

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE
Mario Caravale

nuova serie

2014

numero speciale



JOVENE EDITORE

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE 2014 NUMERO SPECIALE



ISSN 0390-6760

I principi generali nell'esperienza giuridica transnazionale

Enzo Cannizzaro - Aurora Rasi

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Come far principi con regole: lo schema concettuale. – 3. Far principi con regole: il caso del diritto internazionale penale. – 4. Come far regole con principi. – 5. La circolazione dei principi: far regole domestiche con principi transnazionali. – 6. Effetti diretti di principi trans-ordinamentali.

1. *Considerazioni introduttive*

I rapporti fra regole e principi, ancorché assai complessi, possono, in via generale, essere descritti sulla base di due semplici schemi concettuali: talvolta si utilizzano le regole al fine di ricavarne dei principi; altre volte si utilizzano i principi per ricavarne delle regole¹. Questi due schemi sovente si combinano nel complesso processo logico attraverso il quale si crea una regola partendo da un'altra regola.

A dispetto della loro apparente semplicità logica, questi modelli, e le loro infinite composizioni, ci pongono davanti a problemi la cui soluzione si rivela ardua, sia in punto di tecnica giuridica che di teoria generale del diritto. Essi saranno considerati, in questo breve contributo, in una prospettiva particolare: quella che muove dalla osservazione delle dinamiche trans-ordinamentali di formazione e di applicazione del diritto.

Nella prima parte si analizzerà il funzionamento del primo schema che è, relativamente, quello più conosciuto: esso riguarda, cioè, la ricostruzione di principi internazionali o europei a partire da regole nazionali. La seconda parte sarà dedicata al funzionamento del secondo schema, il quale concerne il caso logicamente opposto al primo: vale a dire la ricostruzione di regole nazionali a partire da principi internazionali o europei. Nella terza e conclusiva parte ci

¹ Ai fini del presente scritto, questi due termini saranno intesi nel senso forse più comune, privo di alcuna elaborazione scientifica. Il termine «regola» indicherà un contenuto normativo applicabile ad una determinata fattispecie e, quindi, capace di governare direttamente, o indirettamente, le condotte dei soggetti dell'ordinamento al quale essa appartiene. Di converso, il termine «principio» indicherà un puro contenuto normativo, non riferito ad alcuna fattispecie, desumibile da regole attraverso un processo di astrazione.

proponiamo, invece, di esaminare alcuni dei nodi problematici dell'argomentazione «per principi», nonché alcune deviazioni che tale forma di argomentazione presenta rispetto alla metodologia tradizionale. Alla luce della crescente importanza del diritto di origine esterna, internazionale ovvero europeo, nella regolamentazione di fattispecie interne, l'interazione fra i due piani normativi costituisce un oggetto di studio ineludibile per il giurista contemporaneo. Questo studio porrà altresì in evidenza taluni dilemmi nei quali si dibatte la scienza giuridica.

2. Come far principi con regole: lo schema concettuale

Da tempo l'esperienza giuridica transnazionale attinge a quella nazionale utilizzando i principi di quest'ultima come fonte, in senso tecnico, di proprie regole². È notissima, e non fa conto indugiarsi sopra, la formula coniata negli anni '20 del secolo scorso, e ancora riprodotta nel celebre articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, il quale menziona i principi generali riconosciuti dalle nazioni civili quali fonte del diritto internazionale³.

Da tale meccanismo ha, verosimilmente, tratto ispirazione la Corte di giustizia dell'Unione europea nel ricostruire una sfera di principi attinenti alla tutela dei diritti individuali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea, nonostante l'assenza di una disposizione espressa nei Trattati istitutivi⁴.

² Fra gli innumerevoli scritti in argomento, cfr. A. VERDROSS, «*Les principes généraux de droit, considérés comme une source du droit des gens*», in *Revue de droit international*, 1931, 446 ss.; B. CHENG, «*General principles of law as applied by international courts and tribunals*», London, Stevens & Sons Limited, 1953; R.B. SCHLESINGER, «*Research on the General Principles of Law Reorganized by Civilized Nations*», in *American Journal of International Law*, 1957, 734 ss.; G. GAJA, «*General Principles of Law*», in «*The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*», Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, vol. IV, 370 ss.

³ Si legge nell'art. 38, par. 1 dello Statuto: «The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: (...) c. the general principles of law recognized by civilized nations».

⁴ Cfr. la nota formula elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, causa 11/70, par. 4: «(l) la tutela dei diritti fondamentali costituisce (...) parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità». Da tale formula,

Malgrado gli sforzi della dottrina, lo schema concettuale alla base di tale meccanismo non appare, però, del tutto chiarito. Esso si fonda, bensì, su un processo di carattere intuitivo, il quale tende a considerare l'esistenza di più regole dal contenuto tendenzialmente uniforme come espressione di un principio generale: una sorta di «distillato» normativo di tali regole.

Nel caso dei principi, internazionali o europei, di origine domestica, tale schema si arricchisce di un ulteriore elemento di «distillazione», rappresentato dalla possibilità di concepire norme dal contenuto generalmente uniforme, attuate in una pluralità di fori domestici, come principi generali dell'esperienza giuridica, applicabili, sol per ciò, anche nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

A tale fenomeno faceva riferimento, peraltro, il Tribunale militare internazionale istituito a Norimberga successivamente al secondo conflitto mondiale. Esso, invero, indicava come un principio generale, il quale «*is found to have been accepted generally as a fundamental rule of justice by most nations in their municipal law*», sia suscettibile di «*declaration as a rule of international law*»⁵.

