

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2014 | anno IX



Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2014 | anno IX

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



DAL 1960 UTILE AL TERRI TORIO

Siamo tra i protagonisti del panorama creditizio nazionale, ma il nostro posto continua ad essere al fianco delle persone, delle imprese e delle istituzioni, in ogni contesto in cui operiamo. Forti dei nostri valori e del vostro sostegno.



Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2014 | anno IX

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Luigi Ferrari Bravo, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Noguerras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato

Comitato di redazione

Giandonato Caggiano (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Ivan Ingravallo, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato la dott.ssa Denise Milizia

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Paolo Fois, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia Serena Rossi, Girolamo Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Direzione e Redazione

c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**

<http://www.cacucci.it> e-mail: studiinteuropea@cacucci.it

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2014 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

- Paolo MENGOZZI
La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana 225
- Silvana SCIARRA
Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea 237
- Luciano GAROFALO
ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria 247
- Patrizia DE PASQUALE
L'economia sociale di mercato nell'Unione europea 265
- Davide DIVERIO
Il delicato bilanciamento di valori fra diritti fondamentali, libertà di circolazione e principi generali dell'ordinamento dell'Unione nella disciplina europea delle "comunicazioni commerciali" 279
- Andrea GRATTERI
La democrazia rappresentativa nelle forme e nei limiti delle Costituzioni europee 307
- Gianluigi PASSARELLI
The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law 321

NOTE E COMMENTI

Monica SPATTI <i>Hate speech</i> e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto	341
Celeste PESCE Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione	359
Giuliano VOSA Atti delegati e il sottile crinale tra forma e materia nella sistematica delle fonti europee. Osservazioni sulla sen- tenza C-427/12 del 18 marzo 2014	377

RECENSIONI

Antonio TIZZANO (a cura di), <i>Trattati dell'Unione euro- pea</i> , Milano, Giuffrè, 2014, II ed. (U. Villani)	399
Jean-Claude PIRIS, <i>The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (J. Alberti)	401
Giovanna ADINOLFI, Michele VELLANO (a cura di), <i>La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici</i> , Torino, Giappichelli, 2013 (S. De Vido)	405
Libri ricevuti	407
Indice degli autori	409

Summary



ARTICLES

- Paolo MENGOZZI
The European Judicial Cooperation and the Fundamental Principle of the Protection of Human Dignity 225
- Silvana SCIARRA
Multilevel Trade Union Pluralism in Times of Crisis. The Horizons of the European Social Charter 237
- Luciano GAROFALO
ADR and the Right of Access to Justice: The Difficult Connection between the European Model and the Italian Model of Compulsory Media-conciliation 247
- Patrizia DE PASQUALE
Social Market Economy in the European Union 265
- Davide DIVERIO
The Delicate Balance of Values between Fundamental Rights, Freedom of Circulation and General Principles in the Union Regulation in the European Discipline of ‘Commercial Communications’ 279
- Andrea GRATTERI
Representative Democracy in the Forms and within the Limits of European Constitutions 307
- Gianluigi PASSARELLI
The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law 321

NOTES AND COMMENTS

Monica SPATTI Hate Speech and Denial of International Crimes among Restrictions on Freedom of Expression and Abuse of Rights	341
Celeste PESCE The Principle of the <i>effet utile</i> and the Individual Rights Protection in the Case-law of the European Union	359
Giuliano VOSA Delegated Acts: A Thin Line between Form and Substance in the Classification of European Legal Acts. Reflections on the Judgment of 18 March 2014, Case C-427/12	377

BOOK REVIEWS

Antonio TIZZANO (a cura di), <i>Trattati dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2014, II ed. (U. Villani)	399
Jean-Claude PIRIS, <i>The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (J. Alberti)	401
Giovanna ADINOLFI, Michele VELLANO (a cura di), <i>La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici</i> , Torino, Giappichelli, 2013 (S. De Vido)	405
Books received	407
List of contributors	409



Articoli

Paolo Mengozzi*

La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana

SOMMARIO: 1. La tutela della dignità umana e il caso *Lopes* relativo all'attuazione in Francia del mandato di arresto europeo istituito con la decisione quadro 2002/584/GAI. – 2. La sentenza *Kozłowski* e il riconoscimento ai giudici tedeschi di un potere di tener conto dell'esigenza di un reinserimento sociale del condannato. – 3 *Segue*: e il riconoscimento di un analogo potere al legislatore olandese espresso nella sentenza *Wolzenburg*. – 4. Il problema di stabilire se uno Stato membro, che abbia accettato la clausola di non esecuzione facoltativa, abbia l'obbligo di rifiutare la consegna di un cittadino di un altro Stato quando questo sia sufficientemente integrato nel proprio territorio. – 5. *Segue*: l'acquisizione di valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali e la trasformazione in dovere del potere di un tale Stato di rifiutare la persona richiesta per favorire il suo reinserimento sociale una volta scontata la pena. – 6. La non espressa ricezione di quest'idea nella sentenza *Lopes* dovuta al fatto che la persona richiesta di consegna era un cittadino dell'Unione e per essa poteva trovare applicazione il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. – 7. Il tono direttivo con cui la Corte ha invitato i giudici del rinvio a tener conto dell'urgenza di tutela dell'unità familiare. – 8. L'influenza sulla pronuncia *Lopes* della sentenza 227/2010 della Corte costituzionale anch'essa adottata con riferimento a una richiesta di consegna di un cittadino dell'Unione. – 9. L'atteggiamento che, con riferimento alla tutela della dignità umana di condannati a pene detentive, la Corte di giustizia e la Corte costituzionale italiana dovranno assumere se in futuro chiamate a pronunciarsi in relazione a cittadini di Stati terzi.

1. Il riferimento al principio fondamentale di tutela della dignità umana ha avuto un'incidenza rilevante sul contributo che la Corte di giustizia, nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale, ha dato, per tutti i ventotto Paesi dell'Unione, alla valorizzazione delle esigenze del reinserimento sociale di condannati a pene detentive e della salvaguardia della loro vita familiare. Una manifestazione particolarmente evidente di tale contributo è certamente costituita dalla pronuncia che la Corte ha adottato nel caso *Lopes*¹ con riferimento all'attuazione da parte della

* Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*. Su di essa cfr. S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo, principio del reciproco riconoscimento e diritti del condannato*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2013, pp. 226-230; M. CASTELLANETA, *Nel prevedere limiti sulla cittadinanza si crea una situazione di grave pregiudizio*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 Ore*, n. 38 del 22 settembre 2012, p. 102 ss.; C. BASSINI, *La Corte di giustizia di nuovo sul mandato d'arresto*

Francia della decisione quadro 2002/584/GAI² sul mandato d'arresto europeo, che obbliga ciascuno Stato membro dell'Unione a consegnare ad un altro Stato membro, su richiesta di quest'ultimo, una persona destinataria di un tale arresto.

L'attuazione di quella decisione ha costituito un passaggio importante nell'instaurazione di uno spazio unico in materia di libertà, sicurezza e giustizia in quanto ha comportato l'estensione di un principio che ha contrassegnato la realizzazione del mercato interno, quale il principio di mutua fiducia, detto anche del mutuo riconoscimento, al settore penale. L'estensione di tale principio alla materia penale, per la forte connessione che la gestione di questa presenta con la sovranità nazionale e la tutela dei diritti delle persone, non poteva non essere bilanciata, da un lato, lasciando una qualche discrezionalità a favore degli Stati membri dell'Unione e, dall'altro, adattando l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle esigenze umane in gioco in materia.

Il Consiglio UE ha realizzato un tale bilanciamento introducendo nella decisione quadro 2002/584/GAI una clausola di “non esecuzione facoltativa” al punto 6 dell'art. 4, a termini del quale “[l]’autorità giudiziaria dell’esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d’arresto europeo: (...) se [questo] è stato rilasciato ai fini dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno”.

Gli Stati membri erano obbligati a dare attuazione a detta decisione dall'art. 34 TUE, a termini del quale un tale atto è per loro vincolante “quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle [loro] autorità (...) in merito alla forma e ai mezzi” e non ha “efficacia diretta”. La Francia vi ha provveduto introducendo nel codice di procedura penale l'art. 695-24 con cui si è avvalsa della facoltà concessa dal punto 6 dell'art. 4 prevedendo che “[l]’esecuzione di un mandato d’arresto europeo può essere rifiutata (...) se la persona ricercata per l’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà possiede la cittadinanza francese e le autorità francesi competenti si impegnano ad eseguire la pena”.

I giudici francesi erano stati richiesti dai giudici portoghesi di dare esecuzione ad un mandato d'arresto emesso a carico del signor Lopes a seguito di una pena detentiva di 5 anni da loro inflittagli nel 2003 per fatti commessi nel 2002. Dato che, nel frattempo, si era stabilito in Francia, ivi si era coniugato con una cittadina francese nel 2009 e risiedeva e lavorava con un contratto a tempo indeterminato, il signor Lopes ha domandato di poter scontare la pena in quel Paese al fine di restare accanto alla moglie e vicino al luogo dove, subita la pena, contava di riprendere il lavoro. A tal fine ha invocato l'incompatibilità dell'indicato articolo del codice di procedura penale con la decisione quadro e con il principio di non discriminazione sancito dall'art. 18 TFUE.

europeo: discriminatorio circoscrivere il rifiuto di consegna ai cittadini dello Stato membro di esecuzione, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2013, p. 245 ss.; F. GAZIN, Non discrimination à raison de la nationalité, in Europe, 2012, n. 11, comm. 427; S. RIGHI, Il caso Lopes Da Silva Jorge: il difficile equilibrio fra mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2013, p. 859 ss.

² Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

Per poter prendere adeguatamente posizione su questi argomenti la Corte d'appello di Amiens ha chiesto alla Corte di giustizia di esprimersi al riguardo.

2. Non era la prima volta che i giudici di Lussemburgo si dovevano pronunciare sul modo in cui uno Stato membro ha dato attuazione al punto 6 dell'art. 4 della decisione quadro. Lo avevano già fatto con le sentenze *Kozłowski*³ e *Wolzenburg*⁴, adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e quindi prima dell'assunzione di valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali – con riferimento a casi sorti, rispettivamente, in Germania e in Olanda.

I problemi che la Corte aveva dovuto affrontare con riferimento a questi due Paesi presentavano aspetti molto diversi rispetto a quello che ha dovuto affrontare con riferimento alla Francia.

Sia nel caso considerato nella sentenza *Kozłowski*, sia in quello considerato nella sentenza *Wolzenburg* la Corte di giustizia era potuta arrivare in modo piuttosto agevole a ritenere compatibile con la decisione quadro la normativa nazionale d'attuazione e la sua relativa applicazione entranti in linea di conto in ciascun caso.

Nel primo caso la Corte, su richiesta di pronuncia pregiudiziale di giudici tedeschi, si doveva esprimere sulla compatibilità con la decisione quadro 2002/584/GAI del fatto che la normativa tedesca di attuazione di tale decisione ha subordinato la non esecuzione facoltativa della consegna di uno straniero a due condizioni principali: che esso abbia la propria “dimora abituale” nel territorio tedesco e che presenti “un interesse meritevole di tutela a scontare la pena in Germania”⁵. La Corte è potuta pervenire ad una conclusione in senso positivo della verifica richiesta grazie ad un'interpretazione teleologica che l'ha condotta a ritenere che la decisione quadro mira segnatamente ad accrescere le opportunità di reinserimento sociale del soggetto di cui si tratta una volta scontata la pena cui è stato condannato. In considerazione di ciò ha ritenuto: a) superabile il fatto che in alcune versioni linguistiche della decisione si prevede la possibilità di rifiutare la consegna se la persona interessata dimori e risieda nello Stato richiesto anziché dimori o risieda in esso⁶; b) compatibile con il diritto dell'Unione il fatto che la Germania abbia condizionato il rifiuto della consegna di quella persona alla sua dimora abituale nel territorio tedesco.

La Corte di giustizia ha potuto considerare la normativa della Germania conforme alla decisione quadro in quanto solo una dimora abituale in quel Paese poteva legittimare a pensare che un tale rifiuto potesse accrescere l'opportunità di un suo reinserimento sociale una volta scontata la pena.

La risposta così data dalla Corte ai giudici tedeschi, oltre ad essere molto chiara, è risultata molto puntuale per i giudici del rinvio⁷: per il signor *Kozłowski*, infatti, non si poteva prospettare un'opportunità di reinserimento sociale in Germania

³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*.

⁵ Art. 83b, n. 2, lett. b) dell'IRG (legge 23.12.1982 sulla cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale. – Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – come modificata dalla legge 20 luglio 2006).

⁶ Corsivo aggiunto.

⁷ Cfr. sentenza *Kozłowski*, punto 56.

dato che egli era celibe e senza figli, non dimorava ininterrottamente in Germania, quando vi dimorava non rispettava le norme nazionali in materia di soggiorno degli stranieri, era dedito alla commissione di reati e si trovava recluso a seguito di condanna penale⁸.

3. Nel caso *Wolzenburg*, la Corte di giustizia, su richiesta di pronuncia pregiudiziale di giudici olandesi, era stata chiamata ad occuparsi della compatibilità con la decisione quadro 2002/584/GAI di una normativa olandese (OLW) che a detta decisione ha dato attuazione e sulla conformità di tale normativa con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità sancito dall'allora vigente art. 12 TCE.

La normativa di attuazione olandese si differenzia da quella tedesca per la ragione che determina, essa stessa, quando un rifiuto facoltativo dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro non provvisto di cittadinanza olandese dia luogo ad una possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale di tale persona una volta scontata la pena: lo fa stabilendo che le autorità esercitino tale facoltà solo quando la persona di cui si tratta abbia soggiornato legalmente in via continuativa per cinque anni in Olanda.

Questa particolarità ha posto alla Corte, che nel caso si è pronunciata in Grande sezione, il problema di determinare non solo la conformità della normativa olandese al principio di cui all'art. 12 TCE (stante che analoga condizione non è posta in relazione a cittadini olandesi), ma anche la sua proporzionalità (dato che richiede un soggiorno legale e continuato per un periodo di almeno cinque anni).

Quanto al primo punto la Corte ha ritenuto la normativa olandese compatibile con la decisione quadro 2002/584/GAI, al pari di quanto fatto con riferimento alla normativa tedesca, nonostante la differenza che la prima presenta rispetto alla seconda in ragione del fatto che gli Stati membri, per il carattere delicato della materia, “dispongono necessariamente (...) di un potere discrezionale certo”⁹. È in ragione del darsi di un tale potere degli Stati membri che essa, come ha riconosciuto alla Germania la possibilità di attribuire ai propri giudici la funzione di conciliare tra loro le diverse esigenze insorgenti in materia, ha potuto riconoscere al legislatore olandese quella di effettuare esso stesso una tale conciliazione. E, per quanto riguarda specificamente quest'ultimo, ha precisato di ritenere ragionevole che, avendo constatato nella prassi “una grande inventiva quanto agli argomenti dedotti [dalle persone richieste di consegna] al fine di provare l'esistenza di un collegamento con la società olandese”¹⁰, esso abbia voluto esprimere concretamente, mediante un criterio oggettivo quale quello di un soggiorno legale e continuativo per almeno cinque anni, “il requisito [in presenza del] quale il soggiorno di dette persone deve [considerarsi di] carattere duraturo”¹¹.

Ritenendo ragionevole tale argomento la Corte ha potuto concludere, per quanto riguarda il problema della compatibilità della legge olandese con il principio di non discriminazione, che “la mera condizione di cittadinanza per i propri cittadini, da un

⁸ Cfr. *ivi*, punto 28.

⁹ V. sentenza *Wolzenburg*, punto 61.

¹⁰ Cfr. *ivi*, punto 65.

¹¹ *Ibidem*.

lato, e la condizione di soggiorno in via continuativa per cinque anni per i cittadini degli altri Stati membri, dall'altro, possono essere considerate tali da garantire che la persona ricercata sia sufficientemente integrata nello Stato membro di esecuzione. Per contro, un cittadino comunitario che non ha la cittadinanza dello Stato membro di esecuzione e non ha risieduto ininterrottamente in detto Stato per un determinato periodo di tempo presenta, in genere, più collegamenti con il proprio Stato membro di origine che con la società dello Stato membro di esecuzione"¹².

Per quanto poi riguarda più specificamente la proporzionalità della legge olandese la Corte ha rilevato che "una condizione di soggiorno in via continuativa per cinque anni per i cittadini degli altri Stati membri non può (...) essere considerata eccessiva tenuto conto, in particolare, dei requisiti richiesti per rispondere all'esigenza dell'inserimento dei non cittadini nello Stato membro di esecuzione"¹³. Ne ha desunto che essa "non va oltre quanto è necessario per conseguire l'obiettivo volto a garantire un sicuro grado di inserimento nello Stato membro di esecuzione delle persone ricercate che sono cittadini di altri Stati membri"¹⁴.

