UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

# PENSARE IL DIRITTO PUBBLICO

## *LIBER AMICORUM*
## PER GIANDOMENICO FALCON

a cura di
MAURIZIO MALO
BARBARA MARCHETTI
DARIA DE PRETIS

2015

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

# QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# 17

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

*La pubblicazione di questo volume è stata possibile grazie al contributo dell'Università degli Studi di Padova – Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali SPGI.*

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*© Copyright 2015*
*by Università degli Studi di Trento*
*Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-651-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (https://iris.unitn.it/) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode

*Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica – Napoli (ISBN 978-88-6342-836-0).*

*Dicembre 2015*

# PENSARE IL DIRITTO PUBBLICO

## LIBER AMICORUM
## PER GIANDOMENICO FALCON

a cura di
*Maurizio Malo*
*Barbara Marchetti*
*Daria de Pretis*

Università degli Studi di Trento 2015

# INDICE

Pag.

Presentazione ..... VII

METODO E STORIA

Antonio Cassatella
*Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo* ..... 3

Fulvio Cortese
*Il diritto pubblico nella manualistica italiana. Appunti per un'indagine* ..... 41

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO OLTRE LO STATO

Giulia Bertezzolo
*Serve una codificazione del procedimento amministrativo europeo?* ..... 71

Samuel Cornella
*Servizi di interesse economico generale e disciplina europea sugli aiuti di Stato* ..... 93

Daria de Pretis
*I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea* ..... 123

Andrea Magliari
*Il* Single Supervisory Mechanism *e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea* ..... 153

Elena Mitzman
*La giuridicizzazione di funzioni amministrative a livello globale. Riflessioni comparatistiche sul settore della cooperazione allo sviluppo* ..... 189

Pag.

## PROBLEMI DI ATTIVITÀ E GIUSTIZIA

Nadia La Femina
*Profili evolutivi dell'esecutorietà amministrativa* ..... 227

Barbara Marchetti
*La giustizia amministrativa italiana: profili comparati* ..... 257

Carlo Padula
*Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*..... 273

Silvia Pellizzari
*La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Questioni ancora attuali*..... 315

Anna Simonati
*La trasparenza amministrativa nella normativa italiana: un principio in evoluzione*..... 349

Leopoldo Zuanelli Brambilla
*Esiste l'autoamministrazione dei privati?* ..... 373

## ISTITUZIONI E TERRITORIO

Sandro de Götzen
*Ordinamento e divenire delle fondazioni liriche* ..... 405

Cristina Fraenkel-Haeberle
*Modelli partecipativi nell'ordinamento regionale*..... 431

Maurizio Malo
*Venezia nel diritto: linee introduttive* ..... 451

# PRESENTAZIONE

Pensare il diritto pubblico implica esplorarne la storia, i confini, il metodo, le istituzioni, la logica. Giandomenico Falcon non ha trascurato e non trascura nessuna di queste dimensioni: i suoi scritti toccano i molti ambiti di cui tradizionalmente si compone il diritto pubblico, nella sua anima costituzionalistica e amministrativistica, locale, nazionale e sovranazionale. Pochi mesi fa è stata pubblicata una selezione dei suoi contributi scientifici che ha cercato di dare conto della molteplicità dei settori indagati e del rigore della loro analisi (*Scritti scelti di Giandomenico Falcon*, Padova, Cedam, 2015).

Questo volume vuole, in qualche modo, accompagnare e affiancare il precedente, per mostrare i tanti rivoli che si sono generati da quegli scritti e dai relativi insegnamenti: esso contiene i contributi di studiosi più o meno giovani che hanno cercato di riprendere alcune di quelle riflessioni, facendole proprie e confrontandole con la mutata realtà giuridica. Si tratta di un piccolo doveroso omaggio che è insieme un segno corale di gratitudine per quanto ricevuto e un invito a continuare un dialogo che fino ad ora è stato così proficuo, stimolante e affettuoso.

M.M. B.M. D.d.P.

I curatori del volume ringraziano il dott. Leopoldo Zuanelli Brambilla e il dott. Andrea Magliari per il contributo dato in fase di *editing*.

# I PRINCIPI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO DELL'UNIONE EUROPEA

*Daria de Pretis*

SOMMARIO: *1. Diritto europeo, dogmatica e principi del diritto. 2. Una categoria particolare di principi generali. 3. Il ruolo della Corte di giustizia e la fortuna dei principi generali nel diritto comunitario. 4. La tecnica di selezione: la comparazione valutativa. 5. Il "ritorno" agli ordinamenti nazionali: forza espansiva e mutazioni. 6. I diritti fondamentali come principi generali del diritto europeo.*

## *1. Diritto europeo, dogmatica e principi del diritto*

Quasi 25 anni fa, nel 1991, Giandomenico Falcon ci raccontava del passaggio «dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario»[1], partendo da una citazione di Otto Bachof di vent'anni prima[2]. Si trattava di una citazione particolarmente significativa, nella quale il grande giurista tedesco univa la difesa della dogmatica giuridica tradizionale – metodo particolarmente caro alla dottrina giuridica tedesca[3], ma spesso criticato al di fuori di essa, e in quel momento al-

---

[1] *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo europeo* è il titolo del saggio di G. FALCON, destinato a essere letto come prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 1990-1991 dell'Università degli Studi di Trento e pubblicato in *Riv. it. dir pubbl. com.*, 1991, 351; e ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 219, al quale fanno riferimento le citazioni che seguono.

[2] La citazione era tratta dalla relazione tenuta da Bachof nel 1971 per l'Associazione dei giuspubblicisti tedeschi su *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, pubblicata in *VVDSt*, 30, Berlin-New York, 1982.

[3] V. per tutti recentemente i tre volumi dei *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-AßMANN, A. VOßKUHLE, pubblicati in seconda edizione nel 2012, München, che raccolgono il portato dello sforzo ricostruttivo di una folta schiera di studiosi della *nuova dogmatica* del diritto amministrativo.

quanto discusso nella stessa dottrina tedesca[4] – all'indicazione di una prospettiva del tutto nuova, e per l'epoca certamente audace, verso la quale si sarebbero dovuti orientare i compiti dogmatici del diritto amministrativo: la prospettiva dell'«incorporazione del diritto europeo» nella sua riflessione.

Prendendo spunto da queste riflessioni, Falcon non si limitava a constatare l'esistenza, ormai diffusamente riconosciuta, di un diritto amministrativo proprio dell'amministrazione comunitaria e a soffermarsi sui suoi rapporti con il diritto amministrativo nazionale, ma si spingeva oltre e delineava in modo netto un orizzonte di studio del diritto amministrativo che oggi ci sembra del tutto usuale, ma che in quel momento appariva anch'esso, come le osservazioni di Bachof di vent'anni prima, certamente audace se non addirittura fantasioso. Teorizzava infatti la necessità di una transizione radicale nel modo di percepire e studiare questo ramo del diritto.

Il sistema nazionale, scriveva, deve essere considerato, non più come «un sistema chiuso in se stesso, e semplicemente *parallelo* agli altri, quali il francese, il tedesco o l'inglese, ma come un sistema che *insieme* agli altri (quelli citati, e degli altri Stati membri) fa parte di un sistema più ampio che tutti li ricomprende»[5]. La conseguenza sul piano dogmatico di questa impostazione era che gli stessi concetti del diritto amministrativo comunitario «sono destinati (…) a penetrare direttamente ed indirettamente nel nostro ordinamento, costituendo perciò punto di riferimento e di verifica nonché, è da supporre, fattore di evoluzione e verosimilmente (si ricordino le parole di Bachof citate all'inizio) di avvicinamento»[6]. Al punto che, concludeva Falcon, «lo stesso studioso del diritto amministrativo nazionale non potrà in futuro più dirsi compiutamente formato, senza una conoscenza adeguata di quello comunitario»[7].

Oggi, passati quasi cinque lustri, questo modo di considerare, insegnare e studiare il diritto amministrativo è divenuto patrimonio normale

---

[4] Lo stesso G. FALCON, *op. cit.*, p. 219, nota 2, ci ricorda il vivace dibattito di quegli anni.

[5] G. FALCON, *op. cit.*, p. 236.

[6] G. FALCON, *op. cit.*, p. 238.

[7] *Ibidem.*

e pressoché indiscusso nella cultura giuridica e nella pratica degli amministrativisti. Ciò che allora poteva apparire pionieristico, ossia studiare e insegnare un sistema del diritto amministrativo *normalmente* integrato nella prospettiva europea – come già in quegli anni si faceva a Trento sotto la guida di G. Falcon – è oggi pacificamente considerato l'unico modo corretto e possibile per affrontare il diritto amministrativo nel nostro Paese. E così è, del resto, in tutta Europa[8].

