

## Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona<sup>(\*)</sup>

di

Raffaele Greco

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 7 giugno 2011

### 1. Premessa.

Fino a un paio di decenni fa, l'espressione "diritto amministrativo europeo" sarebbe stata dai più considerata una specie di contraddizione in termini. Essendo una branca del diritto relativamente "giovane", nata in coincidenza con il tramonto dello *jus commune* e l'affermarsi di Stati-nazione tendenzialmente chiusi, il diritto amministrativo si è per lungo tempo caratterizzato come un diritto essenzialmente nazionale, strettamente connesso ai caratteri del singolo Stato e della sua sovranità, con la conseguenza che ciascuno Stato europeo ha elaborato un proprio sistema di regole e controlli dai connotati autonomi e distinti; e, anzi, è noto che fino a tempi non molto lontani negli ordinamenti di *common law* per lo più si negava la stessa esistenza del diritto amministrativo.<sup>1[1]</sup> Di qui non solo l'assenza di significativi caratteri comuni fra le esperienze giuridiche dei vari Stati europei, ma anche lo scarso interesse a lungo manifestato dalla scienza giuridica in ordine alla possibilità di un approccio "comparatistico" di tal genere.

Questa situazione è ancora oggi evidente a ciascuno di noi, essendo sufficiente estendere lo sguardo oltre i confini del nostro ordinamento per constatare come alcune nozioni tradizionalmente ritenute fondanti il diritto amministrativo in Italia – si pensi a quelle di "potere autoritativo" o di "interesse legittimo" – siano del tutto sconosciute ad altre esperienze nazionali. La verità è che nel nostro Paese la nascita di tali nozioni (e di altre), nonché il progressivo raffinarsi della riflessione dottrinale e giurisprudenziale in materia, hanno risentito dell'essere l'ordinamento italiano (assieme a quello francese) il prodotto più raffinato del modello di Stato "a diritto amministrativo", basato su un'idea di amministrazione pubblica in posizione di superiorità rispetto ai cittadini, in grado di incidere unilateralmente sulla loro sfera giuridica attraverso il tipico strumento provvedimentale.<sup>2[2]</sup>

Sotto diverso profilo, in dottrina è stato a lungo vivace il dibattito sulla possibilità di configurare, all'interno del diritto dell'Unione europea, una autonoma branca corrispondente al nostro diritto amministrativo (ossia alla disciplina dei compiti e delle modalità di azione del potere pubblico);<sup>3[3]</sup> ciò in quanto il diritto comunitario ed europeo si è sempre caratterizzato per il fatto di essere destinato di regola a essere eseguito non dalle stesse istituzioni comunitarie, ma dalle amministrazioni degli Stati membri, secondo la nota formula di Jean Monnet, uno dei padri della Comunità europea, per cui quest'ultima è un apparato che agisce, ma soprattutto che fa agire.<sup>4[4]</sup> Tale carattere, evidente nella versione originaria dei Trattati, resta a tutt'oggi una costante dell'ordinamento dell'Unione, se è vero che ancora nel 1997, in una dichiarazione allegata al Trattato di Amsterdam, si è sentito il bisogno di ribadire che "*l'applicazione amministrativa del diritto comunitario compete essenzialmente agli Stati membri in conformità delle loro norme*

---

(\*) Relazione svolta al Corso di formazione per magistrati amministrativi tenutosi presso il T.A.R. della Campania il 6 giugno 2011.

<sup>1[1]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 134 ss. Sul punto, cfr. anche S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteristiche originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 35, il quale evidenzia come fu solo nel XIX secolo, a partire dalla Francia napoleonica e postnapoleonica, che si affermò l'idea di uno Stato che detiene il monopolio del potere di imperio e di coazione e lo esercita attraverso un apparato *ad hoc* costituito.

<sup>2[2]</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 6, 1319 ss.

<sup>3[3]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 121 ss.

<sup>4[4]</sup> Cfr. R. ROLLI, *I caratteri "multilivello" del diritto amministrativo europeo*, in *www.giustamm.it*, 23 aprile 2008, 3.

costituzionali”, e che anche dopo il Trattato di Lisbona l’attuale art. 197 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) riconosce ancora agli Stati membri un ruolo determinante per l’attuazione del diritto dell’Unione.

Queste peculiarità, come è stato osservato, hanno a che fare più con la difficoltà di costruire un modello europeo di amministrazione pubblica coerente con quello che conosciamo al livello dell’ordinamento nazionale, che con un’effettiva inesistenza di un diritto amministrativo dell’Unione.<sup>5[5]</sup> In effetti, fin dai primi anni di attività delle Comunità europee la dottrina più attenta rilevò come l’ordinamento comunitario mal si prestasse a essere inquadrato secondo il tradizionale schema della divisione dei poteri e delle funzioni, elaborato in riferimento all’assetto statale;<sup>6[6]</sup> in particolare, il modo peculiare in cui i Trattati disciplinano la “*esecuzione*” del diritto dell’Unione, prevedendo a seconda dei casi poteri di normazione generale e astratta o di incidenza diretta su situazioni giuridiche concrete, determina l’assenza di una chiara distinzione tra funzione normativa e funzione amministrativa.<sup>7[7]</sup> Secondo alcuni, peraltro, tale caratteristica troverebbe perfetto riscontro nella crisi che il principio della separazione dei poteri conosce anche nel diritto costituzionale interno e nella conseguente articolazione e frammentazione delle funzioni.<sup>8[8]</sup>

Malgrado tutto ciò, oggi nessuno può seriamente negare la profonda influenza che il diritto comunitario ed europeo, nel suo progressivo espandersi e articolarsi, ha avuto sul diritto amministrativo nazionale degli Stati membri (e, per quello che qui interessa, su quello italiano): non solo per l’ovvia considerazione “*empirica*” per cui esso ha inciso il più delle volte su materie oggetto del diritto amministrativo, ma anche perché all’interno di queste ultime decisiva è stata l’impronta che ha dato proprio a quella dei rapporti tra il soggetto pubblico e i cittadini, a conferma del fatto che all’ordinamento europeo non sono affatto ignote le questioni sostanziali coinvolgenti l’esercizio del potere autoritativo e la sua incidenza sulle situazioni giuridiche degli amministrati.<sup>9[9]</sup> Ciò ha determinato una sorta di processo “*circolare*” di influenze reciproche, per cui il diritto europeo da un lato trae dall’esperienza dei diritti amministrativi nazionali gli elementi per la costruzione di un proprio sistema di regole e principi, dall’altro enuclea una serie di principi e valori che sono destinati a incidere sulle normative degli Stati membri in vista di una loro “*armonizzazione*” o “*omogeneizzazione*” (così perseguendo quello che è uno degli obiettivi tipici dell’Unione europea).

Su questa evoluzione, nonché sull’attuale “*stato dell’arte*” da essa determinato, ci si intratterà nel prosieguo del presente studio. Tuttavia, poiché il titolo della relazione affidatami sollecita una riflessione sulla condizione del diritto amministrativo europeo dopo il Trattato di Lisbona, occorre preliminarmente effettuare una sintetica ricognizione delle principali novità introdotte da tale Trattato nell’ordinamento dell’Unione, al fine di evidenziare se e in quale misura queste siano destinate a produrre effetti anche sullo specifico versante dell’amministrazione e del diritto amministrativo.

## **2. Il processo di integrazione tra gli ordinamenti europei dopo il Trattato di Lisbona.**

Approvato il 19 ottobre 2007 e firmato il successivo 13 dicembre in seguito alle note vicende che avevano portato all’accantonamento del Trattato-costituzione di Roma del 2004, il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1 dicembre 2009, dopo aver conseguito la totalità delle ratifiche da parte degli Stati membri dell’Unione.<sup>10[10]</sup> Ai fini che qui interessano, non è il caso di approfondire le – pur numerose e rilevanti – innovazioni che detto Trattato ha comportato sul piano strutturale e

---

<sup>5[5]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 124.

<sup>6[6]</sup> Si vedano, ad esempio, gli studi di G. SACCHI MORSIANI, *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, Milano, 1965, e G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi e amministrativi dell’ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 892 ss.

<sup>7[7]</sup> Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento comunitario*, Torino, 2006, 99.

<sup>8[8]</sup> Cfr. R. ROLLI, *op. cit.*, 6-7-

<sup>9[9]</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *op. cit.*

<sup>10[10]</sup> L’Italia ha proceduto alla ratifica con legge 2 agosto 2008, nr. 130, in *Gazz. Uff.*, 8 agosto 2008, nr. 185.

“istituzionale” per l’Unione europea,<sup>11[11]</sup> occorrendo invece soffermarsi sulle principali novità che si possono registrare sul versante del processo di integrazione fra gli ordinamenti degli Stati membri.

È noto come, fin dagli albori della sua attività, la Corte di giustizia europea abbia portato avanti l’idea della Comunità europea come “*comunità di diritto*”: un’idea dapprima sottesa alla giurisprudenza della Corte, e quindi esplicitamente teorizzata a partire dagli anni Ottanta.<sup>12[12]</sup> Con tale formula, si è inteso esprimere due concetti fondamentali: innanzi tutto, che con i Trattati di Roma si è dato vita a un ordinamento del tutto peculiare e autonomo rispetto agli ordinamenti degli Stati firmatari, istituzionalmente chiamato a perseguire l’obiettivo di una sempre maggiore integrazione fra questi ultimi; in secondo luogo, che tale processo di integrazione deve essere realizzato attraverso gli strumenti e i vincoli del diritto.<sup>13[13]</sup> In tal senso si spiega l’osservazione di uno dei massimi studiosi del diritto europeo il quale, muovendo dal rilievo della carenza di veri poteri coercitivi in capo alla Comunità, ha affermato che “*il diritto che essa crea è la sola sua forza*”.<sup>14[14]</sup>

Se dunque nota e diffusa è la definizione dell’Unione europea come “comunità di diritto”, forse meno conosciuta è l’affermazione di un illustre giurista, secondo cui la definizione più appropriata dei connotati principali dell’ordinamento europeo è quella di una “*comunità di diritto amministrativo*”:<sup>15[15]</sup> a dimostrazione del fatto che la consapevolezza della centralità del diritto amministrativo nel contesto europeo non costituisce certo un’acquisizione di questi ultimi anni.