Al di là della sua intuitiva persuasività, non è agevole rinvenire in dottrina argomenti giuridici atti a spiegare il processo di assorbimento dei principi dal livello inferiore – quello degli ordinamenti statali – al livello superiore – quello internazionale o europeo –. Questo fenomeno appare concepibile in presenza di una analogia strutturale fra le due costruzioni ordinamentali in gioco: qualora, cioè, le

costantemente ribadita fino a oggi, emerge peraltro l'idea secondo cui i principi generali presenti negli ordinamenti degli Stati membri non costituiscano una fonte, in senso tecnico, dei diritti fondamentali assicurati nell'ambito dell'Unione, quanto, piuttosto, solo una sorta di fonte di ispirazione per ricostruire il contenuto dei diritti implicitamente contenuti nei Trattati istitutivi. Tale concezione è espressa oggi nell'art. 6, par. 3 TUE: «(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». Ad un meccanismo analogo si ispira la formula che troviamo, oggi, riprodotta all'art. 340, comma 2 TFUE, la quale prevede che la responsabilità extracontrattuale dell'Unione sia disciplinata dai principi generali comuni agli ordinamenti interni degli Stati membri: «In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

⁵ US Military Tribunal, NORIMBERGA, *United States of America v. Wilhelm List et al. (Hostage case)*, 19 febbraio 1948, par. 4.

regole nazionali, dalle quali sono estratti i principi, e le regole internazionali o europee, ricostruite sulla base di tali principi, siano tese a disciplinare rapporti giuridici strutturalmente analoghi.

L'espressione teoricamente più compiuta di tale concezione è verosimilmente rilevabile nello studio di Lauterpacht. Nella sua celebre monografia del 1927, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Hersch Lauterpacht, non ancora Sir, giustificava l'utilizzazione di principi di origine nazionale con l'analogia strutturale fra i rapporti giuridici paritetici che si instaurino fra individui nei fori domestici e quelli che intercorrano fra Stati nell'ordinamento internazionale⁶.

In altri termini, i principi tratti dall'esperienza civilista interna ben si presterebbero ad essere utilizzati come fonte del diritto internazionale in quanto esso non costituirebbe molto altro che il diritto privato degli Stati. Evidente il percorso argomentativo che conduce, dall'osservazione di regole aventi un nucleo normativo comune negli ordinamenti interni, alla astrazione del corrispondente principio e, quindi, alla sua applicazione al fine di ricavarne regole internazionali. Il ricorso all'argomentazione «per principi» serve, quindi, essenzialmente a ricostruire, muovendo da regole di comportamento, un contenuto normativo astratto, considerato come l'espressione di una sorta di coscienza giuridica universale. È proprio tale consustanzialità che rende dunque possibile la sua applicazione nel diritto internazionale.

Il declinante successo della categoria dei principi generali di origine nazionale si spiega alla luce dei successivi mutamenti nella struttura dell'ordinamento internazionale e del suo progressivo affrancamento dalle categorie giuridiche proprie degli ordinamenti nazionali. Tale affrancamento ha, quindi, favorito lo sviluppo di dinamiche ordinarie proprie sul piano internazionale, e l'abbandono di criteri eteronomi di integrazione.

3. *Far principi con regole: il caso del diritto internazionale penale*

Se, originariamente, il ricorso ai principi di origine domestica era legato all'idea che i rapporti giuridici fra Stati dovessero essere

⁶ Cfr. HERSCH LAUTERPACHT, «Private law sources and analogies of international law (with special reference to international arbitration)», London, New York, Longmans, Green and Co., 1927, in particolare si vedano le 1-4 e 82 e ss.

regolati dal diritto internazionale sulla base dei modelli normativi applicabili ai rapporti inter-individuali nei fori domestici, l'evoluzione del diritto internazionale ci pone, di recente, di fronte ad una situazione singolarmente rovesciata. Il processo di assorbimento dei modelli normativi nazionali serve, oggi, soprattutto a consentire al diritto internazionale di governare direttamente condotte individuali. Il ricorso a criteri eteronomi di integrazione vale quindi non più ad applicare principi domestici a rapporti inter-statali, distogliendoli così dal loro naturale alveo di applicazione. Esso serve, piuttosto, a sviluppare regole internazionali volte a disciplinare direttamente, in luogo o accanto a quelle nazionali, condotte individuali, senza cioè il diaframma normativo rappresentato dagli ordinamenti statali.

Il migliore esempio di tale evoluzione viene dal campo del diritto internazionale penale. L'uso di principi di origine domestica al fine di ricostruire norme internazionali è certamente più agevole qualora il prodotto finale di tale processo, vale a dire la regola internazionale penale, tenda ad assolvere ad una funzione analoga rispetto alle omologhe regole nazionali e a replicarne, in larga parte, il contenuto normativo⁷. Corrispondentemente più agevole appare inoltre il processo di adattamento dei principi di origine nazionale rispetto ai rapporti giuridici che essi, in definitiva, andranno a governare sul piano internazionale. In ambedue i piani normativi, infatti, si tratterà di rapporti, di carattere penale, intercorrenti fra un individuo ed una autorità sociale: lo Stato rispetto alle regole ed ai principi nazionali, la comunità internazionale nei rapporti di diritto internazionale penale.