4. Non si può non notare che, sia nel caso *Kozłowski*, sia nel caso *Wolzenburg*, la Corte non si è allontanata da quanto affermato dall'art. 1, par. 3, della decisione quadro secondo cui questa non può modificare "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali" sanciti dal diritto dell'Unione. In entrambe le pronunce l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, pur essendo affermato come un principio fondamentale dell'istituto del mandato d'arresto europeo, è stato coordinato con l'esigenza che, quando per uno Stato membro si ponga il problema di avvalersi della possibilità di non procedere alla esecuzione facoltativa di una richiesta di consegna in relazione a condannati a pene detentive che non siano propri cittadini ma cittadini di altri Stati membri, esso possa avvalersi di tale possibilità solo quando le persone di cui si tratta siano "sufficientemente integrate" nel suo territorio e esista così per esse la possibilità di vedere aumentare le opportunità di loro reinserimento sociale alla scadenza della pena. Pare quindi logico chiedersi se, quando quelle persone siano sufficientemente integrate nel territorio dello Stato richiesto e abbiano una possibilità di vedere aumentare in esso le proprie opportunità di reinserimento sociale una volta scontata la pena, si possa considerare che quello Stato, quanto meno ove abbia esercitato l'opzione prevista dal punto 6 dell'art. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI, abbia il dovere di non dare esecuzione alla richiesta di consegna.

Per rispondere a tale domanda è utile rifarsi al contesto in cui è avvenuta l'inserzione di detta disposizione nella decisione quadro. Al riguardo è importante rilevare che la data di adozione della decisione quadro (2002) è di poco successiva all'accoglimento, da parte della Carta proclamata a Nizza da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 (Carta di Nizza), di un deciso orientamento a considerare il principio del rispetto della dignità umana come principio ispiratore del processo di integrazione europea. Come peraltro attestato dall'art. 1, par. 3, della decisione 2002/584/GAI, il Consiglio, nell'improntare l'istituto del mandato

¹² *Ivi*, punto 68.

¹³ *Ivi*, punto 70.

¹⁴ *Ivi*, punto 73.

d'arresto europeo al principio del mutuo riconoscimento, non ha potuto trascurare quell'evoluzione: ha inserito tale istituto nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nella coscienza, però, di doverne conciliare per quanto possibile l'applicazione al rispetto e alla tutela della dignità umana. L'attenzione che il punto 6 dell'art. 4 presta alla possibilità di aumentare le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata alla scadenza della pena costituisce un'indiscutibile manifestazione di una tale idea.

Se nelle sentenze *Kozłowski* e *Wolzenburg* la Corte non ha dato segno di risentire di tutto ciò è perché le legislazioni nazionali e le fattispecie in esse considerate non lo suggerivano concretamente.

5. Come indicato all'inizio di questo scritto, l'art. 695-24 del codice di procedura penale, adottato in Francia per dare seguito alla decisione quadro 2002/584/GAI, teneva conto dell'esigenza di reinserimento sociale del condannato, considerato alla base del punto 6 dell'art. 4 di tale decisione dalla Corte di giustizia, solo a favore dei cittadini francesi. Tra il momento dell'adozione di detta disposizione e quello di adozione della sentenza *Lopes* si erano verificati tre importanti sviluppi: a) con la sentenza *Omega*¹⁵ la Corte di giustizia aveva attribuito al principio del rispetto e della tutela della dignità umana dell'ordinamento costituzionale tedesco un vero e proprio rilievo giuridico sul piano comunitario, riconoscendo alla Germania la legittimazione ad invocarlo come limite alla libertà di prestazione dei servizi; b) la decisione quadro 2008/909¹⁶ aveva confermato il riferimento implicito al principio di rispetto e tutela della dignità umana precisando che il mandato d'arresto europeo intende "favorire il reinserimento sociale della persona condannata" (art. 3, par. 1); c) con l'entrata in vigore il 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona e la conseguente acquisizione di valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come espressamente precisato nelle spiegazioni relative al suo art. 1, il rispetto e la tutela della dignità umana erano diventati "la base stessa" di tali diritti.

A questo modo il diritto dell'Unione veniva a farsi più rilevantemente carico della tutela di tutte le persone interessate dalla sua applicazione; nell'ambito di una tale tutela, assumeva ovviamente rilievo anche il rispetto della dignità del condannato. Mi è stato così possibile, nel presentare le conclusioni nel caso *Lopes*, innanzitutto, affermare che, anche in occasione dell'applicazione del principio del riconoscimento reciproco in materia di cooperazione giudiziaria penale, la salvaguardia dei diritti fondamentali, al primo posto dei quali è la dignità della persona condannata, deve essere l'assillo, non solo del legislatore nazionale e delle autorità giudiziarie nazionali, "ma anche della Corte quando è invitata a pronunciarsi sull'interpretazione (...) della decisione quadro 2002/584"¹⁷; e mi è stato possibile, poi, aggiungere che "[è] in considerazione del principio superiore costituito dalla tutela della dignità umana, pietra angolare della protezione dei diritti fondamentali

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*.

¹⁶ Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

¹⁷ Così nelle conclusioni presentate il 20 marzo 2012, nella causa *Lopes Da Silva Jorge*, punto 28.

nell'ordinamento giuridico dell'Unione, che la libera circolazione delle sentenze penali dev'essere garantita, ma anche, all'occorrenza, limitata"¹⁸.

Anche se non l'ha espressamente ripreso pronunciandosi nel caso, si può ritenere che la Corte di giustizia abbia tenuto conto di questo ordine di considerazioni, ricostruendo il modo in cui, a suo avviso, oggi vige il punto 6 dell'art. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI.

Come anticipato sopra, prima dell'indicata evoluzione del diritto dell'Unione, si poteva reputare che la clausola di rifiuto facoltativo della consegna della persona richiesta: a) costituisse un bilanciamento rispetto ad un'estensione al settore penale – un settore particolarmente legato all'esercizio della sovranità statale – del principio del reciproco riconoscimento; b) lasciasse una forte discrezionalità agli Stati membri vincolati dalla decisione quadro; c) permettesse ad ogni Stato membro che esercitasse detta facoltà di farlo solo a favore di una o più categorie tra le categorie di persone previste dalla clausola in questione (i propri cittadini, persone dimoranti nel proprio territorio o ivi residenti).

L'evoluzione che si è determinata con riferimento alla tutela della dignità del condannato e all'esigenza di fornirgli possibili opportunità di reinserimento sociale una volta scontata la pena ha fatto sì che la Corte abbia considerato che, una volta operata la scelta di utilizzare la facoltà prevista dal punto 6 dell'art. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI, uno Stato membro non sia libero di esercitarla a favore di una sola tra dette categorie di persone, ma la debba esercitare anche a favore delle altre categorie qualora quelle persone si siano legittimamente integrate nel suo territorio e abbiano in esso instaurato legami di famiglia. Il valore vincolante assunto dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali ha così permesso alla Corte di superare l'antico principio secondo cui le limitazioni alla sovranità devono essere interpretate restrittivamente e di farlo senza darne esplicita motivazione.

6. Interpretando in senso tanto lato il punto 6 dell'art. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI la Corte di giustizia avrebbe potuto domandarsi se dal principio del rispetto e della tutela della dignità del condannato, implicito presupposto della sua presa di posizione, non fosse possibile dedurre direttamente un diritto del signor Lopes a non essere consegnato alle autorità portoghesi in ragione dell'intervenuta sua integrazione nella società francese e dei legami di famiglia in essa instauratisi. Non vi è dubbio che il compito della Corte, attualmente precisato dall'art. 19 TUE, di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati", glielo avrebbe logicamente consentito.

Ma la Corte, consapevole com'è del fatto che le sue pronunce sono destinate ad acquisire efficacia *erga omnes*, nel quadro della sua competenza pregiudiziale usa grande cautela: si concentra particolarmente sui problemi suggeriti da un caso che reputa indispensabili e sufficienti a far sì che i giudici nazionali possano, a loro volta, risolvere il caso oggetto della loro richiesta di pronuncia pregiudiziale; e privilegia quelli utili a tal fine già risolti da una propria consolidata giurisprudenza. È per questo che essa, senza soffermarsi in modo conclusivo sull'interpretazione dei termini "dimora" e "residenza" utilizzati dal punto 6 dell'art. 4 e sulla loro concreta

¹⁸ *Ibidem*.

applicabilità ad una persona come il signor Lopes, tenendo conto che nella causa principale poteva assumere rilievo la sua cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione diverso dalla Francia, ha concentrato la risposta data al giudice del rinvio sulla constatazione dell'incompatibilità di una legislazione come quella francese con il principio di non discriminazione.

7. La cautela della Corte di giustizia, peraltro, non si è limitata a questo. Il principio di non discriminazione è un principio a cui la Corte ha riconosciuto efficacia diretta in alcuni casi, come il caso *Mangold*¹⁹ e il caso *Kükükdeveci*²⁰, ma non sempre. Riconoscergliela in un caso come questo, in relazione all'applicazione di una decisione quadro che la lett. b) del par. 2 dell'art. 34 TUE precedente il Trattato di Lisbona escludeva avesse "efficacia diretta", presentava indubbia difficoltà. Alla Corte si presentava solo la possibilità di invocare il precedente *Pupino*²¹ con cui, pur avendo confermato che le decisioni quadro non possono avere efficacia diretta, ha precisato che il loro carattere vincolante comporta in capo ai giudici nazionali un obbligo di applicare il principio di interpretazione conforme.

Con riferimento all'applicazione di tale principio da parte di detti giudici la Corte ha manifestato in modo forte un intento di valorizzare i principi e i valori che ha considerato sottesi alla decisione quadro 2002/584/GAI. Pur rilevando che il principio dell'interpretazione conforme non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, con tono molto direttivo ha affermato che tale principio "esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio (...) prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della decisione quadro di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima"²². Nel quadro di un tale impegno la Corte, evidentemente influenzata dal fatto che i giudici del rinvio dovevano esprimersi con riferimento ad una persona che risiedeva in Francia ed ivi era sposata con una cittadina francese, ha invitato quei giudici a dare, tra l'altro, rilievo all'idea che l'esigenza di tutela dell'unità familiare si fa particolarmente sentire per persone condannate ad espriare pene detentive.

8. Si può ritenere che la Corte di giustizia, nell'assumere questo atteggiamento, pur non richiamando espressamente una pronuncia della Corte costituzionale italiana²³ il cui redattore è stato il professor Giuseppe Tesauro, per i toni forti con cui si è espressa, ne abbia tenuto conto.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kükükdeveci*.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*.

²² Così sentenza *Lopes Da Silva Jorge*, punto 56. Per un atteggiamento analogo tenuto dalla Corte di giustizia nel caso *Dereci* si rinvia al nostro *Complémentarité et coopération entre la Cour de Justice de l'Union européenne et les juges nationaux en matière de séjour dans l'Union des citoyens d'Etats tiers*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 29 ss., spec. p. 41 ss.

²³ Sentenza della Corte costituzionale italiana del 21 giugno 2010, n. 227/2010. Su di essa cfr. C. AMALFITANO, *Il mandato di arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 183 ss.; E. PAGANO, *Le posizioni della Corte di giustizia e della Corte*

I giudici della Consulta, nel caso ad essi sottoposto, dovevano pronunciarsi su rinvio della Corte di cassazione su un problema analogo a quello sottoposto alla Corte di giustizia della Corte d'appello di Amiens. Si trattava, infatti, di verificare la legittimità della legge 22 aprile 2005, n. 69 contenente disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI, la quale prevede, all'art. 18, co. 1, lett. r) che, "se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale" può essere disposto che queste siano eseguite in Italia, conformemente al diritto italiano, soltanto "qualora la persona ricercata sia cittadino italiano".

La Corte di cassazione ha rinviato quella legge alla Corte costituzionale ritenendo, come poi fatto dalla Corte di giustizia, che essa fosse in contrasto con la decisione quadro e con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità di cui all'attuale art. 18 TFUE, ma non fosse suscettibile di "disapplicazione". Ciò, sotto il profilo della sua incompatibilità con la decisione quadro in ragione della non diretta applicabilità di questa; e, sotto quello della sua incompatibilità con il principio di non discriminazione, in ragione del fatto che un provvedimento straniero che dispone la privazione della libertà personale ai fini di esecuzione di una pena nello Stato italiano non potrebbe essere eseguito in forza di un atto dell'Unione a cui non corrisponda una valida norma nazionale.

La Corte di cassazione, alla luce di tali caratteri dell'art. 18 della legge 69/2005 – e, di conseguenza, del suo contrasto con gli articoli 11 e 117 Cost. (che al diritto dell'Unione fanno rinvio) –, ritenendo preclusa una sua interpretazione conforme in ragione della sua inequivocità, ne aveva chiesto la dichiarazione di incostituzionalità ai giudici della Consulta. Questi, con argomenti che poi sono stati utilizzati anche dalla Corte di giustizia, sono andati oltre a quanto quest'ultima, nell'esercizio della sua competenza pregiudiziale, ha fatto: hanno accolto i rilievi della Cassazione e hanno dichiarato affetta da illegittimità costituzionale la disposizione contestata. Ciò facendo la Corte costituzionale, a differenza della Corte di giustizia, non è stata bloccata nella sua pronuncia né dal fatto che la decisione quadro è priva di efficacia diretta, né dal fatto che non è dato attribuire al principio di non discriminazione basata sulla nazionalità un'efficacia dello stesso tipo in materie che richiedono di essere disciplinate mediante una puntuale disciplina legislativa nazionale come la materia penale. Essa è stata legittimata a procedere in questa direzione dal compito, che si è riconosciuta con la sentenza *Granital*²⁴, di dichiarare illegittime norme statali incompatibili con il diritto dell'Unione ove questa loro incompatibilità non sia superabile mediante una loro diretta inapplicabilità.

9. Al di là di questa differenza di risultato, legata ineluttabilmente alla differenza strutturale in cui le due Corti si pongono nei distinti ordinamenti di cui fanno parte, le due pronunce presentano però un elemento comune. La sentenza *Lopes* della Corte di giustizia, procedendo a interpretare la decisione quadro, afferma che

costituzionale, sulla non corretta trasposizione della decisione quadro sul mandato d'arresto, *ivi*, 2012, p. 85 ss.

²⁴ Sentenza della Corte costituzionale italiana dell'8 giugno 1984, n. 170, *Granital c. Amministrazione delle finanze*.

uno Stato membro, pur potendo, in sede di trasposizione dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, "decidere di limitare le situazioni in cui l'autorità giudiziaria nazionale dell'esecuzione può rifiutare la consegna di una persona rientrando nell'ambito di applicazione di tale disposizione [non è legittimato ad escludere] in maniera assoluta o automatica da tale ambito di applicazione *i cittadini di altri Stati membri* che dimorano o risiedono nel suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo"²⁵. La pronuncia della Corte costituzionale, dal canto suo, dichiara "l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del *cittadino di un altro Paese membro* dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno"²⁶.

La comune limitazione alla possibilità di prevedere come, rispettivamente, potenziali o attuali beneficiari della clausola di non esecuzione facoltativa prevista dalla decisione quadro solo cittadini degli Stati membri, non trova alcun riscontro in tale decisione.

Al di là delle ragioni che la Corte di giustizia potrebbe avere avuto di limitare il suo *dictum* per il fatto che nel caso portato alla sua considerazione era in gioco la sorte di un cittadino portoghese e che la sua pronuncia doveva essere presa in considerazione a tale riguardo, la convergenza determinatasi tra le due Corti può essere considerata dovuta ad una comune preoccupazione più generale: la preoccupazione degli Stati membri di contenere al massimo l'onere di farsi cura di detenuti di Stati terzi.

È certamente per questa ragione che non è stata in alcun modo espressamente richiamata, né nell'una, né nell'altra pronuncia, l'affermazione implicata dall'assunzione di valore vincolante dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali e, quindi, di un diritto dei condannati a pene detentive a vedere rispettata e tutelata la loro dignità (con le implicazioni sopra viste).

Si può ritenere che in un prossimo futuro i problemi qui considerati potranno ripresentarsi con riferimento a mandati d'arresto europeo di cittadini di Stati terzi che presentino un radicamento con uno Stato membro dell'Unione richiesto di procedere alla loro consegna, presentante le stesse caratteristiche che hanno contrassegnato la situazione del Sig. Lopes. Sarà interessante allora vedere quale effetto sarà concretamente riconosciuto al rispetto e alla tutela della dignità dei condannati a pene detentive e alla sua configurazione come un diritto di applicazione universale.

²⁵ Così sentenza *Lopes Da Silva Jorge*, punto 52 (corsivi aggiunti).

²⁶ Così si legge nel dispositivo della sentenza della Corte costituzionale italiana 227/2010.