Volendo chiedersi, allora, quale sia stata l’incidenza del Trattato di Lisbona su questo processo, può certamente risponderci che – una volta superata l’*impasse* determinata dalla mancata accettazione del Trattato-costituzione, e al di là delle battute d’arresto e delle contraddizioni che, sul piano politico, continuano ad accompagnare il processo d’integrazione europea – il nuovo assetto dell’Unione si caratterizza certamente per un’ulteriore, decisa accentuazione dell’integrazione ordinamentale, che si manifesta nella tendenza a “istituzionalizzare” i meccanismi di compenetrazione tra il diritto europeo e i diritti degli Stati membri in quello che può essere definito un sistema “multilivello” (o di *multilevel governance*), nel quale non è azzardato intravedere i connotati di un assetto pre-federale. Se, per un verso, l’affermarsi di un tale sistema multilivello costituisce il precipitato inevitabile del sempre più convinto e maturo atteggiarsi dell’ordinamento europeo come un vero e proprio ordinamento globale e onnicomprensivo, d’altro canto la dottrina sottolinea che questo processo s’inserisce in un più generale movimento di superamento della dimensione statale del potere, e cioè all’interno di quel fenomeno epocale cui si è attribuito il nome di “globalizzazione” e nel quale – al di là degli aspetti economici, finanziari e mercantili – possono cogliersi i segni della nascita di un “diritto amministrativo globale”.<sup>16[16]</sup> Ciò non sorprende, del resto, se solo si riflette sull’intimo legale esistente fra il diritto amministrativo e l’economia.

Dal punto di vista che più interessa in questa sede, è stato evidenziato che la crescente compenetrazione tra il diritto europeo e i diritti degli Stati membri pone problemi in parte analoghi a quelli affrontati, nell’ordinamento italiano, all’indomani della riforma del Titolo V della Costituzione introdotta dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, nr. 3: in entrambi i casi, i rapporti tra i diversi livelli di governo nei quali sono articolate le competenze devono essere risolti e regolati sulla base dei due principi fondamentali di sussidiarietà e di leale collaborazione istituzionale.<sup>17[17]</sup> E non è casuale che, proprio con riferimento alla modifica dell’assetto costituzionale dei rapporti

---

<sup>11[11]</sup> Per una sintetica rassegna di questi aspetti, cfr. F. LIENA, *L’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: che cosa è cambiato*, in *www.giustamm.it*, 24 febbraio 2010, e V. PAMIO, *Il Trattato di Lisbona: prima analisi*, ivi, 4 dicembre 2007.

<sup>12[12]</sup> Cfr. soprattutto Corte di giustizia UE, 23 aprile 1986, C-294/83.

<sup>13[13]</sup> Cfr. G. SCIULLO, *L’impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, marzo 2007.

<sup>14[14]</sup> J.V. LOUIS, *L’ordinamento giuridico comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1989, 43.

<sup>15[15]</sup> Cfr. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 1994, 8.

<sup>16[16]</sup> Cfr. R. ROLLI, *op. cit.*, 4-5 (con richiami di dottrina straniera).

<sup>17[17]</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *op. cit.*

Stato-Regioni ed alle prospettive future, si sia aperto in Italia un vasto dibattito circa la possibile trasformazione in senso “federale” della nostra forma di Stato.

Ciò premesso, può ora procedersi a esaminare in dettaglio le manifestazioni più evidenti di questa evoluzione *in fieri*, le quali – almeno ad avviso di chi scrive – appaiono eclatanti soprattutto su tre piani ben definiti e distinti: sul piano “istituzionale” del sistema delle fonti del diritto, su quello dei rapporti tra diritto europeo e diritto degli Stati membri e su quello della tutela dei diritti dei singoli.

## 2.1. Il rinnovato assetto delle fonti nel diritto europeo.

L'esistenza di un sistema normativo “multilivello”, nel senso sopra precisato, è evidente già nella attuale disciplina delle fonti di produzione del diritto europeo, prima ancora che nei rapporti di quest'ultimo con i diritti degli Stati membri; ciò discende dalla già sottolineata metamorfosi dell'ordinamento dell'Unione, che supera la propria originaria dimensione internazionale o sovranazionale per atteggiarsi come un sistema tendenzialmente “chiuso” e onnicomprensivo, a imitazione di quelli statuali.<sup>18[18]</sup> Ciò risulta chiaro all'interprete prima e a prescindere dalla nota questione teorica della natura dell'interazione tra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti degli Stati membri, e quindi dall'ormai stucchevole disputa tra fautori di un modello “monista” e sostenitori della tesi “pluralista”.<sup>19[19]</sup>

Principiando dal vertice del sistema delle fonti, è sempre più evidente il ruolo sostanzialmente costituzionale svolto dai Trattati istitutivi dell'Unione per l'ordinamento che ne deriva, ben al di là della distinzione convenzionale tra diritto europeo “primario” e diritto “derivato”.<sup>20[20]</sup> In altri termini, nonostante sia stata accantonata l'idea di dotare l'Unione europea di una vera e propria costituzione in senso formale, è ormai radicata e pacifica l'idea – espressa dalla Corte di giustizia fin da tempi ormai alquanto risalenti<sup>21[21]</sup> – che i Trattati nel loro insieme, e unitamente ai principi non scritti individuati dalla giurisprudenza della Corte stessa, individuino la “*carta costituzionale*” di quella comunità di diritto che è l'Unione, con effetti che vanno ben oltre la mera natura di accordi internazionali che essi Trattati pure conservano: effetti che si sostanziano, da un lato, nell'imporre agli Stati contraenti una progressiva cessione della propria sovranità a favore dell'Unione, e per converso nel contenere norme, anche suscettibili di effetti diretti nei confronti dei cittadini degli Stati membri, che si pongono in posizione gerarchicamente sovraordinata nei confronti non solo delle fonti del diritto “derivato” (regolamenti, direttive etc.), ma anche del diritto degli Stati membri.<sup>22[22]</sup>

Da questa “supremazia” dei Trattati discendono, in ordine ai rapporti fra essi e le norme del diritto europeo “derivato”, una serie di conseguenze molto simili a quelle descritte dai costituzionalisti a proposito della preminenza della Costituzione negli ordinamenti a costituzione rigida. Innanzi tutto, secondo la Corte di giustizia i Trattati costituiscono il parametro di legittimità ed interpretativo degli atti posti in essere dalle stesse istituzioni europee, che non possono mai attraverso di essi realizzare risultati incompatibili con il sistema di fini e valori individuati dalla “carta costituzionale” dell'Unione;<sup>23[23]</sup> in secondo luogo, la possibilità di revisione dei Trattati

---

<sup>18[18]</sup> Che la Comunità europea fosse un ordinamento giuridico, nel senso di un insieme organizzato e strutturato di norme giuridiche provvisto di fonti e norme proprie, nonché di organi e procedure idonei a garantirne l'attuazione, era per vero chiaro alla dottrina già da epoca ampiamente anteriore; dunque, il progresso apportato dal Trattato di Lisbona a siffatta dimensione “ordinamentale” del diritto europeo si manifesta soprattutto sul piano di un rafforzamento di tale carattere, sia qualitativo che quantitativo: cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 55.

<sup>19[19]</sup> In tema, cfr. G. INGRAO, *Dalle teorie moniste e dualiste all'integrazione dei valori nei rapporti tra diritto interno e comunitario alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 2, 213 ss.

<sup>20[20]</sup> Sulla distinzione richiamata nel testo, cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2010, 144 ss.

<sup>21[21]</sup> Cfr., ad esempio, la sent. 23 marzo 1993, C-314/91, oltre alla già citata C-294/83.

<sup>22[22]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 175 ss.

<sup>23[23]</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, 26 aprile 1977, parere 1/76; id., ord. 26 marzo 1987, C-46/87. Il principio è oggi affermato dal par. 1 dell'art. 263 del TFUE: “*La Corte di giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti*

soffre limiti ben maggiori rispetto alla comune facoltà di modificare i trattati internazionali, potendosi individuare un nucleo di principi e valori fondanti la cui compromissione determinerebbe il venir meno della stessa ragion d'essere "genetica" della Comunità (un po' come avviene nel nostro sistema costituzionale, laddove si individuano norme e principi non modificabili neanche con la procedura di revisione di cui all'art. 138 Cost.);<sup>24[24]</sup> infine, la frequente affermazione per cui quella europea sarebbe una costituzione *ab initio* pensata per essere continuamente modificata, nell'ambito dell'incessante progredire dell'integrazione europea,<sup>25[25]</sup> richiama alla mente la nota teoria della "costituzione materiale" sovente utilizzata nel nostro ordinamento interno per legittimare le modifiche *de facto* dell'assetto costituzionale esistente, al di là di una sua revisione formale.<sup>26[26]</sup>

Il contributo del Trattato di Lisbona al consolidarsi di questa "costituzione" dell'ordinamento europeo è di non agevole decifrazione: da un lato, l'abbandono dell'idea di unificare e coordinare i Trattati preesistenti in un unico testo, mantenendo la distinzione tra il Trattato sull'Unione europea (TUE), nel quale confluiscono le disposizioni più propriamente "costitutive" e "organizzative", e il TFUE, che ospita invece norme applicative e di dettaglio, risponde a un'evidente esigenza di "de-costituzionalizzazione" della riforma;<sup>27[27]</sup> per altro verso, già i primi commentatori hanno evidenziato come nelle scelte di fondo le differenze tra l'assetto introdotto a Lisbona e quello prefigurato nel Trattato di Roma del 2004 siano quasi esclusivamente formali o nominalistiche.<sup>28[28]</sup> Inoltre, può fin d'ora anticiparsi che la scelta di attribuire alla Carta dei diritti fondamentali di Nizza "lo stesso valore giuridico dei Trattati" (art. 6, par.1, TUE) finisce per dotare esplicitamente la costituzione dell'Unione di un proprio autonomo *Bill of Rights*, ossia di un catalogo di "diritti di libertà" che completa e integra il disegno generale dell'ordinamento europeo.<sup>29[29]</sup>

La costruzione dei Trattati come costituzione dell'Unione, assieme a quanto si è osservato circa il carattere "globale" che l'ordinamento europeo tende ad assumere, pongono allora il problema dell'individuazione di un rapporto di gerarchia anche tra le fonti del diritto "derivato": in altri termini, se si assume che i Trattati si trovano in posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto alle fonti da essi poste, è legittimo porsi l'interrogativo se nell'ambito di tali ultime fonti – le quali, come è noto, si articolano in una variegata pluralità di atti, vincolanti o non vincolanti per i destinatari – sia dato cogliere i segni di un analogo rapporto di sovraordinazione/sottordinazione. Il quesito non è di poco momento, atteso che, una volta configurato il rapporto tra diritto europeo e diritti degli Stati membri nei termini di un sistema "multilivello" ("monista" o meno che sia l'approccio teorico di base), l'individuazione di una gerarchia fra le fonti europee renderebbe più agevole il successivo passaggio logico, consistente nella costruzione in termini di superiorità gerarchica anche del rapporto tra diritto europeo e diritto interno (il quale – come è noto e come meglio si dirà – è caratterizzato dalla "prevalenza" del primo sul secondo). Tale ulteriore passaggio a sua volta sarebbe altamente significativo, in quanto alla superiorità gerarchica delle norme europee finirebbe per corrispondere una gerarchia istituzionale caratterizzata dalla subordinazione

---

*legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per (...) violazione dei trattati".*

<sup>24[24]</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, 14 dicembre 1991, parere 1/91.