D'altronde, il processo circolare di produzione di norme giuridiche, che procede dalla astrazione di principi sulla base di regole, per poi precipitarne il contenuto in nuove regole analoghe a quelle nazionali, non manca di indeterminatezza. Certamente esso appare ben lontano dal livello di certezza assicurato nei moderni ordina-

⁷ Sul tema del ruolo dei principi di origine domestica nella ricostruzione del diritto internazionale penale, cfr., ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA, «Cassese's International Criminal Law», Oxford, Oxford University Press, 2013, spec. 3 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI, «Introduction to International Criminal Law²», Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013, spec. 1 ss.; M. DELMAS-MARTY, «Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the Application of International Criminal Law», in «The Oxford Companion to International Criminal Justice» (a cura di A. Cassese), Oxford University Press, Oxford, 2009, 97 ss.

menti statali in materia penale. È noto come, negli ordinamenti interni, si tenda generalmente ad evitare, ed a considerare incompatibile con il principio di legalità, il ricorso a fonti di integrazione del diritto penale, a maggior ragione qualora esse siano estranee all'ordinamento nazionale. Di converso, la strutturale incompletezza del diritto internazionale penale rende pressoché ineludibile il ricorso a fonti eteronome di integrazione, quali appunto i principi generali di origine nazionale. Tale esigenza, paradossalmente, deriva talora proprio dalla necessità di completezza e specificazione della norma penale, che costituiscono un corollario del principio di legalità. L'esigenza di specificazione è proprio quella più frequentemente invocata dai giudici internazionali allorché procedono, muovendo dalle regole nazionali, a individuare principi per poi dedurre, sulla base di un processo di adattamento, regole internazionali.

Questo schema logico può essere osservato in una serie di casi. Celebre rimane l'utilizzazione di principi di origine nazionale nella pronuncia resa, dalla Camera di primo grado del Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, nel caso *Furundžija*⁸. Il Tribunale ha constatato come la norma internazionale incriminatrice concernente la fattispecie dello stupro fosse particolarmente lacunosa, tanto da risultare difficilmente compatibile con il principio di legalità. Si rendeva, quindi, necessario individuare le corrispondenti regole di diritto nazionale, astrarre i principi ai quali esse fossero ispirate e, da ultimo, ricostruire, per tale via, la regola internazionale penale. Il Tribunale ha esaminato la disciplina dello stupro in diversi ordinamenti nazionali rappresentativi delle principali famiglie giuridiche del mondo, giacché «*international courts must draw upon the general concepts and legal institutions common to all the major legal systems of the world*»⁹, e perveniva, in tal modo, a determinare una autonoma nozione del crimine di stupro nel diritto internazionale¹⁰.

Né tale percorso ricostruttivo è stato applicato soltanto in riferimento alla normativa sostanziale. Esso è stato largamente utilizzato anche nel caso della procedura penale internazionale. Un caso esem-

⁸ Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Camera di primo grado, 10 dicembre 1998, in particolare si vedano i parr. 177 e ss.

⁹ *Ibidem*, par. 178.

¹⁰ *Ibidem*, parr. 179-181.

plare è quello deciso dalla sentenza, resa dal Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia, nel caso *Kupreškić*¹¹. Il Tribunale ha esaminato le regole vigenti in numerosi ordinamenti interni, relative agli istituti del concorso di reati e del concorso di norme nel reato, ricostruendo i principi generali loro sottesi per poi, finalmente, determinare il contenuto delle regole internazionali applicabili al caso di specie¹². Fra gli altri casi di utilizzazione di principi di origine domestica al fine di dedurre regole internazionali in materia penale, conviene ricordare le vicende relative alla ricostruzione di norme in tema di scriminanti, ovvero di circostanze attenuanti¹³.

Conviene inoltre sottolineare come nel campo penale il ricorso ai principi domestici, quali fonte di regole internazionali si sia attuato, inizialmente, in assenza di un fondamento normativo specifico quale quello rappresentato dall'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Solo con l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale, è stato adottato l'articolo 21, paragrafo 1, lettera c). Tale disposizione prevede che, in assenza di norme atte a disciplinare una certa fattispecie sia nello Statuto, che negli atti ad esso collegati, che nelle altre fonti internazionali, inclusi i principi del diritto internazionale, la Corte debba applicare «*general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world*»¹⁴.

Invero la Corte ha, talvolta, attuato la fonte di cui all'articolo 21, paragrafo 1, lettera c). Ad esempio, in una decisione della Camera preliminare relativa al procedimento contro *Thomas Lubanga Dyilo*, la Corte ha interpretato le norme internazionali concernenti il diritto

¹¹ Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Camera di primo grado, 14 gennaio 2000, in particolare si vedano i parr. 669 e ss.

¹² *Ibidem*, parr. 686-694.

¹³ Ad esempio, per la nozione di *duress* si veda *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Camera di primo grado, 29 novembre 1996, parr. 15 e ss.; inoltre, per le conseguenze in sede processuale della ridotta capacità mentale si veda *Prosecutor v. Mucić et al.*, Camera d'appello, 20 febbraio 2001, rispettivamente parr. 625 e ss., 587 e ss.

¹⁴ Cfr. AL PELLET, «*Applicable Law*», in «*The Rome statute of the International Criminal Court: a Commentary*» (a cura di A. Cassese, P. Gaeta e J.R.W.D. Jones), Oxford University Press, Oxford, 2002, 1051-1084; M. DE GUZMAN, «*Article 21, Applicable Law*», in «*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*» (a cura di O. Triffterer), Hart publishing, Oxford, 2008, 701. W.A. SCHABAS, «*Article 21: Applicable law / Droit applicable*», in «*The International Criminal Court, a Commentary on the Rome Statute*», Oxford, Oxford University Press, 2010, 381.

alla difesa dell'imputato alla luce, tra le altre cose, dei principi generali desumibili dalla analisi delle regole nazionali¹⁵.

