno continua è la riaffermazione della libertà ovunque l'autorità ceda o non possa intervenire". Tale ricostruzione viene successivamente abbandonata dall'autore a seguito del riconoscimento della acquisita corallità del diritto amministrativo che tende progressivamente ad evolversi in una direzione multipolare, non più antagonistica. Sulla dialettica autorità-libertà anche G. DE FINA, *La teleologia degli atti nel rapporto autorità-libertà*, Cedam, Padova, 1974, pp. 1 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pp. 909 ss.; M. STIPO, *L'interesse legittimo nella prospettiva storica*, *Atti dei convegni per le celebrazioni dell'opera Giustizia amministrativa (1903) del Prof. Cino Vitta*, Roma, 2006, pp. 49 ss. L'Autore ritiene che "la contrapposizione classica autorità-libertà, figlia dell'esaltazione della sovranità quale attributo indefettibile dello Stato-ente o Stato-soggetto o Stato-persona che dir si voglia va oggi storicamente rivisitata. Nell'ordinamento democratico e pluralista la società entra in vario modo negli apparati amministrativi ed i due termini del rapporto, pubblica amministrazione-apparato e società civile, pur restando inequivocabilmente distinti, tendono, per quanto e nella misura in cui può essere possibile, a compenetrarsi?". A. MASSERA, *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 1/1993, pp. 24 ss.: "La contrapposizione dicotomica autorità-libertà quale sintesi emblematica ma soprattutto tendenzialmente esaustiva dell'essenza del rapporto amministrativo, non riesce a soddisfare le pretese che il cittadino porta con sé e nel rapporto con l'amministrazione".

<sup>108</sup> E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, op. cit., p. 127, secondo la quale "l'ordinamento comunitario e in particolare il sistema amministrativo riserva in progressione un ruolo centrale, costruendo i rapporti giuridici tra cittadino e amministrazione, partendo dalle sue pretese in quanto cittadino e quindi in una prospettiva antropocentrica".

<sup>109</sup> Sul ruolo della Corte di giustizia D. LIAKOPOULOS-M. ROMANI, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Cedam, 2009, pp. 1 ss.; M. MIGLIAZZA, *La Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, 1961, pp. 1 ss..

<sup>110</sup> Sui criteri seguiti dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione del diritto europeo si rinvia, a titolo esemplificativo, a J. MARTIN DE WILMARS, *Réflexion sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *Ch. Dr. Europ.* 1986, pp. 5 ss..

<sup>111</sup> In ordine alla funzione nomofilattica della Corte di giustizia si veda il recente lavoro di A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 53. In base all'art. 220 TCE (ora art. 19 TUE) "la Corte di giustizia e il Tribunale di primo

sui rinvii pregiudiziali o sui ricorsi presentati da Stati, istituzioni, persone fisiche e giuridiche, fa largo uso della categoria dei principi non scritti.

In questo modo, la Corte di Lussemburgo, influenzando l'attività dei giudici nazionali, ha contribuito ad ampliare, di intensità ed estensione, il raggio di tutela delle situazioni soggettive individuali conferite dall'ordinamento sovranazionale; e lo ha fatto proprio attraverso i principi generali a cui è ricorsa in modo frequente, incisivo e creativo.

Tale *trend* è stato favorito dall'espansione dei compiti dell'Unione europea che ha imposto alla Corte di giustizia l'utilizzo di norme di più ampio respiro (i principi generali), tali da favorire i futuri sviluppi del sistema; principi non scritti tratteggiati da pronunce giurisprudenziali che assurgono al rango di fonti del diritto tanto in ambito europeo quanto all'interno dei singoli ordinamenti statali. Inoltre *“le scelte di metodo della Corte di giustizia, che sono peraltro conseguenti alla concezione del sistema giuridico comunitario in chiave funzionale all'allargamento dei diritti dei cittadini, hanno influito in modo rilevante anche sui canoni interpretativi della normativa comunitaria”*<sup>112</sup>. I principi non scritti, codificati e sviluppati dalla Corte di Lussemburgo, sono progressivamente penetrati negli ordinamenti nazionali influenzando e sensibilizzando i pubblici poteri (corti domestiche, Pubbliche Amministrazioni) in ordine alla difesa delle libertà e delle situazioni soggettive individuali.

E in special modo nel diritto amministrativo statale le dinamiche di esercizio del potere sono state riscritte alla luce dei principi di tendenziale paritarietà<sup>113</sup> e di piena collaborazione tra amministrazione e *cives*<sup>114</sup>. Infatti il giudice europeo, rinvenendo nei Trattati una pluralità di principi a garanzia dei singoli, ha interpretato estensivamente siffatte norme, orientandole finalisticamente alla protezione delle libertà individuali.

La Corte di giustizia, nel duplice ruolo di giudice costituzionale e amministrativo<sup>115</sup>, ha da sempre contribuito con profitto alla crescita dell'ordinamento europeo attraverso pronunce finalizzate alla creazione di nuovi principi nonché alla interpretazione di principi esistenti, attingendo nei diritti interni dei vari Paesi e nel diritto pubblico internazionale<sup>116</sup>, in conformità agli scopi dei Trattati.

---

*grado assicurano, nell'ambito delle rispettive competenze, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato*”. Secondo l'Autore *“gli effetti della sentenza resa ex art. 234 non sono limitati alla sola vicenda specifica, ma operano in ogni altra ipotesi in cui entri in gioco la medesima questione interpretativa affrontata dal giudice comunitario. Tali effetti inoltre sono retroattivi, salvo che la stessa Corte li circoscriva temporalmente. La sentenza interpretativa, infatti, ha valore dichiarativo, piuttosto che costitutivo; essa chiarisce e precisa il significato della norma comunitaria come deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore”*. La stessa Corte costituzionale italiana ha riconosciuto forza vincolante alle pronunce interpretative della Corte di giustizia nei riguardi di tutti i soggetti giuridici (Stati, persone giuridiche e persone fisiche) dell'Unione europea. In particolare il valore riconosciuto alle sentenze del giudice di Lussemburgo si spiegherebbe in ragione del combinato disposto degli artt. 11 e 117 I co. Cost. che, da un lato, prevedono limitazioni della sovranità nazionale in favore di organizzazioni sovranazionali cui l'Italia partecipi, e dall'altro, subordinano l'esercizio della funzione legislativa (regionale e statale) al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo. Tali vincoli includono, altresì, la giurisprudenza della Corte di giustizia quale fonte del diritto.

<sup>112</sup> F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, *passim*.

<sup>113</sup> Un *antesignano* in tal senso è stato F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 1 ss..

<sup>114</sup> E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, op. cit., pp. 284 ss.. Ad avviso dell'Autrice *“tali principi creano un nuovo e significativo rapporto fra amministrazioni e cittadini improntato ad una parità sostanziale. Tale parità emerge nei confronti delle p.a. dalla tendenziale assenza di privilegi, ammessi solo in presenza di una causa di giustificazione, e dalla previsione di pari opportunità fra singoli e p.a. nell'utilizzare poteri e facoltà ad essi pertinenti in ragione della loro collocazione e delle attribuzioni all'interno dell'ordinamento giuridico. Tale sistema di garanzie comunitarie influenza incisivamente il diritto amministrativo nazionale sotto il profilo del rispetto delle garanzie del privato, soprattutto di quelle procedurali, ad esso riconosciute (...). Esse conformano il procedimento in un rapporto nuovo e diverso fra p.a. e soggetti coinvolti nell'azione amministrativa. I privati, infatti, attraverso il procedimento che si svolge in contraddittorio, intervengono in maniera collaborativa già in sede di definizione degli interessi e assumono il ruolo di coprotagonisti delle decisioni dell'amministrazione”*.

<sup>115</sup> M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 4/1991, p. 827. L'autore evidenzia il doppio ruolo della Corte di giustizia, cioè di Corte costituzionale in relazione ai Trattati e di supremo giudice amministrativo degli atti dei pubblici poteri, in virtù dell'indistinzione a livello sovranazionale tra normazione e amministrazione.

<sup>116</sup> G. GAJA, voce *Principi del diritto (diritto internazionale)*, *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 534 ss..

Secondo parte della dottrina i principi del diritto europeo non scritto, elaborati dalla Corte sono il risultato di un'interpretazione che fa leva sui metodi ermeneutici tradizionali adattandoli, tuttavia, ai caratteri propri della Unione; un'interpretazione, pertanto, di tipo teleologico-sistematico orientata allo sviluppo e all'integrazione del circuito Stati membri-Unione europea<sup>117</sup>.

Nella creazione dei principi<sup>118</sup> il giudice europeo ha, in primo luogo, tentato di ricavarli in via interpretativa dalle stesse norme di diritto scritto poste a fondamento del sistema (i Trattati). Nei casi di impossibilità, seguendo logiche comparatistiche<sup>119</sup>, ha attinto alle tradizioni giuridiche dei Paesi membri<sup>120</sup>, ispirandosi, altresì, al metodo esegetico dei giudici nazionali.

Normalmente, infatti, la Corte procede secondo il metodo induttivo attraverso il quale seleziona i principi estraendoli da specifiche norme di diritto internazionale e dai vari ordinamenti statali, rielaborando poi il materiale raccolto secondo le esigenze sovranazionali<sup>121</sup>. In relazione alle tecniche applicative, il giudice di Lussemburgo nelle proprie pronunce fa uso dei principi generali secondo un metodo di origine kelseniana, finalizzato più alla salvaguardia del sistema europeo unitariamente inteso che non alle sue singole norme<sup>122</sup>. L'approccio del giudice, di tipo casistico, è teleologicamente orientato alla ricerca di una regola superiore utile alla risoluzione della controversia.

La Corte, quando applica i principi comuni degli Stati membri, si avvale della tecnica dell'"*integrazione selettiva*"<sup>123</sup>, scegliendo e adattando alle finalità europee la disciplina nazionale in tal senso più idonea. A ciò può accompagnarsi, alle volte, il ricorso a forme di diritto comparato.

<sup>117</sup> La Corte di giustizia ritiene che "*ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte*" (Cgce, 17 ottobre 1995, in causa C-83/94, *Leifer* e al., Racc. 1995, p. 3231). Inoltre, secondo il giudice di Lussemburgo, "*ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi*" (Cgce, 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *Cilfit*, Racc. 1982, p. 3415).

<sup>118</sup> Sulla funzione creativa della Corte di Giustizia J. RIVERO-J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2000. J. RIVERO, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de justice de la communauté européenne du charbon et de l'acier, Annuaire français de droit international*, 1958, pp. 295-308. Egli, muovendo dall'idea che il giudice non possa esimersi dal render giustizia, ribadisce il ruolo creativo della Corte di giustizia che si pone al crocevia dell'intreccio di relazioni tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo. A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Jovene, Napoli, 1967. F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, XI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 67 ss.. Secondo l'autore deve riconoscersi alla Corte "*la funzione di creare, sulla base di una utilizzazione delle norme interne come elementi di fatto, norme giuridiche nuove destinate ad assicurare lo svolgimento della sua attività giurisdizionale*". Infatti nei casi in cui la Corte "*si è trovata a non poter utilizzare principi comuni, per risolvere situazioni sottoposte alla sua cognizione e ha dovuto prescindere totalmente, ha finito per svolgere una funzione di creazione autonoma delle norme giuridiche da applicare e di integrazione pertanto della normativa contenuta nei Trattati e negli atti delle istituzioni comunitarie*".