<sup>25[25]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 177.

<sup>26[26]</sup> In generale, cfr. P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002, 6-7 (che richiamano il pensiero di Costantino Mortati, cui si deve la prima elaborazione in Italia della teoria della costituzione materiale).

<sup>27[27]</sup> L'espressione è di F. LISENA, *op. cit.*

<sup>28[28]</sup> Cfr. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, 26; C. PINELLI, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, Bologna, 2008, 57 ss.

<sup>29[29]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 82-83.

delle istituzioni nazionali rispetto a quelle europee: con ciò, segnando un passo decisivo verso l'integrazione politica dell'Unione in senso *lato sensu* federale.<sup>30[30]</sup>

Sul primato del diritto europeo si tornerà brevemente appresso. In questa sede, può sin d'ora anticiparsi che la migliore lettura dottrinale esclude che il rapporto per effetto dei Trattati instauratosi tra il diritto europeo e le norme interne degli Stati membri possa essere inquadrato secondo i tradizionali criteri gerarchico-formali di risoluzione delle antinomie tra fonti. In estrema sintesi, dal momento che – come si è detto – all'origine della *primauté* del diritto comunitario vi è stata una volontaria cessione di sovranità cui gli Stati membri hanno consentito in vista della realizzazione di obiettivi di integrazione, è sulla scorta di tali finalità travalicanti la sfera di influenza dei singoli Stati che va ricercata la spiegazione giuridica (oltre che politica) del “ritrarsi” delle norme interne, anche di rango costituzionale, quante volte ciò sia necessario per il perseguimento della pace e dello sviluppo dell'Unione. Insomma, si tratta di una vera e propria operazione di bilanciamento di valori, la quale si appalesa anche alquanto idonea a spiegare la nascita della teoria dei “controlimiti” (su cui pure si tornerà), per cui in casi particolari può avvenire che in concreto si riconosca la prevalenza sul diritto europeo di valori corrispondenti ai principi supremi dell'assetto costituzionale nazionale.<sup>31[31]</sup>

Tornando invece all'assetto delle fonti del diritto europeo, è evidente come nell'assetto originario fosse impossibile individuare qualsivoglia gerarchia formale tra di esse (anche per quanto si è già rilevato circa la mancanza di una vera separazione delle funzioni fra le istituzioni dell'Unione). Tuttavia, con il successivo evolversi dell'ordinamento comunitario dall'originaria impronta fortemente internazionalistica ad un sistema affatto peculiare, connotato dalla crescente tendenza all'integrazione tra i diritti degli Stati firmatari, da più parti si cominciò ad auspicare, se non il riconoscimento di una vera e propria gerarchia tra le fonti, quanto meno una “sistematizzazione” dei rapporti esistenti fra di esse;<sup>32[32]</sup> tale opzione, secondo la dottrina, avrebbe comportato effetti benefici in termini di certezza del diritto almeno in una triplice direzione:

- a) contribuendo a chiarire il quadro delle competenze normative fra le istituzioni della Comunità, segnato da un'estrema varietà e frammentazione delle prerogative e delle procedure, frutto di un non lineare processo di stratificazione nelle varie revisioni dei Trattati, con il possibile riconoscimento di un ruolo preponderante del Parlamento (e, quindi, un progresso verso una maggiore democraticità del sistema);
- b) articolando meglio il riparto dei compiti istituzionali, attraverso una chiara definizione degli spazi spettanti alla normazione di rango legislativo e di quelli invece attribuiti alla funzione attuativa ed esecutiva del diritto europeo;
- c) riducendo, anche nei rapporti con gli Stati membri, l'eccesso di regolazione e la “invasività” dell'Unione, tramite una più chiara delineazione delle competenze esecutive rimesse al diritto nazionale, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale collaborazione.<sup>33[33]</sup>

Un deciso passo avanti è stato fatto proprio con il Trattato di Lisbona, laddove, pur senza affrontare esplicitamente il problema dell'esistenza o meno di una gerarchia interna tra le fonti comunitarie, è stato recepito il nucleo essenziale delle previsioni già contenute nel Trattato-costituzione. Innanzi tutto, si è espunta la denominazione degli atti in “legge” e “legge-quadro”, mantenendosi pertanto la tradizionale tipologia degli atti (regolamenti, direttive e decisioni, oltre i consueti atti non vincolanti); al di là di tale questione nominalistica, è però rimasta ferma l'importante distinzione tra provvedimenti “*legislativi*” e “*non legislativi*”, oggi contenuta nell'art. 289, par. 3, del TFUE. In estrema sintesi, gli atti legislativi sono quelli adottati seguendo le procedure legislative ordinaria e speciale: la prima, disciplinata dall'art. 294 TFUE, riprende con

---

<sup>30[30]</sup> Cfr. L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 6, 923 ss.

<sup>31[31]</sup> Cfr. G. INGRAO, *op. cit.*

<sup>32[32]</sup> Cfr. A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Il diritto dell'UE*, n. 1/1996, 62 ss.

<sup>33[33]</sup> Cfr. L. ALBINO, *op. cit.*

qualche modifica e fa assurgere a regola generale la vecchia procedura di “*codecisione*”, con Parlamento e Consiglio nella congiunta veste di legislatori; le seconde, applicabili laddove specificamente contemplate dai Trattati, vedono la funzione decisionale attribuita unicamente al Parlamento oppure al Consiglio, con la “*partecipazione*”, rispettivamente, dell’uno o dell’altro.

Agli atti legislativi si affiancano quelli delegati alla Commissione, destinati a integrare o modificare determinati elementi non essenziali di un atto legislativo destinato ad una cerchia indeterminata di destinatari. Si tratta quindi di atti “*non legislativi di portata generale*” i cui obiettivi, contenuto, portata e durata della delega sono definiti nell’atto legislativo di base (art. 290 TFUE): con il limite per cui gli elementi essenziali della disciplina non possono essere oggetto di delega, pena lo stravolgimento della ripartizione delle competenze. La *ratio* della previsione è evidentemente quella di disincentivare l’eccesso di dettagli nella produzione normativa di rango “legislativo”, prevedendo la possibilità di conferire il compito corrispondente alla Commissione. Si dovrebbe trattare di un’attività da esercitare nel rispetto dei limiti previsti dall’atto-delega, ma di natura normativa perché avente portata generale (non può applicarsi a misure individuali) e perché destinata a modificare o integrare l’atto di base (non può applicarsi a misure puramente esecutive).

In sostanza, si potrebbe tracciare un parallelo tra gli atti disciplinati dal citato art. 290 e quella che nel nostro ordinamento è la fonte regolamentare, gerarchicamente sottordinata rispetto alla legge primaria: più precisamente, si potrebbe operare un parallelo tra gli atti “*delegati*” e i nostri regolamenti di delegificazione. Quanto poi agli atti “*di esecuzione*” previsti dal successivo art. 291 TFUE, che del pari prevede l’ipotesi che l’atto di rango legislativo possa attribuire alla Commissione (o, più raramente, al Consiglio) il compito di dettare prescrizioni esecutive, questi dovrebbero grossomodo corrispondere ai nostri regolamenti esecutivi o attuativi.

## 2.2. I nuovi profili del primato del diritto europeo.

Come è noto, fin dai primi anni della propria attività la Corte di giustizia UE ha individuato uno dei tratti qualificanti del diritto comunitario nella sua *primauté*, ossia nella sua capacità di prevalere sulle norme interne degli Stati membri in tutte le ipotesi in cui, nella disciplina di situazioni giuridiche contemplate dalla normativa comunitaria, possa ravvisarsi un conflitto tra i due ordinamenti. Questo principio si trova enunciato fin dalla sentenza *Costa* del 1964,<sup>34[34]</sup> laddove già si rinviene l’affermazione per cui la prevalenza del diritto comunitario opera rispetto a qualsiasi norma interna, anche di rango costituzionale, discendendo dall’art. 189 del Trattato CE (oggi art. 249 TFUE), il quale non contiene alcuna riserva e la cui *ratio* verrebbe frustrata qualora si consentisse ai singoli Stati di vanificare con proprio atto unilaterale l’efficacia diretta attribuita alle norme comunitarie. Nella successiva sentenza *Simmenthal*, del 1978,<sup>35[35]</sup> è precisato il meccanismo che consente al primato del diritto comunitario di operare in concreto, individuandolo nell’obbligo del giudice nazionale – ma anche dell’amministrazione e di qualsiasi altro operatore interno - di disapplicare le norme interne confliggenti con quelle comunitarie, salva la facoltà (o il dovere) di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla stessa Corte in caso di dubbio interpretativo.

Non è questa la sede – trattandosi di questioni ben note a chi abbia una minima conoscenza del diritto comunitario e della sua storia - per approfondire i temi del primato e dell’effetto diretto del diritto europeo, né di ricostruire il lungo e tormentato percorso che ha portato la nostra Corte Costituzionale a condividere quasi integralmente, quanto meno nei suoi effetti concreti, l’impostazione della Corte europea.<sup>36[36]</sup> Occorre però fin da subito precisare che, mentre la Corte di giustizia si è mossa fin dappprincipio nel solco del suo consueto approccio “monista”, in virtù del

---

<sup>34[34]</sup> Corte di giustizia UE, 15 luglio 1964, C-6/64.

<sup>35[35]</sup> Corte di giustizia UE, 9 marzo 1978, C-106/77.

<sup>36[36]</sup> La “svolta” si è avuta con la celebre sentenza *Granital*, 8 giugno 1984, nr. 170. Sull’evoluzione dell’approccio della Consulta ai temi dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, cfr. A. CELOTTO, *Coerenza dell’ordinamento e soluzione delle antinomie nell’applicazione giurisprudenziale*, in AA.VV., *Appunti per una teoria generale del diritto*, a cura di F. Modugno, Torino, 1997, 198.

quale è esclusa *in radice* la possibilità di interferenze tra il controllo di compatibilità comunitaria e l'eventuale controllo di costituzionalità previsto nell'ordinamento nazionale (infatti, presupponendosi un'integrazione unitaria dei due ordinamenti, il problema va risolto sempre e comunque con la prevalenza del diritto comunitario); al contrario la Corte Costituzionale non ha mai sposato fino in fondo siffatta impostazione, mantenendo ferma l'idea di due ordinamenti separati fra i quali esisterebbero solo dei meccanismi di coordinamento – originariamente individuati, come è noto, nella clausola di rinuncia alla sovranità di cui all'art. 11 Cost. -, con la conseguenza che permarrebbero spazi residui di intervento per la Corte stessa in ipotesi estreme in cui il controllo interno di costituzionalità s'imponga come prioritario rispetto a quello di compatibilità comunitaria.