Il rilievo dei principi generali di origine domestica nella formazione del diritto internazionale penale appare quindi molto pronunciato. Ciò è essenzialmente dovuto, come si è già accennato, al carattere ancora imperfetto del diritto internazionale in tale settore, ben lungi dal grado di completezza necessario per potersi rendere autonomo dagli ordinamenti nazionali¹⁶.

4. Come far regole con principi

La fase dell'autonomia logico-giuridica dell'ordinamento internazionale ha quindi comportato lo sviluppo di principi propri, interni a tale sistema, ai quali fare ricorso per colmare eventuali lacune di normazione. La trionfante affermazione del diritto internazionale come nuova scienza, liberata finalmente dal retaggio concettuale derivante dall'analogia domestica, ha consentito una nuova argomentazione «per principi», svolta per intero all'interno dell'ordinamento internazionale e tesa a celebrarne il carattere *self-contained*¹⁷.

Questi precedenti devono aver pesato nella giurisprudenza che, in maniera vieppiù consapevole, forniva quindi una elaborazione compiuta dei principi propri dell'ordinamento internazionale, traendoli dalla struttura stessa dei rapporti giuridici che si venivano instaurando in tale ordinamento.

È in tale prospettiva concettuale, dunque, che la Corte internazionale di giustizia elaborava, nella celebre sentenza relativa al *Passaggio nello stretto di Corfù*, l'idea della esistenza di «*certaines principes généraux et reconnus, tels que les considérations élémentaires d'hu-*

¹⁵ Corte penale internazionale, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Camera preliminare I, Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable, Annex I, Discussion of the decision on the final system of disclosure, 15 maggio 2006, in particolare si vedano i parr. 14 e ss.

¹⁶ Cfr. ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA, «Cassese's International Criminal Law», Oxford, Oxford University Press, 2013, 13.

¹⁷ Per varie posizioni in argomento, cfr. J. VERHOEVEN, «*Droit international public*», Larcier, Bruxelles, 2014, 349 ss.; P.-M. DUPUY, «*Droit international public*», Dalloz, Paris, 2010, 376; A. CASSESE, «*International Law*», Oxford University Press, Oxford, 2005, 46 ss.; E. CANNIZZARO, «*Diritto internazionale*», Torino, Giappichelli, 2014², 127 ss.

manité, plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre», che tanto influsso dovevano avere sull'impetuoso successivo sviluppo del diritto umanitario, oltre che dei diritti umani¹⁸.

Esemplare l'argomentazione per principi svolta dalla Corte. Ad essa si poneva il problema di verificare se esistesse un obbligo per uno Stato di avvertire dell'esistenza di un campo minato una nave in transito in zone marine sottoposte alla propria giurisdizione. Una tale regola, a ben vedere, esisteva da tempo nell'ordinamento internazionale, seppur limitata nel suo ambito di applicazione a situazioni di conflitto bellico. Or bene, la Corte ha tratto da tale regola, attraverso un procedimento di astrazione, un principio: una «*considération élémentaire d'humanité*», dalla quale, attraverso un eguale e contrario procedimento di concretizzazione, ha ricostruito l'esistenza di una regola del tutto analoga, applicabile però, a più forte ragione, in tempo di pace.

La Corte provvedeva a rafforzare tale procedimento induttivo attraverso un argomento di impressionante capacità persuasiva: un principio di umanità applicabile in tempo di guerra, deve valere, a più forte ragione, in tempo di pace. Inutilmente si cercherebbe di ricostruire una tale conclusione in termini di *analogia iuris*. Sarebbe molto difficile applicare una regola specifica del diritto di guerra all'ampilissimo campo del diritto della pace. Le cose mutano, però, alla luce di un argomento sviluppato per principi: se il principio di umanità riesce a concretizzarsi in una regola di condotta in tempo di disuso, esso deve, a più forte ragione, esprimere una regola di condotta in tempo di normalità. L'argomento per principi ha quindi consentito di estendere in via generale l'ambito di applicazione di una regola originariamente confinata a situazioni eccezionali.

La sentenza relativa al passaggio nello stretto di Corfù è la prima espressione, nella prassi giurisprudenziale, che dimostri una matura consapevolezza dell'esistenza di principi propri dell'ordinamento internazionale, non mutuati, quindi, dagli ordinamenti domestici. Essa apre la strada ad un accentuato ricorso ai principi come fonte prodotta autonomamente dal diritto internazionale per la integrazione delle lacune.

¹⁸ Corte internazionale di giustizia, Passaggio nello stretto di Corfù (Regno Unito c. Albania), 9 aprile 1949, 22.

L'argomentazione per principi propri non è mai stata, invero, estranea alle dinamiche giuridiche del diritto internazionale. Possiamo anzi notare come la prima grande elaborazione giurisprudenziale delle categorie giuridiche internazionaliste si sia svolta essenzialmente sulla base di tale argomentazione. Posta di fronte al problema di riconciliare il postulato della sovrana eguaglianza fra Stati con la crescente sfera degli obblighi internazionali, tesi a limitare variamente tale sovranità, la Corte permanente di giustizia internazionale ha sovente fatto ricorso all'argomentazione per principi, pur se in maniera implicita e talvolta rudimentale.