Il richiamo di Falcon a Bachof e alla dogmatica del diritto amministrativo affermava l'idea di una valenza anche concettuale, e non solo fattuale e operativa, del passaggio dal diritto nazionale al diritto comunitario, da intendere in effetti come «una necessaria "transizione" tra i due ordini di idee»[9] e quindi in definitiva come passaggio a un *diverso ordine di idee*. Il riferimento alla dogmatica può essere utile anche oggi, e con esso il richiamo al dibattito, sempre vivo nel mondo tedesco e per riflesso nella discussione europea, sulla perdurante utilità del suo metodo e sul suo utilizzo nella ricostruzione del diritto dell'Unione europea, per quanto qui interessa in particolare.

Di recente, un altro studioso tedesco del diritto amministrativo, Eberhard Schmidt-Aßmann ha fatto il punto sugli approdi metodologici e applicativi di quella che egli indica come una *nuova* dogmatica del diritto amministrativo, riferita al contesto nazionale ed europeo[10]. Nella sua ricostruzione Schmidt-Aßmann si impegna, fra l'altro, a dimostrare la particolare efficacia del metodo dogmatico come strumento di sistemazione del diritto dell'Unione europea. Proprio per la frammentazione e la asistematicità che lo caratterizzano, esso appare come il diritto più naturalmente destinato a trarre vantaggio dall'elaborazione dogmatica, la quale sola sarebbe in grado di garantirgli la trasparenza e l'accetta-

---

[8] V. per tutti l'imponente trilogia dedicata al diritto amministrativo (nell'ambito del trattato *Handbuch Ius publicum Europaeum*, a cura di A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER per i tipi di C.F. Müller) a cura di A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P.M. HUBER, e segnatamente i volumi: III *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg, 2010; IV *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, Heidelberg, 2011; *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, Heidelberg, 2014.

[9] G. FALCON, *op. cit.*, p. 226.

[10] E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Ein Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und zukünftigen Aufgaben*, Tübingen, 2013.

zione che gli mancano[11]. Riprendendo le parole di A. von Bogdandy: «L'orientamento dogmatico costituisce quindi uno strumento significativo per una scienza comune del diritto amministrativo nello spazio giuridico europeo»[12].

In continuità con il percorso ricordato, e nella prospettiva che ci viene suggerita anche oggi, ancora una volta, dalla dogmatica giuridica tedesca, possiamo interrogarci sul modo di considerare il diritto amministrativo nell'Unione europea e sui caratteri del corpo di regole e concetti che lo concretano nei suoi sviluppi attuali. In questo contesto non vi è dubbio che il *sistema dei principi* costituisce uno degli aspetti che più di altri lo connota e si presta a essere considerato come un paradigma di questo nuovo modo di essere dell'intero diritto amministrativo. I principi hanno assunto infatti in esso, e più in generale nel sistema che unisce il diritto dell'Unione europea a tutti i diritti degli Stati membri, secondo la logica di stretta integrazione che abbiamo evocato, una posizione e dei caratteri del tutto peculiari.

Nel ricondurre anche la categoria dei principi del diritto dell'Unione alla sua proposta di dogmatica riformata, Schmidt-Aßmann sottolinea innanzitutto la peculiarità della loro funzione nel complesso sistema delle fonti del diritto europeo. A differenza di quanto accade nel diritto amministrativo tedesco (e non dissimilmente, possiamo dire noi, nel diritto italiano), nel diritto europeo i principi generali costituiscono una fonte «straordinariamente presente»[13], come ci avvertono già i Trattati (il riferimento è ovviamente all'art. 340 TFUE in tema di responsabilità e all'art. 6, co. 3, TUE in tema di diritti fondamentali) e la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia che da sempre li utilizza per colmare le lacune del sistema, ricavandoli non solo e non tanto dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri, ma direttamente, se utile o necessario, da ciascuno di questi ultimi[14] (il primo riferimento qui è

[11] E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., pp. 5 e 6.

[12] A. VON BOGDANDY, *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, cit., p. 30; il passo è riferito testualmente da E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, p. 6.

[13] E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, p. 50.

[14] Su tutti questi elementi e sulla loro rilevanza nella definizione della categoria dei principi generali del diritto dell'Unione, si tornerà *infra*.

ovviamente *Algera*)[15]. Nel contesto comunitario, prosegue Schmidt-Aßmann, anche principi a forte connotazione politica come per esempio il principio di buona amministrazione, tendono a superare la dimensione meramente programmatica che li connota a livello nazionale e ad atteggiarsi invece come vere e proprie norme giuridiche (così, sempre con riferimento alla buona amministrazione, l'art. 41 della Carta di Nizza declina in maniera puntuale e articolata i diritti e le facoltà ricompresi nel principio, conferendogli precisa pregnanza giuridica)[16].

Ciò che soprattutto Schmidt-Aßmann mette in evidenza dal punto di vista dogmatico, è il particolare rilievo della categoria dei principi come strumento per ricondurre a sistema l'insieme complesso e disordinato delle fonti che caratterizza il diritto del nostro tempo[17]. Nessun altro istituto della teoria delle fonti è in grado di accomunare meglio e in modo più naturale, il diritto nazionale, europeo e internazionale. Proprio la loro naturale indeterminatezza (che è tanto radicale quanto ad essi coessenziale, e che ne investe ogni aspetto: significato, origine, contenuto e posizione nel sistema delle fonti) rende possibile l'apertura e l'elasticità necessarie a ricostruire sistematicamente il diritto amministrativo oltre i confini tradizionali del diritto statuale. Fondamentale è in particolare il compito dei principi, nel diritto europeo, «di organizzare l'interazione dei livelli, di sviluppare cioè le regole di una *dogmatica della coerenza*, che conferisca flessibilità e stabilità, apertura all'integrazione e autonomia agli ordinamenti coinvolti»[18].

## *2. Una categoria particolare di principi generali*

Ogni ordinamento giuridico presenta principi generali. Di essi è costituito in larga parte l'ordinamento giuridico internazionale ed essi rappresentano parte essenziale di tutti i sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione europea. La loro funzione principale è consentire

---

[15] C. giust. sent. 12 luglio 1957, in cause riunite 7/56 e da 3/57 a 7/57, *Dineke Algera e a./Assemblea comune*, in *Racc.* 1957, p. 81 ss.

[16] *Ibidem*.

[17] E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, p. 47 ss.

[18] E. SCHMIDT-AßMANN, *op. cit.*, p. 54.

la soluzione di questioni che il diritto scritto non è in grado di risolvere perché non contempla il caso di cui si tratti o perché la previsione scritta, per il suo significato incerto, dà luogo a dubbi interpretativi. È naturale che, tanto più i principi generali hanno peso nell'ambito di un determinato sistema giuridico, quanto più il suo ordinamento è fluido, nel senso non solo di poco codificato, ma anche di costituito da un complesso di fonti poco sistematico e aperto a integrazioni, anche dall'esterno.

E in effetti, come sappiamo, anche nell'ordinamento europeo i principi generali costituiscono parte del sistema e sono diretti agli stessi obiettivi: colmare le lacune, fornire un criterio interpretativo da applicare in caso di dubbio, offrire un riferimento di valore destinato a collocarsi in una posizione superiore rispetto alle altre norme in modo tale da orientarne le modalità e i termini di applicazione.

Ma il percorso attraverso il quale i principi generali dell'Unione europea si sono formati, le tecniche della loro elaborazione, il peso e la posizione nel sistema delle fonti e i loro stessi contenuti, assumono caratteri alquanto particolari, diversi da quelli propri della omologa categoria negli ordinamenti statali. Si tratta di elementi distintivi che ben si conciliano con la peculiarità di questo ordinamento, del quale si può dire che esprimono e incarnano al massimo grado le caratteristiche essenziali quanto a struttura propria e a relazioni con gli ordinamenti nazionali, quanto a modo di formazione e di sistemazione delle fonti, quanto ai valori che lo caratterizzano e al loro sviluppo nel tempo. Sviluppo culminato, come vedremo, nella vicenda paradigmatica del riconoscimento della natura di principi generali ai diritti fondamentali[19].