In concreto, la soluzione adottata dalla Corte Costituzionale consiste nel dichiarare l'infondatezza, per difetto di rilevanza, delle eventuali questioni di costituzionalità sollevate dinanzi ad essa tutte le volte in cui debba di fatto riconoscersi prevalenza alla normativa europea: infatti, in questi casi o il problema deve essere risolto dal giudice *a quo* applicando la norma europea a preferenza di quella nazionale, oppure – laddove residuino dubbi interpretativi – lo stesso giudice *a quo* deve investire la Corte di giustizia a norma dell'art. 234 del Trattato UE (oggi art. 288 TFUE). Resterebbero fuori da questo schema i soli casi nei quali la Corte Costituzionale si è riservata un intervento diretto, in relazione ai quali la dottrina ha da tempo elaborato la definizione di “controlimiti”,<sup>37[37]</sup> proprio per evidenziarne il carattere di argine inteso a circoscrivere la prevalenza del diritto europeo sul diritto interno; in altri termini, si tratterebbe di ipotesi nelle quali l'esigenza di salvaguardare le garanzie fondamentali del nostro sistema costituzionale renderebbe non più operante la previsione *ex art.* 11 Cost. in materia di cessione di sovranità e apertura al diritto sovranazionale.

Nell'impostazione originaria della Corte Costituzionale, i casi di “controlimiti” sono essenzialmente tre. Innanzi tutto, il controllo di costituzionalità permane per tutte quelle norme comunitarie non direttamente applicabili (p.es. direttive non trasposte e non *self-executing*); in secondo luogo, la Corte si è riservata di giudicare sulle leggi ordinarie che violino il sistema dei principi stabiliti dal Trattato UE, e quindi nei casi in cui la sovranità nazionale travalica i propri limiti invadendo la sfera comunitaria; infine, la Corte si è riservata il giudizio sulla stessa legge di esecuzione del Trattato nell'ipotesi in cui una normativa comunitaria, sebbene provvista di effetto diretto e immediatamente applicabile, violi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o diritti inalienabili della persona umana. È appena il caso di aggiungere – anche qui senza sviluppare ulteriormente il tema – che nella prassi applicativa le ipotesi così prefigurate si sono ben di rado verificate, di modo che la teoria dei “controlimiti” è rimasta più che altro un'enunciazione di principio, figlia della volontà della Corte Costituzionale di rivendicare un qualche spazio di propria autonomia rispetto alla *primauté* del diritto europeo.

Può essere utile invece sottolineare che la Corte Costituzionale italiana non è stata la sola a “opporre resistenza” alla prevalenza incondizionata del diritto europeo, registrandosi in diverse esperienze europee l'escogitazione di meccanismi idonei a salvaguardare in qualche modo l'identità costituzionale dei singoli Stati membri: il *Conseil constitutionnelle* francese si è riservato il “*contrôle de constitutionnalité*” delle norme interne di trasposizione di direttive comunitarie qualora contrastanti con disposizioni espresse della Costituzione, e più di recente ha precisato che tale controllo va esercitato allorché vi sia contrasto con norme o principi relativi a “*l'identité constitutionnelle de la France*”; la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ancora di recente, pur riaffermando il dovere del giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne contrastanti col diritto europeo, ha ribadito il limite indisponibile e invalicabile del rispetto dei caratteri identitari dell'ordinamento costituzionale tedesco; il *Tribunal Constitucional* spagnolo, nel pronunciarsi sul Trattato-costituzione del 2004, ha avuto modo di ricapitolare il proprio orientamento per cui la prevalenza del diritto europeo, discendente dal trasferimento di competenze

---

<sup>37[37]</sup> L'espressione è stata ideata da P. BARILE ed esposta per la prima volta in *Ancora su diritto comunitario e diritto interno - Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. VI, 1969, 45.

all'Unione e dalla connessa cessione di sovranità, incontra un limite invalicabile nei “*principios y valores básicos*” dello Stato di diritto, sociale e democratico, quale è quello spagnolo, anche se poi riconosce che in pratica quello di un insanabile contrasto tra i due diritti è un “*caso difficilmente concebible*”.<sup>38[38]</sup> Non è detto, però, che questa “*tensione dialettica*” persistente tra la Corte di giustizia e i supremi giudici costituzionali degli Stati membri debba necessariamente rappresentare un fattore potenzialmente disgregante, o comunque di ostacolo all'ulteriore progresso dell'integrazione europea.

Prima di chiarire il senso di quest'ultima affermazione, occorre però tornare all'atteggiamento della Corte Costituzionale italiana ed esaminarne le ricadute, anche sotto il profilo dei possibili inconvenienti cui esso ha dato luogo: che non sono pochi. Sul piano pratico, il residuo di spazi nei quali possono coesistere il controllo di compatibilità affidato alla Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità rimesso alla Corte Costituzionale rende concreto il pericolo del verificarsi di ipotesi di “*doppia pregiudizialità*”, nelle quali il giudice interno sia indotto, per superare l'*impasse* derivante dal possibile conflitto tra diritto comunitario e norma costituzionale interna, a sollevare entrambe le questioni, successivamente o addirittura anche contestualmente (tale situazione, cui nulla osta, si è effettivamente verificata nella pratica); secondo la dottrina, questi rischi potrebbero intensificarsi a seguito del consolidarsi del sistema europeo della tutela dei diritti, per effetto della rinnovata forza giuridica riconosciuta alla Carta di Nizza nonché della prospettata adesione dell'Unione alla CEDU.<sup>39[39]</sup> Sul piano dell'elaborazione teorica, è stato rimproverato alla Corte Costituzionale di essersi “*autoemarginata*” dal circuito della cooperazione giudiziaria, escludendo *a priori* ogni proprio intervento nell'applicazione del diritto europeo e così rinunciando a quel dialogo con la Corte di giustizia, ai fini di una migliore attuazione del diritto comunitario nell'ordinamento interno, che il principio di leale collaborazione imporrebbe a tutte le istituzioni degli Stati membri.<sup>40[40]</sup>

Se si esamina la più recente produzione giurisprudenziale, si nota che l'atteggiamento della Corte Costituzionale non è significativamente mutato rispetto a quello che si è sopra sommariamente ricostruito. Probabilmente le difficoltà che si incontrano nel superare l'approccio “*dualista*” e i problemi che questo si è visto produrre, oltre che da evidenti preoccupazioni di carattere politico, discendono da un vizio d'origine e da un vizio ancor oggi perdurante: il vizio d'origine è costituito dalla trasposizione dei Trattati istitutivi delle Comunità con leggi ordinarie, anziché con leggi costituzionali, scelta che ha dato origine a tutti i problemi di inquadramento delle fonti comunitarie che si sono visti;<sup>41[41]</sup> il vizio perdurante consiste nell'assenza, nella nostra Carta costituzionale, di un “*articolo comunitario*” del tipo di quello esistente in altre esperienze costituzionali, destinato a operare come una clausola generale di rinvio al diritto europeo e a consentirne l'ingresso, con carattere di preminenza, nell'ordinamento interno. Una tale disposizione, pur contemplata in numerosi progetti di revisione della Costituzione, non ha mai visto la luce, e pertanto la Corte ha continuato a rinvenire nell'art. 11 Cost. (norma, in realtà, originariamente pensata per tutt'altre finalità) il fondamento del particolare “*regime*” riconosciuto al diritto comunitario nell'ordinamento interno.

Più recentemente, con la già citata riforma del Titolo V, un riferimento espresso ai “*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*” (oltre che dagli obblighi internazionali) è stato introdotto nel comma 1 dell'art. 117 Cost., dedicato al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

---

<sup>38[38]</sup> Cfr. M.R. DONNARUMMA, *Il processo di “costituzionalizzazione” dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle corti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 2, 407 ss. (con ampia analisi della giurisprudenza costituzionale italiana e degli altri Stati europei).

<sup>39[39]</sup> Cfr. F. VECCHIO, *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, in *www.giustamm.it*, 31 maggio 2010.

<sup>40[40]</sup> Cfr. F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee* in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, 491 ss.

<sup>41[41]</sup> Cfr. A. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999 - La Costituzione Europea - Atti del XIV Convegno Annuale*, Padova, 2000, 152.

In una prima fase, la Corte Costituzionale ha ritenuto di individuare proprio in questa disposizione il tanto auspicato “articolo comunitario” di cui fare applicazione per legittimare a livello costituzionale la “soccombentezza” delle norme interne, ed anche di quelle di rango costituzionale, a fronte delle norme del diritto europeo: in una importante sentenza, la Corte ha affermato che “*alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato*”.<sup>42[42]</sup>

Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è però entrata in crisi l’idea che l’art. 117 Cost. possa costituire l’ “articolo comunitario” che mancava alla nostra Costituzione: tale previsione infatti, essendo articolata come una sorta di clausola ricognitiva dei vincoli internazionali e comunitari già esistenti, mal si presta a operare quale fondamento degli ulteriori sviluppi di un processo d’integrazione tuttora in divenire.<sup>43[43]</sup> E non è un caso che, in occasione di pronunce più recenti, la Corte sia tornata a individuare nell’art. 11 Cost. il “*sicuro fondamento*” della prevalenza del diritto europeo su quello nazionale.<sup>44[44]</sup>

Più interessante è la recente “apertura” della Corte in ordine alla possibilità di procedere essa a stessa a rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 288 TFUE (ex art. 234 TCE).<sup>45[45]</sup> Pur trattandosi di una decisione storica, in quanto rappresenta il primo caso di rinvio pregiudiziale da parte della Corte Costituzionale italiana, essa è ancora coerente con l’approccio teorico consolidato della Corte, essendo stato disposto il rinvio nell’ambito di un giudizio promosso in via principale ex art. 127 Cost., nel quale dunque la Consulta era giudice della controversia: e, difatti, nell’ordinanza viene ribadita la tradizionale impostazione “dualista” dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento interno. Tuttavia, parte della dottrina ha criticato la limitazione della possibilità di rinvio pregiudiziale alle sole ipotesi in cui la Corte sia adita in via principale, affermando che non vi è ragione per non estenderla anche alle ipotesi di giudizio incidentale di costituzionalità.<sup>46[46]</sup> altri autori hanno colto in questa decisione comunque un passo avanti verso l’ingresso della nostra Corte Costituzionale in quella “*rete europea di costituzionalità*” la quale, essendo articolata in un dialogo continuo tra la Corte europea e le Corti costituzionali degli Stati membri, contribuisce nel modo migliore all’integrazione degli ordinamenti ed allo sviluppo dell’Unione come “comunità di diritto”.<sup>47[47]</sup>

A questo punto, se si esaminano le novità introdotte dal Trattato di Lisbona con riguardo ai profili che si sono appena trattati, ci si trova di fronte a un quadro che può suscitare qualche perplessità. Infatti, se nel Trattato-costituzione di Roma del 2004 era stata prevista l’introduzione nel Trattato di una esplicita “clausola di supremazia”, in tal modo trasformando in previsione espressa e vincolante l’orientamento ormai granitico della Corte di giustizia in ordine al primato del diritto europeo e ai suoi effetti, una tale disposizione non è stata riprodotta nel trattato di Lisbona; alla *primauté* è oggi dedicata una Dichiarazione allegata al Trattato (la nr. 17), laddove si legge: “*La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell’Unione europea, i*

---

<sup>42[42]</sup> Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, nr. 349.