Or bene, per propria natura, il rapporto fra sovranità e obblighi internazionali appare difficilmente risolvibile alla luce di principi domestici, data la difficoltà di concepire, in tali categorie, la singolare nozione di sovranità. Una volta posto all'attenzione della Corte permanente, tale problema veniva quindi risolto sulla base di un argomento «per astrazione», attraverso l'identificazione dell'interesse concreto ad avvalersi delle prerogative di sovranità, e il confronto di tale interesse con quello, di segno opposto, derivante dalla normativa internazionale che poneva limiti alla sovranità: una tipica argomentazione per principi.

Questo schema concettuale è stato applicato, in tempi ormai remoti, soprattutto nella ricostruzione di limiti alla sovranità territoriale, allora considerata come l'essenza del concetto di sovranità. L'esempio probabilmente migliore è dato dal caso *Oscar Chinn*, deciso dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel 1934¹⁹. In esso, le considerazioni concernenti la sovranità territoriale, che si esprimevano nel diritto di aumentare la tassazione nel trasporto di merci per via fluviale allo scopo di far fronte alla crisi economica nel territorio coloniale congolese, venivano composte con un limite alla sovranità territoriale, dato dal diritto di navigazione sul fiume Congo. La Corte permanente risolveva la questione sulla base di un argomento che era, invero, molto semplificato. Da un lato, il governo coloniale non intendeva interferire sulla libertà di navigazione, ma solo esercitare una tipica prerogativa di sovranità tesa a fronteggiare una seria crisi economica; d'altro lato, l'esercizio di tale prerogativa

¹⁹ Corte permanente di giustizia internazionale, *Oscar Chinn* (Regno Unito c. Belgio), 12 dicembre 1934.

incideva solo occasionalmente sulla libertà di navigazione, e in maniera eguale per tutti gli operatori.

Un tale schema concettuale, fondato sul bilanciamento fra principi sottesi a regole che tutelano interessi antagonisti, opportunamente affinato, è alla base delle moderne dottrine tese a risolvere il problema generale del rapporto che intercorre fra gli obblighi esterni e l'esercizio di funzioni pubbliche da parte dello Stato²⁰.

Uno schema del tutto analogo soggiace alla dottrina delle esigenze imperative. Questa è stata elaborata, come è noto, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, al fine di risolvere i complessi problemi che scaturiscono dall'esistenza di limiti alla sovranità degli Stati membri in relazione agli obblighi europei in tema di libertà di circolazione dei fattori produttivi. Essa, in via generale, viene largamente applicata dai tribunali arbitrali internazionali nel determinare i nessi fra i diritti degli investitori ed i poteri dello Stato territoriale. Uno schema logico non dissimile è peraltro alla base delle dottrine interpretative atte a determinare i nessi di compatibilità fra sovranità normativa degli Stati e diritti individuali garantiti da norme esterne agli ordinamenti nazionali²¹.

5. *La circolazione dei principi: far regole domestiche con principi transnazionali*

Attraverso i procedimenti di adattamento degli ordinamenti nazionali al diritto esterno, i complessi processi di formazione di regole a partire da principi finiscono con il diventare parte degli ordinamenti nazionali. Quasi per nemesi storica, si viene quindi ad invertire la direzione del processo circolare di formazione, e di applicazione, del diritto fra principi e regole, nell'esperienza trans-ordinamentale.

²⁰ Tale schema, ad esempio, ha trovato applicazione anche al di fuori dell'ampio, ma limitato, ambito della sovranità territoriale, nella recente decisione della Corte internazionale di giustizia relativa al caso della caccia alla balena nei mari dell'Antartide. Si veda Corte di giustizia, *Balene nell'Antartico* (Giappone c. Australia; Nuova Zelanda interveniente), 31 marzo 2014. Si rinvia, in proposito, a E. CANNIZZARO, «Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ's Decision in the Whaling Case», in «Les limites du droit international - Essais en l'honneur de Joe Verhoeven / The limits of international law - Essays in honour of Joe Verhoeven», Bruylant, Bruxelles, 2014, 449 ss.

²¹ Cfr. E. CANNIZZARO, F. DE VITTOR, «Proportionality in the European Convention of Human Rights», in «Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law» (a cura di R. Kolb e G. Gaggioli), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, 125 ss.

Pur se non del tutto sconosciuto nelle dinamiche degli ordinamenti nazionali, non vi è dubbio che tale fenomeno acquista consistenza teorica, oltre che quantitativa, soprattutto in relazione ai profili dei rapporti fra ordinamento nazionale e norme esterne. Esso, infatti, sembra alterare notevolmente il classico rapporto che intercorre fra una norma e la condotta che essa è tesa a governare. Secondo il paradigma concettuale classico, tale rapporto procede dalla norma alla condotta, nel senso che la norma esprime un contenuto normativo sulla base di una fattispecie astratta. È mediante tale contenuto, quindi, che la norma tende a governare la condotta concreta dei suoi destinatari, ogni qual volta tale condotta corrisponda, in tutto o in parte, alla fattispecie normativa astratta.

Come si è visto, invece, l'argomento per principi muove da presupposti diversi. In tale forma argomentativa, i principi non determinano un contenuto normativo applicabile ad una fattispecie. Essi, al contrario, stabiliscono solo un metodo per la ricostruzione del contenuto normativo, il quale va determinato caso per caso, in relazione a circostanze fattuali concrete. Forzando i termini della questione, si può dire che l'argomentazione per principi tende ad invertire il rapporto fra norma e condotta, nel senso che la formazione della norma non precede, ma anzi fa seguito, alla osservazione della condotta ovvero dei fatti che essa è tesa a disciplinare.