Abstract

The European Judicial Cooperation and the Fundamental Principle of the Protection of Human Dignity

This essay aims at verifying the impact of the principle of safeguarding human dignity on the judicial cooperation in criminal matters and, more particularly, on the application of the clause of optional non-execution of the European arrest warrant contained in the Council framework decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.

The Author begins by stressing that such a decision a) contains an optional non-execution clause in order to restrain the considerable limitation to the sovereignty of Member States deriving from the extension of the principle of mutual recognition to criminal matters and b) provides that a Member State, by accepting such clause, when requested, can apply it to its nationals or to residents on its territory with a view to facilitate their social rehabilitation when the sentence imposed on them expires. Furthermore, the Author remarks that, when the framework decision 2002/584 was adopted, one could consider that a Member State, by accepting such clause, as further limitation of its sovereignty, could decide to apply it only to its citizens.

With the *Kozłowski* judgment of 17th July 2008 and the *Wolzenburg* judgment of 6th October 2009, the Court of Justice started to give relevance to the principle safeguarding human dignity considering that a Member State should extend the application of the same clause also to other Union citizens, resident on its territory. With the binding value of the Charter of Fundamental Rights one can deem that the principle of safeguarding human dignity has transformed into a duty the faculty of Member States having accepted the clause of the optional non-execution of the European arrest warrant to refuse the surrender of a person when this latter is sufficiently integrated in its territory. In its *Lopes* judgment of 5th September 2012 the Court of Justice did not ground its reasoning on this idea because the case at issue could be solved by applying the principle of non-discrimination on the basis of the nationality as it concerned the execution in France of a European arrest warrant issued by a Portuguese criminal court against a Portuguese citizen, i.e. a citizen of another Member State. However, in the next future, the Court of Justice will be obliged to take into account the idea that a Member State, because of the principle of safeguarding human dignity, should extend the application of the clause of the optional non-execution of the European arrest warrant also to cases concerning citizens of Third Countries.

Silvana Sciarra*

Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea**

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. La Carta sociale europea nell'interazione con le fonti UE. – 3. La 'legge Laval' e il ricorso di TCO e LO al Comitato degli esperti della Carta sociale europea. – 4. I ricorsi dei sindacati greci. Alcune conclusioni sul *pluralismo multilivello*.

1. In questo scritto mi propongo di rintracciare le caratteristiche di una nuova – o forse vecchia e dunque mai abbandonata – funzione assegnata ai sindacati, a seguito di avvenimenti legati all'apertura dei mercati del lavoro nazionali e all'emergere di una crisi economica e finanziaria di proporzioni imprevedibili e talvolta incontrollabili. Per fare questo intendo valutare la straordinaria priorità che le organizzazioni sindacali hanno dovuto prendere in considerazione in anni recenti, consistente nella tutela del diritto fondamentale alla libertà sindacale, per affermare un loro ruolo primario nella tutela dei diritti sociali fondamentali¹.

La crisi fiscale degli Stati, emersa negli anni delle politiche neo-liberiste della Thatcher e di Reagan, incise sui contenuti dello scambio fra gruppi contrapposti perché aprì spazi per il mercato e, per quella via, intese ridare voce agli individui. La dimensione politica di strategie sindacali proiettate a garantire il rispetto di standard internazionali, per risolvere controversie nazionali, pone in evidenza oggi che la crisi fiscale degli Stati, centrale in un dibattito ormai risalente nel tempo, si è trasformata in crisi istituzionale. Essa ha indotto soprattutto gli Stati indebitati a indicare drammatiche priorità, in un quadro di forti restrizioni della spesa pubblica. Nel caso dell'Unione europea (UE) la crisi economica e finanziaria ha spinto verso scelte che si sono discostate dal tradizionale metodo europeo, per avviare soluzioni controverse sul piano del metodo e dei risultati raggiunti.

* Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Firenze.

** Questo scritto, in una versione parzialmente diversa, è destinato anche alla raccolta di *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*.

¹ Fra i tanti interventi sul tema si veda M. DAWSON, F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-crisis*, in *Modern Law Review*, 2013, p. 817 ss.; M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014; F. FABBRINI, *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2014, p. 64 ss.

In questo quadro di riferimento il pluralismo sindacale affiora in una dimensione sfaccettata, che non cessa di suggerire una riflessione sul ruolo da assegnare ai gruppi organizzati, quando si fronteggiano situazioni di grandi cambiamenti negli equilibri complessivi. Il ruolo di coordinamento della Confederazione europea dei sindacati (CES) si esprime in modo sempre più visibile all'interno delle dinamiche istituzionali sovranazionali, se si guarda all'art. 152 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, che istituisce il "vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione", formalizzando una pratica consolidata di consultazione delle parti sociali, all'interno di quella formazione del Consiglio. Tuttavia, proprio quella sede di confronto fra interessi organizzati e rappresentanza politica si è rivelata debole nella gestione della crisi e dei suoi effetti, anche perché anomala rispetto a altre configurazioni del Consiglio, in cui le scelte economiche più importanti sono di fatto adottate, ma le parti sociali non sono consultate².

Nel Trattato di Lisbona si conferma il ruolo quasi-legislativo che gli articoli 154 e 155 TFUE assegnano alle parti sociali, nelle procedure di consultazione avviate dalla Commissione europea, per misure da adottare nel campo delle politiche sociali³. Il rallentamento, che ora si nota, nello sviluppo della legislazione secondaria rivela che quel ruolo si è appannato e mostra segni di stanchezza, a fronte di problemi strutturali, quali la mancata crescita e la disoccupazione in aumento.

A livello nazionale, soprattutto nei Paesi destinatari delle misure di sostegno alla stabilità, coinvolti nell'applicazione dei *Memoranda of understanding* negoziati dalla così detta Troika (Banca centrale europea, Commissione e Fondo monetario internazionale)⁴, i sindacati hanno scelto di adottare misure di contrasto, basate su strategie giudiziarie, sovente proponendo ricorso a istituzioni internazionali diverse da quelle UE. Ne è nato un fiorire di interventi che svelano altre espressioni del pluralismo sindacale. Si tratta di posizioni pragmaticamente orientate a ristabilire equilibri essenziali per ripristinare il buon funzionamento dello stato di diritto⁵.

2. L'art. 151 TFUE, che apre il titolo X sulla Politica sociale, nel richiamare l'Unione e gli Stati membri al rispetto dei diritti fondamentali, fa espresso riferimento alla Carta sociale europea (CSE), firmata a Torino nel 1961 e riveduta nel 1996. L'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali (CDF), intitolato "Livello di protezione", cita la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ma non la CSE, fonte per così dire parallela

² S. SCIARRA, *Social Law in the Wake of the Crisis*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". INT – 108/2014, pp. 9-11.

³ Una recente lettura in chiave storica e ricostruttiva di tendenze è in E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 9 ss.

⁴ Il Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità (MES), sottoscritto a Bruxelles il 2 febbraio 2012, prevede all'art. 13 la procedura per la concessione del sostegno alla stabilità, che prende avvio con la domanda dello Stato membro interessato e prevede, in caso di adozione della decisione relativa alla concessione del sostegno, la firma di un protocollo d'intesa.

⁵ Il Comitato esecutivo della CES ha fornito alle organizzazioni associate linee guida circa le possibili strategie di ricorso, reperibili all'indirizzo www.cgil.it. Una ricognizione in C. KILPATRICK, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Department of Law Research Paper No. 2014/05.

del Consiglio d'Europa, dotata di un diverso meccanismo di applicazione e non per questo meno autorevole per le finalità che si propone di raggiungere. Le spiegazioni del *Praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta si limitano a dire, a proposito dell'art. 53, che "data la sua importanza viene citata la CEDU". Tuttavia, se si leggono le spiegazioni concernenti altri articoli della CDF, il riferimento alle corrispondenti norme della CSE è ricorrente, a conferma di una circolarità degli standard internazionali che si rafforzano attraverso il meccanismo della reiterazione.

Il Protocollo addizionale del 1995 ha rappresentato un'importante innovazione, poiché ha introdotto una procedura di reclamo collettivo, riservato ai sindacati e alle ONG, da trasmettere al Comitato di esperti indipendenti, in caso di insoddisfacente applicazione della Carta⁶. La particolare propensione di questa fonte internazionale a valorizzare e tutelare interessi collettivi si rafforza con il riconoscimento di una posizione giuridica attiva per le organizzazioni che tali interessi rappresentano. Nell'UE questa soluzione è assente⁷, a conferma di un'impostazione diversa che, da un lato, risente della lenta stratificazione dei diritti sociali nel corpo originario del Trattato istitutivo e, dall'altro, riconosce e valorizza la diversità delle tradizioni sindacali nazionali. Si potrebbe sostenere che il pluralismo sindacale è, nel caso dell'UE, un *pluralismo multilivello*, capace di esprimere i suoi valori all'interno di un'organizzazione sovranazionale, la CES, e nello stesso tempo mantenerli vivi a livello nazionale.

L'aspetto più interessante del dibattito corrente consiste nel mettere a confronto sfere di diritti collettivi che, pur essendo tutti ispirati dal principio di libertà sindacale, sono diversamente valorizzati nelle fonti dell'UE e del Consiglio d'Europa. Nonostante queste diversità, tali diritti entrano contemporaneamente, talvolta in modo indiretto, nella lente degli interpreti con questo evidenziando l'esigenza, che è insieme politica e tecnico-giuridica, di avvicinare gli standard di tutela e di favorire un'interpretazione sistematica di fonti appartenenti a due diversi sistemi di norme⁸.

L'affermazione della libertà sindacale ha ricevuto nuovo impulso a fronte della competizione fra sistemi regolativi venutasi a creare nell'UE, quale effetto delle profonde disuguaglianze fra Stati membri, emerse soprattutto dopo l'allargamento. Attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), in anni recenti sono state evidenziate disparità di trattamento nelle condizioni normative e salariali applicate ai lavoratori, a fronte dell'esercizio di libertà economiche fondamentali da parte dei datori di lavoro. Non è necessario ripercorrere la lunga e controversa serie di decisioni della CGUE a questo riguardo, se non per dire che tali decisioni hanno indotto i legislatori nazionali a correggere talune contraddizioni evidenziate da quella giurisprudenza⁹.

⁶ Protocollo addizionale alla CSE su un sistema di reclamo collettivo, STCE n. 158.

⁷ Anche se auspicata in più occasioni, ad esempio da R. BLANPAIN, B. HEPPEL, S. SCIARRA, M. WEISS, *Fundamental Social Rights: A Proposal for the European Union*, Leuven, 1996; Commission of the European Communities, *Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act. Report of the Expert Group on Fundamental Rights* (c.d. "Simitis Report"), Brussels, 1999.

⁸ G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, e ivi in particolare O. DE SCHUTTER, *Anchoring the European Union to the European Social Charter: the Case for Accession*, p. 111 ss.; U. KHALIQ, *The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, p. 169 ss.

⁹ Riferimenti in S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013.

Tuttavia, proprio con riferimento al caso *Laval*¹⁰ – la più complessa fra le vicende giudiziali di cui si è detto – si deve constatare che la legge entrata in vigore in Svezia, in ottemperanza della pronuncia della CGUE, non è riuscita a placare i conflitti interni. Le organizzazioni sindacali confederali LO e TCO hanno scelto di mettere in atto una strategia articolata, per evidenziare il contrasto della “legge *Laval*” con alcuni diritti sociali fondamentali garantiti dalla CSE del Consiglio d’Europa¹¹. Tale fonte, esclusa dalla competenza della Corte di Strasburgo, prevede, come si è detto, la procedura del ricorso collettivo, indirizzato a un Comitato di esperti indipendenti. Le decisioni del Comitato, prive di vincolatività perché emesse da un organismo non giurisdizionale, sono dotate di grande rilievo morale e si rivolgono agli Stati firmatari della CSE con forte autorevolezza.

Mi soffermo nel prossimo paragrafo su quest’ultimo atto di una complessa rappresentazione, che riguarda l’affermazione della libertà sindacale in un Paese dell’UE caratterizzato da un alto tasso di sindacalizzazione e da una solida tradizione nella contrattazione collettiva. Il terreno dei diritti sociali fondamentali si presta a essere nuovamente arato, nonostante la presenza di una vegetazione rigogliosa. L’esercizio delle libertà economiche nel mercato interno – nel caso *Laval*, la libera prestazione di servizi e il distacco di lavoratori dal Paese di origine a quello ospitante – può rivelare aree di competizione regolativa ancora molto insidiose, che si prestano a letture critiche, ispirate a una costante valorizzazione del pluralismo sindacale nel senso prima indicato.

3. A seguito della decisione della CGUE nel caso *Laval*, il legislatore svedese apportò significative modifiche alla legge sulla partecipazione dei lavoratori e alla legge sul distacco dei lavoratori in una libera prestazione di servizi, tutte entrate in vigore nel 2010. L’adeguamento dell’ordinamento interno alla pronuncia della Corte di Lussemburgo non fu privo di polemiche, accentuate dal clima di acute contrapposizioni dovute alla controversia fra *Laval* e i sindacati svedesi, pendente dinanzi alla Corte del lavoro di Stoccolma. Investita della decisione circa il risarcimento dei danni provocati all’impresa lettone a seguito delle ripetute azioni di autotutela sindacale, la Corte condannò i sindacati svedesi al pagamento di danni ‘punitivi’, non essendo in grado di quantificare con esattezza l’ammontare dei danni economici.¹²

Il Comitato degli esperti OIL che valuta lo stato di applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni si esprime nel 2013, con toni preoccupati, circa il pieno rispetto da parte della Svezia delle Convenzioni 87 e 98, anche a seguito della pronuncia della Corte di Stoccolma. Il Comitato indirizzò un puntuale invito al governo svedese a rivedere la legge entrata in vigore nel 2010 e a farlo in accordo con le parti sociali¹³.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*.

¹¹ Complaint 85/2012, *Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*. La decisione del Comitato è del 3 luglio 2013.

¹² La decisione della Corte del lavoro di Stoccolma è del 2 dicembre 2009. In tema J. MALMBERG, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell’Unione. Il caso svedese*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, p. 372 ss.

¹³ International Labour Conference, 102nd Session, 2013, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Part II, pp. 176-180.

Le implicazioni circa le strategie da adottare, per rafforzare le pressioni nei confronti del governo svedese sono, come si può notare, complesse, tali da porre i sindacati svedesi al centro di una fitta rete di responsabilità, nei confronti dei propri iscritti, da un lato e, dall'altro, della CES, data la rilevanza della controversia nell'UE. La presa di posizione della Conferenza internazionale dell'OIL non poteva non essere colta in tutta la sua portata. Il richiamo più clamoroso nei confronti del governo svedese consisteva nel porre rimedio alla violazione del diritto di libertà sindacale dei lavoratori distaccati in territorio svedese, così da porli nella condizione di scegliere senza costrizione alcuna le organizzazioni sindacali che meglio li potessero rappresentare.

La scelta delle due grandi confederazioni LO e TCO di presentare un ricorso collettivo al Comitato di esperti della CSE nasce dunque dalla considerazione della natura collettiva degli interessi lesi. Le norme della CSE che si ritiene siano state violate si rispecchiano negli standard garantiti dalle Convenzioni OIL. Il sistema circolare di garanzie che si vuole porre in essere serve a definire in modo inequivocabile le responsabilità della Svezia, per gli obblighi assunti nella ratifica di fonti internazionali.

Questo punto emerge con chiarezza nelle osservazioni presentate dalla CES, che si è avvalsa del diritto di intervenire nella procedura del ricorso collettivo avviata da organizzazioni sindacali nazionali¹⁴. Anche su questo passaggio va posto l'accento. La CES, con la sua presa di posizione, conferma che il *pluralismo multilivello* – come prima si è suggerito di definirlo – pone le organizzazioni sindacali nella condizione di tutelare in forma dinamica i diritti collettivi minacciati nel loro pieno esercizio. Nel caso *Laval* l'esercizio di tali diritti è insieme transnazionale e nazionale.

Nel ricorso presentato dalle organizzazioni sindacali svedesi si ritiene la “legge *Laval*” in contrasto con l'art. 6, paragrafi 2 e 4, e con l'art. 19, par. 4, lettere a)-b), della CSE. Il primo articolo riconosce il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di intraprendere azioni collettive, entrambi da intendersi quali precondizioni per la tutela di altri diritti garantiti dalla stessa CSE. Il secondo si rivolge alla tutela dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, e prevede che anche a essi siano riconosciuti diritti fondamentali a esercizio collettivo, nonché condizioni salariali e normative dignitose. I lavoratori distaccati nell'ambito di una libera prestazione di servizi sono assimilati dalle associazioni ricorrenti ai lavoratori migranti, nel periodo della loro permanenza nello Stato ospitante.