<sup>43[43]</sup> Sul punto, cfr. M.P. CHITI, *op. cit.*, 220 ss., il quale osserva anche che la novella del 2001 ha avuto anche il paradossale effetto di “spogliare” l’art. 11 Cost. della valenza che gli era stata attribuita nella pregressa giurisprudenza della Corte, restituendolo a una dimensione prettamente internazionalistica.

<sup>44[44]</sup> Così, Corte Cost., sent. 24 giugno 2010, nr. 227.

<sup>45[45]</sup> Cfr. Corte Cost., ord. 15 aprile 2008, nr. 103.

<sup>46[46]</sup> Cfr. M. CONTALDI, *Corte costituzionale e rinvio pregiudiziale*, in *L’autonomia tributaria delle regioni e degli enti locali tra Corte costituzionale (sentenza n. 102/2008 e ordinanza n. 103/2008) e disegno di legge delega*, a cura di V. Ficari, Milano, 2009, 109.

<sup>47[47]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo* in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 9, 961 ss. Sul “circuito delle corti costituzionali” come fattore di integrazione europea, cfr. R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 2, 387 ss.

*trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza*". Al contrario, ha trovato espressa positivizzazione il principio del rispetto delle identità nazionali, in quanto all'art. 4, par. 2, del TUE si legge: "*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali*".

Così stando le cose, è arduo dare torto a chi osserva che, mentre il principio del primato del diritto comunitario resta affidato alla (pur autorevole e ormai pacifica) giurisprudenza della Corte di giustizia, ma non acquista forza giuridica propria - infatti le dichiarazioni allegare ai Trattati, al contrario dei protocolli, non hanno forza giuridica vincolante -, il Trattato di Lisbona sembrerebbe aver fornito una base giuridica esplicita alla teoria dei "controlimiti".<sup>48[48]</sup> Tuttavia, su quelle che potranno essere le conseguenze di un tale assetto, le opinioni sono diversificate.

Una prima impostazione, allargando lo sguardo anche all'assetto istituzionale dell'Unione quale risultante all'esito del Trattato di Lisbona, si mostra pessimista in ordine alla possibilità che l'Europa così come è oggi possa reggere il confronto con le nuove potenze emergenti, sul piano economico prima ancora che su quello politico. Infatti, la scelta di una sostanziale conferma dell'assetto preesistente, caratterizzato da un forte trasferimento in capo all'Unione di competenze economico-finanziarie cui non corrisponde l'attribuzione di significativi poteri di indirizzo politico-amministrativo, determina una debolezza del soggetto europeo nel confronto competitivo con gli altri attori principali della scena internazionale.<sup>49[49]</sup> In tale prospettiva, le scelte sopra richiamate in ordine al primato ed ai "controlimiti" altro non sarebbero che il riconoscimento sul piano positivo delle spinte centrifughe e delle resistenze che si frappongono al procedere dell'integrazione europea.

Altri, in una chiave più ottimistica, ritengono invece che le scelte consacrate nel Trattato di Lisbona possano portare a un innalzamento degli *standard* di tutela dei diritti dei singoli, soprattutto per effetto dell'ingresso a pieno titolo della tutela dei diritti fondamentali nel contesto europeo (a seguito del riconoscimento di forza giuridica alla Carta di Nizza). In altri termini, la possibilità di accordare prevalenza a norme interne su quelle europee dovrebbe ammettersi in tutti i casi in cui dalle prime consegua una più incisiva ed efficace tutela delle situazioni soggettive dei cittadini. In questo modo, la *primauté* e i "controlimiti" cesserebbero di rappresentare i termini di una relazione conflittuale tra ordinamenti, ma si porrebbero come elementi destinati a cooperare all'interno di un circuito unico in vista di una più effettiva tutela dei diritti dei singoli.<sup>50[50]</sup>

### **2.3. La tutela dei diritti nell'ordinamento europeo.**

È noto come la giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo una primissima fase in cui essa affermò di disinteressarsi della tutela dei diritti fondamentali dovendo preoccuparsi unicamente del rispetto del diritto comunitario,<sup>51[51]</sup> ha nel tempo conosciuto una rapida evoluzione grazie all'individuazione dei principi giuridici generali che, in quanto comuni agli ordinamenti degli Stati membri, entrano a far parte del diritto comunitario, del quale costituiscono anzi parte della "costituzione" in senso sostanziale: fra tali principi, dei quali la stessa Corte afferma di dover certamente garantire l'osservanza, vi sono anche quelli sui diritti fondamentali dell'uomo, quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).<sup>52[52]</sup>

---

<sup>48[48]</sup> Cfr. A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in *www.giustamm.it*, 2 febbraio 2009.

<sup>49[49]</sup> Cfr. G. GUARINO, *Verso una fase costituente nella Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 6, 1287 ss.

<sup>50[50]</sup> Cfr. A. CELOTTO, *op. cit.*

<sup>51[51]</sup> Cfr., fra le altre, Corte di giustizia CE, 1 aprile 1965, C-40/65; id. 4 febbraio 1959, C-1/58.

<sup>52[52]</sup> Cfr., ad esempio, Corte di giustizia CE, 28 ottobre 1975, C-36/75.

Naturalmente, questa affermazione non ha portato la Corte a sindacare gli ordinamenti interni dei singoli Stati membri, potendo trovare applicazione soltanto laddove sia in gioco l'applicazione di una disciplina comunitaria; anche sotto questo profilo, peraltro, si è registrata una significativa evoluzione nel "pensiero" della Corte attraverso un percorso logico riassumibile in tre passaggi. Il primo di essi, relativamente semplice, è consistito nell'affermare che è la stessa Comunità, nell'emanare gli atti di propria competenza, a dover rispettare i diritti fondamentali che hanno un rango superiore; si trattava di un'affermazione non problematica, concernendo il controllo "istituzionale" della Corte sugli atti delle istituzioni comunitarie, anche se sembrava introdurre *in nuce* il principio di una gerarchia nell'ambito delle fonti del diritto europeo, anticipando gli sviluppi successivi.<sup>53[53]</sup>

Il secondo passaggio consiste nell'impiego che la Corte, a partire dalla metà degli anni Ottanta, ha fatto della categoria dei diritti fondamentali anche per sindacare le misure adottate dagli Stati membri all'interno dei propri ordinamenti, purché in attuazione del diritto comunitario o comunque in connessione con esso. Non è pacifico in dottrina se la Corte abbia intrapreso anche questo percorso perché ispirata dall'intento di affermare il primato del diritto comunitario a fronte delle tendenze "centrifughe" di alcuni Stati, ovvero per perseguire più ambiziosi obiettivi di integrazione; certo è che l'apertura a questo tipo di controllo sul diritto interno ha costituito una spinta determinante verso la realizzazione *de facto* di un modello federale.<sup>54[54]</sup>

In stretto collegamento con questa evoluzione – e siamo al terzo e ultimo passaggio – i diritti fondamentali, in tempi recenti, sono stati sempre più di frequente utilizzati dalla Corte per valutare la fondatezza delle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale in apparenza incompatibile con il diritto comunitario: questa situazione, che in partenza non differisce punto da quella precedente (si tratta pur sempre di un sindacato sul diritto interno degli Stati membri), diventa significativa in quanto la Corte si spinge a operare un vero e proprio bilanciamento di valori, e così a enucleare una subcategoria di diritti fondamentali "assoluti" o inderogabili. In sostanza, accade che la Corte possa "salvare" delle misure formalmente contrastanti col diritto dell'Unione, laddove queste appaiano giustificate dalla salvaguardia di diritti fondamentali, destinati in questo caso a prevalere sull'esigenza comunitaria; perciò, di volta in volta si tratta di verificare se tale diritto fondamentale sia o meno "assoluto", e quindi suscettibile di prevalere sul diritto comunitario (malgrado il "primato" di quest'ultimo).<sup>55[55]</sup> Non è casuale il legame logico tra questo tipo di approccio della Corte di giustizia e quello che ha portato molte Corti costituzionali degli Stati membri a elaborare la teoria dei "controlimiti", di cui si è detto.

L'affermarsi a livello europeo di una protezione generale dei diritti fondamentali pone il problema dei rapporti tra la tutela giurisdizionale ad essi accordata dalla Corte di giustizia con gli strumenti appena richiamati e quella esercitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo istituita nel 1950 per effetto della omonima Convenzione (CEDU). Sul punto, occorre immediatamente evidenziare le profonde differenze tra i due meccanismi di tutela giurisdizionale: dal punto di vista della forza giuridica interna, come ancora di recente ribadito dalla Corte Costituzionale, in riferimento alla CEDU non può parlarsi di una cessione di sovranità cui l'Italia abbia consentito ai sensi dell'art. 11 Cost., ma soltanto di vincoli di diritto internazionale derivanti dall'adesione alla Convenzione (avvenuta con legge ordinaria); di conseguenza, le norme della CEDU non acquistano rango costituzionale, né *a fortiori* sono suscettibili di prevalere sulle norme costituzionali. Tuttavia, la Corte non si nasconde come vi sia di fatto una tendenziale coincidenza e integrazione tra le garanzie predisposte dalla CEDU e quelle stabilite dalla Costituzione, ciò che rende necessario perseguire un'uniformità interpretativa e applicativa nella quale è centrale il ruolo della Corte EDU,

---

<sup>53[53]</sup> Cfr. P.M. HUBER, "Unitarizzazione" attraverso i diritti fondamentali comunitari o dell'esigenza di riesaminare la giurisprudenza ERT, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 1, 1 ss.