I principi di un ordinamento giuridico, se non espressamente enunciati in testi normativi, sono ricavati normalmente sulla base di un processo interpretativo dalle regole contenute nei testi scritti, dall'analisi della loro *ratio* e dei loro scopi, nonché dal complesso dell'ordinamento giuridico cui pertengono e dei valori ad esso sottesi. Così per esempio,

[19] Sulle peculiarità della categoria e della sua genesi nel diritto comunitario, G. DELLA CANANEA, *I principi generali*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2011, p. 51 ss., e T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006. Sui diritti di rango costituzionale, A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München, 2010.

il codice civile italiano stabilisce che, quando un caso non sia contemplato da una precisa disposizione di legge e non possa essere risolto con l'applicazione del criterio della analogia, va fatto riferimento ai principi generali «dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12 disposizioni sulla legge in generale). Certo, l'evoluzione degli stessi sistemi nazionali e la loro apertura, ormai indiscussa, alle influenze di altri ordinamenti hanno relativizzato la portata di una regola che continua ad esprimere l'idea, ormai da molto tempo in crisi, della tendenziale autoreferenzialità degli ordinamenti giuridici statuali.

Non vi è dubbio, invece, che nell'ordinamento europeo il processo deduttivo dei principi è stato operato, fin dalle primissime pronunce del giudice comunitario, con riferimento a regole e valori propri degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Da essi sono stati estrapolati i principi generali considerati poi validi per l'intero sistema giuridico comunitario allargato, da intendersi cioè come il sistema integrato costituito dal diritto comunitario in senso stretto (nel senso di prodotto a livello europeo) e dai diritti nazionali sotto l'influenza dell'Unione europea.

Nel 1957, nel già citato caso *Algera*, dovendosi occupare per la prima volta della legittimità della revoca di una decisione comunitaria, la Corte di giustizia si trovò ad affrontare il problema dell'assenza di un parametro legale al quale commisurare la conformità a diritto della misura sottoposta al suo vaglio. Si trattava del ritiro di un provvedimento in materia di personale dipendente dall'Alta autorità della CECA e nessuna disposizione del Trattato prevedeva in quali condizioni e con quali modalità un atto amministrativo della Comunità da cui sorgessero diritti potesse essere reso inoperante dall'amministrazione che lo aveva emanato. Poiché non poteva denegare giustizia, la Corte stabilì che avrebbe dovuto «risolvere il problema informandosi alla legge, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri». Sulla base dell'analisi di diritto comparato effettuata dall'Avvocato generale, trasse la conclusione che in tutti gli ordinamenti dei sei Stati membri «un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può in linea di principio venire revocato ove si tratti di atto legittimo», mentre se è illegittimo il suo ritiro è ammesso, ma generalmente entro un termine ragionevole. Ne ricavò l'esistenza di un principio generale, comune agli Stati membri, di cer-

tezza del diritto – e implicitamente di tutela del legittimo affidamento del destinatario dell'atto – destinato a «prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola». Quel principio doveva considerarsi un principio generale del diritto comunitario.

Il caso *Algera* è naturalmente molto noto, ma valeva la pena di riprenderlo perché illustra in maniera esemplare la genesi dei principi generali del diritto comunitario, il ruolo del loro artefice e la tecnica utilizzata per forgiarli fin dagli albori della Comunità. Partendo dall'ordine concettuale descritto, il giudice comunitario avrebbe perfezionato nel tempo il principio di certezza del diritto affiancandogli il principio di tutela dell'affidamento, all'epoca già fortemente radicato nella cultura giuridica tedesca. Di questi principi avrebbe poi elaborato contenuti e regole applicative sempre più precisi, presupposti sempre più analitici e differenziati a seconda dei settori di intervento. Ben presto inoltre avrebbe sviluppato una propria dogmatica al riguardo e avrebbe dato vita a una lunga serie di principi generali a loro volta nel tempo sempre più esattamente definiti, in un complesso unitario e integrato che avrebbe finito per costituire una parte decisiva e rilevantissima del diritto comunitario.

Nello specifico campo del diritto amministrativo, ai principi generali di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento appena menzionati se ne sarebbero in seguito aggiunti molti altri. Fra essi i principi generali di legalità, di proporzionalità e di *due process*, e sul piano organizzativo i principi di sussidiarietà, di leale collaborazione e di attribuzione, oltre naturalmente ai principi di uguaglianza e non discriminazione, e di effettività della tutela giurisdizionale. A questi si sarebbero ancora affiancati principi più specifici, quali, fra i più importanti, i principi procedimentali di partecipazione, di accesso e di motivazione degli atti giuridici; principi a portata sostanziale, come il principio di buon andamento dell'amministrazione o di trasparenza; e ancora, più nel dettaglio, principi settoriali come, per esempio, il principio di precauzione e i suoi corollari, i principi dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, e di «chi inquina paga» (art. 191, n. 2).

Se già molti dei principi citati hanno valenza tipicamente costituzionale, è ovvio che fra i principi generali costituzionali vanno annoverati, prima di tutti gli altri, i canoni tradizionali fondanti dello Stato di diritto (o della *rule of law*, per usare l'ordine concettuale di derivazione anglosassone), quali il principio democratico e il principio di legalità che caratterizzano naturalmente l'intero ordine giuridico comunitario.

Come si comprende, la galassia dei principi generali del diritto dell'Unione europea è vasta e presenta confini indefiniti. La definizione giuridica della categoria sconta questa indefinitezza e presenta caratteri sfuggenti. Gli stessi principi che vi si ascrivono non sempre presentano natura certa di veri principi. Essi tendono non di rado a corrispondere tecnicamente, più che a principi intesi come proposizioni generali di valore connotate da un alto grado di astrazione, a regole concrete o, ancora, a modificare la loro struttura direttamente in quella di vere e proprie posizioni giuridiche soggettive, quali obblighi o diritti. Si pensi al principio di motivazione, il quale coincide nella sostanza con l'obbligo giuridico dei poteri pubblici comunitari di dare conto delle proprie scelte; al principio di buon andamento, ormai evoluto nella disciplina positiva dei Trattati e nella giurisprudenza comunitaria da principio a diritto a una buona amministrazione; per non dire dei principi generali che incorporano diritti fondamentali, nei quali la coincidenza fra principio e diritto è per così dire congenita.

Si tratta di una categoria della quale, per queste ragioni oltre che per il fatto di essere sempre suscettibile di integrazioni, è impossibile offrire un catalogo completo. Al suo interno è inoltre oltremodo difficile operare classificazioni soddisfacenti a causa della opinabilità dei criteri utilizzabili. Tant'è vero che le classificazioni proposte nelle varie trattazioni del sistema delle fonti del diritto comunitario – e per quel che qui principalmente interessa del diritto amministrativo – presentano soluzioni molto diversificate[20]. La difficoltà è accentuata dal fatto che lo stesso fenomeno di progressiva codificazione dei principi è parziale e ha andamento occasionale. Così, mentre principi come la sussidiarietà e la proporzionalità (art. 5 TUE), o lo stesso principio settoriale di pre-

[20] V. per tutte, nella dottrina italiana, le classificazioni di G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, e di D.-U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 102 ss.

cauzione (art. 191, n. 2, TFUE), come visto, trovano ora riscontro positivo nei Trattati, altri, come i principi di legalità o di tutela dell'affidamento, continuano a restare non scritti.

Un problema particolare riguarda la posizione dei principi generali nel sistema delle fonti dell'ordinamento dell'Unione europea. La Corte di giustizia li ha collocati al livello più alto, del diritto europeo primario, senza peraltro spingersi a riservare ad essi, all'interno di quel livello, una allocazione più precisa che non sia quella derivante in ipotesi a taluni principi dal fatto di essere formalmente proclamati nel Trattato o di averne comunque origine. Ma non va trascurato che i rapporti fra principi generali e previsioni scritte del Trattato sono complicati dal fatto che nella giurisprudenza comunitaria i primi sono utilizzati come criterio di interpretazione delle seconde. Sebbene dunque tecnicamente non si possa parlare di una prevalenza di principi, questo loro utilizzo, combinato con la tradizionale libertà interpretativa praticata dalla Corte di giustizia nella sua attività di applicazione dei Trattati, finisce talvolta per far prevalere nella sostanza i principi, anche non scritti, sulle stesse previsioni espresse.