L'impianto del ricorso è tale da evidenziare le deficienze della legge svedese, che non rende possibile per i lavoratori distaccati l'accesso a una sede negoziale e la stipulazione di contratti collettivi. Inoltre, non si ispirano al principio di proporzionalità i limiti posti alle organizzazioni sindacali nell'esercizio del diritto di sciopero, quando tali organizzazioni agiscono per regolare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati.

Gli esperti considerano i due sistemi di norme che attengono alle materie controverse – quello dell'UE e quello della Carta – due sistemi distinti, che non con-

¹⁴ Art. 7, par. 2, del Protocollo, richiamato nelle *Observations by the ETUC*, presentate al Segretario del Comitato il 10 maggio 2013.

sentono alcuna presunzione di conformità degli atti e delle regole che dagli stessi sistemi promanano. Si vuole con questa affermazione precisare che il Comitato non intende invadere il campo delle norme vincolanti dell'UE, né tanto meno inserirsi nella valutazione delle modalità di trasposizione delle direttive negli ordinamenti degli Stati membri.

Gli Stati membri del sistema CSE, dal canto loro, si impegnano a riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva, e si attivano per promuoverlo, nei casi in cui tale diritto non riesca spontaneamente a raggiungere le finalità che si propone. In tal modo si pone in primo piano non solo il divieto per gli Stati di interferire nella sfera dell'autonomia collettiva, ma anche l'obbligo per gli stessi di intervenire, per promuovere e garantire l'effettività della tutela nei confronti dei soggetti collettivi che intendono esercitare tale diritto. Inoltre – sostengono gli esperti – nell'equilibrio complessivo di valori, principi e diritti garantiti dalla CSE, il diritto di fare ricorso a un'azione collettiva rappresenta un sostegno essenziale per l'autonomia sindacale ed è dunque una base da cui partire per la tutela di altri diritti.

Queste premesse aprono la strada a un'interpretazione del diritto di sciopero che, depurata dai limiti imposti dalla “legge *Laval*”, consenta ai sindacati svedesi di agire per la tutela dei lavoratori distaccati, in modo da estendere anche nei loro confronti le tutele maggiori rispetto a quelle minime – normative e salariali – previste dal contratto collettivo applicato dall'impresa utilizzatrice. In altre parole, il principio di parità di trattamento applicato ai lavoratori distaccati comporta la piena osservanza del diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e a trattamenti non difforni da quelli applicati ai lavoratori dello Stato ospitante.

La sfida è lanciata nei confronti del legislatore svedese, affinché si orienti verso un'iniziativa consona alla gravità del monito ricevuto. La sfida è divenuta ancora più incalzante a seguito dell'adozione da parte del Consiglio e del Parlamento UE di una direttiva rafforzata sul distacco di lavoratori nella libera prestazione di servizi che, sia pure in misura meno incisiva rispetto alle attese, introduce il principio della responsabilità solidale, anche in riferimento alle retribuzioni, nei casi di “subcontratto a catena”¹⁵.

La tutela della libertà sindacale si rivela dunque un tramite essenziale per garantire il principio di uguaglianza. Alla difficile giustiziabilità dei diritti sociali a esercizio collettivo nell'ambito del diritto UE, ha fatto riscontro una strategia delle organizzazioni sindacali svedesi orientata a valorizzare gli standard internazionali dettati dalle fonti del Consiglio d'Europa. Per il futuro si pone all'attenzione degli interpreti la questione della conformità fra parametri di tutela, in modo da ricondurli a criteri univoci ed evitare possibili sovrapposizioni.

Non vi è dubbio che il riferimento alla Carta sociale europea, contenuto nell'art. 151 TFUE, consente senza forzature di percorrere sentieri paralleli e di riavvicinare sempre più le tutele indirizzate a soggetti portatori di ampi interessi collettivi. Tuttavia, sul piano tecnico, i problemi sono complessi e attengono, da un lato, al

¹⁵ Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno.

sistema di ratifica della CSE e del Protocollo addizionale sui reclami collettivi e, dall'altro, al processo in corso di adesione dell'UE alla CEDU. Non si può non notare che l'art. 6 TUE non cita al co. 2 la CSE, quando prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU¹⁶.

In conclusione di queste brevi osservazioni sul ricorso intentato dalle confederazioni svedesi contro la Svezia si può solo evidenziare che questo caso, per certi versi simbolico, non è senza conseguenze sul piano delle azioni che altri soggetti collettivi potrebbero avviare. In situazioni molto diverse, come si è accennato in precedenza, gruppi organizzati impegnati nella tutela dei diritti collettivi in Paesi dell'UE interessati dalle misure di austerità hanno seguito la strada del ricorso all'OIL o alla CSE. Di questo si dirà nel paragrafo che segue, con particolare riferimento al caso greco.

4. Una recente indagine, svolta su sollecitazione della CES e di alcuni sindacati austriaci dal *Bremen Centre of European Law and Politics* (ZERP)¹⁷, ha messo a nudo la preoccupante situazione venutasi a creare in alcuni Paesi europei, nel dare attuazione alle misure di austerità concordate nei *Memoranda of understanding*. In particolare l'indagine si è concentrata sulla diffusa violazione dei diritti fondamentali e sulle azioni avviate da sindacati e da gruppi organizzati per tentare di contrastare le scelte dei governi nazionali. Si vuole dimostrare che lo stato di emergenza venutosi a creare a seguito dell'adozione di misure di austerità non può in alcun modo giustificare la sospensione dello stato di diritto e alterare le regole su cui poggiano gli Stati democratici.

È importante, a tal fine, individuare precise responsabilità in capo alle istituzioni e alle autorità pubbliche che non hanno garantito il rispetto dei diritti fondamentali. Una tale responsabilità è difficilmente imputabile alla Troika; la BCE e la Commissione sono, invece, istituzioni dell'UE, responsabili, secondo l'art. 6 TUE, nei confronti degli Stati membri e dei cittadini¹⁸. Per questo motivo, si suggerisce di avviare in tutte le sedi un'interpretazione sistematica delle più rilevanti fonti di diritto internazionale, al fine di espandere le tutele e allargare l'orizzonte dei rimedi applicabili.

Come si vede, l'incitazione a intraprendere strategie giudiziarie si basa su un'analisi circostanziata delle fonti e delle aporie che le misure di austerità hanno evidenziato nell'UE. Fra i molti casi nazionali presi in considerazione, il caso greco riveste un particolare interesse e si collega a quanto detto circa le possibili sinergie, da valorizzare e perfezionare, fra CSE e fonti dell'UE. Il Comitato degli esperti, a seguito di due reclami collettivi inoltrati da sindacati greci, ha ritenuto in violazione dell'art. 4, par. 4 ("diritto di tutti i lavoratori a un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro"), una legge del 2010 che aveva esteso il periodo di prova da due mesi a un anno e aveva previsto che in tale periodo i licenziamenti potessero essere intimati senza preavviso e senza il pagamento di alcuna indennità.

¹⁶ Su cui ampiamente U. KHALIQ, *op. cit.*, p. 174 ss.

¹⁷ L'estensore del parere, basato sull'indagine condotta, è A. FISHER LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU Institutions and the Conclusion of Memoranda of Understanding*, Bremen, 17 febbraio 2014.

¹⁸ *Ivi*, pp. 5-7.

Anche l'art. 3 del Protocollo del 1998 è stato violato, poiché le misure adottate dal governo greco entrano in contrasto con il diritto alla definizione e al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro. Si noti che l'ampliamento dei diritti tutelati, avutosi con l'adozione del Protocollo, è un segnale di rinnovamento della CSE, che dimostra l'apertura di questa fonte al confronto con altri sistemi di norme.

Nel decidere questo caso, il Comitato si attarda nel segnalare la sua propensione a interpretare i temi della flessibilità nei rapporti di lavoro, per favorire le politiche occupazionali, quasi a voler evidenziare l'assenza di pregiudizi e dunque la propensione a valutare soltanto le situazioni incompatibili con i diritti garantiti dalla Carta. Tuttavia, anche nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, deve essere combattuto l'arbitrio nelle decisioni dei datori di lavoro che si spingono fino a limitare l'esercizio dei diritti fondamentali.

Inoltre, una delle molte misure adottate nel regime di austerità voluto dalla Troika risulta in contrasto con l'art. 4, par. 1 ("diritto a un'equa retribuzione"), poiché riduce per i lavoratori fino a 25 anni di età il trattamento salariale minimo previsto dai contratti collettivi, portandolo al di sotto della soglia di povertà. Tale misura è anche discriminatoria per ragioni di età. Questo si desume dall'ampia portata dell'art. 1, par. 2, CSE che vieta ogni forma di discriminazione. I sindacati ricorrenti insistono su questo punto, con ampi riferimenti a precedenti decisioni del Comitato e con richiami alla giurisprudenza della CGUE¹⁹. Gli esperti adottano un linguaggio meticoloso nella ricostruzione dei fatti e si spingono fino a segnalare la non osservanza da parte del governo greco delle posizioni assunte dall'autorità nazionale per la tutela dei diritti umani che, riguardo alle scelte conseguenti alla firma dei *Memoranda of understanding*, aveva segnalato il rischio di un "declino delle libertà civili e dei diritti sociali". Questo riferimento segnala che le misure di emergenza sono state adottate senza tener conto del campanello di allarme suonato da un'autorità nazionale²⁰.

Dall'esame, che non vuol essere esaustivo, dei due ricorsi citati si può notare che l'attenzione dei sindacati ricorrenti nel fornire elementi di giudizio agli esperti è pari alla cura che questi ultimi pongono nel tenerne conto. I sindacati si fanno portatori di strategie raffinate per affermare i diritti fondamentali, anche perché sullo sfondo delle loro richieste si collocano i risultati dettagliati dell'indagine svolta dall'OIL, che nel 2011 aveva inviato in Grecia una "Missione di alto livello"²¹.

Sulla scorta di questa autorevole fonte si muove il ragionamento del Comitato degli esperti che si è espresso su un altro ricorso collettivo, questa volta presentato dal sindacato dei pensionati. Il Comitato valuta l'effetto cumulativo delle misure di

¹⁹ I ricorsi collettivi 65 e 66/2011 – ECSR, *General federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece* – sono stati decisi nel merito il 23 maggio 2012. In tema M. YANNAKOUROU, *Challenging Austerity Measures Affecting Work Rights at Domestic and International Level. The Case of Greece*, in C. KILPATRICK, B. DE WITTE (eds.), *op. cit.*, p. 25 ss.

²⁰ M. YANNAKOUROU, C. TSIMPOUKIS, *Flexibility without Security and Deconstruction of Collective Bargaining. The New Paradigm of Labour Law in Greece*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2014, p. 339 ss.

²¹ ILO, *Report on the High-Level Mission to Greece*, Athens 19-23 settembre 2011.

austerità e lo adotta come criterio per decidere sulla violazione del diritto ai trattamenti di sicurezza sociale. L'accento è posto sull'utilità di un'indagine empirica *ex ante*, che misuri un tale effetto cumulativo nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili. Il governo greco non ha assunto questo orientamento, né ha ritenuto di discutere le misure che si apprestava a adottare con le organizzazioni che rappresentano gli interessi dei più deboli²².

Il caso greco conferma, come si è già anticipato, che l'attivismo delle organizzazioni sindacali e di altri gruppi portatori di interessi collettivi si è dimostrato tale da produrre risultati importanti, sia sul piano ricognitivo delle fonti internazionali violate, sia sul piano della pressione internazionale che il governo greco ha dovuto fronteggiare, per rispondere all'invito di rivedere il piano delle misure di austerità. Tutto ciò è accaduto in netto contrasto con l'atteggiamento compiacente delle corti nazionali, che hanno mostrato accondiscendenza nei confronti delle misure adottate.

Il pluralismo sindacale multilivello sembra mostrare in tal modo un doppio volto. Da un lato le organizzazioni sindacali incalzano con una dettagliata strategia giudiziaria le organizzazioni internazionali, anche quelle che, come il Comitato degli esperti della CSE, adottano decisioni non vincolanti, se non per l'autorevolezza della sede da cui provengono. Dall'altro, poiché tali ricorsi non prevedono che siano prima esperite le vie nazionali di ricorso, esse sollecitano le istituzioni nazionali, ponendole di fronte alla loro responsabilità per la rottura di equilibri interni, a causa della violazione di diritti fondamentali. Il doppio volto ha in realtà una stessa fisionomia, quella che è in grado di esprimere un potere di rappresentanza di interessi collettivi.

Questa non è la composizione di un conflitto in termini tradizionali. Le strategie giudiziarie e la scelta di interlocutori istituzionali verso cui orientare la richiesta di giustizia sociale dimostrano una capacità reattiva e insieme propositiva dei gruppi organizzati. La mia proposta di definire *pluralismo multilivello* quello che guida i sindacati nelle lotte per il rispetto dei diritti fondamentali intende ridimensionare le critiche di quanti ritengono esaurito o fortemente ridotto il ruolo delle organizzazioni sindacali nella crisi. La crisi rivela l'opportunità di fare ricorso a fonti europee e internazionali in modo creativo, così da rafforzare le organizzazioni di interessi collettivi e migliorare potenzialità inesprese nella loro funzione di rappresentanza. L'esito dei ricorsi avviati dai sindacati nazionali comporta un'urgente ridefinizione delle misure di austerità adottate nell'UE.

²² ECSR, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA- ETAM) v. Greece*, Complaint n. 76/2012, decisione nel merito del 7 dicembre 2012.

Abstract

Multilevel Trade Union Pluralism in Times of Crisis. The Horizons of the European Social Charter

This paper suggests that a multilevel union pluralism is emerging in the aftermath of the economic and financial crisis. National unions have filed several collective complaints to the Committee of Experts of the European Social Charter, challenging domestic legislation in violation of fundamental social rights. Such choices of litigation open new spaces for the representation of collective interests and imply a reconsideration of austerity measures within the EU.

Luciano Garofalo*

ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il contesto complessivo di riferimento. – 3. La direttiva 2008/52/CE e il “modello” europeo di media-conciliazione. – 4. Alcune criticità: il raccordo tra la disciplina in esame e gli atti dell’Unione relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile. – 5. *Segue*: il confronto tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione.

1. È constatazione di comune esperienza il rilevare che, quando in Italia si affrontano dibattiti su questioni implicanti sostanziosi conflitti di interessi tra *lobbies* contrapposte, si utilizza l’Unione europea – e i vincoli posti dalla relativa normativa – per legittimare tutte le posizioni anche se, spesso, tra loro inconciliabili. A questa regola non è sfuggito nemmeno il lungo ed appassionato dibattito¹ che ha accompagnato in Italia l’*iter* legislativo diretto ad introdurre procedimenti obbligatori di media-conciliazione per gran parte delle controversie civili e, cioè, quell’*iter* che è iniziato con il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28², è passato attraverso la nota declaratoria di incostituzionalità³ ed è sfociato nella recente riformulazione legi-

* Ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ In argomento, di recente, G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in *Rassegna forense*, 2011, p. 591 ss.; C. CORBI, *L’evoluzione normativa, giurisprudenziale e negoziale della mediazione civile e commerciale*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2012, p. 691 ss.

² Tutti i documenti ufficiali relativi agli atti normativi in esame contengano richiami al diritto dell’Unione. Lo stesso d.lgs. 28/2010 richiama espressamente, nelle premesse, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. In argomento, di recente, G. IMPAGNATELLO, *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 217 ss.

³ Corte costituzionale, sentenza del 6 dicembre 2012 n. 272, www.cortecostituzionale.it. Per un commento alla sentenza, v. I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 262 ss. Sulla problematica relativa all’introduzione della media-conciliazione obbligatoria in Italia in generale v., sempre di recente, M. A. LUPOI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *Il Foro padano*, 2012, p.

slativa della relativa disciplina⁴; dibattito che, infatti, è stato costellato da continui riferimenti – da parte di tutti i “contendenti” – alle esigenze che deriverebbero dal diritto dell’Unione europea in questa materia.

Non è nostra intenzione intrattenerci su tale dibattito, tutto nazionale, ma vogliamo, invece, soffermarci sul ruolo svolto dall’Unione europea e dal suo diritto in questa materia per verificare la consistenza della “premessa maggiore” utilizzata dai vari contendenti per sostenere le rispettive posizioni; Unione europea che, è bene subito sottolinearlo, oltre ad aver fornito rilevanti linee-guida agli Stati membri, ha adottato importanti atti normativi e, più di recente, ha ridefinito la base giuridica dei suoi interventi individuando, in generale, nello “(...) sviluppo dei metodi alternativi per la risoluzione delle controversie civili” uno degli ambiti della cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81, par. 2, lett. g, TFUE)⁵.