<sup>54[54]</sup> Cfr. A. BENAZZO, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 5, 835 ss.

<sup>55[55]</sup> In tema, v. A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, 3, 644 ss.

che è istituzionalmente deputata a garantire il rispetto dei diritti fondamentali negli Stati che hanno aderito alla Convenzione. Tale obiettivo, peraltro, si realizza considerando le norme della CEDU come “norme interposte” e, quindi, riservando alla stessa Corte Costituzionale l’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con la CEDU, per indiretta violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., laddove sancisce la soggezione anche della legislazione statale ai “vincoli” derivanti da accordi internazionali.<sup>56[56]</sup>

Non meno rilevanti sono le differenze nella disciplina del rito stabilita per il ricorso alle due Corti: come è noto infatti, l’accesso alla Corte di Strasburgo – a differenza di quanto previsto dai Trattati UE per la Corte di Lussemburgo – non può mai avvenire in via incidentale e pregiudiziale nell’ambito di un giudizio pendente dinanzi a un giudice nazionale, trattandosi di un rimedio sussidiario soggetto alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35 della CEDU); di conseguenza, le decisioni della Corte EDU non possono mai incidere direttamente sui giudizi in corso all’interno dello Stato aderente, ma si risolvono al più nella condanna di quest’ultimo – laddove se ne sia accertata la violazione dei principi della Convenzione – al pagamento di una somma a titolo di risarcimento. Che questi siano ad oggi i limiti della possibile incidenza della CEDU nell’ordinamento interno appare confermato, *e contrario*, dalla recentissima sentenza con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede un autonomo caso di revisione del processo penale quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU: in questo caso, la Corte ha ritenuto necessario un intervento “additivo” per rendere possibile la riapertura di un giudizio penale concluso con sentenza passata in giudicato, su richiesta di parte, essendo tale soluzione a suo dire imposta dall’obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU sancito dall’art. 46, par. 1, della CEDU; la violazione di quest’ultima norma – per l’appunto – è stata ritenuta configurare violazione indiretta dell’art. 117, comma 1, Cost.<sup>57[57]</sup>

Più in generale, diverso resta l’approccio delle due Corti alla materia della tutela dei diritti fondamentali: la Corte EDU si pone quale organo istituzionalmente deputato a garantire la piena, effettiva e uniforme protezione dei diritti connessi alla dignità della persona umana, mentre la Corte di giustizia UE, almeno fino ad oggi (e salve le possibili “dilatazioni” dell’ambito della tutela cui si è accennato), è intervenuta soprattutto laddove l’ipotizzata lesione di un diritto fondamentale producesse discriminazioni nell’applicazione del diritto europeo, o comunque si verificasse all’interno di una materia di competenza dell’Unione.<sup>58[58]</sup>

Malgrado ciò, è noto che la Corte di giustizia, specie nel momento in cui ha esteso il proprio intervento a tutela dei diritti fondamentali anche nei confronti degli atti interni posti in essere dagli Stati membri in attuazione del diritto comunitario, ha attribuito crescente importanza alla CEDU quale punto di riferimento da cui ricavare il nucleo centrale dei diritti da salvaguardare. Alquanto risalente, nella vasta giurisprudenza della Corte, è l’affermazione secondo cui fra i “*principi giuridici generali*” che entrano a far parte del diritto comunitario, e dei quali la stessa Corte deve garantire l’osservanza, vi sono anche quelli sui diritti fondamentali dell’uomo, quali risultano non solo dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ma anche – appunto – dalla CEDU.<sup>59[59]</sup> Tale indirizzo, consolidatosi nel corso degli anni, è stato consacrato nell’art. 6, par. 3, del TUE come novellato dal Trattato di Lisbona, il quale recita: “*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”.

---

<sup>56[56]</sup> La Corte Costituzionale ha sviluppato la tesi sintetizzata nel testo con una pluralità di sentenze: nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007; nr. 317 del 4 dicembre 2009; nr. 12 marzo 2010, nr. 97.

<sup>57[57]</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 7 aprile 2011, nr. 113.

<sup>58[58]</sup> Per una esemplificazione di questa diversità di approccio, con specifico riferimento ai principi del “giusto procedimento”, cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un’integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 5, 1127 ss.

<sup>59[59]</sup> Cfr., ad esempio, Corte di giustizia CE, 28 ottobre 1975, C-36/75.

La disposizione che ha generato le maggiori discussioni in dottrina e giurisprudenza è però il par. 2 dello stesso articolo, laddove si sancisce che l'Unione "aderisce" alla CEDU, sia pure precisandosi che tale adesione non modifica il sistema delle competenze dell'Unione stessa. In questo modo, per un verso, si è venuti incontro alle preoccupazioni in passato espresse dalla stessa Corte di giustizia la quale, richiesta dal Consiglio di un parere in ordine alla possibilità di una formale adesione dell'Unione alla CEDU, aveva ritenuto che una tale scelta avrebbe portato a un ampliamento dei fini della Comunità, ben oltre quanto consentito dal meccanismo dell'art. 308 (oggi 352 TFUE), in base al quale si è proceduto per anni in via pretoria ad ampliare la sfera di intervento dell'Unione; di conseguenza, era necessaria una modifica del Trattato, incidendo tale adesione sulla struttura e sugli scopi stessi della Comunità.<sup>60[60]</sup> Per altro verso, non v'è dubbio che la decisione di aderire alla CEDU determinerà grandi mutamenti nell'estensione e nelle modalità con cui la stessa Corte di Lussemburgo svolgerà il proprio ruolo di tutela dei diritti fondamentali, anche se – come si vedrà – non necessariamente nel senso indicato da taluni fra i primi commentatori.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è insorto soprattutto in giurisprudenza un qualche equivoco in ordine all'avvenuta "adesione" dell'Unione alla CEDU: in alcune sentenze dei giudici amministrativi la diretta applicabilità nel nostro ordinamento della CEDU, e quindi l'obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni interne con essa contrastanti, sono stati affermati proprio sul presupposto dell'ormai intervenuta adesione dell'Unione europea alla Convenzione.<sup>61[61]</sup> La migliore dottrina ha immediatamente evidenziato la non condivisibilità di tale impostazione, innanzi tutto perché l'adesione dell'Unione alla CEDU – ad onta della solennità della formula impiegata dall'art. 6, par. 2, TUE – a tutt'oggi non è ancora avvenuta: in primo luogo perché, trattandosi di adesione dell'Unione a un accordo internazionale stipulato fra Stati europei (alcuni solo dei quali, peraltro, sono membri dell'Unione medesima), essa dovrebbe avvenire con le procedure all'uopo disciplinate dagli stessi Trattati; in secondo luogo, perché il protocollo nr. 8 allegato al Trattato di Lisbona chiarisce proprio quale dovrà essere l'*iter* da seguire per realizzare in concreto l'ingresso dell'Unione europea nella CEDU, rendendo evidente che questo è solo prefigurato dall'art. 6.<sup>62[62]</sup> E, poiché tale *iter* dovrebbe comportare anche qualche modifica alla stessa CEDU, nonché alla composizione della Corte di Strasburgo e del Consiglio d'Europa, c'è da attendersi che la vera e propria adesione non si avrà in tempi brevissimi.<sup>63[63]</sup> Non è un caso che in tempi più recenti non solo la Corte Costituzionale abbia ribadito il proprio insegnamento in ordine alla sostanziale diversità tra le limitazioni di sovranità consentite per effetto del diritto europeo e gli effetti del rispetto di una convenzione internazionale, quale è la CEDU, che non è tale da alterare le garanzie costituzionali,<sup>64[64]</sup> ma lo stesso Consiglio di Stato abbia "corretto il tiro", riaffermando il principio per cui la violazione di norme della CEDU, proprio in quanto comportante un'inosservanza dei vincoli incombenti al legislatore nazionale per effetto di un trattato internazionale, può dar luogo a declaratoria di incostituzionalità per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.<sup>65[65]</sup>

---

<sup>60[60]</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, parere 28 marzo 1996, nr. 2/94.

<sup>61[61]</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, nr. 1220; Tar Lazio, sez. II *bis*, 18 maggio 2010, nr. 11984.

<sup>62[62]</sup> Cfr. A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 21 maggio 2010; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 117

<sup>63[63]</sup> Cfr. F. LISENA, *L'Unione europea "aderisce" alla CEDU: quando le parole non bastano a "fare cose"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 24 giugno 2010.

<sup>64[64]</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 24 giugno 2010, nr. 227. Più di recente, la Corte ha ribadito il proprio indirizzo, precisando che, prima di sollevare la questione di costituzionalità nel senso indicato nel testo, il giudice – secondo i comuni principi – è tenuto a verificare la praticabilità di un'interpretazione della norma interna compatibile con la CEDU, e solo laddove questa sia impossibile deve rimettere gli atti alla Corte: cfr. sent. 11 marzo 2011, nr. 80.

<sup>65[65]</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, nr. 3760. Nello stesso senso, Tar Napoli, sez. I, 29 luglio 2010, nr. 17173; Tar Milano, sez. III, 15 settembre 2010, nr. 5988.

Non bisogna però pensare che le pronunce che hanno affermato il carattere “autoapplicativo” delle norme CEDU costituiscano una frettolosa “fuga in avanti” della giurisprudenza amministrativa. Infatti, già ben prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona il dovere del giudice nazionale di disapplicare *de plano* le norme interne contrastanti con la CEDU era stato affermato addirittura dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite,<sup>66[66]</sup> oltre che da autorevole dottrina;<sup>67[67]</sup> alla base dell’assunto c’è l’idea che il carattere cogente dell’ordinamento interno debba discendere non già da un vincolo di diritto internazionale, bensì dal primato del diritto comunitario *ex art. 11 Cost.*, dal momento che i diritti fondamentali enunciati nella CEDU sono stati recepiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia tra i principi fondanti ricavabili dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e pertanto devono ritenersi far parte integrante del diritto europeo. Evidentemente, questa diversità di opinioni dipende dal diverso grado di “forza” che si ritiene i predetti principi fondamentali possano avere sul diritto degli Stati membri dell’Unione, ed è destinata a riprodursi anche allorché l’adesione dell’UE alla CEDU sarà realtà: infatti, a fronte di chi reputa che all’indomani di tale formale adesione i giudici degli Stati membri saranno certamente tenuti a disapplicare tutte le norme interne contrastanti con la Convenzione (al pari di quanto avviene in caso di conflitto con norme comunitarie *tout court*),<sup>68[68]</sup> non manca chi – al contrario – ritiene che la CEDU continuerà in ogni caso a essere una fonte esterna al diritto europeo, non essendo parificata ai Trattati ed avendo pertanto soltanto effetti indiretti, ad esempio nel senso di vincolare la Corte di giustizia a un’interpretazione dei diritti fondamentali conforme a quella della Corte EDU, ovvero di rendere possibile il controllo di quest’ultima, per eventuale violazione della Convenzione, sugli atti posti in essere dalle istituzioni dell’Unione.<sup>69[69]</sup> In questo senso, più che a una “comunitarizzazione” della CEDU, si assisterebbe a un fenomeno di segno opposto.