<sup>119</sup> *Contra* G. GAJA, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 61. Secondo l'autore in poche pronunce è possibile ritrovare una vera analisi comparativa. Infatti la Corte di Lussemburgo muove spesso da principi comuni solo ad alcuni degli Stati membri ispirandosi alle soluzioni praticate in alcuni, e alle volte in uno soltanto, degli ordinamenti nazionali.

<sup>120</sup> K. ZWEIFERT, *Les principes généraux du droit des Etats membres*, in W.J. Ganshof Van der Meersch (sus la direction de) *Les nouvelles. Droit des communautés européennes*, Bruxelles, 1969, *passim*. In giurisprudenza Cgce, 18 maggio 1982, in causa C-155/79, *AM&S Europe limited c. Commissione*, Racc. 1982, secondo la quale il diritto europeo "*deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti*" degli Stati membri in quanto esso deriva da "*una compenetrazione non soltanto economica, ma anche giuridica fra gli Stati membri*".

<sup>121</sup> A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, Riv. trim. dir. pubbl. com., 1999, p. 1489. In ambito amministrativo, ad avviso dell'Autore, "*la Corte di giustizia ha assolto ad un compito che va oltre la mera interpretazione per assumere un rilievo integrativo/creativo. Punto di partenza, come per i principi di diritto costituzionale, sono stati gli ordinamenti degli Stati membri e le loro tradizioni giurisprudenziali (...): i principi amministrativi del diritto comunitario non sono peraltro un massimo comun divisore dei principi dei diritti degli Stati membri, ma vengono desunti da questi al meglio, attraverso cioè un momento di selezione*".

<sup>122</sup> Cgce, 5 marzo 1996, in causa C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*, Racc. 1996.

<sup>123</sup> Sulle tecniche di integrazione selettiva P. MENGOZZI, *Diritto privato e diritto comunitario*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1999, pp. 559 ss.. A. BREDIMAS, *Methods of interpretation and communities law*, Amsterdam, 1978, pp. 219 ss.. J. BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence*, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974, pp. 149 ss..

In genere il giudice di Lussemburgo “*tende a non precisare i contenuti specifici dei diversi principi che applica, al fine di garantirsi uno spazio di discrezionalità per la creazione di regole materiali*”<sup>124</sup>. In quest’ottica, con esclusione di ogni automatismo, viene compiuta una selezione qualitativa sì da “*valutare liberamente il grado di generalità dei principi reputati comuni*”<sup>125</sup>, facendo così assurgere a principi generali dell’ordinamento europeo anche soluzioni nazionali minoritarie. Il materiale giuridico delle varie tradizioni nazionali, ove recepito, viene, infatti, rimodellato dalla Corte di giustizia sulle specifiche finalità sovranazionali<sup>126</sup>, attraverso un’attività discrezionale manipolativo-integrativa, che ben si adatta alla duttilità dei principi. Nelle fattispecie sottoposte al proprio vaglio, il collegio lussemburghese può esser chiamato a dirimere conflitti tra due o più principi<sup>127</sup>, compiendo attente valutazioni di prevalenza o coesistenza tra i medesimi.

Il maggior merito da tributarsi ai principi generali si rinviene nella capacità di fungere da formidabile veicolo di circolazione di regole e istituti giuridici da (e verso) gli ordinamenti nazionali. La maggior parte dei principi generali, pur avendo origine nazionale, viene plasmata a livello europeo per poi ridiscendere nelle realtà statuali con sembianze nuove. L’attività propulsiva del giudice europeo ha inciso profondamente sull’azione dei giudici comuni, sempre più dediti alla *mission* dell’applicazione immediata, diretta ed effettiva della normativa europea<sup>128</sup>. È quindi evidente come le convergenze progressive e multidirezionali tra sistemi giuridici<sup>129</sup> si siano realizzate più nelle aule di giustizia che non nelle sedi legislative, mediante la trascinazione dei principi di origine pretoria nell’ordinamento italiano.

Come accennato in precedenza, la generalità dei principi europei si coniuga, inoltre, con l’effetto espansivo di cui sono dotati, sicché gli stessi trovano applicazione non solo nei confronti delle situazioni soggettive sovranazionali ma anche nei riguardi delle situazioni soggettive nazionali non ancora coperte o interessate dal diritto europeo<sup>130</sup>. Sarebbe, infatti, contrario al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) diversificare il trattamento di identiche situazioni in base alla natura della fonte (europea o nazionale). La forza espansiva dei principi tende così ad omogeneizzare i diritti nazionali attraverso un’osmosi delle rispettive discipline.

Pur non disconoscendo gli importanti meriti della Corte di Lussemburgo nella crescita del sistema europeo da più parti si paventa il pericolo che il giudice europeo, esercitando poteri eccessivamente discrezionali, possa travalicare i limiti del *decisum* giudiziale, sconfinando in una attività ultronea di *policy-making*<sup>131</sup>. La dottrina maggioritaria è, però, di diverso avviso. In primo luogo perchè la Corte avrebbe una capacità di *self-restraint* della propria discrezionalità. Inoltre poichè la maggior parte degli orientamenti del giudice lussemburghese, per l’elevato tasso di prevedibilità, è solita conformarsi alle premesse date e agli obiettivi perseguiti, riducendo così i margini di arbitrio.

Il ruolo fondamentale dei principi generali, oltre ad essere ribadito nelle pronunce della Corte di giustizia, viene altresì sancito *expressis verbis* sul piano del diritto positivo all’art. 6 del Trattato di Maastricht e all’art. 117 co. I della Costituzione italiana<sup>132</sup>. Quest’ultima disposizione sottopone la legi-

<sup>124</sup> M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, op. cit., pp. 29 ss.. Dello stesso avviso anche A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, op. cit., pp. 521 ss..

<sup>125</sup> D. SIMON, *Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire*, *Droits*, 1991, pp. 73 ss..

<sup>126</sup> G. BADIALLI, *Il diritto degli Stati nelle Comunità europee*, Milano, 1971, *passim*.

<sup>127</sup> E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. cit., pp. 75. e.

<sup>128</sup> G. MONTEDORO, *Ruolo del giudice e diritto europeo*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>129</sup> A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, op. cit., pp. 521 ss.. A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 6/2005, pp. 1 ss..

<sup>130</sup> Lo *spill over effect* è di immediata percezione, ad esempio, in materia di appalti sotto soglia cui a livello nazionale sono stati progressivamente estesi i principi e le regole europei applicabili teoricamente ai soli appalti sopra soglia. Sulla forza contagiosa dei principi europei. R. ABRAHAM, *Les Principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe: l’influence des jurisprudences européennes*, *Rev. eur. dr. publ.*, 9, 1997, pp. 577 ss..

<sup>131</sup> Tra i vari H. RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policy-making*, *Dordrecht*, 1986, pp. 1 ss.. Così facendo la Corte verrebbe a perdere “*authority and legitimacy*”, trasformandosi in un’istituzione politica priva di base democratica.

<sup>132</sup> Dispone in tal senso l’art. 117 co. I Cost.: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”. La locuzione ordinamento tende a ricomprende anche le sentenze della Corte di giustizia ed i principi dalle stesse formulati e sviluppati.

slazione statale e regionale al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale ossia all'osservanza dell'intero *acquis communautaire* (Trattati, atti di diritto derivato e giurisprudenza europea<sup>133</sup>).

Delineate le funzioni e le caratteristiche dei principi europei è d'obbligo analizzare la questione del fondamento giuridico della potestà di elaborazione dei principi da parte della Corte di giustizia. La stessa Corte, nella sentenza *Stauder* del 1969<sup>134</sup>, si è auto-riconosciuta il potere di formulare principi generali. In tale pronuncia il giudice di Lussemburgo, muovendo dall'art. 288 TCE (ora art. 340 TFUE), si è, invero, auto-attribuita la potestà di forgiare principi generali nonché di vigilare sulla osservanza dei medesimi. La situazione è stata poi favorita dal clima collaborativo nel quale i giudici nazionali, attraverso frequenti rinvii pregiudiziali, hanno progressivamente conferito alla Corte piena legittimazione a produrre diritto vivente (*Lebendes Recht*), "esportando dubbi" ed "importando principi"<sup>135</sup>.

Secondo autorevole dottrina<sup>136</sup>, il potere creativo della Corte di Lussemburgo rinverrebbe, tradizionalmente, il proprio referente normativo nell'art. 220 TCE (ora art. 19 TUE) che attribuisce al giudice europeo il compito di assicurare nell'interpretazione e applicazione del diritto europeo il rispetto del diritto in generale. Secondo altro orientamento la legittimazione della Corte di giustizia si ricaverebbe, invece, dall'art. 173 TCE (ora art. 263 TFUE), disposizione che abilita il giudice a pronunciarsi sui ricorsi per violazione del Trattato o di "qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione"<sup>137</sup>, con la possibilità anche in questo caso di avvalersi di ogni fonte giuridica disponibile (principi inclusi).

In via generale va osservato che i principi generali hanno per lo più natura non scritta, poichè una loro indiscriminata positivizzazione ne ingesserebbe oltremodo l'operatività. Tuttavia tra i principi giurisprudenziali, che hanno ricevuto in seguito codificazione, si segnalano il principio di proporzionalità<sup>138</sup>, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità<sup>139</sup>, il principio di libera circolazione delle merci<sup>140</sup> e delle persone<sup>141</sup> e nell'ambito della Carta di Nizza (oggi "europeizzata"<sup>142</sup>), il diritto di accesso (art. 42)<sup>143</sup> e il diritto ad una buona amministrazione (art. 41)<sup>144</sup>.

<sup>133</sup> Sul ruolo e sulla portata dei principi europei A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da Chiti M.P. e Greco G., Parte generale, tomo I, Giuffrè, 2007, pp. 285-408, spec. p. 297: "In primo luogo i principi generali assicurano la tenuta complessiva del sistema comunitario, presidiando e garantendo le compatibilità ordinali tra il livello sovranazionale e quelli nazionali. In secondo luogo, integrano e arricchiscono il parametro di legalità cui è assoggettata l'amministrazione nel suo modo di essere e di agire nei confronti degli individui e delle collettività di riferimento. In terzo luogo, consentono e favoriscono la circolazione dei modelli e degli istituti giuridici tra i vari ordinamenti, non solo con una direzione che va dal basso verso l'alto o viceversa, ma anche secondo linee orizzontali".