In questo quadro riteniamo sia utile contribuire a fare chiarezza verificando lo stato del diritto dell’Unione europea in materia di media-conciliazione per le controversie civili. Il tutto con l’obiettivo di comprendere quali siano i vincoli che l’Unione realmente pone al legislatore nazionale per effetto del principio del primato del suo diritto su quelli nazionali – e principi correlati – nonché per effetto dei principi costituzionali interni consacrati, in Italia, negli articoli 11 e 117, co. 1, Cost. Come è noto, infatti, e come abbiamo avuto modo altrove di segnalare⁶, operiamo in un contesto normativo nel quale il primato del diritto dell’Unione europea – conseguente agli impegni internazionali liberamente assunti dallo Stato italiano con i Trattati istitutivi – viene garantito indipendentemente dall’inserimento di quest’ultimo (*rectius*, delle pertinenti fonti) tra le fonti interne di produzione giuridica – e relativa gerarchia – e, cioè, viene garantito attraverso un diverso processo che si incentra sulla delimitazione dei poteri sovrani dello Stato italiano.

Bisogna, altresì, considerare come, nel vigente sistema costituzionale italiano “rimodellato” nel 2001, il diritto dell’Unione europea venga utilizzato quale elemento di unificazione dell’ordinamento nazionale individuandosi in quel diritto un limite generale ai poteri sovrani dei vari organi statali. In sostanza, agiamo ormai in un contesto normativo nel quale tutti i poteri sovrani dello Stato – e, in particolare, quello legislativo – vengono limitati per consentire all’ordinamento dell’Unione di operare liberamente nell’ambito della *jurisdiction* nazionale.

In questo studio cercheremo di effettuare una ricostruzione sistematica del diritto dell’Unione europea in materia di media-conciliazione al fine di consentire un corretto confronto tra il modello europeo e quello italiano; quest’ultimo (nuovamente) caratterizzato, come è noto, dall’obbligatorietà del ricorso a tali procedure per gran parte delle controversie civili. La ricostruzione del quadro normativo

139 ss.; P. SANDULLI, *Processo civile: funzionalità e riforme*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 1300 ss.

⁴ D.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013 n. 98.

⁵ Disposizione introdotta dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

⁶ L. GAROFALO, *Ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano: “prove tecniche” d’integrazione*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 245 ss.; ID., *Costituzione italiana, ruolo delle Regioni e dinamica attuale dei rapporti tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento nazionale. Un approccio “multilivello”*, in L. GAROFALO (a cura di), *I poteri esteri delle Regioni*, Napoli, 2013, p. 11 ss.

comunitario ci consentirà anche di tener conto di ulteriori atti dell'Unione europea relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile nonché di evidenziare alcune criticità nel raccordo tra le varie discipline.

2. Dopo anni di assoluto disinteresse per questa materia, determinato dal prevalere di altri obiettivi⁷, è con gli anni '90 del secolo scorso che il dibattito sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) inizia a prendere corpo presso le istituzioni europee; il tutto con riferimento a particolari tipi di controversie per le quali emergeva la necessità di garantire la parte “debole” del rapporto contrattuale (contratti di consumo) o era necessario assicurare peculiari competenze tecniche nella “gestione” delle controversie (contratti dell'*e-commerce*)⁸.

E, infatti, sono proprio le materie ora indicate che ci forniscono le prime indicazioni concrete sulle linee di politica legislativa delle istituzioni europee; linee di politica legislativa che indubbiamente possono essere definite di *favor* per le procedure di ADR. Basta ricordare il Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia del 1993⁹ e la lunga serie di atti normativi che, partendo dalla direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri¹⁰, arriva sino ai giorni nostri con la direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013¹¹.

Senza dilungarci in una disamina analitica di tutti gli atti normativi rilevanti, dobbiamo subito dire come molti di essi prevedano – o, perlomeno, non escludano – il ricorso obbligatorio alle procedure di media-conciliazione come condizione per l'avvio di eventuali azioni giudiziarie. Peraltro, ai fini di una corretta individuazione delle linee di politica legislativa dell'Unione europea, è da sottolineare come tale indicazione normativa risulti essere correlata alle specificità delle controversie oggetto della suddetta disciplina. In sostanza, dagli atti qui considerati emerge una *voluntas legislatoris* favorevole – o, perlomeno, non ostativa – all'introduzione di procedure obbligatorie di media-conciliazione ma con riferimento specifico alle controversie ivi disciplinate; il tutto all'evidente fine di soddisfare le esigenze tipiche delle medesime controversie e dei rapporti giuridici ad esse sottostanti.

L'affermazione che precede è avvalorata, oltre che da dati testuali risultanti dagli atti ricordati, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia soprattutto quando è stata chiamata ad interpretare – ai sensi dell'art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE) – la nor-

⁷ S. POILLOT PERUZZETTO, *Les MARC dans l'ordre communautaire*, 29 dicembre 2006, reperibile online, p. 2 ss.

⁸ G. ROSSILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 349 ss. e, spec., p. 350 ss.

⁹ Libro verde della Commissione, del 16 novembre 1993, sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato Unico, COM(93)576 def.

¹⁰ Direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri.

¹¹ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE. Sull'*iter* preparatorio, v. L. DELOGU, *Nuovi interventi dell'Unione europea su consumatori, risoluzione alternativa delle controversie e mediazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 1625 ss., e G. GIOIA, *Il nuovo “pacchetto” della Commissione europea sull'ADR*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, p. 697 ss.

mativa comunitaria indicata nell'ordinanza di rinvio al fine di consentire una valutazione di compatibilità tra la suddetta normativa comunitaria e la disciplina interna italiana introdotta *ex art.* 84, d.lgs. 1° agosto 2003 n. 259, attuativo della direttiva n. 2002/22/CE¹²; disciplina che prevede l'obbligo, per le parti, di esperire una procedura di conciliazione stragiudiziale come condizione di procedibilità per i ricorsi giurisdizionali relativi alle controversie ivi disciplinate. Nella relativa sentenza¹³, infatti, la Corte dell'Unione ebbe a delineare il contesto normativo complessivo nel quale si inseriva la disciplina in esame al fine di rispondere al quesito formulato dal giudice remittente. La Corte ebbe così la possibilità di precisare, tra l'altro e richiamando la propria precedente giurisprudenza, che il principio della "tutela giurisdizionale effettiva" è un principio generale di diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, dagli articoli 6 e 13 CEDU e, nei limiti della sua rilevanza, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che il subordinare la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali all'esperimento obbligatorio di un tentativo di conciliazione stragiudiziale incide su tale principio introducendo una tappa supplementare per l'accesso al giudice; tappa supplementare che sarebbe incompatibile con il suddetto principio se rendesse "praticamente impossibile" – o anche solo "eccessivamente difficile" – l'esercizio effettivo del relativo diritto. La Corte, peraltro, rilevando, con riferimento specifico alle controversie oggetto della disciplina esaminata, l'utilità del ricorso a simili procedure conciliative, affermò che l'obbligatorietà del ricorso alle stesse procedure poteva essere considerata compatibile con i suddetti principi generali perché il risultato della procedura non è vincolante per le parti e non vanifica il diritto ad un ricorso giurisdizionale, perché la procedura deve esaurirsi in trenta giorni e, quindi, non ritarda sensibilmente l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia, perché la prescrizione dei diritti è sospesa durante la procedura e perché la procedura è gratuita¹⁴.

Quindi, la Corte di giustizia, "mediando" tra principi fondamentali e discipline concrete, ritenne compatibile con i suddetti principi fondamentali la previsione di un ricorso obbligatorio a procedure stragiudiziali di conciliazione – quale condizione di ammissibilità e/o procedibilità di ricorsi giurisdizionali – solo per controversie specifiche che facessero emergere esigenze peculiari e fermi restando gli altri requisiti prima indicati.

I "paletti" posti dalla Corte di giustizia nella sentenza qui ricordata riecheggiano il dibattito sviluppatosi all'interno delle istituzioni europee soprattutto da quando, per effetto della "comunitarizzazione" della cooperazione giudiziaria in materia civile statuita dal Trattato di Amsterdam del 1997, si è impresso un forte impulso al processo diretto a creare uno spazio giudiziario europeo con conseguente armonizzazione – tra l'altro – delle regole sulla giurisdizione e conseguente garanzia

¹² Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (c.d. direttiva "servizio universale").

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, cause riunite C-317 a 320/08, *Allassini*.

¹⁴ Sul rilievo dei costi del processo ai fini dell'effettività del diritto di accesso alla giustizia nella giurisprudenza comunitaria e internazionale, v. P. FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryynski*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 675 ss.

di “libera circolazione” dei provvedimenti giurisdizionali civili emessi dai giudici degli Stati membri; processo che, come è noto, ha visto il realizzarsi di un’ulteriore tappa di fondamentale importanza con la recente adozione del regolamento (UE) n. 1215/2012¹⁵.

La dottrina ha, infatti, chiarito la diretta funzionalità alla creazione dello spazio giudiziario europeo dell’affermazione, quale principio fondamentale del diritto dell’Unione, a sua volta corollario di altri principi fondamentali, del diritto di ogni cittadino europeo ad una tutela giurisdizionale effettiva con le relative conseguenze sul piano sistematico individuate dalla Corte di giustizia. Dottrina che ha, anche, rilevato come, proprio per effetto di tale ultimo processo, le istituzioni dell’Unione abbiano ripensato il loro evidente *favor* nei confronti delle ADR escludendo, ad esempio, l’arbitrato – che costituisce una forma di risoluzione delle controversie “strutturalmente” alternativa a quella giurisdizionale – e focalizzando tale *favor* su quelle procedure che sono dirette a far trovare alle parti una soluzione stragiudiziale delle stesse controversie mediante l’intervento di un terzo imparziale¹⁶. Il tutto, aggiungiamo noi, in una prospettiva chiaramente volontaristica che emerge con chiarezza anche da molte disposizioni di diritto positivo¹⁷.

Per confermare la correttezza di tale ricostruzione devono essere ricordate le posizioni assunte dal Parlamento europeo che, come segnala anche la nostra Corte costituzionale nella già ricordata sentenza 6 dicembre 2012 n. 272, ha assunto una posizione contraria all’imposizione generalizzata di sistemi obbligatori di ADR con due risoluzioni del 2011. Si tratta delle risoluzioni del 13 settembre¹⁸ e del 25 ottobre 2011¹⁹ la cui importanza, ai fini della nostra ricostruzione ermeneutica, deve essere sottolineata. Con la prima, infatti, il Parlamento europeo, valutando le modalità di attuazione, da parte degli Stati membri, della direttiva 2008/52 nonché l’impatto delle relative disposizioni sulle prassi giudiziarie nazionali, segnalò, al punto 10, proprio con riferimento all’Italia ed al d.lgs. 28/2010²⁰, come la mediazione avrebbe dovuto essere promossa quale forma di giustizia alternativa, praticabile a basso costo, e non quale elemento obbligatorio della procedura; concetto questo rimarcato nel successivo punto 12 e che spinge il Parlamento europeo a segnalare, invece, come *best practice* quella della “conciliazione paritetica” istituita in Italia mediante

¹⁵ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Per una disamina dei contenuti del nuovo regolamento v., nella dottrina straniera, J. P. BERAUDO, *Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du droit international*, 2013, p. 741 ss., e F. CADET, *Le nouveau règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté*, *ivi*, 2013, p. 765 ss.

¹⁶ Per ambedue i rilievi indicati nel testo, v. G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 354 ss.

¹⁷ Vedi meglio *infra*, par. 3.

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 settembre 2011, sull’attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali, P7_TA(2011)0361.

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 ottobre 2011, sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare, P7_TA(2011)0449.

²⁰ Nella sua formulazione originaria antecedente alla sentenza della Corte costituzionale ed alle successive novelle legislative indicate in apertura.

protocolli stipulati da aziende ed associazioni dei consumatori (punto 11). Ancor più chiara la posizione del Parlamento nella successiva risoluzione del 25 ottobre del medesimo anno ove esso dichiara, al punto 10, di opporsi “(...) a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di ADR a livello UE”. In ambedue le risoluzioni tale posizione è giustificata proprio con riferimento all’esigenza di garantire il diritto fondamentale di libero accesso alla giustizia nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Dall’analisi dei testi emergono, inoltre, indicazioni di merito molto simili a quelle enunciate dalla Corte di giustizia nella ricordata sentenza *Alassini* e, ciò, sia con riferimento alle modalità di esplicazione delle procedure di media-conciliazione, sia con riferimento al “tipo” di controversie in cui tali procedure sono legittimamente istituibili anche in forma obbligatoria.

3. La disamina che precede deve essere utilizzata – da chi non dimentichi le esigenze dell’interpretazione sistematica e, quindi, la necessità di ricostruire il contesto complessivo nel quale si inserisce il singolo atto normativo oggetto dell’attività ermeneutica – nell’esame della direttiva 2008/52 e nella corretta individuazione dei vincoli che essa pone al legislatore nazionale. Difficilmente, infatti, possono essere ritenute irrilevanti, ai suddetti fini ermeneutici, le posizioni assunte da istituzioni, come il Parlamento europeo e la Corte di giustizia, che svolgono un ruolo primario nel processo di formazione e di interpretazione del diritto dell’Unione.

Sulla base di tali premesse, dobbiamo subito sottolineare come la direttiva 2008/52²¹, proprio per effetto dei dissensi manifestatisi anche all’interno delle istituzioni dell’Unione, utilizzi la metodica dell’armonizzazione “minima” e delinea, all’art. 1, par. 2, il suo campo d’applicazione con esclusivo riferimento alle controversie transfrontaliere²² così come definite nel successivo art. 2. Si fa, peraltro, salvo, nei ‘considerando’ iniziali (8°), il diritto degli Stati membri di applicare le medesime disposizioni anche ai procedimenti di mediazione relativi a controversie “interne”.

La direttiva si applica all’intera materia civile e commerciale salvo le controversie che coinvolgano diritti indisponibili e quelle relative alle specifiche materie indicate nello stesso art. 1, par. 2. Si escludono, anche, dal campo d’applicazione della direttiva tutte quelle procedure collaterali all’esercizio della giurisdizione – indicate negli 11° e 12° ‘considerando’ – che possono, per la loro valenza formale o sostanziale, influire sulla decisione della controversia in sede giudiziale o, addirittura, condizionarne l’esito.

²¹ È bene ricordare come la direttiva in esame sia stata adottata prima che il Trattato di Lisbona introducesse la specifica competenza di cui all’art. 81, par. 2, lett. g), TFUE. E, infatti, la relativa base giuridica viene individuata dalle istituzioni europee negli articoli 61, lett. c), e 67, par. 5, secondo trattato, TCE.

²² Controversie che presentano esigenze peculiari. Vedi G. ROSSOLILLO, *op. cit.*, p. 354 ss. In generale, con riferimento alla direttiva esaminata, vedi, di recente, M. BARIZZA, *La direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Studium Iuris*, 2012, p. 263 ss.; L. P. CAMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 288 ss.; L. MURA, *L’applicazione della disciplina della mediazione alla risoluzione delle controversie connotate da estraneità*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p. 767 ss.

Tale ultima osservazione consente di individuare una prima e reale *voluntas* del legislatore europeo e, cioè, quella di non consentire alcuna interferenza tra le procedure di conciliazione disciplinate dalla direttiva e i normali meccanismi di tutela giurisdizionale dei diritti. Tutto ciò a garanzia del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e, in generale, al principio del “giusto processo” come affermatosi nel diritto dell’Unione²³.

Non a caso, del resto, nei ‘considerando’ iniziali della direttiva in esame, si sottolinea, *in primis*, la natura fondamentale del diritto di accesso alla giustizia (2°) e, successivamente, la volontarietà della procedura (10° e 13°) e l’autonomia delle parti nella gestione della procedura stessa e dei relativi esiti (17° e 19°). Non a caso, ancora, nell’articolato, da un lato, si esclude, salvo alcune eccezioni e salvo diversa volontà delle parti, che le informazioni acquisite dal mediatore nel corso della procedura possano essere utilizzate in giudizio (art. 7) e, dall’altro lato, si condiziona l’attribuzione di efficacia esecutiva all’accordo – eventualmente raggiunto tra le parti a seguito della procedura – alla concorde volontà delle parti stesse fermo restando il controllo di legalità ad opera dell’autorità giurisdizionale – o degli altri organi competenti – dello Stato a cui tale richiesta viene inoltrata (art. 6).

Il quadro è, quindi, molto chiaro e definisce compiutamente gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo. Egli esprime un *favor* generale verso le ADR, con riferimento alle controversie transfrontaliere, purché tali procedure non interferiscano con la tutela giurisdizionale dei diritti e si esplichino nel pieno rispetto del principio volontaristico e, cioè, riconoscendo alle parti totale autonomia nella decisione del se ricorrere a tali procedure, nella decisione di come organizzarle, nella decisione del se raggiungere un accordo e nella decisione del se far attribuire efficacia esecutiva all’accordo eventualmente raggiunto. Come ha chiarito la dottrina²⁴, si tratta di un modello di ADR non obbligatorie nelle quali, in modo flessibile e senza formalità, il mediatore si limita ad assistere le parti nella ricerca di un accordo.