È comprensibile lo smarrimento concettuale dell'operatore giuridico di fronte al metodo di ricostruzione della norma sulla base di una argomentazione «per principi». In una dimensione sistemica, tale metodo produce, al di là del suo grande fascino teorico, una notevole indeterminazione ed un affievolimento della certezza del diritto.

Alcuni fra gli innumerevoli possibili esempi, tratti da una prassi recente, sono appena necessari a comprendere il rilievo di tale fenomeno.

Nel determinare i nessi di compatibilità, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di norme nazionali che disciplinino in maniera retroattiva rapporti civili, la Corte europea ha indicato la necessità di accertare il grado di interferenza concreta prodotto da una norma retroattiva nazionale rispetto a principi convenzionali, fra i quali il principio dell'equo processo, ovvero quello del legittimo affidamento. L'applicazione retroattiva di norme nazionali può infatti

interferire con procedimenti giudiziari in corso, alterandone così il probabile esito. Una tale interferenza si apprezza, in massimo grado, allorché lo Stato, i cui organi legislativi abbiano adottato tale norma, sia anche parte del giudizio interno e, quindi, beneficiario dell'applicazione retroattiva della norma che esso stesso abbia adottato. D'altronde, l'interferenza della norma retroattiva sull'affidamento riposto dagli individui sulla stabilità della normazione antecedente tende a diminuire, fino a scomparire, allorché il mutamento normativo fosse prevedibile. A propria volta, la prevedibilità dipende da circostanze oggettive, quali i lavori preparatori della norma, che impediscono la formazione di un valido affidamento del cittadino nella stabilità della normativa pre-esistente, ma anche da elementi soggettivi, quali la capacità di un determinato individuo di cogliere tali indizi e, quindi, di prevedere il mutamento legislativo o, addirittura, giurisprudenziale.

Molto clamore ha sollevato una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha accertato l'esistenza di un diritto individuale ad escludere dati personali, liberamente accessibili sulla rete internet, da parte di un «motore di ricerca» la cui attività consiste esclusivamente nel raccogliere tali dati presentandoli a qualsiasi utente li richieda: il c.d. diritto all'oblio²². Il contenuto di tale diritto, oltre che la sua portata, va peraltro determinato caso per caso, sulla base di una attività di bilanciamento fra il principio del rispetto alla vita privata e personale, da un lato, e l'interesse dei terzi a utilizzare un motore di ricerca al fine di «aggregare» e conoscere dati isolatamente accessibili sulla rete internet. La Corte di giustizia ha precisato come un tale bilanciamento vada effettuato dal gestore del motore, un soggetto privato, sulla base delle singole richieste di cancellazione presentate da un individuo²³.

²² Sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain e Google*.

²³ «(N)ella misura in cui l'attività di un motore di ricerca può incidere, in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, il gestore di tale motore di ricerca (...) deve assicurare, nell'ambito delle sue responsabilità, delle sue competenze e delle sue possibilità, che detta attività soddisfi le prescrizioni della direttiva 95/46, affinché le garanzie previste da quest'ultima possano sviluppare pienamente i loro effetti e possa essere effettivamente realizzata una tutela efficace e completa delle persone interessate, in particolare del loro diritto al rispetto della loro vita privata. (...) (N)ell'ipotesi in cui si constati, in seguito a una domanda della persona interessata (...) che l'inclusione nell'elenco di risultati – che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome – dei link verso pagine web, (...)»

Come si vede, l'argomentazione «per principi» reca con sé vaste implicazioni teoriche, e sembra porre in discussione la distinzione fra l'attività normativa, che spetta agli organi rappresentativi, e quella di interpretazione ed applicazione del diritto, che è invece propria degli organi giudiziari. Il metodo di ricostruzione di norme sulla base di principi rileva, ad un tempo, nell'una e nell'altra categoria, senza esaurirsi completamente in alcuna di esse.

6. *Effetti diretti di principi trans-ordinamentali*

Il carattere transnazionale dei principi utilizzati come elementi per la ricostruzione di norme solleva, semmai, il problema in un certo senso opposto a quello che si è appena esaminato; vale a dire il problema di vedere se i principi di origine esterna possano anche avere un contenuto normativo concreto, tale cioè da essere direttamente applicato in un giudizio interno.

Il problema degli effetti diretti dei principi esterni negli ordinamenti nazionali, sul quale tanto si continua a discutere, non va probabilmente enfatizzato. È ragionevole ritenere che il contenuto normativo di un principio ben possa essere direttamente applicato da un giudice. Esso può fondare direttamente posizioni soggettive, qualora abbia una compiutezza dispositiva tale che si possa trarre da esso un contenuto normativo completo. In mancanza, esso ben potrà produrre effetti soggettivamente meno impegnativi, ma egualmente rilevanti per la decisione di una controversia, quali gli effetti interpretativi, ovvero fungere da parametro di validità per norme che presentino un valore normativo di grado inferiore e con esso confliggenti.