<sup>134</sup> Cgce, sentenza 12 novembre 1969, in causa C-29/69, *Stauder*. Racc. 1969. La Corte altresì afferma che "i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto e, in quanto tali, della propria competenza a garantirne l'osservanza".

<sup>135</sup> G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi, coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, p. 447. In tema anche S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, p. 145. Secondo l'Autore, attraverso la legittimazione dei giudici degli Stati membri, "la Corte di giustizia si è potuta accreditare come organo di produzione del diritto comunitario al più alto livello nel sistema delle fonti sovranazionali (vale a dire al livello dei principi), e con caratteri del tutto peculiari: rimanendo estranea ai mutevoli orientamenti delle burocrazie nazionali (...) essa si è dimostrata capace-nei fatti-di produrre in tempi relativamente celeri regole certe, stabili e (accettate come) cogenti; regole la cui effettiva applicazione, grazie alla diffusa ricettività dei giudici nazionali, si è imposta a dispetto degli atteggiamenti non sempre collaborativi dei legislatori interni e delle posizioni talora eccessivamente caute dello stesso legislatore comunitario".

<sup>136</sup> P. PESCATORE, *Diritto comunitario e diritto nazionale secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee*, Foro it., IV, 1970, pp. 38 ss..

<sup>137</sup> H.G. SCHERMERS, *Judicial protection in the European Communities*, Antwerp, 1983, pp. 1 ss..

<sup>138</sup> In tal senso l'art. 5 TCE recita: "L'azione della comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato".

<sup>139</sup> Art. 12 TCE, ora art. 30 TFUE.

<sup>140</sup> Art. 23 TCE ora art. 28 TFUE.

<sup>141</sup> Art. 39 TCE, ora art. 39 TFUE.

<sup>142</sup> O. POLLICINO-V. SCARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, Dir. pubbl. comp. eur., n. 1/2008, pp. 101 ss..

<sup>143</sup> Peralto già previsto all'art. 255 TCE (ora art.15 TFUE).

<sup>144</sup> In tema J. WAKEFIELD, *The right to good administration*, Kluwer, 2007. R. BIFULCO, *Articolo 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di, Bifulco

I principi procedurali, come la partecipazione degli interessati, l'obbligo di motivazione e trasparenza, nonché quelli posti a tutela delle libertà fondamentali e delle situazioni giuridiche individuali, costituiscono parti essenziali non soltanto di un diritto amministrativo ormai comune a più sistemi giuridici, ma anche di una “*international rule of law*”<sup>145</sup> o di una “*rule of law globale*”<sup>146</sup>.

Tali principi, dalla portata trasversale, investono con la propria *vis expansiva* le realtà nazionali, esaltando, da un lato, i diritti e le pretese del cittadino e ridimensionando, dall'altro, il privilegiato autoritarismo dei pubblici poteri<sup>147</sup>.

### VIII. L'importanza delle sentenze della Corte di giustizia nel quadro di una progressiva valorizzazione del diritto giurisprudenziale

8. La capillare infiltrazione dei principi europei negli ordinamenti nazionali si deve innanzitutto al ruolo di fonte del diritto attribuito alle pronunce della Corte di giustizia che hanno forgiato e sviluppato tali principi. Le sentenze del giudice europeo, infatti, a differenza delle comuni statuizioni giurisdizionali, esplicano una efficacia non già *inter partes* ma *erga omnes*, ponendosi al vertice del sistema sovranazionale delle fonti<sup>148</sup>. Le pronunce del giudice di Lussemburgo hanno contribuito in maniera decisiva alla europeizzazione del diritto nazionale e, segnatamente, del diritto amministrativo, in un contesto intriso della cultura positivista del primato della legalità formale<sup>149</sup>.

L'esaltazione della figura del giudice si iscrive nella crisi dello Stato oltre che nell'appannamento della sovranità statale e nell'eclissi dello strumento legislativo. Tali fenomeni hanno prodotto un rimescolamento degli assetti politici ed istituzionali, valorizzando l'attivismo creativo dei giudici<sup>150</sup>, “*capace di ricollocare nel presente le previsioni legislative e di ridefinirle, trovando le dizioni adatte al singolo caso: la giurisprudenza riafferma le ragioni del presente in un contesto giuridico, fluido, mutevole e multipolare*”<sup>151</sup>; ed i principi ne sono il più importante strumento.

Si parla oggi di “*signoria giurisprudenziale*” sul diritto proprio per sottolineare l'influenza decisiva dell'azione dei giudici sugli assetti normativi, in uno scenario sempre più caratterizzato dalla crisi dello strumento legislativo<sup>152</sup>.

---

R., Cartabia M., Celotto A., Bologna, 2001, pp. 284 ss.. K. KÅNSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*, *Eur. Law Journ.*, 2004, p. 296.

<sup>145</sup> E.U. PETERSMAN, *How to promote the international rule of law?*, *Journal of International Economic Law*, n. 1/1998, p. 25.

<sup>146</sup> S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/1993, pp. 769-774.

<sup>147</sup> E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, op. cit., p. 127 ss..

<sup>148</sup> C. AMALFITANO, *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, *Dir. Un. Eur.*, n. 4/2009, p. 789. C. CURTI GIALDINO, *Acquis communautaire*, *Dir. Un. Eur.*, n. 3/1996, pp. 643-668. G. GUARINO, *Verso l'Europa. Ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, pp. 1 ss.. A. PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, *Dir. Un. Eur.*, 1996, pp. 40 ss..

<sup>149</sup> Sul protagonismo dei giudici nell'odierno scenario europeo e mondiale G.N. TATE-T. VALLINDER (a cura di), *The global expansion of judicial power*, New York, New York University Press, 1995, *passim*.

<sup>150</sup> Nell'odierno contesto giuridico, dominato dall'attenuazione del principio di separazione dei poteri, anche la funzione del giudice si arricchisce di contenuti nuovi: alla tradizionale funzione di applicazione della legge si giustappongono compiti creativi a contenuto normativo; il giudice non si limita a dare attuazione a principi esistenti ma si spinge sino alla elaborazione di principi nuovi. Quest'opera innovativa del giudice consente di inquadrare, a pieno titolo, la giurisprudenza tra le fonti del diritto. In ambito europeo la prassi della Corte di giustizia è nel senso della formulazione di principi generali non scritti attraverso forme di interpretazione teleologico-sistematiche della normativa sovranazionale. Le pronunce della Corte, aventi un'efficacia *lato sensu erga omnes*, sono direttamente applicabili negli Stati membri e prevalgono sul diritto nazionale. Con riferimento all'attivismo creativo dei giudici si veda, *ex plurimis*, S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 1 ss..

<sup>151</sup> M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 51.

<sup>152</sup> M. LUPOI, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 247 ss.. La legge, cristallizzata nei tradizionali caratteri di un tempo ed ancorata a puntuali coordinate spazio-temporali, non riesce ad adeguarsi al nuovo scenario delle fonti del terzo millennio. Lo strumento legislativo si rivela, così, inadatto a fronteggiare le nuove sfide poste dalla europeizzazione e globalizzazione della produzione normativa. Il legislatore, alle volte incapace di offrire soluzioni soddisfacenti, è sempre più coadiuvato dalla giurisprudenza, il cui attivismo creativo tende a supplire alle inefficienze della legge. Del resto

La “*vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*”<sup>153</sup> si sviluppa proprio attraverso la cooperazione tra Corti sovranazionali e giudici interni. “*Del resto, in un contesto in cui la categoria della fonte-legge è tuttora sconosciuta all’ordinamento comunitario, il processo di integrazione europea si è sviluppato soprattutto sul fronte della giurisdizione e su quello dell’amministrazione*”<sup>154</sup>. L’emergere dell’idea della giurisdizione come “*istituzione vincente*”, tipica dei Paesi di *common law*, viene, quindi, ad interessare anche l’Europa continentale ed il giudice europeo<sup>155</sup>.

Quanto al peso giuridico delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, esse hanno valore generale e vincolante nei confronti di tutti i soggetti degli Stati membri, anche oltre il caso deciso. In virtù di una efficacia *erga omnes*, tali statuizioni sono fonti del “*diritto vivente*”<sup>156</sup>, costituendo frammenti di norme giuridiche assimilabili alla normativa scritta. Come efficacemente sostenuto il diritto giudiziale è, di fatto, una fonte autorità per tutti i pubblici poteri. Pur essendo ciò unanimemente riconosciuto, di tale ruolo non vi è traccia nella ricostruzione positiva del sistema delle fonti neppure nel Trattato di Lisbona<sup>157</sup>.

Le pronunce del giudice europeo hanno portata dichiarativa, determinando l’ampiezza e il contenuto delle norme sovranazionali con la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate<sup>158</sup>. La rilevanza del precedente nella giurisprudenza della Corte di giustizia presenta caratteri peculiari, non identificandosi integralmente nei modelli né di *civil law* né di *common law*, ma attingendo sia dagli uni

---

l’inesorabile crepuscolo dell’atto legislativo nazionale viene gradualmente accelerato dalla concorrenza di moduli normativi più elastici e meno rigidi, quali appunto le sentenze, che trovano maggior spazio in un’area giuridica europea costantemente alimentata dal diritto giurisprudenziale del giudice di Lussemburgo. In relazione all’attivismo giudiziario della Corte di giustizia si veda il contributo di T. TRIDIMAS, *The European Court of Justice and judicial activism*, *Eur. Law Rev.*, 1996, pp. 199 ss.. Secondo l’autore la creatività della Corte è riconducibile essenzialmente a tre fattori:

- a) l’assenza di disposizioni sull’interpretazione del diritto europeo nei Trattati;
- b) l’inerzia delle istituzioni europee nella fase iniziale del percorso di integrazione tra gli Stati membri;
- c) la natura frammentaria delle disposizioni dei Trattati.

<sup>153</sup> N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 41 ss.. Il maggiore peso acquisito dalla giurisprudenza -secondo l’Autore- si condensa in ciò che, sia pure con varia intensità qualitativa, il precedente assume a punto di riferimento destinato a proiettarsi sulle decisioni degli altri giudici, nonchè sull’esercizio della funzione amministrativa, assicurando in tal modo una certa uniformità giuridica. Sulle ragioni della rinnovata centralità della funzione giurisdizionale anche A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 62 ss.. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, op. cit., pp. 865 ss..

<sup>154</sup> A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, op. cit., p. 70. In argomento si rinvia anche al contributo di R. MANFRELOTTO, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell’integrazione europea*, Torino, 2004, pp. 1 ss..