Un esempio è rappresentato dalla soluzione offerta dal giudice comunitario nella sentenza del 23 aprile 1986 in causa C-294/83 *Les Verts*[21], alla questione della sindacabilità giurisdizionale degli atti del Parlamento europeo. Il partito ecologista dei Verdi aveva impugnato davanti alla Corte di giustizia un atto del Parlamento in materia di ripartizione degli stanziamenti per la preparazione delle elezioni europee del 1984, che lo escludeva dai rimborsi. All'epoca il Parlamento europeo non era espressamente menzionato nell'art. 173 del Trattato (poi 230 e ora 263 TFUE) fra i soggetti contro i cui atti era possibile proporre ricorso. Nondimeno la Corte affermò la propria giurisdizione, ammise il ricorso e nel merito annullò l'atto, facendo leva sul principio di legalità (più precisamente sulla *rule of law*), desunto dal fatto che, essendo la Comunità economica europea «una comunità di diritto nel senso che né gli Stati membri che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato…», non potevano esservi atti destinati a produrre

[21] In *Racc.* 1986, p. 1339 e ss.

effetti giuridici nei confronti di terzi non sindacabili. Si noti che in altre norme, e in particolare in tema di rinvio pregiudiziale, il Trattato faceva invece riferimento agli atti indistintamente «delle istituzioni» senza ulteriori specificazioni, sicché il fatto che invece all'art. 173 venissero menzionate solo la Commissione e il Consiglio non era privo di significato.

Nel contrasto fra la previsione scritta e il principio prevale dunque il principio, sotto specie di canone ermeneutico che consente alla Corte di interpretare il Trattato, al di là della lettera di una sua precisa disposizione, nel senso che esso «ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimento inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni».

In ogni caso, come fa notare la dottrina, la preminenza dei principi nel sistema delle fonti del diritto comunitario trova numerosi riscontri positivi e si manifesta nella loro riconosciuta posizione di supremazia rispetto alle altre norme, della quale dà spesso atto anche la normazione comunitaria, e più recentemente nella stessa articolata operazione di recepimento dei diritti fondamentali[22].

Obiettivo di questo scritto non è ovviamente di trattare compiutamente del sistema dei principi generali del diritto dell'Unione europea, né tanto meno di esaminarli uno per uno. Quello che ci si propone è di mettere in evidenza alcuni profili di specialità del fenomeno nel contesto dell'ordinamento dell'Unione europea. Un primo profilo riguarda le ragioni della sua eccezionale espansione. Un secondo è costituito dai percorsi della "circolazione" dei principi e dalle conseguenze che ne derivano anche in termini di loro possibili "mutazioni". Il terzo riguarda l'utilizzo della figura dei principi generali come meccanismo di incorporazione nel diritto comunitario della protezione dei diritti fondamentali.

[22] G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, p. 60.

### *3. Il ruolo della Corte di giustizia e la fortuna dei principi generali nel diritto comunitario*

L'elaborazione di principi generali del diritto comunitario ha costituito una straordinaria operazione di creazione di diritto da parte della Corte di giustizia. Taluni dei principi ricordati in precedenza sono oggi, come abbiamo visto, principi scritti, raccolti e fissati solennemente nei Trattati o ripresi nel diritto derivato. Non vi è dubbio tuttavia che nella maggior parte dei casi si tratta di principi che si sono formati molto prima della loro codificazione e la cui definizione è avvenuta interamente sul piano pretorio.

Nell'arco di cinquant'anni, la Corte ha innanzitutto inventato e radicato nell'ordinamento giuridico comunitario il proprio potere di creazione di principi generali del diritto. Di essi ha poi indicato il fondamento positivo, ha definito meccanismi e circuiti di formazione, ha stabilito rango e collocazione nel sistema delle fonti del diritto comunitario, ha sviluppato un catalogo sistematico. Attraverso i principi ha fortemente influenzato i sistemi nazionali, imponendoli al loro interno anche al di là dei limiti in cui sarebbero stati vincolanti.

La prima fase di sviluppo della teoria dei principi generali come meccanismo integrativo del diritto comunitario si colloca nei primi decenni di vita della Comunità. Oltre a casi in cui, come in *Algera*, si trattava di questioni relative al personale delle Comunità (v. per es. anche C. giust. 4 luglio 1963, in causa C-32/62 *Alvis v Council*)[23], le pronunce riguardarono in quegli anni principalmente la materia delle restrizioni alle libertà economiche sulle quali le istituzioni concentravano i loro interventi. Con l'espandersi delle aree di azione comunitaria la ricerca e l'applicazione di principi generali crebbe enormemente.

Nella giurisprudenza comunitaria degli anni '70 del secolo scorso i principi si moltiplicano e acquistano caratteri sempre più netti e precisi. Alla fine del decennio successivo, la Corte ne afferma espressamente il carattere vincolante non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche degli Stati membri quando applichino diritto europeo (v. per esempio i principi in tema di tutela giurisdizionale enunciati in C. giust.

[23] In *Racc*. 1963, p. 49 ss.

19 giugno 1990, in causa C-213/89 *Factortame*[24] e 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e 9/90 *Francovich*[25]). La messa a punto sempre più precisa del principio di effettività della tutela giurisdizionale e la sua applicazione sempre più diffusa hanno caratterizzato gli sviluppi più recenti della giurisprudenza comunitaria nei confronti degli Stati membri e hanno comportato interventi molto incisivi sui sistemi di tutela nazionali[26]. A questo fenomeno di implementazione dei principi generali comunitari negli ordinamenti nazionali si è accompagnata la tendenza alla loro formalizzazione nel diritto comunitario primario con l'espressa previsione nei Trattati e il conferimento a molti di essi di una natura costituzionale.

I principi generali si estendono oggi, nel diritto dell'Unione europea, dal campo delle relazioni fra diritto nazionale e diritto comunitario, al quale vanno ricondotti i principi della supremazia e dell'efficacia diretta del secondo, a quello delle relazioni dei diritti nazionali fra loro sotto l'influenza del principio europeo di mutuo riconoscimento, anch'esso frutto di un intervento creativo dalla Corte tanto audace quanto decisivo per l'apertura reciproca degli ordinamenti nazionali (C. giust. 20 febbraio 1979, in causa C-120/78, *Rewe Zentral*, più nota come *Cassis de Dijon*)[27]. E ancora dal campo dei rapporti fra Stati e Unione – si pensi ai principi di attribuzione e di sussidiarietà, solo successivamente inseriti nei Trattati – a quello del rapporto fra pubblico potere e privati, all'ambito della protezione dei diritti fondamentali degli individui. In questo contesto viene particolarmente in evidenza l'attitudine di molti principi a fungere in realtà da veri e propri diritti, esemplarmente rappresentata dalla vicenda dei diritti fondamentali, come vedremo.

I principi generali continuano ancora oggi a costituire un sistema aperto che, sebbene da tempo consolidato e in parte anche via via codificato nelle successive versioni dei Trattati e nel diritto comunitario derivato, è suscettibile di essere continuamente integrato, visto che, del

---

[24] In *Racc.* 1990, p. I-2433 ss.

[25] In *Racc.* 1991, p. I-5357 ss.

[26] D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of Eu Member States*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2011.

[27] In *Racc.* 1979, p. 649 ss.

suo potere di individuazione di nuovi principi, la Corte di Lussemburgo continua tuttora ad avvalersi.

La base positiva nella quale il giudice comunitario ha individuato il fondamento del suo potere di estrapolare principi dai diritti nazionali e di incorporarli nel diritto comunitario è costituita da alcune previsioni dei Trattati. Per un verso vengono in evidenza le norme che gli affidano il compito specifico di assicurare «il rispetto del diritto» nell'applicazione dei Trattati (art. 220, ora art. 19 TUE) e di controllare la legittimità degli atti comunitari in relazione ai Trattati e a «qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione» (art. 230, ora art. 263 TFUE)[28]. Più in generale ancora, come abbiamo visto in *Algera*, l'esigenza di elaborare principi giuridici di riferimento per la propria attività giurisdizionale viene rinvenuta dalla Corte nella necessità di non denegare giustizia. Per altro verso, quanto alla tecnica di individuazione dei principi generali, viene valorizzato il rinvio operato dall'art. 288 del Trattato (ora art. 340 TFUE) in materia di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni, ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» come parametro legislativo conformemente al quale l'Unione è tenuta a risarcire i danni prodotti dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Naturalmente il successo dei principi generali nel sistema comunitario non è dipeso soltanto dall'attivismo della Corte, ma è strettamente connesso alle peculiari qualità del diritto europeo e alla situazione in cui esso si è venuto formando e sviluppando come un diritto sovranazionale *sui generis*, sia nei suoi legami con gli ordinamenti nazionali, sia per la sua efficacia diretta nei confronti dei cittadini degli Stati membri. In questo contesto vari fattori hanno giocato a favore della eccezionale fioritura di principi e del loro ruolo come volano di sviluppo del diritto comunitario.