È difficile quindi fondare giuridicamente l'idea che i principi non possano avere effetti diretti in quanto si limitano a stabilire un programma normativo che dovrà essere attuato da norme. Come l'esperienza giuridica mette in luce, qualsiasi proposizione normativa produce, invero, un effetto giuridico. Il carattere diretto o indiretto

è, allo stato attuale, incompatibile con il citato articolo 6, paragrafo 1, lettere da c) a e), a motivo del fatto che tali informazioni appaiono, alla luce dell'insieme delle circostanze caratterizzanti il caso di specie, inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti, ovvero eccessive in rapporto alle finalità del trattamento in questione realizzato dal gestore del motore di ricerca, le informazioni e i link in parola di cui al suddetto elenco di risultati devono essere cancellati», par. 37 e 94.

di tale effetto non dipende, verosimilmente, da preconcetti teorici circa la sua natura giuridica, quanto bensì da circostanze concrete, attinenti al contenuto ed alla portata della norma, nonché alle interazioni normative nell'ordinamento nel quale essa spieghi efficacia.

Nell'ordinamento dell'Unione europea, il carattere diretto o indiretto degli effetti di un principio dipende altresì da un ulteriore elemento.

Come è noto, in tale ordinamento i principi relativi ai diritti individuali fondamentali non sono, in via generale, oggetto di una competenza dell'Unione. Essi costituiscono piuttosto un limite normativo posto all'esercizio delle competenze di tale ente. Questa circostanza, è bene sottolineare, non dipende da questioni teoriche. Essa è semplicemente il riflesso, sul piano normativo, della natura funzionale dell'ordinamento dell'Unione e, quindi, della circostanza che gli Stati membri non abbiano inteso conferire all'Unione la competenza ad agire per la protezione dei diritti fondamentali. L'esistenza di norme relative alla tutela dei diritti fondamentali non costituisce, quindi, un esercizio di competenza da parte dell'Unione. I principi relativi ai diritti individuali fondamentali, quindi, sono stati inizialmente considerati come immanenti al sistema dei Trattati, al fine di evitare che il trasferimento all'Unione di competenze, esercitate in precedenza dagli Stati membri, creasse una sfera normativa priva di limiti analoghi a quelli esistenti negli ordinamenti nazionali. Essi sono, oggi, codificati dai Trattati, all'art. 6, par. 3, TUE²⁴; tuttavia, tali principi generali non costituiscono una base giuridica per l'esercizio di competenze da parte dell'Unione.

La particolare genesi dei principi generali attinenti alla tutela di diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione ne condiziona tutt'ora la natura, oltre che gli effetti. La circostanza che tali principi non costituiscano un esercizio di competenza, ma solo un limite all'esercizio di competenza dell'Unione, ha come conseguenza, infatti, che essi non operano se non nell'ambito di applicazione di altre norme dell'Unione, restringendo la discrezionalità delle Istituzioni e determinando un limite di legittimità a tali altre norme dell'Unione.

²⁴ «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».

Da tali constatazioni, si può trarre una conseguenza ulteriore, attinente agli effetti di tale speciale categoria di principi. Se essi operano esclusivamente nell'ambito di applicazione di altre norme dell'Unione, è ragionevole ipotizzare che tali principi non possano alterarne la natura e, in particolare, produrre, in congiunzione con tali norme, effetti giuridici che esse non sarebbero, isolatamente intese, capaci di produrre.

L'esempio migliore che se ne può dare riguarda l'effetto prodotto dai diritti fondamentali nell'ambito di applicazione di una direttiva. È noto che le direttive, secondo una dottrina tenacemente sostenuta dalla Corte di giustizia dell'Unione, non possono produrre direttamente situazioni soggettive individuali destinate ad essere invocate nei confronti di altri soggetti individuali; esse non possono, in altri termini, produrre effetti diretti orizzontali²⁵. Or bene, l'invocazione, nell'ambito di applicazione di una direttiva, di un principio generale che tuteli diritti fondamentali non può, di per sé, giustificare la produzione di posizioni soggettive compiute ad opera di tale atto. In caso contrario, evidentemente, il principio invocato non costituirebbe solo un limite nei confronti della direttiva ma, al contrario, ne incrementerebbe la capacità normativa.

Questa posizione è stata accolta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Dopo qualche iniziale esitazione, nella sentenza AMS, la Corte ha indicato che l'invocazione di un diritto garantito dalla Carta dei diritti fondamentali, congiuntamente ad una direttiva, non consente l'applicazione di questa ultima in rapporti giuridici intercorrenti fra persone fisiche e giuridiche²⁶.

Nel pervenire a tale conclusione, tuttavia, la Corte ha richiamato la distinzione fra norme e principi che i redattori della Carta dei diritti fondamentali hanno, non del tutto perspicuamente, incluso all'art. 52, par. 5²⁷. Sulla base di tale distinzione, la sentenza ha

²⁵ Cfr. E. CANNIZZARO, «Diritti 'diretti' e diritti 'indiretti': i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana», in «Il diritto dell'Unione europea», 2012, 23 ss.

²⁶ Corte di giustizia (GS), Association de médiation sociale (AMS), causa C-176/12, 15 gennaio 2014, in avanti.

²⁷ «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

indicato come una norma che garantisce un certo diritto «nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali» costituirebbe un principio il quale «per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»²⁸.

Se valutata in una prospettiva di teoria generale, una tale affermazione non appare molto felice. Essa ingenera, infatti, l'idea secondo cui l'effetto normativo di un principio dipenda, paradossalmente, dall'esistenza di una normativa di attuazione. Dato, inoltre, che i diritti vanno invocati, generalmente, nei confronti delle autorità pubbliche, non sembra ragionevole far dipendere l'effetto di un diritto, proprio di un individuo, dalla volontà dei soggetti contro i quali, in definitiva, tale diritto dovrà essere invocato. Nei moderni sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, l'esigenza di regolamentare l'esercizio dei diritti fondamentali, nonché di effettuare un bilanciamento con altri interessi, soprattutto di tipo collettivo, con essi confliggenti, ben giustifica una normativa di attuazione la quale, però, non costituisce una condizione di efficacia dei diritti, già perfettamente azionabili di per sé, ma ne determina le condizioni di applicazione, entro limiti di ragionevolezza e di proporzionalità.