Si è già visto, invece, come di vera e propria “comunitarizzazione” possa parlarsi con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali, alla quale lo stesso art. 6 TUE attribuisce “*lo stesso valore giuridico dei Trattati*”: di conseguenza, malgrado non abbia avuto luogo l’incorporazione fisica della Carta nel Trattato UE (originariamente prevista dal Trattato-costituzione del 2004), si è comunque realizzato un indubbio potenziamento della sua forza giuridica vincolante, potendo ipotizzarsi *de futuro* un superamento delle dispute che per lungo tempo si sono agitate in dottrina e giurisprudenza in ordine a quale fosse il valore giuridico delle norme contenute nella Carta medesima.<sup>70[70]</sup>

### 3. Tra “diritto amministrativo europeo” ed “europeizzazione” del diritto amministrativo.

Volendo ora tentare una risposta al quesito iniziale su che cosa debba intendersi per “diritto amministrativo europeo”, dovrebbe ormai essere chiaro che con tale formula ci si può riferire a due realtà ontologicamente diverse: da un lato, al complesso delle norme che disciplinano l’esercizio della funzione amministrativa all’interno dell’Unione europea; dall’altro, a un complesso di norme – effettivamente esistente ovvero ipotizzato e/o auspicato – che, per effetto dell’incidenza del diritto europeo, abbia “omogeneizzato” la disciplina del diritto amministrativo dei singoli Stati membri. Con riguardo a quest’ultimo fenomeno, è forse preferibile usare la formula della “europeizzazione” del diritto amministrativo, dal momento che si tratta di un processo tuttora *in fieri* e che è ben lungi dall’aver portato a un assetto stabile.<sup>71[71]</sup>

I due fenomeni peraltro sono intimamente connessi fra di loro giacché, come si cercherà ora di dimostrare, il secondo è in qualche modo conseguenza del primo.

<sup>66[66]</sup> Si vedano le sentt. 23 dicembre 2005, nr. 28507, e 11 giugno 2004, nr. 1467.

<sup>67[67]</sup> Cfr. L. MARUOTTI, *Diritto comunitario e diritto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 31 marzo 2008. Quest’opinione è riaffermata, all’indomani del Trattato di Lisbona, da G. INGRAO, *op. cit.*

<sup>68[68]</sup> Così G. INGRAO, *op. cit.*

<sup>69[69]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. loc. ult. cit.*; M. COCCONI, *op. cit.*

<sup>70[70]</sup> Vedile riassunte in A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 8 maggio 2006.

<sup>71[71]</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *op. cit.*

Si è già visto come, da una iniziale indistinzione nell'ordinamento europeo tra funzione normativa e funzione amministrativa si è passati, di pari passo con il progressivo ampliarsi delle competenze dell'Unione, all'affermarsi di una vasta e articolata amministrazione europea. Di questo sviluppo ha preso atto il Trattato di Lisbona, come confermato dal nuovo art. 298 TFUE, secondo cui: *“nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente”*. Tale disposizione, come è stato evidenziato in dottrina, pur non fornendo una definizione positiva della nozione europea di amministrazione, ne riflette la complessità e la stratificazione, come testimoniato dall'inciso per cui la funzione amministrativa è esercitata da *“istituzioni, organi e organismi”* riconducibili all'Unione europea.<sup>72[72]</sup>

Sulla multiformità della nozione europea di amministrazione pesa la pluralità di definizioni che ne ha dato la Corte di giustizia, la quale nella propria giurisprudenza – come è noto – ha ampliato e ristretto il perimetro della nozione di *“pubblica amministrazione”* a seconda dei casi, pervenendo a diverse definizioni, ad esempio, in materia di libera circolazione dei dipendenti pubblici o di individuazione dei soggetti tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica in materia di appalti.<sup>73[73]</sup> L'esercizio delle funzioni amministrative da parte dell'Unione avviene oggi, all'esito di un lungo e tormentato processo evolutivo che non è il caso di ripercorrere in questa sede, tramite un modello pluriorganizzativo<sup>74[74]</sup> nel quale, se da un lato l'organo amministrativo per eccellenza resta la Commissione (condividendo le funzioni, in taluni casi, con il Consiglio), si è assistito nel corso del tempo allo sviluppo di organi e organismi a composizione mista, comunitaria e nazionale, particolarmente idonei a realizzare un'amministrazione *“multilivello”* fondata sull'interazione tra competenze europee e competenze nazionali: ci si riferisce soprattutto alla proliferazione di comitati che affiancano le istituzioni europee con vari compiti nella predisposizione delle decisioni, ed al più recente fenomeno delle agenzie, che sono soggetti di solito dotati di autonoma personalità giuridica e hanno più che altro il compito di coordinare le competenze e le attività delle amministrazioni degli Stati membri.<sup>75[75]</sup>

L'incremento della dialettica tra amministrazioni ha avuto conseguenze anche sul piano delle modalità di esercizio della funzione amministrativa, assistendosi alla nascita in numerosi settori (p.es. in materia di politica agricola) di procedimenti *“composti”*, ossia destinati ad articolarsi in diverse fasi nella sfera comunitaria e in quella nazionale pur restando unitari, e a concludersi a seconda dei casi o con provvedimenti comunitari o con provvedimenti nazionali.<sup>76[76]</sup> È intuitivo come questo fenomeno determini riflessi anche sulla progressiva assimilazione e omogeneizzazione dei principi e della disciplina sul procedimento amministrativo all'interno degli Stati membri.

Si può anzi fin da subito anticipare che il risultato conclusivo di questa profonda interazione di attività tra amministrazione europea e amministrazioni nazionali è una *“europeizzazione”* di tutto il diritto amministrativo, che si spinge ben al di là del mero ambito delle materie istituzionalmente di competenza dell'Unione europea;<sup>77[77]</sup> con specifico riguardo all'ordinamento italiano, è stato autorevolmente affermato che esso subisce una vera e propria *“signoria”* da parte del diritto comunitario.<sup>78[78]</sup> In realtà, il gioco delle influenze tra diritto europeo e diritto nazionale è ben più complesso del semplice recepimento da parte degli Stati membri di regole e principi elaborati a livello comunitario, registrandosi anche un'influenza opposta (perché, come già chiarito, i principi generali vengono elaborati dalle istituzioni europee attingendoli dalle esperienze comuni agli

<sup>72[72]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 259-260.

<sup>73[73]</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 501.

<sup>74[74]</sup> L'espressione è di R. ROLLI, *op. cit.*, 2.

<sup>75[75]</sup> Su queste ultime, cfr. E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2003.

<sup>76[76]</sup> In tema, cfr. M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 469 ss.

<sup>77[77]</sup> Cfr. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 44-45.

<sup>78[78]</sup> Così S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 5, 1136.

ordinamenti degli Stati membri) e perfino una integrazione “orizzontale” tra i diritti degli stessi Stati membri, per effetto del principio del mutuo riconoscimento (p.es. in materia di diplomi e titoli di studio, o di società commerciali).<sup>79[79]</sup>

Volendo ora volgere lo sguardo al diritto amministrativo italiano e individuare gli aspetti nei quali è maggiormente evidente l’influenza del diritto comunitario, è dato di comune esperienza che in molti settori l’impatto delle direttive comunitarie ha comportato una vera e propria “riscrittura” della nostra normativa interna (basti pensare alle materie degli appalti e dell’ambiente).<sup>80[80]</sup> Ma in questa sede, più che enumerare le materie nelle quali il legislatore italiano è stato influenzato da quello comunitario, interessa verificare quali siano i principi generali, oggi pacifici nel nostro ordinamento, nei quali è agevole rinvenire un precipitato del “diritto amministrativo europeo” (nel senso più sopra precisato). Naturalmente, un esame approfondito dei numerosi esempi che l’esperienza offre allungherebbe la presente relazione oltre i limiti del tollerabile: pertanto, ci si limiterà per lo più ad accenni sintetici (su problematiche peraltro ben note agli operatori del settore).

Innanzitutto, anche nel nostro ordinamento si registra un profondo mutamento della nozione stessa di “amministrazione pubblica” come soggetto: si tratta di un fenomeno ovviamente dovuto a una molteplicità di fattori, quali il superamento della tradizionale nozione centralistica dello Stato in favore di un modello policentrico, il potenziamento delle autonomie regionali e locali, la proliferazione delle autorità indipendenti, le privatizzazioni e il più generale abbandono del classico strumento autoritativo in favore di strumenti consensuali e privatistici. Sta di fatto che, in una fase in cui è certamente in crisi la definizione di pubblica amministrazione “*per enumerazione legislativa*”,<sup>81[81]</sup> interviene anche il diritto europeo favorendo anche nel nostro ordinamento interno l’adozione di una nozione “flessibile”, in grado di variare per portata ed estensione a seconda dei contesti in cui è calata: basti pensare alla nozione di organismo di diritto pubblico, notoriamente elaborata a livello comunitario per risolvere le questioni pratiche connesse all’individuazione dell’area dei soggetti tenuti al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica e oggi recepita nel nostro ordinamento dall’art. 3, comma 26, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, nr. 163).<sup>82[82]</sup>

Un altro settore in cui davvero eclatante è l’influenza del diritto europeo è quello della responsabilità della p.a. È noto che la caduta del dogma dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi, sancita dalla Corte di Cassazione con la storica sentenza nr. 500 del 1999, rappresentò soltanto il punto terminale di un processo indotto dall’Unione europea, che in materia di appalti pubblici aveva già portato alla positiva affermazione della risarcibilità del danno cagionato alle imprese partecipanti alla gara dalle illegittimità verificatesi durante la stessa (l. 19 febbraio 1992, nr. 142). In realtà, la spinta dell’Unione europea a un modello unitario e omogeneo di disciplina della responsabilità dei soggetti pubblici, imposta da evidenti esigenze legate alla circolazione delle imprese fra gli Stati dell’Unione stessa, si ancorava alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, impiegata – come è noto – da un lato per riconoscere ai cittadini un ulteriore rimedio a fronte delle eventuali adempienze degli Stati stessi, dall’altro per perseguire più incisivi obiettivi di attuazione del diritto europeo.<sup>83[83]</sup>

La tendenza del diritto europeo a conferire il proprio *imprinting* alla responsabilità della p.a. comporta che molte delle riflessioni e delle regole elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane potrebbero non conservare piena validità nel prossimo futuro: in altri termini, dopo quello

---

<sup>79[79]</sup> Sul punto, cfr. G. SCIULLO, *op. cit.*, il quale parla di integrazione “orizzontale” e “triangolare”, in quanto l’osmosi tra gli ordinamenti degli Stati si realizza per effetto dell’intervento del diritto comunitario (e, in particolare, della giurisprudenza creativa elaborata dalla Corte di giustizia proprio in materia di mutuo riconoscimento).