<sup>155</sup> A.J. MACKENZIE STUART, *The European communities and the rule of law*, London 1977, *passim*. In base al Trattato CECA (1951) la Corte di giustizia avrebbe dovuto rivestire il diverso ruolo di organo di vigilanza preposto alla difesa delle istituzioni dell’Unione Europea e dell’Alta autorità dai tentativi degli Stati membri di recuperare la sovranità perduta. Al contempo la Corte si sarebbe dovuta occupare della verifica circa il rispetto, da parte delle istituzioni, dei limiti ad esse imposti dai Trattati alla luce del principio delle competenze di attribuzione. Tuttavia nel corso dei decenni il giudice europeo ha acquisito un protagonismo senza precedenti, ritagliandosi maggiori spazi e poteri di intervento, con il risultato di contribuire in maniera determinante alla crescita dell’ordinamento europeo e alla diffusione dei suoi principi all’interno degli ordinamenti nazionali. In proposito anche F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, *Riv. Dir. Eur.*, 1990, pp. 229 ss.. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, op. cit., p. 79: “*Di fronte alla molteplicità ed alla eterogeneità delle fonti, le istituzioni giudiziarie diventano una sorta di metafonte, nella misura in cui sono in posizione privilegiata per stabilire in maniera autoritativa nessi, rapporti gerarchici, connessioni, mediazioni tra pezzi di materiale giuridico eterogenei e provenienti da svariate fonti. Persino problemi di rapporto tra fonti nazionali e fonti sovranazionali, internazionali e transnazionali possono ricevere sistemazione ed assetti preferibilmente in questa sede*”.

<sup>156</sup> Sulle caratteristiche del diritto giurisprudenziale, quale diritto vivente, G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, *Riv. dir. cost.*, 2004, p. 249. M. CAVINO, *Il precedente tra certezza del diritto e libertà del giudice: la sintesi nel diritto vivente*, *Dir. soc.* 2001, p. 159. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.* 1968, p. 1148. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, pp. 1 ss.. E. FEBBRAIO, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, *Soc. dir.*, n. 3/1982, pp. 137 ss.. E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1984, *passim*. E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, 2008, pp. 1 ss..

<sup>157</sup> F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*. Secondo l’autore le pronunce della Corte di Lussemburgo dovrebbe trovare una collocazione sistematica ufficiale tra le fonti del diritto.

<sup>158</sup> Corte cost., 19 aprile 1985, n. 113. Corte cost., 3 luglio 1989, n. 389, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

sia agli altri<sup>159</sup>. Le sentenze della Corte, quale organo di vertice, hanno portata vincolante per il Tribunale di primo grado, per i giudici nazionali<sup>160</sup>, nonché per gli altri pubblici poteri nazionali e per i soggetti, persone fisiche e giuridiche, della Unione europea.

In una nota pronuncia la Corte di Lussemburgo<sup>161</sup> giunge ad affermare apertamente la prevalenza delle proprie statuizioni anche sulle decisioni delle Corti costituzionali nazionali. Inoltre si statuisce l'obbligo a carico dei giudici domestici di disapplicare qualsivoglia normativa interna in conflitto con i principi generali di fonte pretoria.

Dunque la violazione delle sentenze della Corte di Giustizia e dei principi in esse proclamati costituisce grave violazione del diritto europeo per il ruolo di fonte del diritto assegnato alla giurisprudenza europea.

## IX. Il conflitto tra principi europei e norme nazionali

9. La questione del conflitto tra principi europei e norme nazionali si inquadra nella più ampia tematica della giurisdizionalizzazione del diritto, vista nella prospettiva della prevalenza del diritto pretorio di matrice europea sul diritto nazionale legalmente dato.

In ossequio alla primazia dell'ordinamento sovranazionale sull'ordinamento interno, il conflitto tra una norma europea ed una norma nazionale deve essere risolto nel senso della prevalenza della prima con conseguente disapplicazione della seconda<sup>162</sup>.

Occorre domandarsi se il primato del diritto europeo riguardi qualsiasi norma dotata di effetto diretto oppure le sole norme scritte con esclusione, quindi, dei principi non codificati di elaborazione pretoria. Conseguentemente è lecito chiedersi se il rimedio della disapplicazione sia esperibile solo in caso di antinomia tra regole codificate (l'una nazionale l'altra europea) o anche tra una regola legalmente data (ad es. una legge statale) e un principio non scritto (definito in una sentenza della Corte di giustizia). Contestualmente va chiarito se i principi non scritti godano o meno del requisito della diretta applicazione ai fini dell'operatività della disapplicazione della norma nazionale con essi confliggente.

Per un'esauriente risposta ai quesiti sopra indicati, occorre partire dalla collocazione che i principi europei hanno nel sistema delle fonti. Come detto in precedenza, secondo l'orientamento maggioritario tali principi assumerebbero rango primario, disponendosi al vertice del sistema normativo europeo e nazionale in posizione equiordinata ai Trattati<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., pp. 39 ss.. A differenza dei sistemi di *common law*, il precedente non rappresenta un vero e proprio vincolo per il giudice comunitario "e ciò sia per la carenza di una struttura gerarchica nel sistema -essendo la Corte di giustizia per lo più giudice di unica istanza-, sia per la pratica stessa della Corte, che nelle sue sentenze non ha mai esplicitamente e semplicemente espresso una volontà di seguire le sue decisioni anteriori; sia, soprattutto, perché il principio dello *stare decisis* non è compatibile, né è desiderabile, in un ordinamento dinamico come quello comunitario, perché ne impedirebbe la trasformazione e l'adattamento ad opera della Corte". Ma al contempo, a differenza dei Paesi di *civil law*, il giudice di Lussemburgo non decide solo riferendosi ai testi di legge. Nel sistema europeo il precedente viene spesso richiamato nelle pronunce della Corte di giustizia, mediante riproduzione di intere parti di precedenti sentenze. Ciò avviene nei soli casi in cui il giudice europeo "intende seguire il precedente, non quando vuole discostarsene, limitandosi, in tal caso, ad occuparsi semplicemente della questione controversa. Allo stesso modo la Corte non ha esitato ad allontanarsi totalmente dalle proprie posizioni, laddove il cambiamento sia necessario e funzionale agli scopi del diritto comunitario, così come è stata sollecitata nel limitare l'incidenza applicativa dei precedenti, in relazione alle differenze del caso concreto". Per una trattazione di più ampio respiro della tematica del precedente giurisprudenziale E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it). R. THOMAS LEE, *Stare decisis in historical perspective: from the founding Era to the renquist Court*, 52, *Vanderbilt Law Review*, 1999, pp. 647-735. N. DUXBURY, *The Nature and authority of precedent*, Oxford, 2008, pp. 1 ss.. M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?*, *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 109.

<sup>160</sup> L. LORELLO *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., pp. 39 ss.

<sup>161</sup> Cgce, 7 settembre 2006, in causa C-81/2005, *Cordero c. Fondo de garantia salarial*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>162</sup> Sulla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con il diritto europeo C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., pp. 125 ss.. V. ITALIA, *La disapplicazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 9 ss..

<sup>163</sup> M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, op. cit., pp. 1 ss.. C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, op. cit., p. 32: I principi generali sono parte integrante del diritto europeo e vincolano "in pari misura dei

Per quanto concerne il problema dell'efficacia diretta dei principi, se, da un lato, la stessa è pacificamente asserita dal giudice europeo, dall'altro, in ambito nazionale si registrano taluni dissensi della giurisprudenza, segnatamente tra i giudici amministrativi. Il Consiglio di Stato, ad esempio, in una pronuncia del 2005, ha escluso la diretta efficacia dei principi generali del Trattato in caso di conflitto tra questi ed una norma nazionale. In assenza di una normativa di settore emessa dagli organi sovranazionali, il giudice comune non può ricorrere alla disapplicazione per mancanza di una disciplina europea direttamente applicabile. Infatti *“il giudice nazionale è tenuto ad applicare direttamente la normativa comunitaria che regoli la materia in maniera difforme dalla legge nazionale, ma a tal fine non può utilizzarsi il principio”* perché *“in questo caso si richiede una attività di interpretazione del principio generale enunciato dal Trattato e di verifica della compatibilità della norma interna con il principio medesimo, che dovrebbe essere devoluta alla Corte di Giustizia”*<sup>164</sup>. In caso contrario il giudice nazionale, anziché risolvere il caso secondo la disciplina sovranazionale adottata dagli organi competenti, finirebbe per creare egli stesso la norma mancante. Secondo tale orientamento non potrebbe addursi ad argomento contrario la maggior vaghezza dei principi rispetto alle regole scritte. Generalità e genericità sono sfere concettuali distinte e separate che non vanno sovrapposte, di talché i principi, essendo generali ma non generici, godono della stessa precettività delle regole e quindi della stessa idoneità a dispiegare una efficacia diretta<sup>165</sup>.

Questa sentenza si pone, però, in contraddizione rispetto ad una precedente pronuncia con cui i giudici di palazzo Spada hanno ammesso la disapplicabilità di una norma di legge interna in contrasto con i principi europei (di libera prestazione dei servizi e di libera concorrenza) riconoscendo, altresì, la diretta applicabilità dei medesimi<sup>166</sup>.

In generale la tesi che disconosce la diretta efficacia dei principi conati e sviluppati dalla Corte di Lussemburgo appare sempre più minoritaria nella giurisprudenza italiana per la diffusa consapevolezza del ruolo di fonte del diritto assunto dalle pronunce del giudice europeo. I principi dell'ordinamento europeo, infatti, hanno cogenza diretta ed efficacia generale, in quanto le sentenze della Corte di giustizia, che li plasmano e li sviluppano, sono considerate fonti del diritto, con efficacia *erga omnes*. Un altro argomento che milita nella direzione del riconoscimento della diretta efficacia è individuabile nella frequente derivazione dei principi europei da disposizioni del Trattato direttamente applicabili.

L'orientamento più accreditato e diffuso, dunque, riconosce a tali principi, ed in particolare a quelli non scritti di origine pretoria, efficacia diretta all'interno degli Stati membri nei confronti sia dei pubblici apparati sia delle persone fisiche e giuridiche. Da tale impostazione discende, come corollario, l'obbligo per i giudici e le amministrazioni nazionali di disapplicare, come *extrema ratio*, le norme nazionali in insanabile contrasto con principi sovranazionali<sup>167</sup>. La Corte invita in molti casi gli Stati membri ad assicurare la conformità dei propri atti anche nei casi di formazione di una *res iudicata*<sup>168</sup>. Di-

---

*Trattati, tutti gli Stati che danno ingresso al diritto comunitario nel loro ordinamento”*. Del medesimo avviso Cgce, 18 giugno 1991, in causa C-260/89, *Ert c. Dep*, Racc. 1991, I-2925. Trib. I grado, 8 luglio 2004 in cause riun. T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00, *Jfe Engineering corp.*, Racc. 2004, II, p. 2501.

<sup>164</sup> Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>165</sup> Per quanto concerne la capacità dei principi generali di produrre effetti diretti in sede di applicazione del diritto si rinvia agli studi di teoria generale di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, op. cit., V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, op. cit., p. 41. S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto*, (*dir. cost.*), *Enc. dir.*, vol. XXXV, op. cit., p. 494 ss..