Nel negare gli effetti diretti di un diritto fondamentale, e nel condizionarne l'esercizio alla adozione di norme di attuazione aventi, quelle sì, effetti diretti, la Corte di giustizia sembra aver quindi valorizzato oltre modo la distinzione fra norme e principi enunciata, in maniera peraltro sommaria, dall'art. 52, par. 5 della Carta dei diritti fondamentali.

È però ben difficile attribuire a tale distinzione un rilievo epistemologico. Non vi è, infatti, un criterio generalmente accettato al fine di tracciare tale distinzione. Né si può ritenere che un principio, a differenza di una norma, abbia, fra le sue caratteristiche, quella di essere condizionato nel suo effetto normativo dall'adozione di una normativa di attuazione.

Nella storia del pensiero giuridico, tale distinzione ha sovente acquisito un connotato politico. L'attribuzione della qualifica di principio è stata sovente utilizzata al fine di ridurre, fino al punto di eliminare, l'effetto innovativo di regole poste normalmente a tutela di diritti individuali. Tale è stato, verosimilmente, l'intento con il

²⁸ Sentenza AMS, par. 45.

quale le norme programmatiche della Costituzione italiana sono state talvolta qualificate come principi. Tale potrebbe essere anche l'intento alla base della distinzione fra principi e norme nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali. Se si dovesse accogliere il criterio enunciato nella sentenza AMS – e cioè annoverare alla categoria dei principi le disposizioni della Carta che assegnano al legislatore nazionale, o dell'Unione, il potere di determinare casi e condizioni di applicazione – il risultato non sarebbe, dunque, molto edificante. Formule del genere sono infatti presenti pressoché esclusivamente nelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali che riguardano diritti di tipo sociale²⁹.

Nell'esperienza giuridica dei rapporti fra ordinamenti, la distinzione fra norme e principi sembra quindi talvolta celare l'intenzione di evitare l'applicazione, negli ordinamenti statali, di norme transnazionali attinenti, in specie, alla tutela dei diritti fondamentali³⁰. La categoria dei principi sarebbe piegata all'esigenza di evitare la sottoposizione degli ordinamenti statali all'influsso benefico degli ordinamenti transnazionali. Sarebbe il peggior servizio che si possa rendere ad una nobile categoria, che tanta parte ha avuto nel promuovere l'evoluzione della civiltà giuridica nell'ultimo secolo.

²⁹ Oltre all'art. 27, tale formula è utilizzata dall'art. 34, in tema di sicurezza sociale, dall'art. 35, in tema di diritto alla salute, dall'art. 36, in tema di accesso ai servizi d'interesse economico generale. Si veda, peraltro, Corte di giustizia, Glatzel, causa C-356/12, 22 maggio 2014, par. 74 e ss., che qualifica l'art. 26 della Carta, concernente i diritti delle persone disabili, fra le disposizioni che esprimono principi e, quindi «non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile» (par. 78).

³⁰ Cfr. la nota sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. 692 (2004).

Sul principio del legittimo affidamento

Vincenzo Cerulli Irelli

1. Il diritto amministrativo, nella sua parte generale, come disciplina giuridica delle pubbliche amministrazioni come organizzazioni e dell'esercizio della funzione di amministrazione nelle sue varie forme, si fonda in larga misura su principi di formazione giurisprudenziale. Principi che la giurisprudenza del Consiglio di Stato supportata dalla dottrina, ha elaborato a partire dalla nostra vicenda formativa nella seconda metà dell'800 sulla base dei caratteri fondamentali dello Stato di diritto poi evolutosi in Stato costituzionale.

I principi dell'organizzazione e dell'azione amministrativa vengono modellati intorno al principio generalissimo e fondante di questo tipo di Stato, che gli apparati di governo, e la pubblica amministrazione in specie, sono strutture serventi interessi della collettività

Si veda in dottrina, sul versante della tutela del legittimo affidamento nell'ambito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione, con ampia trattazione anche di teoria generale sul principio di buona fede come principio costituzionale generale non scritto, con attenta distinzione tra buona fede oggettiva, buona fede soggettiva e affidamento, il noto e sempre valido saggio di F. MERUSI, *L'Affidamento del cittadino*, Milano, 1970 (ri pubbl. in *Buona fede e legittimo affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2006, insieme ad altri studi). Successivamente F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, nonché l'ampia rassegna di G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *www.sspa.it*, e il saggio di M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 2009.

Sul principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale (con particolare riferimento al problema della retroattività della legge), P. CARNEVALE, *Al fuggir di giovinezza ... nel domani si ha più certezza*, in *Giur. cost.*, 1999; *La tutela del legittimo affidamento ... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011; M. GIGANTE, *Leggi di interpretazione autentica, principio di intangibilità del giudicato e tutela del legittimo affidamento nella sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 2010*, in *Riv. giur. ed.*, 2010. Molto perspicua la nota di A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sibi bene negli auto vincoli della lex anterior*, in *Giur. cost.*, 2012. V. anche S. SPUNTARELLI, *La buona fede quale parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2009.

Sul problema della retroattività della legge, con ampia prospettiva anche in ordine al principio del legittimo affidamento M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007.