Altro non è possibile evincere dalle disposizioni della direttiva in esame una volta interpretate sistematicamente nel contesto complessivo dell’ordinamento dell’Unione. E altro non è possibile evincere nemmeno dall’art. 5, par. 2, della medesima direttiva quando prevede che restano impregiudicate quelle legislazioni nazionali che rendono obbligatorio il ricorso a procedure del genere sia prima che dopo l’avvio di azioni giudiziarie. Disposizione che, da un lato, non ha carattere né precettivo né autorizzatorio ma meramente dichiarativo degli ambiti di competenza propri degli Stati membri – avendo la direttiva come oggetto le controversie transfrontaliere e non quelle interne²⁵ – e che, dall’altro lato, precisa, comunque, che tale

²³ Principio questo che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Vedi, con riferimento alle “interferenze” tra procedimento arbitrale e procedimento civile, la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz e Assicurazioni Generali*. In argomento e sulla sentenza indicata, vedi F. SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 1146 ss. e, spec., p. 1150 ss.

²⁴ G. ROSSOLILLO, *op. cit.* p. 358 ss.

²⁵ Vedi, in tal senso, L. MURA, *op. cit.*, p. 779 ss. È da ricordare, a tal proposito, come si verta in materie di competenza concorrente ove vigono le regole di cui all’art. 2, par. 2, TFUE. Ne consegue che, in questa materia, gli Stati membri mantengono la loro competenza legislativa e possono esercitarla quando l’Unione non la eserciti o quando l’Unione abbia cessato di esercitarla; Unione la quale

facoltà è limitata all'ipotesi in cui il ricorso obbligatorio alle suddette procedure non pregiudichi per le parti il diritto di accesso alla giustizia.

Quindi, è la stessa lettera della disposizione in esame che individua, come limite alle facoltà riconosciute agli Stati in materia, il rispetto di quei principi – immanenti alle medesime disposizioni e, comunque, propri dell'ordinamento dell'Unione – su cui ci siamo già soffermati richiamando le posizioni espresse dalla Corte di giustizia e dal Parlamento europeo.

Proprio la formulazione letterale del citato art. 5, par. 2 – inquadrato correttamente nel sistema normativo cui appartiene – chiarisce quale è stato il punto di mediazione raggiunto dal legislatore europeo di fronte alle profonde diversità delle legislazioni nazionali²⁶ e alle diverse posizioni espresse dalle stesse istituzioni dell'Unione. Un ricorso generalizzato alle procedure di media-conciliazione è favorito per le controversie transfrontaliere – che presentano problemi peculiari di accesso alla giustizia – e, comunque, nel rispetto del principio volontaristico. Gli Stati possono prevedere l'obbligatorietà del ricorso alle medesime procedure ma nel rispetto dei principi fondamentali del diritto dell'Unione e, quindi, nel rispetto dei “paletti” individuati nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nelle posizioni del Parlamento europeo²⁷.

Non vi è, quindi, nessuna indicazione tassativa del legislatore europeo nel senso dell'introduzione generalizzata di procedure di media-conciliazione obbligatoria; anzi sembra prevalere, nel diritto dell'Unione europea, un'indicazione in senso opposto.

La prima di tali ultime osservazioni è suffragata anche dalla nostra Corte costituzionale quando, nella già citata sentenza 6 dicembre 2012 n. 272²⁸, segue gli stessi indirizzi ermeneutici qui utilizzati e perviene alle medesime conclusioni. La posizione espressa dalla Corte delle leggi è, infatti, chiara con riferimento all'impossibilità di individuare nel diritto dell'Unione europea un fondamento per il “modello” italiano di media-conciliazione obbligatoria e generalizzata; meno chiara per quanto riguarda il diverso profilo della stessa compatibilità con il diritto dell'Unione di quel modello.

4. Le considerazioni effettuate nel paragrafo precedente ci inducono a precisare il nostro pensiero e ad evidenziare almeno alcune delle criticità emergenti dalla disciplina in esame. E ciò sia con riferimento al raccordo tra tale disciplina e alcuni atti dell'Unione relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile, sia con riferimento alla stessa “legittimità comunitaria” del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria.

deve, comunque, esercitare le proprie competenze nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5, par. 3, TUE). È chiaro, quindi, che, riguardando la direttiva in esame solo le controversie transfrontaliere, gli effetti ermeneutici sono quelli indicati nel testo.

²⁶ Ricostruisce, al 2007, il quadro delle legislazioni europee in materia J. M. FLOCH, *Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la médiation en Europe*, www.assemblee-nationale.fr. Per dati più recenti, anche se limitati ad alcune legislazioni, vedi S. CACACE, *La riforma francese su mediazione e conciliazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, p. 720 ss.; F. PASTORELLI, *Prime osservazioni sulla legge spagnola in tema di mediazione nelle controversie civili e commerciali (Real decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo)*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 741 ss.

²⁷ Vedi *supra*, par. 2.

²⁸ Paragrafi 12.1 e 12.2 della motivazione.

Riguardo al primo profilo dobbiamo subito segnalare come non si tratti di un problema di compatibilità ma di un problema di coordinamento delle varie discipline che riguarda anche quella dell'Unione in materia di media-conciliazione. Infatti, nonostante le sollecitazioni della dottrina²⁹, le istituzioni europee non hanno prestato la dovuta attenzione al necessario coordinamento tra la disciplina della media-conciliazione e quella, ad esempio, relativa alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; disattenzione che risulta oggi particolarmente "colpevole" se si considera, da un lato, il forte interesse per le ADR dimostrato dalle istituzioni europee, pur nei limiti segnalati, e, dall'altro lato, l'occasione fornita dal processo di riforma culminato nell'adozione del regolamento 1215/2012.

Era quella, infatti, l'occasione per coordinare alcuni aspetti delle varie normative quale – a mero titolo d'esempio – quello del rapporto tra procedure di media-conciliazione obbligatorie e meccanismi di proroga della giurisdizione ora disciplinati, per le controversie civili ivi considerate, dalla sezione 7 del capo II del regolamento 1215/2012³⁰. In particolare, sarebbe stato utile chiarire se a un accordo tra le parti relativo all'espletamento di una procedura di media-conciliazione in un certo Stato membro – ivi prevista come obbligatoria e, quindi, come fase del processo³¹ – possa essere attribuita la funzione di cui all'art. 25 del regolamento. Come sarebbe stato utile chiarire se l'aver partecipato ad una procedura di media-conciliazione in uno Stato membro, che la disciplini nel modo anzidetto, implichi o meno, per la parte convenuta in un successivo processo nel medesimo Stato, l'accettazione della giurisdizione di quello Stato con conseguente preclusione rispetto al diritto di eccepire la carenza di giurisdizione nei modi e nei termini indicati nella suddetta disciplina regolamentare. Come sarebbe stato, ancora, utile chiarire se gli accordi, conclusi a seguito di una procedura di media-conciliazione e resi esecutivi in uno Stato membro ai sensi dell'art. 6 direttiva 2008/52, "circolino" in ambito UE quali decisioni (capo III regolamento 1215/2012) o quali transazioni giudiziarie (capo IV regolamento 1215/2012). E ciò soprattutto quando, come in Italia (art. 12, co. 1, ultimo inciso, d.lgs. 28/2010), l'organo competente alla dichiarazione d'esecutività di tali accordi è l'Autorità giudiziaria e l'omologazione, presupposto per l'esecutività, avviene con un provvedimento di natura giurisdizionale che autonomamente può rientrare nel regime di cui al capo III regolamento 1215/2012 data l'ampiezza della definizione del termine "decisione" contenuta nell'art. 2 del medesimo regolamento.

Del resto, nemmeno nei "considerando" iniziali del suddetto regolamento si fa alcun cenno alle ADR se si esclude l'arbitrato (12° "considerando") che, ormai, come prima segnalato, nel sistema comunitario, non è più oggetto di considerazione

²⁹ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2010, IV ed., p. 99 ss.

³⁰ Sulla disciplina della proroga di giurisdizione nel regolamento 1215/2012, v. F. POCAR, *Brevi riflessioni in tema di revisione del regolamento Bruxelles I e clausole di scelta del foro*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 327 ss., e S. M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, ivi, 2013, p. 651 ss. Per ulteriori indicazioni anche bibliografiche, v. A. LEANDRO, *Prime osservazioni sul Regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I bis")*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss., e spec. p. 594 ss.

³¹ Vedi meglio *infra*, par. 5.

nell'ambito di tale categoria. Arbitrato che, comunque, è escluso dall'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento 1215/2012 (art. 1, par. 2, lett. d)³².

In ogni caso, non vogliamo insistere su valutazioni di carattere generale – che, del resto, sarebbero scientificamente scarsamente attendibili per la novità di molte delle discipline qui in esame e la conseguente assenza di un quadro interpretativo ed applicativo consolidato – ma vogliamo fornire alcuni elementi di riflessione che riguardano specificamente il raccordo tra la disciplina della media-conciliazione e quella dell'Unione relativa alla cooperazione giudiziaria in materia civile; elementi di riflessione che, come quelli già prima fugacemente enucleati, saranno formulati in termini problematici ed il cui approfondimento affidiamo a successivi studi in argomento.

In quest'ottica, bisogna subito segnalare, in chiave generale, come il modello italiano di media-conciliazione, su cui ci soffermeremo meglio nelle pagine che seguono, concepito dal nostro legislatore come obbligatorio e “interno” al processo (e, cioè, come fase dello stesso)³³, consenta di prescindere da molti problemi relativi ai conflitti di leggi che in teoria si porrebbero in un'ottica di riconduzione della media-conciliazione all'alveo dell'autonomia privata. In sostanza, se la procedura di media-conciliazione svoltasi in Italia è obbligatoria e imposta dalla legge per i processi localizzati nel medesimo Paese, che si svolgono in Italia, non è necessario discettare sulla legge applicabile a tutte o ad alcune delle fasi di tale procedura anche se prodromiche all'avvio della stessa. Se le regole da seguire durante la procedura sono prestabilite dalla legge è inutile discettare sulla legge applicabile a tale procedura e sui limiti all'autonomia privata in materia, ecc. In sostanza, si può affermare che le avute regole relative alla legge applicabile agli *ordinatoria litis* assorbono la gran parte dei problemi di conflitto e, quindi, portano all'applicazione della legge italiana – quale legge regolatrice del processo cui accedono – a molte vicende della procedura conciliativa svoltasi in Italia e disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

D'altro canto, la legge italiana, anche se con formulazione discutibile, “autolimita” chiaramente il proprio ambito d'applicazione spaziale quando prevede che l'istanza diretta ad avviare la procedura deve essere proposta ad un organismo di mediazione “(...) nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia” (art. 4 d.lgs. 28/2010). Tale disposizione, infatti, inserita in uno strumento legislativo che non contiene norme speciali in materia di giurisdizione, nel momento nel quale si riferisce al giudice territorialmente competente, presuppone che l'Autorità giudiziaria italiana abbia giurisdizione sulla medesima controversia; giurisdizione la cui sussistenza andrà stabilita sulla base delle norme UE in materia o, per quanto applicabili, delle norme comuni italiane di cui alla l. 31 maggio 1995 n. 218. La suddetta autolimitazione spaziale, unitamente all'evidente imperatività della disciplina contenuta nel d.lgs., consentono di ritenere sussistenti i noti requisiti per inquadrare tale disciplina nella categoria delle norme di applicazione necessaria che andranno, quindi, comunque applicate se il processo si svolge – o si svolgerà – in Italia.

³² In argomento v. S. M. CARBONE, *op. cit.*, p. 651 ss.; S. IZZO, *L'arbitrato nello spazio giuridico europeo alla luce del regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 879 ss.

³³ Vedi meglio *infra*, par. 5.

Questa impostazione non evita, peraltro, che sorgano alcuni problemi. Il primo riguarda gli effetti che può produrre in Italia, ai fini del realizzarsi della condizione di procedibilità per l'avvio di azioni giudiziarie, una procedura di media-conciliazione svoltasi all'estero per espressa volontà congiunta delle parti. Il secondo riguarda la possibilità che le parti decidano di individuare una legge straniera come legge regolatrice dell'accordo tra loro intervenuto a seguito di una procedura di media-conciliazione svoltasi in Italia o all'estero.

Dobbiamo subito dire che i suddetti problemi si pongono, nella pratica, soprattutto per le controversie transfrontaliere per cui le relative soluzioni vanno individuate principalmente nel diritto dell'Unione. Non si può, peraltro, escludere che gli stessi problemi si pongano per controversie interne visto che, tra l'altro e con specifico riferimento al secondo problema segnalato, la disciplina comunitaria sulla legge applicabile ai contratti non pone come limite all'esercizio della libertà di scelta della legge applicabile ai contratti stessi una qualsivoglia ulteriore localizzazione degli stessi contratti nel Paese la cui legge diviene così applicabile; il tutto, ovviamente, salva la peculiare ipotesi prevista e disciplinata dall'art. 3, par. 3, regolamento (CE) n. 593/2008³⁴.

Orbene, la direttiva 2008/52 pone un preciso obbligo a carico degli Stati membri di rendere esecutivi accordi conciliativi intercorsi tra le parti quando le parti stesse lo richiedano e tali accordi non abbiano un contenuto contrario alla legge dello Stato membro in cui è chiesta l'esecuzione o tale ultima legge non ne preveda l'esecutività (art. 6). Quindi, è indubbio che, secondo il diritto dell'Unione, tale obbligo degli Stati membri sussiste indipendentemente dalla legge applicabile all'accordo che, pertanto, dovrà comunque essere reso esecutivo, al ricorrere delle altre condizioni prima indicate, sia se regolato dalla *lex fori*, sia se regolato da altra legge. È chiaro che la *lex fori* svolge, comunque, un ruolo primario nel regolamento complessivo della fattispecie poiché è ai sensi di tale ultima legge che dovrà essere valutata, dagli organi competenti ed ai fini dell'attribuzione di esecutività, la legittimità dell'accordo conciliativo anche se regolato da una legge straniera; come è ai sensi della medesima *lex fori* che dovrà essere valutata la sussistenza dell'ulteriore requisito indicato dalla disposizione in esame e, cioè, che tale legge preveda l'esecutività per accordi del genere.

Seguendo lo stesso ordine d'idee, si può anche affermare che sussiste un obbligo più generale a carico degli Stati membri e, cioè, quello di tener conto delle procedure conciliative svoltesi all'estero anche ai fini delle ulteriori conseguenze previste dal diritto interno. Così si rispettano le finalità perseguite dalla normativa dell'Unione evitando di introdurre disparità di trattamento tra procedure aventi il medesimo scopo ma svoltesi in Paesi diversi. Di qui la soluzione del primo problema indicato: una procedura di media-conciliazione svoltasi all'estero – e avviata su base volontaria – integra, se infruttuosa, quella condizione di procedibilità prevista dalla legge per l'avvio dell'azione giudiziaria in Italia.

Per quanto riguarda le controversie interne – non oggetto, come abbiamo più volte rilevato, della disciplina dell'Unione –, è utile segnalare come nulla, nella

³⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

disciplina nazionale in esame, osti all'accoglimento delle medesime soluzioni. Infatti, da un lato, l'art. 12 d.lgs. 28/2010 non limita l'efficacia ivi disciplinata agli accordi stipulati a seguito di una procedura di media-conciliazione svoltasi in Italia o retti dalla legge italiana e, dall'altro lato, l'art. 5, co. 5, attribuisce, pur se con modalità diverse³⁵, la funzione di condizione di procedibilità anche alle procedure di media-conciliazione previste su base volontaria da contratti, statuti, ecc., senza introdurre limitazioni relative alla legge applicabile agli strumenti negoziali che contengono clausole del genere. Del resto, l'art. 2, co. 2, in chiave generale, dichiara che il decreto "(...) non preclude" il ricorso ad ulteriori forme di negoziazione su base volontaria e, quindi, non preclude alle parti il diritto di ricorrere ad altre procedure di media-conciliazione anche in un Paese straniero. L'interpretazione sistematica della normativa in esame, porta, quindi, a concludere che le procedure "straniere" di media-conciliazione non solo sono ammissibili e, se su base volontaria, rilevanti ai fini del realizzarsi della condizione di procedibilità per processi che si svolgano in Italia, ma anche che ad esse devono essere riconosciuti gli stessi effetti in generale attribuiti alle procedure previste dalla legge italiana.