<sup>166</sup> Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nel caso di specie viene poi censurata la violazione della libertà di stabilimento, principio cui la Corte di giustizia ha in più occasioni riconosciuto efficacia diretta. *Ex multis* Cgce, 11 marzo 2004, in causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, Racc. 2004, I-2409. Cgce, 13 aprile 2000, in causa C-251/98, *Baars*, Racc. 2000, I-2787. Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-311/97, *Royal bank of Scotland*, Racc. 1999, I-2651.

<sup>167</sup> Le amministrazioni pubbliche nazionali sono il *“braccio secolare”* delle autorità sovranazionali nel dare esecuzione all'*acquis* europeo e nell'assicurarne l'osservanza.

<sup>168</sup> In giurisprudenza, da ultimo, Cgce, 10 luglio 2014 in causa C-213/13, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), valorizza i principi di uguaglianza ed effettività invitando gli Stati membri in caso di *res iudicata* antieuropea ad individuare rimedi straordinari per rimettere in discussione la sentenza su un atto violativo del diritto europeo come in taluni casi l'ordinamento nazionale prevede già per situazioni interne (revisione, opposizione di terzo, revocazione) applicandoli anche ai casi di non conformità all'ordinamento UE di un atto amministrativo definitivo.

versamente opinando, il primato dell'ordinamento europeo verrebbe depotenziato sino ad azzerarsi. Per tali ragioni l'ambito operativo della disapplicazione si è progressivamente esteso fino a ricomprendere gli atti nazionali sia normativi sia atti amministrativi, a testimonianza dunque della capacità espansiva dei principi sovranazionali e della supremazia dell'ordinamento europeo sulle fonti interne anche di rango costituzionale.

Certamente un simile scenario, fondato sulla diretta efficacia dei principi e sulla disapplicazione della norma interna con essi in conflitto, ha un impatto rivoluzionario sul *modus operandi* dei pubblici poteri nazionali, oggi costretti a disapplicare ogni norma nazionale in contrasto sia con le disposizioni del Trattato e gli atti di diritto derivato, sia con i principi non scritti formulati dalla Corte di giustizia. E poichè i principi, di regola, militano nella direzione dell'ampliamento delle libertà degli amministrati, è evidente la rivoluzione copernicana che investe (e investirà sempre più in futuro) l'*agere* delle pubbliche autorità nazionali (ed europee), attraverso una progressiva espansione degli spazi di libertà del cittadino.

A ben vedere tanto i giudici quanto le amministrazioni nazionali devono convincersi a deporre i tradizionali parametri positivistic di un diritto statico e legislativamente dato, per ricalibrare la propria *mens* ed il proprio metodo di indagine su fonti giuridiche (le sentenze ed i principi in esse enunciati) in continuo divenire ed in perenne mutamento. Una prospettiva che richiede all'operatore giuridico nazionale un approccio maggiormente casistico che, dalla fattispecie concreta, consenta di ricavare la *vis* espansiva del principio, estendendone gli effetti a fattispecie analoghe o similari.

A tutto ciò deve abbinarsi, agli albori del terzo millennio, la conoscenza dei processi di interazione tra plurime fonti, scritte e non, nonchè delle tecniche di risoluzione dei conflitti tra due o più principi europei e tra questi e le norme nazionali. A fronte del carattere relativo dei principi, al giudice, europeo e nazionale, è richiesta un'attività di bilanciamento capace di individuare la *regula iuris* del caso concreto. E proprio in quest'opera ermeneutica si realizzano circuiti integrati di collaborazione tra giudice europeo e giudici comuni. Del resto se è vero che le pronunce della Corte di giustizia rappresentano il modello di riferimento per l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale, è altrettanto vero che spetta ai giudici nazionali il compito di verificare all'interno della cornice sovranazionale l'adeguatezza e la rilevanza dei principi, dandovi attuazione nelle fattispecie concrete.

Utilizzando come coordinate di riferimento i valori del primato, della diretta efficacia e della leale cooperazione, il giudice domestico è tenuto ad acclarare la sussistenza di eventuali contrasti tra le norme nazionali e le norme europee (*in primis* i principi generali) e a risolvere i conflitti prima a livello ermeneutico con il rimedio dell'interpretazione conforme<sup>169</sup> delle norme domestiche (sostanziali e processuali<sup>170</sup>) alle fonti europee; qualora poi tale strumento si riveli inefficace si percorrerà per gradi prima la via del rinvio pregiudiziale (utilizzabile dal giudice ma non dalla Pubblica Amministrazione) e da ultimo si farà ricorso al rimedio disapplicatorio della norma interna confliggente con l'ordinamento europeo. L'uso del rimedio disapplicatorio, lungi dall'essere automatico, deve costituire l'*extrema ratio* cui avvalersi nell'ipotesi in cui l'interpretazione conforme ed il rinvio pregiudiziale non siano di alcuna utilità per la risoluzione del conflitto.

Il giudice comune è, in definitiva, chiamato a maneggiare con cura tali strumenti in vista dell'uniforme applicazione del diritto europeo negli ordinamenti statali. Egli, lungi dall'essere una mera appendice esecutiva della Corte di giustizia, è il primo giudice europeo, investito della funzione di far vivere ed operare le regole ed i principi dell'Unione europea all'interno dei sistemi giuridici nazionali.

---

<sup>169</sup> In proposito G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 239: "L'interpretazione conforme, infatti, è una forma di cooperazione giudiziaria anticipata, che serve a prevenire ed evitare tanto il rinvio pregiudiziale quanto la disapplicazione: un mezzo molto meno invasivo, quindi, per garantire l'effetto utile delle norme europee". A. GENTILI, *Relazione al Convegno: "L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico"*, Accademia dei Concordi, Rovigo, 15-16 maggio, 2014.

<sup>170</sup> A riguardo, per esempio, in dottrina N. PIGNATELLI, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, *Giur. cost.*, 2008, pp. 3644 ss..

## X. L'illegittimità europea dell'atto amministrativo: tipologie, caratteri e poteri del giudice

10. Nell'alveo della nuova legalità europea il giudizio di conformità dell'atto amministrativo ha come parametri di riferimento tanto la normativa nazionale quanto il diritto sovranazionale. Quest'ultimo si articola in regole codificate di rango primario (Trattati) o secondario (direttive, regolamenti, decisioni) ed in principi non scritti di fonte pretoria, collocabili al livello dei Trattati. Come è noto, le violazioni dell'*acquis* europeo possono essere perpetrate da atti nazionali sia legislativi che amministrativi<sup>171</sup>, essendo irrilevante a livello europeo la distinzione tra attività normativa e amministrativa<sup>172</sup>.

I principi del primato e dell'effetto diretto assicurano, di regola, la prevalenza dell'ordinamento europeo sugli atti nazionali, indipendentemente dal *nomen iuris* e dalla forma giuridica assegnati dall'ordinamento interno<sup>173</sup>. Qualora il conflitto investa una disposizione normativa (ad es. una legge statale) è pacifico che il giudice possa, all'esito infruttuoso dell'attività di interpretazione conforme, disapplicare l'atto interno. Viceversa la questione si fa più intricata ove la violazione sovranazionale sia cagionata da un atto amministrativo<sup>174</sup>. Quest'ultimo può porsi in contrasto diretto o indiretto con l'ordinamento europeo.

Nella prima ipotesi di contrasto diretto l'atto amministrativo dà esecuzione immediata alla disposizione UE senza il diaframma di alcuna norma nazionale<sup>175</sup>.

Nel secondo caso, viceversa, di conflitto indiretto, si assiste alla interposizione di una norma interna, cui l'atto amministrativo offre applicazione, mutuandone la non conformità al diritto europeo.

La tematica del conflitto diretto o indiretto degli atti amministrativi nazionali con la normativa sovranazionale si intreccia al problema della natura dei rapporti che intercorrono tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento dell'Unione europea. L'adesione alla tesi monista o dualista ha, infatti, significative ricadute sul regime degli atti amministrativi antieuropei e sulla relativa disciplina processuale. In base all'opzione prescelta, a seconda dei casi, si parla in dottrina e in giurisprudenza di nullità annullabilità o disapplicabilità dell'atto amministrativo<sup>176</sup>. Occorre pertanto procedere alla risoluzione delle plurime questioni sul tappeto.

<sup>171</sup> In proposito G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 218: "Il punto di partenza di ogni ragionamento sul tema è che la violazione del diritto europeo può discendere non solo da atti statali generali e astratti (come regolamenti, leggi, norme in genere) ma anche da provvedimenti puntuali e concreti, per una illegittimità commessa nell'esercizio della funzione pubblica". E.M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2000, pp. 152 ss..

<sup>172</sup> Sulla tematica dell'atto amministrativo nazionale lesivo del diritto europeo, tra i tanti, S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1 ss.. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1-185. G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero sull'insostenibile leggerezza del processo impugnatorio)*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2008, pp. 519 ss.. G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, Dir. Un. Eur., n. 4/2007, pp. 747 ss.. G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, Riv. it. dir. pubbl. com. 2006, pp. 518 ss..

<sup>173</sup> Il principio della disapplicazione della norma interna in conflitto con il diritto europeo concerne non solo "norme generali ed astratte ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti" (Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, Racc. 1999, I, p. 2517).

<sup>174</sup> Con riferimento alla controversa tematica della disapplicazione dell'atto amministrativo antieuropeo S. TORRICELLI *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, op. cit., pp. 158 ss..

R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 1 ss. G. CHIOLA, *L'ordinamento comunitario e l'attività della pubblica amministrazione in Italia*, Aracne, Roma, 2007, *passim*.

<sup>175</sup> Una forma di contrasto diretto si ha, ad esempio, in presenza di una direttiva attuata attraverso atti amministrativi generali in materie non disciplinate da legge o regolamento né coperte da riserva di legge.

<sup>176</sup> In ordine alle molteplici tesi sostenute G. CHIOLA, *Considerazioni sulla legalità comunitaria dell'atto amministrativo*, Aracne, Roma, 2003, pp. 37 ss.. M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 827. R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, Giur. it., 1989, III, p. 149. R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, Dir. proc. amm., VIII, 1990, pp. 284 ss..

In primo luogo pare opportuno principiare dalla disamina delle varie ipotesi di violazione del diritto europeo ad opera di un atto amministrativo. Secondo una parte della dottrina sarebbero configurabili tre casi di invalidità dell'atto amministrativo nazionale per contrasto con norme e principi sovranazionali<sup>177</sup>:

1) la prima ipotesi è quella in cui la P.A. emani un atto amministrativo in diretta applicazione (e violazione) della norma europea, senza il diaframma di una norma nazionale. Da ciò discende illegittimità dell'atto amministrativo e la sua annullabilità.

La giurisprudenza amministrativa, in adesione alla tesi monista, ritiene, infatti, che “*una volta che la norma comunitaria sia entrata a far parte integrante dell'ordinamento interno*”, essa benefici “*del medesimo regime accordato alle altre disposizioni dell'ordinamento nazionale quanto all'eventuale giudizio di legittimità di un provvedimento amministrativo*”<sup>178</sup>. Proprio in virtù dell'integrazione tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, la normativa europea vigente in Italia costituisce parametro di legittimità dell'atto amministrativo nazionale e la sua lesione è riconducibile al più ampio concetto di violazione di legge, quale vizio di annullabilità del provvedimento.