Così fin dall'inizio è stata decisiva l'esiguità delle fonti scritte comunitarie e al tempo stesso, come appena visto, l'esigenza di reperire, al di fuori e al di là di esse, regole che consentissero di risolvere i problemi che anche un'organizzazione embrionale e alquanto limitata,

[28] Cfr. J. SCHWARZE, *Art 220*, in J. SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2009, p. 2328.

com'era all'inizio quella delle Comunità, poneva. Era quindi necessario, assai più che negli ordinamenti nazionali, ricorrere a principi generali in grado di offrire al giudice parametri generali per la soluzione di casi concreti.

Peraltro, dal punto di vista particolare della formazione dei principi generali dell'azione amministrativa, si può osservare che l'intervento della Corte di giustizia non è stato strutturalmente diverso da quello dei giudici amministrativi nazionali – nei sistemi che li contemplano – i quali, in assenza di regole positive di azione dell'amministrazione, hanno dovuto darsi da sé i parametri del controllo di legittimità esercitato sull'operato dell'amministrazione e produrre quindi quei principi (e quelle regole) sostanziali dell'azione amministrativa che solo più tardi sarebbero stati trasfusi nei testi normativi che regolano l'azione amministrativa[29].

Ciò che cambia nell'esperienza comunitaria sono due elementi: il terreno di origine dei principi e la tecnica della loro selezione. L'ordinamento europeo, per quanto costituisca un ordine giuridico proprio, distinto da quello degli Stati membri e generato da una fonte autonoma (C. giust. 5 febbraio 1963 in causa C-26/62 *van Gend en Loos*)[30], non nasce dal nulla, ma dall'esperienza e dai valori giuridici degli ordinamenti degli Stati che vi hanno dato origine. È poi naturale che nei diritti nazionali la Corte ricerchi i principi e li selezioni in ragione delle sue necessità e della loro maggiore idoneità a entrare a far parte dell'ordinamento giuridico comune.

La categoria dei principi è lo strumento che ha consentito di formare diritto comunitario partendo dai diritti nazionali, al di là dei meccanismi formalizzati di creazione del diritto derivato previsti dai Trattati istitutivi. Nella sentenza *Algera*, come visto, la Corte si muove in un orizzonte molto libero e per così dire ancora destrutturato, ma ben presto sarà la citata clausola dei «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», riferita dal Trattato al solo regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità, ad essere elevata a clausola generale di indivi-

[29] G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *op. cit.*; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009.

[30] In *Racc.* 1963, p. 1 ss.

duazione dei principi tutte le volte in cui ve ne sia l'esigenza per colmare lacune o risolvere dubbi interpretativi.

Si delinea così un terzo fattore di successo dei principi generali nella formazione del diritto comunitario. Esso risiede nella particolare relazione di questo diritto con il diritto degli Stati membri, relazione doppiamente rilevante ai nostri fini: in termini genetici, come abbiamo appena visto, e in termini strutturali, di rapporto di convivenza dei due ordinamenti. Del primo profilo si è detto: il diritto comunitario ha origine, in termini culturali e di valori prima ancora che in termini tecnico-giuridici, dalle esperienze giuridiche proprie degli Stati membri. Il naturale veicolo del trasferimento a livello sovranazionale del portato di queste esperienze e della loro incorporazione nel diritto europeo è rappresentato dai principi, i quali fungono, da questo punto di vista, anche da elemento di legittimazione sostanziale delle soluzioni assunte nell'ordinamento comunitario.

Quanto al secondo profilo, sebbene il principio più appariscente della relazione strutturale fra diritto europeo e diritti nazionali sia costituito dalla *primauté du droit communautaire* (non a caso a sua volta principio generale creato dalla Corte di giustizia, v. sent. 15 luglio 1964 in causa C-6/64 *Costa/Enel*)[31], dal punto di vista sistematico è probabilmente più corretto qualificare tale relazione nei termini fisiologici di una sostanziale convivenza. Rispetto a questa condizione normale di convivenza il criterio della prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale interviene solo in via subordinata e in qualche misura eccezionale. In linea di principio il diritto europeo non si sovrappone ai diritti nazionali sostituendoli, ma si aggiunge ad essi in una logica di concorrenza che include meccanismi di implementazione delle proprie regole attraverso gli istituti propri dei sistemi nazionali e contempla criteri di soluzione delle antinomie fra sistemi del tutto particolari. Il principio della *primauté* del diritto europeo viene in evidenza solo nel caso di contrasto, imponendo la disapplicazione del diritto interno incompatibile come *extrema ratio* in funzione della coerenza del sistema generale (*Costa/Enel* cit.). Lo stesso meccanismo del rinvio pregiudiziale esprime, per le sue modalità e i suoi effetti, la delicatezza di questo rapporto.

[31] In *Racc.* 1964, p. 1141 ss.

In un contesto di questo tipo è evidente che il modello normativo dei principi generali meglio si presta di quello delle regole puntuali a porre la disciplina comunitaria destinata ad essere implementata negli Stati membri. I principi hanno natura più fluida ma, al tempo stesso, presentano una portata conformativa in qualche misura più forte, nella sua sostanza, delle prescrizioni puntuali. Essi consentono agli Stati membri di conservare un potere di traduzione differenziata dei loro contenuti nel lessico giuridico nazionale e al contempo offrono però all'Unione uno strumento di controllo del rispetto del suo diritto che permette a chi lo pratica di andare al di là degli aspetti formali, delle formule minute e di occuparsi invece della coerenza sostanziale della disciplina nazionale con i valori assunti dal diritto comunitario e tradotti in principi.

Non va trascurato ancora, come elemento che ha inciso sulla fortuna della categoria nello sviluppo del sistema giuridico europeo, la tradizionale complessità e asistematicità delle fonti che compongono il quadro normativo comunitario, solo parzialmente riordinato dal Trattato di Lisbona con l'introduzione di un minimo di gerarchia per quanto riguarda gli atti legislativi. Nell'indefinitezza del sistema i principi, a propria volta strutturalmente connotati da generalità e da astrazione, hanno trovato un'ambientazione naturale alla quale non è estranea nemmeno la tecnica del loro utilizzo da parte del giudice comunitario. I loro contenuti invero, pur a dispetto di significativi processi di definizione messi in atto dalla giurisprudenza comunitaria e dalla dottrina giuspubblicistica europea, continuano spesso a restare non del tutto precisati e conoscono, nell'applicazione giurisprudenziale, utilizzi non costanti[32].

## *4. La tecnica di selezione: la comparazione valutativa*

Uno dei profili di maggiore interesse nello studio dei principi generali del diritto dell'Unione europea è rappresentato dai circuiti del loro passaggio dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo e del loro ritorno da questo agli ordinamenti nazionali. Si tratta in entrambi i

[32] Come osservava M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., Milano, 2011, p. 436 ss.

casi di passaggi complessi e delicati, che non si risolvono in automatismi ma comportano operazioni di selezione connotate da un forte giudizio di valore e da soluzioni applicative articolate.

Come visto, dunque, i principi generali comunitari non hanno origine nell'ambito proprio del diritto sovranazionale, ma sono dichiaratamente figli dell'esperienza giuridica degli Stati membri dell'Unione. La loro ricostruzione è avvenuta e avviene ancora oggi sulla base della ricognizione delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti degli Stati membri e del loro raffronto. In questo senso l'individuazione dei principi è il frutto di un'imponente attività di comparazione – interessante anche per la sua componente conoscitiva – che è stata sviluppata soprattutto nelle conclusioni degli Avvocati generali. Un'attività particolarmente intensa nei primi anni dopo l'istituzione delle Comunità, ma che è costantemente continuata nel tempo e viene svolta sistematicamente tuttora.

Nella sentenza *Algera*, come visto, la comparazione consiste nell'individuare le diverse soluzioni nazionali e nel ricavare da esse, in quanto omogenee, il principio generale di diritto comunitario, in quel caso il principio della certezza del diritto. Ma l'apparente semplicità dell'operazione non deve trarre in inganno: se i principi rispecchiano il contesto giuridico culturale in cui si sono formati e che con essi viene trasferito al livello europeo, per selezionarli la semplice comparazione non è sufficiente.

Alla rassegna delle opzioni in campo si accompagna e diventa decisiva, nell'opera creativa della Corte, la scelta di merito sul loro valore. La dottrina tedesca ha descritto questo metodo di comparazione e apprezzamento come *wertende Rechtsvergleichung*, "comparazione valutativa"[33].