<sup>80[80]</sup> Cfr. L. MARUOTTI, *op. cit.*

<sup>81[81]</sup> L’espressione è di M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 256 ss., che considera il prodotto più raffinato di tale tendenza la definizione contenuta nell’art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, nr. 165.

<sup>82[82]</sup> In tema, cfr. R. GAROFOLI, *L’organismo di diritto pubblico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. de Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008, 555 ss.

<sup>83[83]</sup> Su questi aspetti, cfr. M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, 602 ss.

dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, altri “dogmi” consolidati nella nostra concezione dell'illecito aquiliano potrebbero presto cadere. Come notato da autorevole dottrina, l'incidenza del diritto europeo sulla disciplina interna della responsabilità extracontrattuale della p.a. produce tre conseguenze fondamentali: la prima di esse, appunto, è il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo in quanto lesione ad un “bene della vita” (al pari di quanto avviene per i diritti soggettivi); la seconda è la necessità di generalizzare il ristoro delle lesioni “procedimentali” nell'ambito di procedure a rilevanza europea (e si pensi all'odierno dibattito in tema di “danno da ritardo”, dopo l'introduzione dell'art. 2 *bis* nella legge nr. 241 del 1990); la terza è la verosimile esigenza di rivedere a fondo tutta l'elaborazione in materia di “colpa dell'amministrazione”, atteso che la responsabilità extracontrattuale degli Stati sul piano europeo si atteggia sempre più come una responsabilità di tipo oggettivo, legata alla mera violazione di una norma che sia chiaramente diretta a riconoscere diritti ai singoli, con conseguente forte ridimensionamento dei profili connessi all'elemento soggettivo *ex art. 2043 cod. civ.*<sup>84[84]</sup>

Spostando poi l'attenzione al piano delle modalità di azione della p.a., e quindi alla disciplina del procedimento amministrativo, si nota come sia ormai consolidata la recezione da parte del diritto interno di principi generali elaborati a livello comunitario e destinati a costituire il minimo comun denominatore per l'attività delle amministrazioni nazionali. Alcuni di questi principi, riassunti sotto la formula del “giusto procedimento”, sono già ben noti alla nostra esperienza interna: ci si riferisce ai principi della motivazione, del contraddittorio, della certezza del diritto e in generale del rispetto delle garanzie procedimentali poste a tutela dei destinatari dell'azione della p.a.<sup>85[85]</sup> Ma la nostra giurisprudenza ormai da tempo fa largo impiego anche di altri principi di più evidente origine comunitaria, quali il principio del legittimo affidamento e quello di proporzionalità: il primo, strettamente connesso a quello di certezza del diritto, è stato da ultimo recepito nella disciplina dell'autotutela amministrativa introdotta nella legge nr. 241 del 1990 dalla novella del 2005; il secondo, nato nell'ordinamento tedesco, è stato codificato nell'art. 5 del Trattato per tracciare i limiti della sfera di competenze dell'Unione rispetto a quelle degli Stati membri, per essere poi trasformato dalla Corte di giustizia in un vero e proprio principio generale del diritto europeo, alla cui stregua valutare anche gli atti nazionali (legislativi e anche amministrativi).<sup>86[86]</sup>

Come si è detto, la giurisprudenza amministrativa si è abituata a far uso dei principi innanzi richiamati già da molto prima che nel nostro sistema venisse introdotta la disposizione di cui all'attuale art. 1, comma 1, della legge nr. 241 del 1990 (come novellato dalla legge nr. 15 del 2005), che fra i principi che governano l'attività amministrativa contempla anche “*principi dell'ordinamento comunitario*”. Come è stato osservato, questa previsione si differenzia da altre che la hanno preceduta le quali avevano un carattere limitato a specifici settori di rilevanza comunitaria, e anche dal rinvio ai “*vincoli*” comunitari inserito nel già citato art. 117, comma 1, Cost., in quanto quest'ultimo in definitiva altro non è che un richiamo al rispetto del diritto dell'Unione laddove questa abbia esercitato le proprie competenze; laddove la disposizione introdotta nella legge generale sul procedimento amministrativo ha una portata generale, estesa a tutta l'attività della p.a. nell'ordinamento nazionale, confermando che il processo di “europeizzazione” investe il diritto amministrativo nella sua interezza.<sup>87[87]</sup>

Solo un accenno deve poi essere dedicato ai riflessi che il diritto europeo ha avuto anche sul versante della tutela giurisdizionale avverso gli atti della p.a.: infatti, esperienze anche molto recenti (basti pensare alla c.d. “direttiva ricorsi” in materia di appalti)<sup>88[88]</sup> dimostrano come l'Unione europea abbia ormai decisamente abbandonato la propria iniziale indifferenza rispetto ai modelli

---

<sup>84[84]</sup> Cfr. M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 505 ss.

<sup>85[85]</sup> Su tali principi, cfr. M. COCCONI, *op. cit.*

<sup>86[86]</sup> Su questi aspetti, cfr. R. CHIEPPA, *op. cit.*

<sup>87[87]</sup> Cfr. G. SCIULLO, *op. cit.*

<sup>88[88]</sup> Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007.

processuali adottati dagli Stati membri, sintetizzata dal tradizionale orientamento della Corte di giustizia in ordine al principio di autonomia processuale temperato soltanto dai noti “paletti” del rispetto dei principi di non discriminazione e di effettività della tutela.<sup>89[89]</sup> Negli ultimi anni, si moltiplicano gli esempi di pronunce della Corte che investono anche direttamente aspetti cruciali della disciplina processuale, e che hanno anche determinato interventi correttivi del legislatore italiano: basti pensare alla tutela cautelare *ante causam*, introdotta nel Codice del processo amministrativo proprio su impulso della Corte europea;<sup>90[90]</sup> al ruolo determinante giocato dal diritto comunitario nel riconoscimento di spazi molto più ampi al possibile sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica dell’amministrazione;<sup>91[91]</sup> alle più recenti pronunce che ammettono che l’attuazione del diritto comunitario possa avvenire anche a scapito del giudicato che sulla specifica vicenda si sia formato nell’ordinamento interno.<sup>92[92]</sup>

Gli ultimi recentissimi esempi di questa tendenza in atto sono, sul versante europeo, una sentenza con la quale la Corte di giustizia indurrà verosimilmente il legislatore e la giurisprudenza italiana a rivedere alcune acquisizioni consolidate in tema di legittimazione processuale degli enti esponenziali di interessi “diffusi”,<sup>93[93]</sup> e – soprattutto – nel nostro sistema interno, la sentenza (non a torto definita “storica” dai primi commentatori) con la quale la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto di poter mutuare dalla Corte europea il potere di omettere o differire nel tempo, a maggior tutela del ricorrente, l’annullamento dell’atto impugnato, del quale pure sia stata accertata l’illegittimità.<sup>94[94]</sup> A conferma di quanto evidenziato da attenta dottrina, e cioè che ormai il legislatore e la giurisprudenza italiani si adeguano al diritto europeo anche in maniera spontanea, al di fuori di casi in cui tale adeguamento sia rigorosamente imposto dalle norme dell’UE, quasi per un naturale processo di osmosi tra i due ordinamenti.<sup>95[95]</sup>

In conclusione, non è facile dire quale sarà il punto d’approdo finale di questo processo di integrazione ordinamentale tuttora in atto; è difficile stabilire con certezza se, e quando, si raggiungerà effettivamente il risultato della nascita di uno *jus administrativum commune*. Tuttavia, anche se probabilmente sarà inevitabile il permanere di discrasie e dissonanze tra i vari ordinamenti coinvolti in questo processo dinamico, il ruolo del diritto europeo – ed è questo, forse, il vero *leit motiv* che quasi fin dappprincipio ha caratterizzato l’operato dell’Unione e soprattutto della Corte di giustizia – dovrebbe essere quello di tendere a individuare il punto di interazione fra le diverse discipline (europea e nazionali) nel riconoscimento dei più elevati *standard* di tutela delle situazioni giuridiche dei singoli.<sup>96[96]</sup> In sostanza, anche su questo terreno apparentemente riservato agli addetti ai lavori l’Europa, se saprà ben operare, non potrà che perseguire il risultato di una più piena ed effettiva tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini, pur tra i mutamenti e le contraddizioni di una società e di un’economia “globalizzate”.

---

<sup>89[89]</sup> In tema, con ampia analisi della giurisprudenza, cfr. S. TARULLO, *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>90[90]</sup> Cfr. G. GRECO, *op. cit.*

<sup>91[91]</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *op. cit.*

<sup>92[92]</sup> Cfr. G. LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1, 287 ss. Si veda anche, M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, *ivi*, 2009, 2, 341 ss., il quale si chiede che i principi di intangibilità della cosa giudicata e del *ne bis in idem*, quali ricavabili dall’art. 2909 cod. civ., non costituiscano un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, rispetto al quale la *primauté* del diritto europeo debba arrestarsi.

<sup>93[93]</sup> Corte di giustizia UE, sent. 12 maggio 2011, C-115/09, sulla quale cfr. G. TULUMELLO, *The fish can go to the court (o della Ferrari con le portiere bloccate: brevi note in tema di influenza del diritto dell’U.E. sul diritto processuale amministrativo interno)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 13 maggio 2011.

<sup>94[94]</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, nr. 2755, su cui cfr. M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale (nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n.2755 del 10.05.2011)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 19 maggio 2011.

<sup>95[95]</sup> Cfr. G. SCIULLO, *op. cit.*

<sup>96[96]</sup> Cfr. R. ROLLI, *op. cit.*, 33.

---