Da questa tesi promanano alcuni corollari in ordine alla forma di tutela attivabile ed ai poteri esperibili dal giudice. *In primis*, essendo il provvedimento illegittimo, l'interessato ha l'onere di impugnarlo, a pena di decadenza, entro 60 gg.<sup>179</sup>, nell'ambito di un giudizio di annullamento dalle finalità demolitorie. La stessa regola, del resto, viene applicata dalla Corte di Lussemburgo con riferimento agli atti europei illegittimi. Di conseguenza, al fine di scongiurare un'elusione del termine decadenziale, il giudice amministrativo, non può, di regola e salvo casi eccezionali<sup>180</sup>, disapplicare l'atto amministrativo per violazione di una disposizione sovranazionale<sup>181</sup>. A riguardo si segnala il contrario orientamento del giudice europeo favorevole, invece, all'estensione del rimedio disapplicatorio tanto agli atti normativi quanto agli atti amministrativi.

2) La seconda fattispecie di invalidità degli atti amministrativi per violazione della normativa europea è configurabile allorché la P.A. emani un provvedimento sulla base di una norma nazionale incompatibile con una norma o un principio europeo direttamente applicabili. Si tratta della c.d. invalidità indiretta. L'atto amministrativo riceve, dunque, il vizio di legittimità europea dalla norma di legge alla quale, in base al principio di legalità che governa l'azione amministrativa, è tenuto a dare attuazione. Tuttavia, dai principi del primato e dell'efficacia diretta, che determinano la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale, scaturisce in capo al giudice e alle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo di disapplicare le norme interne in conflitto con la normativa europea<sup>182</sup>. Nella fattispecie *de qua* si assiste proprio alla disapplicazione, da parte della amministrazione, della norma statale con successiva applicazione della norma sovranazionale, quale nuovo parametro di legittimità dell'atto amministrativo.

L'obbligo di disapplicazione normativa, imposto dalla Corte di giustizia a tutti i pubblici poteri nazionali (ivi comprese le Pubbliche Amministrazioni)<sup>183</sup>, è stato gradualmente recepito sia dalla Corte costituzionale<sup>184</sup> che dalla giurisprudenza amministrativa<sup>185</sup>. Attraverso il rimedio disapplicatorio il giu-

<sup>177</sup> Più in generale sulla invalidità europea dell'atto amministrativo si vedano, tra gli altri, G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell'atto amministrativo inopponibile*, op. cit., pp. 217-263. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, op. cit., pp. 158 ss.. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, op. cit., pp. 1-185. R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007, pp. 1 ss.. R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>178</sup> Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>179</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>180</sup> Ad esempio nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva nelle quali, allo scopo di evitare ingiustificate differenziazioni tra identiche situazioni soggettive, si riconoscono al giudice amministrativo, con riferimento ai diritti soggettivi, gli stessi poteri del giudice ordinario.

<sup>181</sup> Cgce, 24 ottobre 1996, in causa C-72/1995, *Kraaijeveld*, Racc. 1996.

<sup>182</sup> A. NOCERINO GRISOTTI, *Disapplicazione della normativa interna, in contrasto con quella comunitaria, da parte del giudice e della pubblica amministrazione statale e regionale*, in AA.VV., *Regioni, Costituzione e rapporti internazionali*, a cura di A. Mattioni e G. Sacerdoti, Milano, 1995, p. 245.

<sup>183</sup> Cgce, 22 giugno 1989, in causa C-103/1988, *Fratelli Costanzo*, Racc. 1989.

<sup>184</sup> Corte cost., 4 luglio 1989, n. 389, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>185</sup> *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2005, n. 2, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

dice accerta, in relazione al caso di specie, l'inefficacia della norma nazionale confliggente con il diritto europeo, con il conseguente divieto per la Amministrazione di darvi applicazione. Ove ciò accadesse ne discenderebbe un'invalidità europea indiretta dell'atto amministrativo nazionale.

Occorre a questo punto domandarsi se, in una tale ipotesi, l'atto invalido sia da qualificare come nullo o come annullabile. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie<sup>186</sup> sostengono la tesi dell'annullabilità, ricavandola *a contrario* dalla lettera dell'art. 21-*septies* l. 241/90, che non contempla tra i casi di nullità dell'atto amministrativo l'ipotesi di contrasto con la normativa sovranazionale<sup>187</sup>.

Essendo la nullità un regime di invalidità eccezionale, e quindi tassativo, l'inosservanza della norma europea renderebbe l'atto amministrativo illegittimo e, dunque, annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies* I co. l. 241/90 per vizio di violazione di legge. Secondo questo orientamento la nullità del provvedimento sarebbe configurabile qualora il provvedimento nazionale venisse "*adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile (e quindi disapplicabile) con il diritto comunitario*"<sup>188</sup>. In questa fattispecie si assisterebbe, così, alla nullità dell'atto per difetto assoluto di attribuzione (vizio rientrante nella previsione dell'art. 21-*septies*), poiché la norma da disapplicare sarebbe la norma fondante il potere amministrativo. Si tratta comunque di un'ipotesi assai rara<sup>189</sup>, in quanto nel sistema amministrativo italiano "*le norme attributive del potere sono norme di diritto nazionale e (...) il diritto comunitario difficilmente vi interferisce*"<sup>190</sup>.

La summenzionata tesi della nullità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto europeo è stata aspramente criticata<sup>191</sup>. In particolare secondo autorevole dottrina non è sostenibile "*la tesi della nullità, in quanto nel caso di provvedimenti amministrativi in contrasto con disposizioni comunitarie non è configurabile una carenza di potere, né alcuna altra delle ipotesi tipizzate di nullità. Inoltre, (...) pure gli atti emanati da organi comunitari in contrasto col Trattato o con norme di diritto derivato sono ricondotti dal giudice comunitario, salvo ipotesi estreme, al regime dell'annullabilità. Non sarebbe quindi chiara la ragione per delineare un diverso regime degli atti amministrativi emanati da uno Stato membro, sovvertendone oltretutto le regole interne*"<sup>192</sup>.

Da queste premesse è possibile dedurre come la tesi della nullità dell'atto amministrativo appaia in stridente contrasto con l'omogenea categoria dell'invalidità europea, a causa dell'ingiustificata differenziazione di trattamento tra ipotesi giuridiche simili. Lo stesso richiamo al difetto di attribuzione sembra inappropriato. L'ordinamento italiano, infatti, considera nullo per carenza di potere l'atto amministrativo adottato sulla base di un potere non previsto da alcuna norma o che la legge attribuisca ad un organo diverso rispetto al plesso amministrativo che ha agito. Nelle ipotesi di contrasto indiretto tra l'atto amministrativo e la normativa sovranazionale, a ben vedere, rilevarebbe non già una carenza ma un cattivo esercizio di potere. Il potere dunque sussiste, ma è stato esercitato in modo scorretto, sicché il provvedimento amministrativo, adottato all'esito del suo svolgimento, risulta illegittimo e quindi annullabile.

In quest'ipotesi non si giustifica, pertanto, l'applicazione del regime della nullità poiché "*l'incompatibilità comunitaria non deriva da violazione di regole comunitarie di competenza, ma da questioni relative all'esercizio concreto del potere attribuito alle singole amministrazioni nazionali, quindi in senso*

<sup>186</sup> In dottrina G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti-G. Greco, Milano, 2007, p. 936. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., a cura di F. Fracchia, Milano, 2014, pp. 379 ss.. In giurisprudenza Cgce, 13 gennaio 2004, in causa C-453/2000, *Kühne & Heitz*, Racc. 2004. Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35. Tar Lazio, sez. I, 15 agosto 1988, n. 1185, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>187</sup> Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit.

<sup>188</sup> Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio, n. 579, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>189</sup> Ad esempio nell'ipotesi in cui l'incompatibilità con le norme ed i principi europei si riferisca ad una norma legislativa nazionale che autorizzi provvedimenti restrittivi di quote di importazione.

<sup>190</sup> G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, op. cit., pp. 936 ss..

<sup>191</sup> Tra i tanti G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op. cit., pp. 936 ss.. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento, Dir. amm. appl.*, a cura di Sandulli M.A., Milano, 2005, pp. 200 ss.. L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, *Foro it.*, 1990, III, p. 203. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 350 ss.. S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., pp. 1 ss..

<sup>192</sup> R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 350.

*stretto, non verte sul tema delle attribuzioni degli organi amministrativi*<sup>193</sup>. Di conseguenza il regime applicabile, nelle ipotesi di illegittimità europea risulterebbe il regime previsto per la annullabilità dell'atto.

3) La terza fattispecie di invalidità europea riguarda il caso in cui la Pubblica Amministrazione adotti un atto amministrativo in base ad una norma nazionale in contrasto con una norma sovranazionale non direttamente applicabile<sup>194</sup>. In tale ipotesi, secondo parte della dottrina, “*stante la mancata integrazione dell'ordinamento interno con la norma comunitaria, l'amministrazione*” non potrebbe “*disapplicare la norma nazionale (ancorchè costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost. e soggetta al sindacato del giudice delle leggi)*”<sup>195</sup>. Pertanto l'atto amministrativo, conforme alla norma di legge nazionale, continuerebbe ad essere valido ed efficace, in attesa di un eventuale giudizio di legittimità costituzionale.

Prima di procedere con la disapplicazione, da considerarsi una *extrema ratio*, occorre seguire la via interpretativa. Infatti la Amministrazione Pubblica è tenuta, per quanto possibile, ad interpretare la norma interna in osservanza dei valori della norma europea sia pure non direttamente applicabile (ad es. una direttiva non *self-executing*)<sup>196</sup>, rendendo così conforme al diritto sovranazionale anche il successivo atto amministrativo.

In definitiva la giurisprudenza ha talmente valorizzato la forza espansiva del diritto europeo, si da riconoscergli vigenza all'interno degli Stati anche nelle ipotesi di carenza di efficacia diretta, attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme del diritto interno.

Delineate, sia pur sommariamente, le complesse dinamiche del conflitto tra l'atto amministrativo e la normativa europea in genere, occorre ora soffermarsi sulla particolare tipologia di contrasto che ha come protagonisti, da un lato, l'atto amministrativo nazionale e, dall'altro, i principi europei non scritti elaborati dalla Corte di giustizia. Si è osservato in proposito come l'incidenza di tali principi non si arresti alla soglia della rilevanza giuridica, ma si traduca “*in vera e propria efficacia giuridica di guisa che la mancata osservanza da parte di qualsiasi operatore vincolato dal diritto comunitario costituisce inosservanza del diritto comunitario stesso*”<sup>197</sup>.