Ma proprio la questione dell'attribuzione di efficacia esecutiva agli accordi conciliativi pone un ulteriore problema. È da considerare, infatti, come il modello italiano di media-conciliazione obbligatoria differisca sensibilmente da quello europeo soprattutto sotto tal profilo. Tali differenze verranno evidenziate in seguito³⁶ ma possono essere facilmente desunte da una semplice lettura contestuale dell'art. 6 direttiva 2008/52 e dell'art. 12 d.lgs. 28/2010. Esse riguardano, da un lato, la scelta del legislatore europeo di condizionare l'attribuzione di efficacia esecutiva alla concorde volontà delle parti dell'accordo conciliativo – scelta non condivisa dal legislatore italiano – e, dall'altro lato, il *quantum* di controlli da effettuare sull'accordo conciliativo da parte degli organi competenti dello Stato nel quale viene richiesta l'attribuzione di efficacia esecutiva. Il legislatore europeo, infatti, richiede, in ogni caso, la verifica di non contrarietà del contenuto dell'accordo "(...) alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta" mentre il legislatore italiano esclude ogni controllo ulteriore di legittimità per gli accordi conciliativi stipulati a seguito di procedure ove le parti sono state assistite da avvocati previa sottoscrizione dell'accordo da parte dei medesimi avvocati e certificazione, ad opera di questi ultimi, della "(...) conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico". Negli altri casi, l'accordo conciliativo è reso esecutivo con decreto del Presidente del Tribunale previa verifica della regolarità formale e previo controllo di conformità dell'accordo non alla legge italiana in generale – come prescrive la norma dell'Unione – ma alle sole "norme imperative" oltre che all'ordine pubblico.

Orbene, come vedremo meglio in seguito, queste differenze – soprattutto per quanto riguarda il profilo della volontarietà – ci fanno dubitare della stessa compatibilità con la disciplina dell'Unione europea del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria. Qui, conviene subito rilevare come si tratti di uno snodo cruciale perché la disciplina della direttiva è stata introdotta proprio al fine di inse-

³⁵ Infatti, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 5, co. 5, d.lgs. 28/2010, è comunque necessaria l'eccezione di parte.

³⁶ Vedi *infra*, par. 5.

rire gli accordi conciliativi resi esecutivi con le modalità di cui all'art. 6 nel sistema di "libera circolazione" delle decisioni giurisdizionali e delle transazioni giudiziarie creato dalla normativa dell'Unione europea in materia³⁷.

In quest'ottica, il coordinamento tra disciplina europea e disciplina italiana – che pure può essere effettuato, nel rispetto del principio del primato della prima sulla seconda, utilizzando gli ambiti di applicazione delle due discipline – non sembra in grado di risolvere ulteriori problemi. In sostanza, il problema della non omogeneità di disciplina può essere risolto nel senso di applicare la disciplina dell'Unione agli accordi conciliativi relativi a controversie transfrontaliere; disciplina dell'Unione che è chiara, dettagliata e, quindi, *self-executing* con l'effetto di determinare, sulla base dei noti principi in materia e negli ambiti oggetto della medesima disciplina, la "non applicabilità" della disciplina italiana con essa contrastante. Quella italiana, invece, potrà essere applicata agli accordi relativi a controversie interne per le quali sussiste, dati gli effetti dei principi di diritto dell'Unione vigenti per le materie oggetto di competenza concorrente³⁸, un'ampia discrezionalità a favore del legislatore nazionale.

Ma che succede se un accordo conciliativo, retto dalla legge italiana perché riguardante controversie interne e reso esecutivo in Italia ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 28/2010, è chiamato ad operare come titolo esecutivo in altro Paese membro ai sensi delle disposizioni generali di diritto dell'Unione europea prima ricordate che, in teoria, andrebbero applicate a tutte le ipotesi e non solo agli accordi conciliativi per cui vige la disciplina dell'art. 6 direttiva 2008/52? E, in particolare, che succede per quegli accordi conciliativi relativi a controversie interne ove il controllo di legalità è affidato agli avvocati che abbiano assistito le parti nella procedura di media-conciliazione?

Tale questione presenta profili di problematicità che è difficile affrontare compiutamente in questa sede e che, quindi, dovranno essere oggetto di successivi approfondimenti. Da un lato, infatti, bisogna salvaguardare il principio basilare delle disposizioni generali di diritto dell'Unione europea secondo il quale un atto avente efficacia esecutiva in uno Stato membro possiede la medesima efficacia in altro Stato membro (articoli 39 e 58 regolamento 1215/2012) ma, dall'altro lato, bisogna anche tener conto della disarmonia sistematica che si realizzerebbe se si ammettesse al regime di riconoscimento ed esecutività previsto dal diritto dell'Unione un provvedimento giurisdizionale – come quello italiano prima ricordato – chiaramente non conforme ad altre regole di diritto dell'Unione europea quali quelle contenute nell'art. 6 direttiva 2008/52.

Molto probabilmente, la soluzione del problema è da ricercare nell'art. 67 regolamento 1215/2012 il quale, riprendendo un principio ormai ampiamente con-

³⁷ Ci riferiamo non solo alle discipline dei regolamenti (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e 1215/2012, ma ad ogni atto UE rilevante in materia. Con riferimento alla disciplina di cui al regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, v. G. CARELLA, *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati*, in G. CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 27 ss.

³⁸ Vedi *supra*, nota 25.

solidato nella disciplina UE in materia, dichiara esplicitamente che le disposizioni del medesimo regolamento non pregiudicano l'applicazione di altre disposizioni di diritto dell'Unione – ma anche di diritto interno emesse in esecuzione di disposizioni di diritto dell'Unione – quando tali ultime disposizioni disciplinino “in materie particolari”, tra l'altro, “(...) l'esecuzione delle decisioni”. Quindi, poiché la disciplina dell'art. 6 direttiva 2008/52 può essere facilmente fatta rientrare in questa categoria di norme comunitarie speciali, se ne può dedurre – *prima facie* e salvi ulteriori approfondimenti – la prevalenza di tale ultima disciplina su quella generale con effetti ostativi all'ammissione al regime previsto dalla disciplina generale dei provvedimenti nazionali non conformi alle regole di tale ultima direttiva.

5. Il secondo profilo segnalato all'inizio del paragrafo precedente – e cioè quello della “legittimità comunitaria” del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria – riteniamo che sia di precipua competenza degli studiosi di diritto processuale civile “nazionale” i quali, ovviamente, dovranno aver chiara la “premessa maggiore” costituita dal contesto di riferimento vincolante fornito dal diritto dell'Unione europea in materia. Peraltro, anche con riferimento a tale profilo, riteniamo che ci sia consentita qualche considerazione³⁹.

In primis dobbiamo subito rilevare come difficilmente si possa considerare conforme ai principi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea in materia di “giusto processo” e di durata ragionevole del medesimo la disposizione contenuta nell'art. 7 d.lgs. 28/2010; disposizione che, anche nella versione attuale, esclude che alcuni dei tempi necessari per il procedimento di media-conciliazione obbligatoria siano computati ai fini della valutazione di ragionevolezza dei tempi del processo cui la procedura accede.

Nel sistema italiano, infatti, la procedura indicata si pone come condizione di ammissibilità e/o procedibilità del ricorso giurisdizionale che deve essere esperita prima del processo o, in mancanza, durante il processo anche a seguito di semplice rilievo d'ufficio da parte del giudice (art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. 28/2010); giudice il quale può, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 5, co. 1-*bis* e pure in grado d'appello, introdurre nel processo una nuova condizione di procedibilità ordinando alle parti di esperire una procedura di media-conciliazione (art. 5, co. 2, d.lgs. 28/2010).

È evidente, quindi, che la procedura di media-conciliazione, in quanto obbligatoria o per volontà del legislatore o *iussu iudicis*, non costituisce una vicenda estranea al processo ma una vicenda che ne condiziona direttamente l'avvio e lo svolgimento ponendosi appunto come condizione, originaria o sopraggiunta, di procedibilità dell'azione giudiziaria. Condizione di procedibilità che, tra l'altro, può reiterarsi anche più volte nel corso del medesimo giudizio. Basti considerare, infatti, come, nell'ipotesi disciplinata dal co. 2 dell'art. 5, l'ordine del giudice possa

³⁹ Alcuni interessanti spunti per le considerazioni che seguono ci sono stati forniti dall'ordinanza del Giudice di pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011, www.proconciliazione.it. A tale ordinanza di rinvio è seguita la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2013, in causa C-492/11, che ha dichiarato il non luogo a provvedere sulle questioni sollevate dal Giudice di pace per effetto dei cambiamenti del quadro legislativo nazionale determinati dalla sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272.

essere emanato sulla base di una valutazione del tutto discrezionale relativa “(...) alla natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti” anche per controversie non comprese nell’elenco di cui al comma 1-*bis* del medesimo art. 5 e come, comunque, tale potere del giudice non risulti precluso dal fatto che il medesimo ordine sia già stato dato in precedenti stati e gradi dello stesso processo o dal fatto che le parti abbiano provveduto ad esperire la procedura di media-conciliazione *ante causam*.

Inoltre, la reiterazione di procedure preliminari o incidentali di media-conciliazione può verificarsi in tutti i casi nei quali siano introdotte, nel medesimo giudizio, domande ulteriori in rapporto di connessione con la domanda principale e, cioè, nei casi: di domande riconvenzionali, di *reconventio reconventionis*, di intervento in giudizio ad opera di terzi, di chiamata in causa di terzi, ecc. Ipotesi nelle quali si amplia il *thema decidendum* introducendo, legittimamente secondo le disposizioni del nostro codice di rito civile, nuove domande per le quali il giudice dovrà (o potrà) disporre la media-conciliazione al ricorrere delle varie condizioni previste dalle disposizioni in esame.

Comunque, la procedura di media-conciliazione, in quanto obbligatoria con le modalità prima indicate e, quindi, ponendosi come condizione di procedibilità avente le caratteristiche segnalate, è una fase del processo civile che non può non essere computata ai fini della durata ragionevole del processo cui accede. Diversamente argomentando si consentirebbe ai legislatori e alle autorità giudiziarie nazionali di aggirare i principi di diritto internazionale e dell’Unione europea prima indicati introducendo *steps* di varia natura che, comunque, incidono sul diritto d’accesso alla giustizia senza subire le limitazioni previste da altri principi cardine relativi al “giusto processo” quale quello della durata ragionevole.

D’altro canto, che le procedure preliminari o incidentali di media-conciliazione “appartengano” alla vicenda processuale emerge anche da altre disposizioni della disciplina italiana qui esaminata. Ci riferiamo, in particolare, al sistema di sanzioni processuali ed economiche che il d.lgs. 28/2010 prevede, anche nell’attuale formulazione, per la parte che, senza giustificato motivo, decida di non partecipare alla procedura di media-conciliazione (art. 8, co. 4-*bis*) o per la parte che, pur avendo partecipato alla procedura, abbia rifiutato la proposta conciliativa (art. 13); sanzione quest’ultima che deve⁴⁰ essere irrogata dal giudice, al ricorrere delle ulteriori condizioni di legge, anche se la proposta oggetto di rifiuto sia stata formulata autonomamente dal mediatore, in assenza di accordo tra le parti, sulla base del potere espressamente riconosciutogli dall’art. 11, co. 1, d.lgs. 28/2010⁴¹.

Quindi, è lo stesso legislatore che considera unitariamente la vicenda conciliativa e la vicenda processuale vera e propria tanto da utilizzare gli eventi della prima

⁴⁰ L’art. 13, co. 1, d.lgs. 28/2010, infatti, prevede che il giudice “esclude” la ripetizione delle spese, ecc., quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta del mediatore. Tale potere diventa, invece, discrezionale e condizionato alla sussistenza di “(...) gravi ed eccezionali ragioni”, quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde integralmente al contenuto della proposta conciliativa (art. 13, co. 2, d.lgs. 28/2010).

⁴¹ Del resto, la disposizione dell’art. 11, co. 1, prevede, in fine, che, prima della formulazione della proposta, il mediatore debba informare le parti delle possibili conseguenze di un rifiuto di cui al successivo art. 13.

per indirizzare l'*iter* di formazione del libero convincimento del giudice – che, è bene ricordarlo, ai sensi del testo dell'art. 116, co. 2, c.p.c., può trarre argomenti di prova solo da alcuni comportamenti tenuti dalle parti “nel processo” – e, addirittura, per condizionare direttamente le decisioni dello stesso giudice relative alle spese di giudizio.

Le osservazioni qui effettuate confermano, in generale, quei dubbi, prima avanzati, sulla conformità del modello italiano di media-conciliazione obbligatoria al diritto dell'Unione europea. E ciò anche prescindendo da ogni valutazione dei profili relativi ai tempi della procedura e alla non gratuità della stessa; profili sicuramente rilevanti alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia⁴² ma che, comunque, riguardano in concreto scostamenti di limitata consistenza quantitativa rispetto ai parametri individuati dalle istituzioni europee; scostamenti che potrebbero essere fatti rientrare nell'ambito di discrezionalità riconosciuta ai legislatori nazionali.

Invece, ciò che difficilmente può ritenersi conforme al diritto dell'Unione europea in materia, come prima ricostruito, sono proprio le rilevate interferenze tra procedura di media-conciliazione e processo con effetti che condizionano direttamente alcuni esiti del giudizio; effetti che costituiscono la naturale conseguenza del modo in cui è stato concepito dal legislatore italiano il modello nazionale di media-conciliazione obbligatoria. Il tutto tenendo anche conto del contesto complessivo prima descritto e, cioè, di un contesto nel quale le procedure di media-conciliazione possono moltiplicarsi nel corso del medesimo processo e il mediatore perde quella funzione di mera assistenza alle parti per il raggiungimento di un accordo – propria del modello UE – per assumere una non meglio precisata funzione di indirizzo nei confronti delle parti stesse. Funzione quest'ultima che, come già segnalato, emerge soprattutto dal potere conferito al mediatore di proporre, anche in assenza di accordo, una certa soluzione della controversia che, se non accettata, produce, al ricorrere delle ulteriori condizioni, le conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 13 d.lgs. 28/2010.

Altrettanto profonde appaiono le difformità tra i due modelli se si considera il profilo relativo all'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo eventualmente raggiunto dalle parti di una controversia a seguito di una procedura di media-conciliazione. Il modello europeo, infatti, enfatizza il principio volontaristico stabilendo che, fermo restando il controllo di legalità rimesso alle autorità competenti, l'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo concluso in sede conciliativa sia condizionato alla concorde volontà delle parti stesse di far attribuire tale efficacia (art. 6 direttiva 2008/52). E che questa regola costituisca uno dei cardini della disciplina europea in esame perché funzionale alla garanzia del diritto di accesso alla giustizia risulta con chiarezza dal 19° ‘considerando’ della direttiva letto alla luce dei ‘considerando’ precedenti⁴³.

Il modello italiano, invece, non prevede una condizione del genere perché subordina l'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo a condizioni che non comprendono quella indicata pur prevedendo *iter* diversificati in relazione alla presenza o meno degli avvocati nella procedura di media-conciliazione (art. 12 d.lgs.

⁴² Vedi *supra*, par. 2.

⁴³ Vedi *supra*, par. 3.

28/2010)⁴⁴. Tale difformità – unitamente a quelle precedentemente segnalate – rende difficilmente conciliabili i due modelli perché fa emergere la profonda diversità degli stessi e la conseguente contrarietà di quello italiano ai principi fondamentali di diritto dell’Unione europea ai quali è funzionale il modello europeo di media-conciliazione.

Tale difformità, del resto, non può nemmeno ritenersi legittimata dall’art. 5, par. 2, direttiva 2008/52 perché la disciplina italiana si pone in contrasto con le limitazioni imposte in tale ultima disposizione alle facoltà ivi riconosciute agli Stati membri; e ciò nella misura in cui impedisce di fatto – o rende eccessivamente difficile – alla parte contraria all’attribuzione di efficacia esecutiva all’accordo conciliativo di esercitare il diritto d’accesso alla giustizia per far valere, ad esempio, fatti estintivi delle obbligazioni assunte nell’accordo, diritti o eccezioni deducibili nel processo in via riconvenzionale, ecc. Situazioni queste che, una volta reso esecutivo l’accordo, difficilmente potranno trovare integrale tutela con il rimedio di cui all’art. 615 ss. c.p.c. dati i limiti posti dalla giurisprudenza italiana a tale rimedio processuale con riferimento ai titoli esecutivi di formazione giudiziale tra i quali facilmente può essere ricompreso l’accordo conciliativo omologato dal Tribunale ai sensi dell’art. 12 d.lgs. 28/2010.

Abstract

ADR and the Right of Access to Justice: The Difficult Connection between the European Model and the Italian Model of Compulsory Media-conciliation

In Italy, the debate on ADR took full account of the evolution of European Union legislation on the same matter. The Author reconstructs the overall framework of EU law in the field of ADR and analyzes the relationship between those rules and some European Union instruments on judicial cooperation in civil matters. The Author also compares the European model and the Italian model indicating many contradictions between the two models.

⁴⁴ Vedi *supra*, par. 4.