L'individuazione dei principi (non necessariamente comuni) da far diventare principi generali del diritto comunitario comporta certamente un riscontro positivo sulla quantità e la qualità della loro ricorrenza negli ordinamenti degli Stati membri. Il che esclude che possa essere assunto come comunitario un principio che solo eccezionalmente ricorre

[33] J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2005; TH. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin-Heidelberg, 2008, p. 472 ss.

negli ordinamenti degli Stati membri. Così nella sentenza *Roquette Frères* (30 maggio 1989 in causa C-20/88)[34] la Corte di giustizia afferma che il giudice non può far valere d'ufficio la prescrizione dell'azione, sul presupposto che gli ordinamenti degli Stati membri escludono la possibilità, con solo rare eccezioni.

Allo stesso modo ovviamente si dovrebbe escludere che possano essere elaborati principi che contrastano con principi generali comuni, in quanto ricorrenti in tutti gli ordinamenti nazionali. Un caso limite, in questo senso, è costituito dalla sentenza *Köbler* (30 settembre 2003, in causa C-224/01)[35], nella quale la Corte di giustizia si spinge fino al punto massimo di tensione con gli ordinamenti degli Stati membri affermando la sussistenza di una responsabilità degli Stati per danni cagionati dall'esercizio della funzione giurisdizionale in contrasto con il diritto comunitario, pur a fronte della riconosciuta esistenza di una limitazione di responsabilità per l'attività giurisdizionale in tutti gli ordinamenti degli Stati membri. A giustificazione della soluzione assunta il giudice comunitario richiama un corrispondente principio del diritto internazionale e tempera l'allontanamento dal modello comune con l'invito al giudice nazionale a tenere comunque conto della specificità della funzione giurisdizionale.

Ma, al di là del dato quantitativo della ricorrenza, il giudizio che presiede alla selezione dei principi generali del diritto europeo è essenzialmente un giudizio di valore che investe la sostanza del principio rinvenuto nel diritto nazionale e i valori ad esso sottesi, misura la sua attitudine ad essere utile nell'ambito e per gli scopi del diritto comunitario, e a costituire dunque, sulla base dell'analisi comparativa condotta, la soluzione che appare "la migliore" a questi fini. Su tale base la Corte di giustizia, così come non ha ritenuto degni di divenire principi generali comunitari principi pur ricorrenti negli ordinamenti nazionali, ha invece incorporato nel diritto comunitario come tali principi sviluppati solo all'interno di un ordinamento particolare.

Non solo. Essa si è sempre sentita libera di assegnare a principi ricavati dagli ordinamenti degli Stati membri contenuti, contorni, ambito

[34] In *Racc.* 1989, p. 1553 ss.

[35] In *Racc.* 2003, p. 10239 ss.

di applicazione o finalità particolari, anche diversi da quelli propri del principio originariamente rinvenuto in un sistema nazionale. Così si può dire che, se è vero che i principi generali europei sono figli dei diritti nazionali, è altrettanto vero che, una volta "allevati" dalla Corte di giustizia, questi figli diventano, come è stato detto, una sorta di *enfants terribles*[36]. Ampliati, ridotti, riassestati o comunque trasformati attraverso un'interpretazione creativa e in una certa misura anche manipolativa, essi si allontanano dalla famiglia di origine e assumono nuova forma secondo parametri ritenuti più adeguati alla nuova famiglia in cui sono stati adottati, cioè al contesto europeo.

Un esempio significativo è offerto dal principio di proporzionalità. Molto prima di essere codificato dal Trattato di Maastricht, il principio era stato elevato al rango di principio generale del diritto comunitario dalla Corte di giustizia. Esso costituisce in effetti uno dei criteri di più frequente e pervasiva applicazione in tutta la giurisprudenza comunitaria, e in particolare nelle pronunce sui rinvii pregiudiziali. Imposto ai diritti nazionali come principio che vincola le autorità nazionali nell'attività di amministrazione comunitaria indiretta, ha superato i confini dell'ambito strettamente comunitario per trovare applicazione ad opera delle corti nazionali anche nelle questioni di diritto interno.

Il giudice europeo lo ha mutuato dall'omologo principio sviluppato nel diritto costituzionale e amministrativo tedesco. Sennonché, rispetto al modello originario, esso presenta nell'elaborazione comunitaria struttura e ambito di applicazione almeno in parte diversi. La struttura del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* articolata nella dogmatica tedesca comporta che il controllo di legittimità, per esempio sulle misure restrittive della sfera giuridica del privato, venga svolto alla stregua di un triplice ordine di verifiche (la idoneità della misura, la sua necessarietà, la proporzionalità in senso stretto fra misura e peso imposto al privato). Diversamente il giudice comunitario fa riferimento a un'idea di proporzionalità più semplificata. Essa si risolve tendenzialmente in un esame riassuntivo delle verifiche descritte, il quale comporta nella sostanza solo un giudizio di idoneità e necessarietà, senza che debba essere misurata anche l'adeguatezza in senso stretto. Inoltre, come la dottrina

[36] La definizione è di T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit.

tedesca non ha mancato di mettere in evidenza, un'ulteriore limitazione del suo ambito di applicazione in contesto europeo consegue al fatto che la Corte di giustizia lo ritiene violato solo da una misura che appaia "manifestamente" inidonea a conseguire lo scopo a cui tende[37].

Anche il principio di tutela dell'affidamento conosce nella sua trasposizione europea una mutazione significativa rispetto al modello originario che si rinviene ed opera tuttora nell'ordinamento tedesco. Ciò che – come vedremo fra poco – ha comportato problemi di reazione dell'ordinamento di origine una volta che in esso lo si debba applicare nella versione "derivata" europea, come esige il diritto comunitario quando tratti della sua implementazione[38].

Quanto alle correnti di influenza dei diritti nazionali, è stato messo in evidenza che, soprattutto per ragioni storiche, sono risultati particolarmente decisivi gli apporti del diritto francese e tedesco. L'esperienza tedesca ha avuto un peso preminente nello sviluppo di principi quali la proporzionalità, la protezione dell'affidamento e la protezione dei diritti umani. La tradizione francese ha influito soprattutto – direttamente e indirettamente – sullo sviluppo, nel campo della pubblica amministrazione, dei principi relativi alle modalità di azione dei pubblici poteri e al sistema della tutela giurisdizionale. L'apporto del diritto inglese è relativamente minore prima di tutto per il fatto che l'ingresso del Regno Unito e dell'Irlanda nella compagine comunitaria è avvenuto quando ormai una prima fase formativa del diritto europeo si era compiuta. In una fase più avanzata della sua evoluzione, tuttavia, la diversa tradizione del sistema anglosassone nel campo del diritto pubblico e del diritto amministrativo non ha impedito che esso contribuisse a sua volta ad arricchire il panorama dei principi comunitari rafforzando in particolare l'attenzione della Corte ai principi procedurali dell'agire amministrativo[39].

---

[37] TH. VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 569 ss.

[38] In tema H.J. BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 2005.

[39] Su questa evoluzione T. TRIDIMAS, *op. cit.*, nonché G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective*, in *The Modern Law Review*, Oxford, 1994, p. 191.

## *5. Il "ritorno" agli ordinamenti nazionali: forza espansiva e mutazioni*

Una volta estrapolati dagli ordinamenti nazionali e incorporati nell'ordinamento comunitario, i principi non diventano vincolanti solo per l'Unione e le sue istituzioni, ma sono proiettati "indietro" sui sistemi degli Stati membri. "Ritornano" perciò, per così dire, agli ordinamenti nazionali come principi vincolanti in tutte le fattispecie soggette al diritto comunitario. Peraltro, così come il processo ascendente non si esaurisce in un automatismo, perché, come visto, comporta una selezione di valore fra principi e perché i principi trasmigrati assumono caratteri e contenuti spesso nuovi e diversi da quelli originali, alla stessa maniera anche il processo inverso non si risolve in un automatico e ordinato ingresso del principio europeo nell'ordinamento nazionale e, al suo interno, negli spazi di applicazione al diritto comunitario, ma presenta complessità e complicazioni.