È convincimento sempre più diffuso che i principi europei (scritti e non) siano muniti di efficacia diretta, imponendosi all'osservanza dei poteri nazionali, obbligati a disapplicare gli atti interni (normativi o amministrativi) con essi in conflitto. Nella famosa sentenza *Ciola*<sup>198</sup> la Corte di Giustizia ha affermato in tal senso l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare un provvedimento amministrativo in contrasto con un principio generale del diritto sovranazionale.

La violazione dell'*acquis* europeo ricomprende al proprio interno anche l'inosservanza dei principi, che determina un vizio di legittimità degli atti amministrativi ascrivibile alla violazione di legge<sup>199</sup>. Vi sono tuttavia ipotesi in cui la palese infrazione degli obiettivi dei Trattati può inficiare l'atto amministrativo per sviamento della funzione integrando, così il diverso vizio di eccesso di potere<sup>200</sup>. In generale va riconosciuta, quindi, efficacia diretta sia ai principi codificati in disposizioni direttamente applicabili, sia ai principi non scritti di origine giurisprudenziale.

<sup>193</sup> S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., p. 72: “*Il concetto di attribuzioni e la determinazione dei limiti di competenza concerne il diritto istituzionale comunitario ed è rivolto agli organi attivi all'interno dell'Unione, ma il diritto comunitario non contiene regole di competenza che possano incidere sul livello organizzativo degli Stati nazionali*”. La stessa giurisprudenza UE sostiene “*l'insensibilità dell'ordinamento sovranazionale al riparto di competenze effettuato tra le strutture operative all'interno dell'organizzazione amministrativa nazionale*”.

<sup>194</sup> È il caso ad esempio di una direttiva non *self-executing* e non ancora recepita nell'ordinamento italiano, senza che sia decorso il termine di recepimento.

<sup>195</sup> V. CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e regioni*, op. cit., pp. 868 ss..

<sup>196</sup> Cgce, 26 settembre 2000, in causa C-443/1998, *Unilever Italia S.p.a.*, Racc. 2000. Cgce, 13 novembre 1990, in causa C-106/1989, Racc. 1990.

<sup>197</sup> E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*-*Riv. it. dir. pubbl. com.* pp. 1209-1241.

<sup>198</sup> Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, cit..

<sup>199</sup> S. VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di stato: la primauté del diritto nazionale*, *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 816.

<sup>200</sup> S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, *Dir. proc. amm.* 2005, p. 1112.

A questo punto è d'obbligo sciogliere il nodo circa i rimedi esperibili avverso un provvedimento amministrativo lesivo del diritto europeo e, segnatamente, dei suoi principi. In altri termini va chiarito quale sia il bagaglio di tutele offerte dall'ordinamento nazionale per garantire, anche in ambito amministrativo, la primazia del diritto sovranazionale. Come accennato in precedenza, sono essenzialmente percorribili due vie:

- a) la strada dell'annullabilità (e per taluni della nullità) che presuppone l'invalidità dell'atto;
- b) la via della disapplicazione che opera, viceversa, sul crinale dell'inefficacia, lasciando *a latere* le questioni di validità.

Mentre la dottrina e la giurisprudenza domestiche aderiscono alla tesi dell'annullabilità, riconducendo l'infrazione al diritto europeo nell'ampia accezione della violazione di legge<sup>201</sup>, la Corte di giustizia propende sempre più per un uso generalizzato del rimedio disapplicatorio<sup>202</sup>. Ed è proprio quest'ultimo orientamento che è destinato necessariamente a prevalere per l'autorità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte.

In particolare in una importante sentenza il giudice europeo<sup>203</sup>, nella prospettiva dell'integrazione tra ordinamenti, afferma che l'unico strumento in grado di assicurare il primato e l'effettività del diritto sovranazionale<sup>204</sup> sia proprio la disapplicazione dell'atto amministrativo che, in via diretta o riflessa, risulti con esso confliggente. L'ambito operativo della disapplicazione, pertanto, si dilaterrebbe fino a ricomprendere tanto gli atti normativi quanto gli atti amministrativi (generali e particolari) affetti da illegittimità per contrasto con la normativa europea.

È dunque evidente come la nuova filosofia dell'Unione europea abbia stravolto l'assetto normativo interno e le relative tecniche giudiziarie, trasformando la disapplicazione, da rimedio tassativo ed eccezionale, in strumento ordinario a carattere generale, finalizzato a garantire l'uniforme e immediata applicazione dell'*acquis communautaire*. Alla Corte di giustizia non interessa la qualificazione ed il regime (di inefficacia o invalidità) che Stati conferiscono all'atto amministrativo. Ciò che assume rilievo è che le norme ed i principi europei prevalgano, in caso di conflitto, sulle disposizioni interne (normative o amministrative) dei Paesi membri senza subire ostruzionismi applicativi.

Per tali ragioni l'ordinamento dell'Unione europea esprimerebbe tendenzialmente una forma di disfavore verso un regime di annullabilità dell'atto amministrativo antieuropeo che, in caso di mancata impugnazione entro 60 giorni, cristallizzi il provvedimento perpetrando *ad libitum* un intollerabile *vulnus* al diritto sovranazionale<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> Contrario all'utilizzo del rimedio disapplicatorio avverso atti amministrativi, specie se particolari, per contrarietà al diritto europeo G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 227: "Nei confronti dell'atto amministrativo antieuropeo la disapplicazione rischia dunque di rivelarsi un rimedio abnorme, che, nell'affermare a tutti i costi l'effetto utile, finisce per scardinare altri pilastri dell'ordinamento integrato, minacciando di far crollare un edificio costruito su più livelli. Inoltre generalizzare l'uso della disapplicazione come rimedio contro le violazioni del diritto europeo da parte del potere amministrativo rischia di dare vita ad un doppio regime giuridico dell'atto amministrativo, affetto da invalidità interna oppure da illegittimità europea: nel primo caso l'atto è annullabile ad istanza di parte ed entro un termine decadenziale breve; nel secondo caso invece è disapplicabile d'ufficio e in ogni tempo".

<sup>202</sup> Con riferimento alla disapplicazione quale rimedio generale di risoluzione dei conflitti G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, Riv. it. dir. pubbl. com. n. 3-4, 2006, p. 518.

<sup>203</sup> *Ex multis* Cgce, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, *Ciola*, cit.. Dello stesso avviso anche Tar Lombardia, sez. III, 31 maggio 2000, n. 3831, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>204</sup> Sul principio di effettività del diritto europeo costruito dalla Corte di giustizia attraverso la valorizzazione del principio di leale cooperazione C. KESSEDIJAN, *L'autorità de la chose jugée et l'effectivité du droit européen*, ERA Forum, 2010, pp. 263-279.

<sup>205</sup> Secondo la Corte di giustizia la rimozione delle violazioni del diritto sovranazionale, perpetrate da atti amministrativi nazionali, non può dipendere dalla scelta del ricorrente di esperire l'azione di annullamento entro il termine di decadenza di 60 giorni previsto dall'ordinamento italiano; occorre, viceversa, conferire al giudice domestico, attraverso la disapplicazione, il potere di accertare e rimuovere d'ufficio ed in qualunque momento le violazioni cagionate da atti interni al diritto europeo.

Inoltre limitare la disapplicazione ai soli atti normativi, con esclusione degli atti amministrativi, significherebbe conferire a questi ultimi una capacità di resistenza maggiore rispetto agli atti normativi (cedevoli in quanto disapplicabili), con palese sovvertimento del principio della gerarchia delle fonti. Infine in ambito sovranazionale una distinzione tra atti normativi e amministrativi non è contemplata, sicché non si vede la ragione per cui ai secondi non sia possibile estendere i rimedi previsti per i primi<sup>206</sup>.

La valenza generale del rimedio disapplicatorio, sostenuta dalla Corte di giustizia, è posta in discussione da quella parte della dottrina che paventa il rischio di uno stravolgimento del sistema amministrativo italiano, avendo il principio della disapplicazione un'efficacia ed un'estensione maggiori per gli atti amministrativi rispetto a quanto avviene, normalmente, per gli atti normativi<sup>207</sup>. In altri termini la disapplicazione risulterebbe un annullamento mascherato, producendone i medesimi effetti, pur con un regime giuridico differente (officiosità del potere, assenza di un termine perentorio di esercizio).

La dottrina e la giurisprudenza italiane sono consapevoli, dunque, del pericolo che una generalizzazione del rimedio disapplicatorio possa stravolgere il sistema italiano di giustizia amministrativa fondato sulla regola della impugnabilità degli atti lesivi (non regolamentari), con pregiudizio alle esigenze di certezza, stabilità e continuità dei rapporti di diritto pubblico.

È vero comunque che, a livello sovranazionale, non sono mancate pronunce della Corte di giustizia, rispettose dell'autonomia processuale degli Stati membri, che hanno riconosciuto ammissibile la previsione di un termine di impugnazione per gli atti antieuropei, purché ragionevole e non lesivo dei principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

Ma è altrettanto vero che, soprattutto nelle ipotesi di atti amministrativi presupposti e inoppugnabili, l'ordinamento europeo sia favorevole all'attribuzione al giudice amministrativo di un potere di disapplicazione sempre più esteso e generalizzato.

Emerge allora come il provvedimento, e più in generale l'intera attività procedimentale amministrativa, soggiaccia oggi ai superiori parametri della legalità europea la quale certamente ricomprende i principi non scritti di elaborazione pretoria. Una legalità che implementa le tutele del *civis*, restringendo al contempo i poteri dell'autorità.

## XI. La nullità dell'atto amministrativo per violazione della normativa e dei principi europei

**11.** Come visto nel paragrafo precedente, la giurisprudenza maggioritaria propende per il riconoscimento dell'annullabilità dell'atto amministrativo antieuropeo, con conseguente applicabilità del relativo regime giuridico.

Si registra, tuttavia, un orientamento minoritario, di ispirazione dualista, che considera nullo l'atto amministrativo applicativo di una legge attributiva del potere antieuropeo. In quest'ipotesi la disapplicazione della norma interna priverebbe di ogni fondamento l'attività amministrativa ed i relativi atti risulterebbero nulli per carenza assoluta di potere. Secondo questa impostazione non potrebbe, dunque, invocarsi l'operatività della norma sovranazionale, quale parametro di legittimità dell'atto amministrativo, a causa dell'appartenenza di tale norma ad un ordinamento separato e distinto rispetto all'ordinamento nazionale<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> La Corte di giustizia ha in più occasioni evidenziato che tra le disposizioni di diritto interno in contrasto con la disposizione comunitaria possono figurare disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative. Aggiunge poi la Corte che è nella logica di tale giurisprudenza che le disposizioni amministrative di diritto interno non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti.

<sup>207</sup> Si vedano in proposito le considerazioni di R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, *Giustizia amministrativa*, 2003, pp. 93 ss.. Secondo l'autore gli atti amministrativi sono "normalmente destinati alla disciplina di situazioni particolari" e in relazione ad essi "la disapplicazione produce effetti più rilevanti, in quanto consente di risolvere la questione nella sua integrità, rendendo così l'annullamento dell'atto solo un incumbente formale".

<sup>208</sup> In dottrina L. FORLATI PICCHIO, *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, *Dir. com. sc. int.*, 1978, p. 199. R. MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino, 2004, *passim*. G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op. cit.. Secondo

Nella famosa, ma anche isolata, pronuncia del 1989<sup>209</sup>, il Tar Piemonte dichiara la nullità di un atto amministrativo applicativo di una norma di legge in contrasto con una direttiva non *self-executing*, previa disapplicazione della norma interna. Il giudice amministrativo oblitera del tutto la questione se la norma interna sia norma attributiva o meramente regolativa del potere. Poiché la norma di legge disapplicata è improduttiva di effetti “*il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa legibus soluta*”, egli non può che acclarare la radicale nullità dell'atto amministrativo<sup>210</sup>. In adesione alla tesi dualista dei rapporti tra ordinamenti, il giudice ritiene che, da un lato, la disapplicazione della norma di legge interna e, dall'altro, l'appartenenza della norma europea ad un differente ordinamento, conducano alla qualificazione della patologia dell'atto amministrativo in termini di nullità per difetto assoluto di attribuzione<sup>211</sup>.

La pronuncia in esame è criticabile sotto molteplici aspetti: in primo luogo l'integrazione tra ordinamenti deve considerarsi un dato irrinunciabile in un contesto di primazia del diritto europeo, sicché la norma sovranazionale incarnerebbe il parametro di legittimità dell'azione amministrativa nell'alveo di una legalità di livello superiore e più ampio. Inoltre, anche aderendo alla tesi dualista, si ravvisa da parte del Tar Piemonte un uso improprio del rimedio disapplicatorio, di regola, ammissibile nei soli rapporti tra norme contemporaneamente vigenti e applicabili. Nella fattispecie *de qua*, viceversa, venendo in rilievo una direttiva non *self-executing*, il giudice non potrebbe disapplicare la norma interna, bensì avrebbe l'onere di sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale. In tal senso non pare pertinente la giustificazione del Tar che individua nella assoluta incompatibilità dei fini perseguiti dalle due norme la fonte della inapplicabilità della norma interna.

A partire dal 2005, la tesi della nullità dell'atto amministrativo antieuropeo, che appariva recesiva, in quanto collegata ad una visione dualistica dei rapporti tra ordinamenti ormai in via di superamento, tende a riemergere in una declinazione rinnovata. Da una lettura congiunta dei novellati artt. 1 co. I e 21-*septies* della l. 241/90<sup>212</sup>, autorevole dottrina individua, infatti, un'ulteriore ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo per mancanza di un elemento essenziale, ove la norma violata sia espressione di un principio europeo<sup>213</sup>. Inoltre “*la configurabilità di una sorta di diritti intangibili di*

---

l'autore l'ipotesi della nullità dell'atto amministrativo è statisticamente ridotta ai casi in cui la norma attributiva del potere sia rinvenibile integralmente nel diritto sovranazionale “*perché capita di rado che la normativa comunitaria si sovrapponga del tutto a quella nazionale sulla attribuzione del potere amministrativo. Mentre è assai più frequente l'ipotesi che la legge italiana (nella parte incompatibile) si limiti a prevedere segmenti della fattispecie normativa di disciplina del potere amministrativo, ma non l'intera fattispecie che radica il potere medesimo. E in tali casi, trattandosi di norme sul modo di esercizio di detto potere, la loro disapplicazione non può ripercuotersi in termini di carenza di potere-nullità sull'atto amministrativo, sebbene solo in termini di illegittimità-annullabilità*”. In giurisprudenza Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>209</sup> Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, cit., con commenti di L. TORCHIA, *Il giudice disapplica ed il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, *Foro it.*, 1990, III, pp. 203 ss. e R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, op. cit., pp. 284 ss..

<sup>210</sup> Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, cit..

<sup>211</sup> R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, op. cit., *passim*. In altri termini attraverso la disapplicazione la norma interna, affetta da illegittimità europea, viene privata dal giudice del potere di esplicare i propri effetti, tra i quali vi è per le norme di legge quello di autorizzare l'esercizio dei poteri amministrativi necessari per dare ad esse attuazione, secondo il principio di legalità. In questo modo la norma interna-disapplicata-non è più idonea a fondare il potere della P.A. di adottare l'atto amministrativo, il quale, ove venga comunque emanato, risulterà nullo per carenza assoluta di potere ai sensi dell'art. 21-*septies* l. 241/90.

<sup>212</sup> L'art. 1 co. 1 è stato modificato dall'art. 1, l. 11 febbraio 2005, n. 15 e poi dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 7, l. 18 giugno 2009, n. 69. L'art. 21-*septies* è stato aggiunto dall'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15.

<sup>213</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, [www.centrodirittoeuropeo.it](http://www.centrodirittoeuropeo.it): “*Non può essere trascurato, invero, il rilievo che la violazione delle norme comunitarie potrebbe dare luogo in certi casi, più incisivamente di quanto attiene alle violazioni di norme nazionali, a violazioni previste dall'art. 21-*septies*, e perciò produrre la nullità dei relativi atti amministrativi. Al di là dell'ipotesi, abbastanza improbabile, del difetto assoluto di attribuzione (dato che la norma comunitaria non è in genere attributiva del potere), potrebbe emergere il caso di violazione di norme comunitarie così gravi, caratterizzanti un determi-*

*fonte comunitaria, la cui violazione comporta la radicale nullità degli atti amministrativi lesivi, non solo garantirebbe l'effettività di tali posizioni giuridiche, ma, soprattutto costituirebbe un importante contributo allo sviluppo dell'acquis communautaire, vero e proprio crocevia per un'effettiva integrazione europea*<sup>214</sup>. In tal senso la declaratoria di nullità si delineerebbe quale strumento “*per la neutralizzazione integrale degli effetti lesivi delle situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria che gli atti amministrativi possono aver prodotto*”<sup>215</sup>.

In definitiva nei casi di violazione dei principi europei da parte di un atto amministrativo nazionale, il combinato disposto degli artt. 1 co. I e 21-*septies* consente nuove possibili soluzioni, potenzialmente idonee ad estendere l'ambito applicativo della nullità alle infrazioni del diritto europeo. In tal modo la forza avvolgente dei principi dell'ordinamento sovranazionale consente di andare oltre l'ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione per ricomprendere casi di violazione di norme europee così gravi da incidere sugli elementi essenziali della fattispecie dell'atto amministrativo<sup>216</sup>.

## XII. Conclusioni

12. Il Terzo millennio si apre con la consapevolezza del nuovo che avanza in un rinnovato scenario, multiforme e globale. Il mito positivistico della centralità della legge e del predominio dello Stato vengono erosi progressivamente dalla primazia dell'ordinamento europeo le cui norme si impongono sulle norme legislative interne, anche di rango costituzionale, nonché sugli atti amministrativi. In particolare il diritto scritto, di matrice nazionale è, oggi, ridimensionato sempre più dal diritto giurisprudenziale, un diritto nuovo, casistico e in perenne mutamento che spinge il giurista alla ridefinizione delle tecniche interpretative del passato.

In un tale scenario si inquadrano i principi generali forgiati dalle sentenze della Corte di giustizia. Tali principi nel corso dei decenni si sono infiltrati, con imprevedibile capillarità, nei sistemi giuridici nazionali, conformandone in via diretta o riflessa i principali istituti. Gli ordinamenti domestici, oltre a venir fertilizzati dall'alto, tendono, poi, ad aprirsi orizzontalmente irradiando in ciascuno gli elementi dell'altro. Una nuova forma di legalità sovranazionale va, dunque, lentamente imponendosi nei vari Stati membri con la finalità di dar vita ad uno *ius commune europaeum* che sappia assicurare l'unità nella diversità in un sistema integrato e multilivello delle fonti.

---

*nato modello procedimentale, da incidere sugli elementi essenziali della fattispecie, la cui mancanza è causa di nullità. Ciò potrebbe verificarsi ad esempio, nelle gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti d'appalto (materia quasi interamente coperta da normativa comunitaria laddove si verifichi la violazione di regole essenziali poste a tutela della concorrenza dal diritto comunitario, che potrebbero appunto rappresentarsi come elementi essenziali della fattispecie di gara (v. ad esempio, in diritto francese, la norma sul cd. *referé précontractuel*: art. L551-1, cod. just. adm., laddove si prevede una forma più incisiva di tutela cautelare in caso di violazione *aux obligations de publicité e de mise en concurrence*)).” In argomento anche A. ARLOTTA, *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo. Rapporti tra ius superveniens e provvedimento amministrativo*, [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2007. In generale, con riferimento alla tematica della nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione del diritto europeo, in giurisprudenza, si rinvia a Tar Basilicata, 17 ottobre 2006, n. 723, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale afferma che “il vizio di nullità (alla luce della sentenza della Corte di Giustizia, 9 settembre 2003 n. 198) risulta configurabile soltanto se l'atto e/o provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna incompatibile (e perciò disapplicabile secondo la Corte di Giustizia) con il diritto comunitario”. Al contrario per Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit., “la forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario”.*

<sup>214</sup> A. ARLOTTA, *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo*, op. cit..

<sup>215</sup> R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, op. cit., p. 183.

<sup>216</sup> Per quanto concerne l'ampliamento delle ipotesi di nullità dell'atto amministrativo antieuropeo vedasi anche S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., p. 171. Secondo l'autrice “*si potrebbe essere portati a concludere per la nullità del provvedimento, in caso sia della mancanza di elementi essenziali dell'atto, nelle ipotesi in cui taluno di questi elementi sia previsto nel diritto di fonte sovranazionale, sia di violazione del giudicato*”, che potrebbe abbracciare quegli “*atti nazionali che contrastino con il *decisum* della Corte di giustizia*”.

Va osservato poi come i principi dell'ordinamento europeo abbiano determinato una rivoluzione copernicana nell'area del diritto pubblico degli Stati membri. In particolare l'azione dei pubblici poteri riceve dall'influenza dei principi europei un'intensa e capillare democratizzazione, attraverso la valorizzazione dei diritti e delle libertà dell'individuo nell'ambito dei rapporti con l'autorità.

Il diritto europeo viene, quindi, ad assumere le forme di un diritto magmatico che avvolge gli ordinamenti nazionali, insinuandosi nelle pieghe della sovranità statale; conseguentemente le autorità nazionali pubbliche (giurisdizionali e amministrative) devono applicare le norme ed i principi sovranazionali giungendo alla disapplicazione degli atti interni (normativi e amministrativi) in insanabile conflitto con il diritto europeo.

In definitiva, il giurista del XXI sec., liberandosi di ogni forma di provincialismo giuridico, deve acquisire consapevolezza del ruolo centrale dei principi europei quale parametro di legittimità dell'azione di tutti i pubblici poteri, europei e nazionali, legislativi e amministrativi nell'ambito di una nuova legalità sovranazionale che si impone all'interno degli Stati membri.