In primo luogo l'applicazione dei nuovi principi tende ad espandersi al di fuori degli spazi di stretta pertinenza del diritto europeo e a divenire costante anche nelle vicende di mero diritto interno. Le ragioni del fenomeno sono varie, ma due spiccano in particolare. La prima è la necessità di evitare discriminazioni tutte le volte in cui – come spesso accade – l'applicazione del principio europeo produca un trattamento giuridico più favorevole di quello riservato alla medesima situazione dal diritto interno. La seconda ragione si collega al fatto che la tutela giurisdizionale dei diritti a livello nazionale è affidata al giudice nazionale. La coincidenza fra il livello nazionale della giurisdizione comunitaria e la giurisdizione nazionale *tout court* spiega a sua volta come mai i principi europei finiscano per imporsi anche in questioni esclusivamente nazionali[40]. Difficilmente, infatti, una corte regge a lungo un sistema binario di parametri di riferimento e l'applicazione di criteri o regole diversi a seconda del diritto (nazionale o europeo) applicato. Una volta conosciuto e utilizzato dal giudice, il principio diventa parte del suo patrimonio culturale e conoscitivo generale, prima ancora che tecnico-

[40] Sul fenomeno, G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1153 ss., e ora in ID., *Scritti scelti*, cit., p. 481 ss.

giuridico. Di conseguenza l'ordinamento interno tende ad adattarsi stabilmente allo *standard* europeo, che non è ovviamente derogabile.

Naturalmente si tratta di una tendenza che conosce anche resistenze da parte dei sistemi nazionali i quali possono aspirare a conservare le loro specificità e impegnarsi a rivendicarle nelle aree in cui conservano la loro sovranità. Il problema si è posto per esempio in modo evidente nell'ordinamento britannico con riguardo all'impiego del principio di proporzionalità in materia di controllo dell'attività dei poteri pubblici. Una delle principali applicazioni del principio si ha nel campo del sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e riguarda la sua incisività. Se valutate alla stregua della loro proporzionalità, le scelte discrezionali dell'amministrazione subiscono un sindacato molto più pregnante di quello che è possibile alla stregua del mero controllo di ragionevolezza[41].

Per tradizione le corti inglesi esercitano su queste scelte un sindacato limitato che consente loro solo di controllare se siano o meno irragionevoli. L'irragionevolezza è intesa nei termini radicali di "totale irragionevolezza", nel senso che viene considerata irragionevole una scelta che nessuna autorità ragionevole avrebbe assunto nelle circostanze del caso (*Wednesbury unreasonableness*)[42]. Entrato il test di proporzionalità nel sistema inglese come conseguenza dell'applicazione del diritto comunitario, le corti per un decennio hanno cercato di mantenere in vita i due distinti standard di controllo (di proporzionalità in materie europee e di mera ragionevolezza nelle materie interne), dando espressamente conto della loro scelta con l'obiettivo di preservare la specificità dei rapporti fra potere giurisdizionale e potere politico. Fatalmente tuttavia all'inizio del nuovo secolo anche le corti inglesi hanno cominciato a riconoscere che «…the time has come to recognise that this principle is part of English law…»[43].

---

[41] V. D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 283 ss.

[42] Dal nome della parte ricorrente nella sentenza di riferimento resa nel caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

[43] Così Lord Slynn of Hadley nella sentenza della *House of Lords R (Alconbury) v Environment Secretary* [2001] UKHL 23.

Normalmente poi i principi europei producono un elevamento del livello di protezione dei privati, il che contribuisce ad affermarne la forza espansiva anche nei confronti delle questioni di diritto interno, al fine, come accennato, di evitare discriminazioni tanto evidenti quanto alla lunga intollerabili. Ma naturalmente i problemi si possono porre anche nei casi – più rari ma possibili – in cui l'implementazione nel sistema nazionale del principio europeo determina al contrario una diminuzione dello standard di protezione. Questa ultima ipotesi si è realizzata in particolare in alcuni casi di "ritorno" all'ordinamento tedesco di principi originariamente suoi ed elevati dalla Corte a principi generali europei. Dalla vicenda emerge dunque una seconda ragione di complessità della fase di proiezione dei principi dal livello comunitario ai sistemi nazionali.

Come visto l'operazione di europeizzazione di principi estrapolati dagli ordinamenti degli Stati membri comporta non di rado – e anzi si può dire frequentemente, per le ragioni viste – una mutazione del principio il quale, nel nuovo contesto, può assumere significato, portata applicativa e funzioni parzialmente nuovi. Con tali nuovi caratteri esso deve essere applicato, oltre che nei sistemi che in ipotesi in precedenza non lo conoscevano, anche nell'ordinamento di origine quando lo esiga il diritto comunitario. Con la conseguenza che si possono porre problemi di sua compatibilità con tradizioni radicate in quel sistema e problemi di discriminazioni fra situazioni che devono essere trattate sulla base del parametro europeo e situazioni soggette invece al diritto interno nel quale il principio continua ovviamente a vivere e operare nella sua versione originale.

La parabola del principio di tutela dell'affidamento di fronte al potere amministrativo – il cui rilievo abbiamo già visto affacciarsi in *Algera* – costituisce un buon esempio di questo percorso a ritroso e dei problemi che comporta. La Corte di giustizia lo ha fatto proprio ricavandolo dai modelli giuridici operanti negli Stati membri e in particolare nell'ordinamento tedesco, ma gli ha conferito una fisionomia diversa da quella propria dell'originario *Vertrauensschutzgrundsatz* tedesco. In particolare, anche sotto l'influenza dell'approccio francese alle problematiche della certezza del diritto, il diritto comunitario assegna alla protezione dell'affidamento una valenza più oggettiva, che marca la diffe-

renza con la dimensione più soggettiva della tutela accordata sulla sua base in Germania. Il vincolo comunitario – sempre sottolineato dalla giurisprudenza comunitaria – al rispetto del principio nella sua configurazione europea anche da parte delle autorità nazionali quando si tratti dell'implementazione del diritto europeo, ha prodotto situazioni di collisione, particolarmente vistose nei casi di esercizio da parte di autorità amministrative tedesche di poteri di autotutela in sede di amministrazione comunitaria indiretta.

La diversa portata del principio nel diritto comunitario ha avuto come conseguenza una diminuzione del livello di tutela rispetto a quella offerta dalla disciplina nazionale del procedimento amministrativo in tema di annullamento d'ufficio, il che ha dato luogo a un acceso dibattito dottrinale sulla compatibilità dell'influenza europea con i principi dell'ordinamento tedesco e a interessanti tentativi di individuazione di soluzioni compromissorie attraverso un'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale nella sua interazione con il diritto comunitario. La soluzione è stata ricercata, e almeno provvisoriamente trovata, in particolare nel bilanciamento fra interesse nazionale e interesse europeo alla luce di altri principi generali comunitari, quali i principi di equivalenza, di effettività del diritto comunitario e di leale cooperazione[44].

Una terza, ovvia, ragione di interesse del circuito di ritorno dei principi, proiettati dal diritto europeo sugli ordinamenti nazionali, è che esso realizza anche, accanto alla funzione conformatrice di questi ultimi da parte del diritto europeo, una più complessa funzione di apertura "laterale" degli ordinamenti, come è stato osservato[45]. I principi non circolano solo in senso verticale, ma inevitabilmente anche orizzontalmente: principi provenienti da un ordinamento nazionale, una volta incorporati nell'ordinamento giuridico comunitario, sono immessi attraverso di questo negli altri ordinamenti nazionali e in questi, in virtù dell'effetto espansivo menzionato, acquistano propria autonoma e tendenzialmente stabile operatività.

---

[44] V. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, Il caso tedesco*, Trento, 2008.

[45] S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2ª ed., Milano, 2007, *Parte generale*, vol. I, p. 1.

## *6. I diritti fondamentali come principi generali del diritto europeo*

Il Trattato dell'Unione europea stabilisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La previsione, originariamente contenuta nell'art. 6, n. 2, del Trattato di Maastricht, è ora confluita, dopo Lisbona, nell'art. 6, n. 3, TUE. Allo stesso articolo è adesso prevista anche l'adesione dell'Unione alla Convenzione (art 6, n. 2). La formula consacra la tecnica pretoria di incorporazione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario attraverso l'istituto dei principi generali del diritto.

In effetti, molto prima di Maastricht, a partire dall'inizio degli anni '70 del 1900 e sempre protagonista la Corte di giustizia, la nozione di principio generale ha giocato un ruolo decisivo nello sviluppo della protezione dei diritti fondamentali nel sistema europeo. Tanto che, secondo una parte della dottrina la previsione del Trattato (art. F, poi diventato art. 7, e ora trasfuso nell'art. 6 del Trattato UE) semplicemente conferma quella giurisprudenza[46]. È stato riconducendo la garanzia di tali diritti alla categoria dei principi generali del diritto comunitario che il giudice di Lussemburgo è riuscito nell'intento di preservare il principio di autonomia del diritto comunitario a fronte degli attacchi che rischiavano di provenire dagli Stati membri, comprensibilmente preoccupati della sorte di diritti costituzionalmente garantiti. Al contempo l'operazione ha consentito alla Corte di sviluppare una nuova sensibilità comunitaria al tema della effettiva protezione dei diritti e di allargare progressivamente l'orizzonte del diritto dell'Unione europea a motivi e scopi inizialmente estranei all'area di intervento della Comunità.

Le Corti costituzionali degli Stati membri – in particolare il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale italiana – avevano prospettato la necessità di valutare alla stregua delle norme costituzionali nazionali la legittimità di misure comunitarie sospette di contrastare con

[46] G. DELLA CANANEA, *op. cit.*; J. KÜHLING, *Fundamental Rights*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *op. cit.*, p. 479 ss.

libertà da esse garantite. La Corte ribadì la regola dell'autonomia del diritto comunitario per cui la validità degli atti comunitari può essere valutata soltanto alla luce di esso. Al tempo stesso sventò il pericolo del minacciato intervento dall'esterno sul diritto europeo affermando che era necessario accertare che non fosse stata violata «alcuna garanzia analoga, inerente al diritto comunitario», giacché «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza» (C. giust. 17 dicembre 1970, in causa C-11/70 *Internationale Handelgesellschaft*[47]; v. anche sentt. 12 novembre 1969 in causa C-29/69 *Stauder v Stadt Ulm* e 17 dicembre 1970 in causa C-25/70 *Köster*[48]).

Com'è noto, a questi approdi la Corte giunse dopo una non breve fase iniziale nella quale il suo atteggiamento sul problema del riconoscimento dei diritti fondamentali in contesto comunitario era stato di sostanziale rifiuto (C. giust. 15 luglio 1960 in cause riunite C- 36/59, C-38/59 e C-40/59 *Geitling*)[49]. La ragione del *revirement* dipese solo in parte dalla necessità tattica di evitare uno scontro frontale con le Corti costituzionali nazionali e rispose nella sostanza anche all'esigenza di rafforzare la legittimazione del diritto comunitario e di garantirne ad un tempo la supremazia nei confronti dei diritti nazionali e l'uniforme applicazione in tutti i Paesi membri.

I diritti fondamentali, fino a quel momento sostanzialmente assenti dalla scena comunitaria, vi fanno così ingresso e lo fanno con la veste di principi generali. Essi sono tali non solo e non tanto per rango, quanto soprattutto per tecnica di formazione dal momento che confluiscono nel diritto europeo provenendo dall'esterno, in particolare dai diritti nazionali o dal diritto internazionale.

Nella individuazione di questi nuovi principi-diritti la Corte fa riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e inoltre, in un momento successivo, agli strumenti internazionali di protezione dei diritti fondamentali ai quali gli stessi Stati membri hanno aderito (C. giust. 14 maggio 1974 in causa C-4/73 *Nold*)[50], seguendo esat-

[47] In *Racc.* 1970, p. 1125 ss.
[48] In *Racc.* 1969, p. 419 ss., e 1970, p. 1161.
[49] In *Racc.* 1960, p. 829 ss.
[50] In *Racc.* 1974, p. 491 ss.

tamente lo stesso percorso già sperimentato e messo a punto per la selezione dei principi generali ordinari. Il criterio di partenza a fondamento dell'intervento di incorporazione è ancora una volta la necessità di colmare lacune del diritto comunitario scritto nella prospettiva di fornire tutela di fronte ai crescenti poteri delle istituzioni comunitarie. In questo contesto non vi è dubbio che il ricorso alla categoria dei principi generali e alla sua funzione integrativa delle fonti scritte, se appare, *a posteriori*, l'opzione più ovvia, costituì nel momento in cui fu praticata una soluzione tanto originale quanto efficace. Un'efficacia che paga ancora se si considera che le successive sorti della protezione dei diritti fondamentali nel diritto europeo restano tuttora comunque felicemente ancorate alla formula, ormai consacrata nel Trattato, dei principi generali del diritto.

Fin dalle prime decisioni in tema la Corte nega che possano essere considerate direttamente vincolanti norme costituzionali degli Stati membri o norme di accordi internazionali sui diritti fondamentali. Ad esse ritiene di poter fare riferimento semplicemente come previsioni dalle quali è lecito ricavare «elementi di cui tenere conto nell'ambito del diritto comunitario» (*Nold* 1994 cit.), in altri termini come a utili "linee guida" per la costruzione di principi non scritti di rango costituzionale. La stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sebbene spesso citata nella giurisprudenza comunitaria (a partire da C. giust. 13 dicembre 1979 in causa C-44/79 *Hauer*)[51], viene considerata testo di riferimento non in quanto tale, ma in quanto espressione di uno standard comune europeo di protezione dei diritti fondamentali, una piattaforma dalla quale enucleare "principi" secondo il metodo tradizionale della comparazione valutativa. La CEDU, come è stato osservato, viene utilizzata dal giudice comunitario come una sorta di "serbatoio" destinato a alimentare le sue decisioni in tema di diritti fondamentali[52].

Su questa stessa linea, del resto, la Corte di giustizia fa riferimento anche alla Carta europea dei diritti fondamentali adottata nel 2000 in occasione della stipulazione del Trattato di Nizza, ma priva di una immediata forza di norma comunitaria fino al recente conferimento ad

[51] In *Racc.* 1979, p. 3727 ss.

[52] J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., p. 422.

essa, con Lisbona, dello stesso valore dei Trattati (art. 6, n. 1, TUE). Prima del riconoscimento formale del suo valore di fonte primaria, alle previsioni del *Bill of rights* la Corte di giustizia e il Tribunale hanno continuato a richiamarsi non come norme vincolanti, ma per i loro contenuti ricognitivi di diritti corrispondenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri[53].

Nella vicenda della protezione dei diritti fondamentali in ambito europeo lo strumento dei principi generali del diritto forgiato e messo a punto dalla giurisprudenza comunitaria mostra le sue straordinarie potenzialità. E il fatto che il Trattato, pur "costituzionalizzando" la tutela dei diritti fondamentali, conservi la formula del principio generale a presidio della loro protezione, offre conferma della sua funzionalità agli obiettivi del sistema.

Il ricorso alla categoria ha adempiuto – e continuerà così prevedibilmente ad adempiere – ad almeno tre distinte funzioni. In primo luogo ha consentito l'apertura dell'ordinamento comunitario alla protezione dei diritti fondamentali e al loro riconoscimento come sua parte integrante, anche in assenza di una legittimazione formale dei Trattati. In questo si conferma la versatilità della formula dei principi generali come strumento di incorporazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea di elementi nuovi, in particolare sul piano dei valori. Valori che nel caso dei diritti, presentano aspetti di importante innovazione rispetto ai motivi ispiratori originari della Comunità.

In secondo luogo, ha consentito di garantire al diritto comunitario modalità di adattamento flessibili all'influenza di questi valori. Ha permesso così di incorporare diritti vagliati di volta in volta alla luce di un giudizio di valore che tenesse conto delle esigenze e delle finalità del sistema e del suo grado di maturità per la loro incorporazione. Ha consentito altresì di conferire ai diritti fondamentali i contenuti ritenuti più consoni, se del caso modellandoli in maniera originale rispetto alla loro configurazione negli ordinamenti da cui vengono mutuati.

In terzo luogo la formula dell'incorporazione attraverso principi generali del diritto si risolve in un presidio importante dell'indipendenza

[53] In tema di relazioni fra Corti nella protezione dei diritti in Europa, M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 29 ss.

del diritto comunitario rispetto ad altri sistemi giuridici dai quali pure possono essere mutuati. Gli elementi provenienti da altri sistemi vengono acquisiti dal primo solo sulla base di un'apposita scelta dell'ordinamento comunitario, e solo nella misura in cui li si ritiene compatibili con esso, senza automatismi applicativi di sorta, nemmeno nei confronti di accordi internazionali. La verifica del loro rispetto inoltre resta affidata al giudice comunitario. Questo approccio ha permesso alla Corte di giustizia di ricostruire il rapporto fra diritto dell'Unione europea e diritto delle Nazioni Unite nel senso che la pur riconosciuta supremazia del secondo incontra il limite del rispetto dei diritti fondamentali, in quanto tali diritti, desunti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali, sono principi generali del diritto comunitario come loro parte integrante. Di essi la Corte deve comunque garantire l'osservanza, perché nemmeno gli obblighi imposti da un accordo internazionale «possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali» (C. giust. 3 settembre 2008 in causa C-402/05 *Kadi*)[54].

[54] In *Racc.* 2008, p. 6351 ss.