Patrizia De Pasquale*

L'economia sociale di mercato nell'Unione europea**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini dell'economia sociale di mercato: l'Ordoliberalismo. – 3. L'economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona e negli atti derivati. – 4. Le linee-diretrici dell'economia sociale di mercato: la tutela dei diritti sociali. – 5. *Segue*: le conseguenze delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Germania*. – 6. La salvaguardia dell'ambiente. – 7. Misure di economia sociale di mercato a favore delle imprese. – 8. Brevi conclusioni.

1. È ben noto che il Trattato di Lisbona ha eliminato, dall'articolo espressamente dedicato agli obiettivi che l'Unione è chiamata a perseguire, il riferimento a “un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno” (*ex art. 3, par. 1, lett. g, TCE*), trasferendolo nel Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al medesimo Trattato. Ed è altrettanto noto che, al contempo, tale Trattato ha sostituito questo obiettivo con quello di “un'economia sociale di mercato fortemente competitiva” (*art. 3, par. 3, TUE*), assegnando un ruolo particolarmente incisivo all'aggettivo “sociale” collocato tra i sostantivi “economia” e “mercato”.

Le importanti modifiche non sono state accompagnate, però, da consistenti alterazioni del sistema attraverso il quale si dà attuazione al principio di libertà di concorrenza. Infatti, il nuovo Trattato ha fatto salvo il richiamo all'“adozione di una politica economica (...) condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”, prima contenuto nell'art. 4 TCE, ora art. 119 TFUE, sebbene tale articolo sia stato spostato dal Titolo dedicato ai “Principi” a quello relativo alla politica economica e monetaria, così da precisarne i confini. Neppure hanno subito modifiche gli articoli 96 e 98 TCE, ora 116 e 120 TFUE, nei quali è mantenuto il richiamo ad un regime competitivo non alterato. Al riguardo, va notato che il tenore letterale degli articoli 119, par. 1, e 120 TFUE è rimasto quasi eguale, tanto da ritenere che l'elaborazione della politica economica degli Stati membri, e dell'intera Unione, debba assolutamente rispettare i principi comuni e, soprattutto, assicurare un mercato concorrenziale.

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nella LUM “Jean Monnet” di Casamassima-Bari.

** Il presente scritto è destinato anche agli *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*. Esso si inserisce nella ricerca PRIN (2010-2011) “Il principio democratico nella formazione ed attuazione del diritto internazionale ed europeo dell'economia”.

Alla concorrenza continuano ad essere assicurate, quindi, quella cornice concettuale, quelle regole e quel controllo imparziale delle regole, che s'impongono ad ogni competizione, se non si vuole che degeneri in abusi¹. Anzi, sembra lecito affermare che il modello di funzionamento del mercato interno è basato ancora su una "concorrenza imperfetta" caratterizzata da un forte processo dinamico di innovazioni (tecnologiche, commerciali, organizzative), dalla mancanza di barriere all'entrata e dal potere del consumatore di effettuare concretamente e liberamente le sue scelte. Il concetto di concorrenza denota cioè un processo dinamico e non una rigida struttura del mercato (*workable competition*)². Purtuttavia, tale concetto – che, negli anni, si è arricchito di significati diversi, grazie soprattutto ai numerosi interventi della Commissione e della Corte di giustizia, resisi necessari per adeguarlo alle mutevoli contingenze economiche e sociali –, con il Trattato di Lisbona ha assunto una valenza più moderna che risponde a sensibilità sociali ed ambientali fortemente avvertite dai cittadini dell'UE.

Ne consegue che la nozione di economia sociale di mercato si dipana attraverso valori che vanno ben oltre il binomio mercato-concorrenza e che richiamano la nuova collocazione, tra gli obiettivi primari dell'UE, della tutela dei diritti sociali e dell'ambiente. La matrice dell'economia sociale è stata definita, dunque, su esigenze che, da tempo, richiedono, con crescente forza, attenzione e salvaguardia.

2. Al fine di valutarne l'incidenza sulle politiche dell'UE, è necessario ricordare che l'economia sociale di mercato si ispira all'Ordoliberalismo, concezione teorica nata in Germania³ e meglio nota come *Soziale Marktwirtschaft*⁴. La locuzione fu coniata da Alfred Müller-Armack⁵ che definì l'economia sociale di mercato come la

¹ Cfr. A. TIZZANO, *Diritto comunitario e sviluppo del principio di libera concorrenza in Italia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 741 ss.

² È stato più volte ribadito dal giudice comunitario che la sana concorrenza "implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del Trattato e – in particolare – la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno". V., soprattutto, le sentenze della Corte di giustizia del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Continental Can*; del 25 ottobre 1977, causa 26/76, *Metro*; e del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*.

³ Tale teoria contrasta (almeno apparentemente) con una visione che molti classificano come liberalismo, *laissez-faire* o liberalismo classico, secondo cui i mercati si auto-organizzano e gli individui lasciati completamente a se stessi, o al più con l'ausilio di un minimo aiuto statale, riescono a tutelare i propri interessi.

⁴ Anche la Corte di giustizia ha ricondotto l'economia sociale di mercato al "modello di sviluppo introdotto nella Repubblica federale di Germania dopo la Seconda guerra mondiale dal ministro Ludwig Erhard, in ossequio ai principi della cosiddetta *Scuola di Friburgo*": cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer del 12 febbraio 2007, causa C-112/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

⁵ A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hamburg, 1946, pp. 65 ss. e 116 ss. Dello stesso autore: *Soziale Marktwirtschaft*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, IX, Göttingen, 1956; *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Freiburg im Breisgau, 1966; *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, in *Beiträge zur Wirtschaftspolitik*, Friburg, 1966; *Auf dem Weg nach Europa. Erinnerungen und Ausblicke*, Tübingen-Stuttgart, 1971, p. 50 ss.

situazione in cui i principi del libero mercato, ovvero la proprietà privata e la libertà di contrarre, sono affiancati da interventi statali diretti a condizionare le libertà economiche soltanto qualora ciò sia indispensabile ad evitare i fallimenti del mercato stesso⁶. E la redistribuzione della ricchezza è assicurata direttamente dalle misure di solidarietà tra lo Stato e gli individui, con interventi finanziati dalla contribuzione fiscale⁷.

Vale a dire che il principio sul quale si fonda l'Ordoliberalismo è che i “mercati perfettamente liberi” non esistono, perché se lasciati completamente a se stessi tendono a degenerare ed a perdere la capacità di essere quello strumento di benessere sociale e di progresso economico che altrimenti sono. Di conseguenza, diviene fon-

⁶ W. RÖPKE, *Grundfragen rationeller Wirtschaftspolitik*, in *Zeitschrift für Schweizer Statistik & Volkswirtschaft*, 1941, p. 112; Id., *Civitas Humana – Grundfragen der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung*, Zurigo, 1944; Id., *La crisi del nostro tempo*, Torino, 1946; Id., *The German Question*, London, 1946; Id., *Gemeinsamer Markt und Freihandelszone*, in *Thesen als Richtpunkte*, ORDO 10, 1958, pp. 31-62; Id., *Zwischenbilanz der europäischen Wirtschaftsintegration*, *Kritische Nachlese*, ORDO 11, 1959, pp. 69-94; Id., *The Intellectuals and “Capitalism”*, in W. ROEPKE, *Against the Tide*, Chicago, 1969, www.library.mises.org.

⁷ Sugli elementi distintivi dell'economia sociale, cfr. A. C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, 1932; F. A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, 1944; L. ERHARD, *Prosperity through Competition*, New York, 1958; G. PELTZMAN, *Toward a more General Theory of Regulation*, in *Journal of Law and Economics*, 1976, p. 211 ss.; J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, London, 1976; L. VON MISES, *Liberalism in the Classical Tradition*, San Francisco, 1985; W. FELD-ENKIRCHEN, *Competition Policy in Germany*, in W. J. HAUSMANN, *Business and Economic History*, XXI, 1992, www.thebhc.org; H. RIETER, M. SCHMOLZ, *The Ideas of German Ordoliberalism 1938-1945: Pointing the Way to a New Economic Order*, in *The European Journal of the History of Economic Thought*, 1993, pp. 87-114; V. HENTSCHEL, *Ludwig Erhard – Ein Politikerleben*, Berlino, 1998; R. SALLY, *Classical Liberalism and International Economic Order*, *Studies in Theory and Intellectual History*, London, 1998; M. GÖRTEMAKER, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland: Von der Gründung bis zur Gegenwart*, Monaco, 1999; L. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 703 ss.; A. SEN, *Development as Freedom*, New York, 1999; M. N. ROTHBARD, *What has Government done to our Money?*, Auburn, 2005; M. WOHLGEMUTH, *Reformdynamik durch Selbstbindung. Zur politischen Ökonomik von Meinungen, Emotionen und Interessen*, in *Wirtschaftsdienst. Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, 2007, pp. 571-575; Id., *50 Jahre Europäische Ordnungspolitik*, ORDO 59, 2008, pp. 381-404; Id., *Die politische Ökonomie des Ausnahmezustands*, in *Wirtschaftsdienst. Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*, 2009, pp. 219-223; Id., *Der Sozialstaat in der Sozialen Marktwirtschaft*, in H. G. PÖTTERING, *Die Zukunft des Sozialstaats*, Freiburg, 2011; Id., *Warum der Europäische Fiskalpakt wichtig wäre – und warum er wohl grandios scheitert*, 2012, www.wirtschaftlichefreiheit.de; F. FLAVIO, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli (CZ), 2008; J. HECKMAN, *The Viability of the Welfare State*, UCD Geary Institute Discussion Paper WP/4/2009, 2009, reperibile online; A. MERKEL, *Rede von Bundeskanzlerin Angela Merkel anlässlich der Veranstaltung der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft “Erfolg Made in Germany – Die Soziale Marktwirtschaft”*, 2009, www.archiv.bundesregierung.de; T. PETERSEN, M. WOHLGEMUTH, *Wilhelm Röpke und die Europäische Integration*, in H. RIETER, J. ZWEYNERT (Hrsg.), *Wort und Wirkung*, Marburg, 2009, pp. 165-199; C. L. GLOSSNER, *The Making of the German Post-War Economy – Political Communication and Public Reception of the Social Market Economy after World War II*, London, 2010; M. SAUGA, S. SIMONS, K. WIEGREFE, *Der Preis der Einheit*, in *Der Spiegel*, n. 39, 2010, reperibile online; W. STAUDACHER, *L'economia sociale di mercato: un modello per il futuro?*, 2010, www.kas.de; A. PAPISCA, *Barack Obama and Herman van Rompuy. New Leadership to educate international politics*, in *The European Union Review*, 2011, p. 71 ss.; P. SCHALLENBERG, T. BERENZ, *Social Market Economy in Europe?*, in *Church and Society*, 2012, p. 371 ss.; T. SEGRE, *Il mito dell'economia sociale di mercato*, 2013, www.readability.com; W. WITTMAN, *Soziale Marktwirtschaft statt Wohlfahrtsstaat*, Zurigo, 2013.

damentale la ricerca di un giusto equilibrio tra libertà economica ed interventismo statale che deve offrire “all’uomo la responsabilità di sé, cioè lo deve rendere capace di libertà”⁸. Sicché, in questo sistema, le autorità pubbliche (Stato e/o istituzioni europee) giocano un ruolo fondamentale che non si traduce nella pianificazione tipica dei Paesi socialisti, quanto piuttosto in un intervento diretto, dapprima, ad elaborare il quadro giuridico necessario affinché gli attori economici possano perseguire i loro interessi e i loro rapporti non si strutturino secondo gerarchie e subordinazioni, bensì secondo un efficace coordinamento; poi, ad assicurarne il rispetto e ad agevolarne gli effetti. Più precisamente, l’autorità pubblica è chiamata a definire sia le regole sia i meccanismi adeguati a garantirne l’efficacia e il perseguimento degli obiettivi da esse prefissati. In questa prospettiva, la complementarità tra economia di mercato e sicurezza sociale declina altresì una corretta applicazione del principio di sussidiarietà, giacché impone che le misure sociali siano adottate soltanto se necessarie a compensare le diseguaglianze create dal mercato libero e soltanto se il mercato stesso non assicura forme di riequilibrio.

In sostanza, l’economia sociale di mercato coniuga l’ordine economico con l’ordine sociale, innalzando la sicurezza sociale a componente essenziale e imprescindibile dell’economia di mercato. Pertanto, non vi è alcun dubbio che il libero mercato non potrebbe funzionare (o continuare a funzionare) in assenza di libertà di competizione⁹; e che la corretta applicazione del diritto della concorrenza comporti inevitabilmente l’introduzione di misure di carattere sociale. Si tratta cioè di un complesso meccanismo di causa ed effetto secondo il quale ogni elemento è causa ed effetto dell’altro: economia-misure sociali-mercato-concorrenza.

3. L’inserimento, nell’art. 3, par. 3, TUE¹⁰, di un puntuale richiamo ad un’economia sociale di mercato fortemente competitiva rappresenta, quindi, un cambiamento di rotta degli indirizzi prefissati a livello europeo. Per tal via, cioè, si è accentuata l’importanza della dimensione sociale europea, valorizzando i diritti fondamentali, la solidarietà e gli aspetti egalitari; nonché la salvaguardia dell’ambiente¹¹.

⁸ W. STAUDACHER, *op. cit.*

⁹ In definitiva, l’economia sociale di mercato ha quali obiettivi principali: una forte crescita economica, che dovrebbe consentire una migliore e più semplice distribuzione di merci; un’inflazione debole (tendente allo zero); un elevato livello di occupazione; buone condizioni di lavoro, assicurando ai lavoratori una parte equa della ricchezza generale; una forte protezione sociale, per evitare situazioni caratterizzate da un benessere minimo.

¹⁰ L’art. 3, par. 3, TUE espressamente sancisce che “l’Unione instaura un mercato interno, si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione, ed al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico”.

¹¹ In particolare, cfr. K. ADENAUER, *Speech given to the CDU in the British Occupied Zone on 24.03.1946 in Cologne*, 1946; L. EINAUDI, *Il buongoverno*, Bari, 1954; R. AARON, D. LERNER, *La querelle de la CED*, Paris, 1956; L. CASELLI, *L’impresa pubblica nell’economia di mercato*, Milano, 1970; A. MAJOCCHI, *Dallo EMS all’Economic Union e Monetaria: il ruolo della politica fiscale*, in *Il Federalista*, n. 1-2, 1980, p. 15 ss.; D. VELO, *Emergence de l’ECU face au dollar dans les relations monétaires internationales*, in *Travaux de la Commission pour l’étude des Communautés européennes (CEDECE), Les relations communautaires européennes – Etats Unis*, Paris, 1987; ID., *L’Europa dei progetti*, Milano, 2007; ID., *Social Market Economy and the Future of European Unification*, in *The EuroAtlantic Union*

Infatti, a lungo, nell'ordinamento dell'Unione vi è stata una subordinazione dei diritti e delle politiche sociali ed ambientali agli imperativi dell'economia aperta e di libera concorrenza e, tra le esigenze dell'instaurazione del mercato interno e quelle di solidarietà, spesso le seconde sono state sacrificate, soprattutto per la volontà degli Stati membri di mantenere il pieno controllo e gestire sul piano nazionale i problemi legati al mondo del lavoro e dell'occupazione. Così, l'introduzione della formula "economia sociale di mercato" va letta senz'altro come uno sforzo per il riequilibrio tra valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, appunto nell'ottica di integrazione tra solidarietà e mercato.

Peraltro, la grave crisi economico-finanziaria ha generato, tra i molteplici effetti negativi, un diffuso scetticismo dei cittadini verso il mercato unico, spesso ritenuto il vero responsabile della crisi stessa. In altri termini, la crisi economica, evidenziando quanto sia ancora forte la tentazione, specie nei momenti di maggior difficoltà, di voler ridimensionare il mercato unico e di voler cercare rifugio in forme di nazionalismo economico, ha favorito il fiorire di molteplici critiche sul funzionamento dei mercati ed ha diffuso ed esasperato l'apprensione per la dimensione sociale. Il funzionamento del mercato interno e i fattori fondanti l'economia sociale di mercato sono stati percepiti come opposti e, non di rado, in alternativa.

Nondimeno, se la crisi finanziaria ed economica ha dimostrato alcunché, è il fatto che il quadro istituzionale dello Stato da solo non è sufficiente¹². Non esiste più l'economia nazionale in senso classico, giacché il sistema di interrelazioni economiche e finanziarie, come noto, ha assunto una dimensione globale, creando una forte interdipendenza dei mercati che richiede sempre un intervento coordinato e co-gestito da più livelli (statale, europeo, internazionale). Pertanto, è apparso più che mai necessario che fosse rilanciato il processo di integrazione europea, sia pure seguendo nuove linee direttrici che ponessero al centro degli interessi i diritti fondamentali e, ovviamente, la loro tutela.

Lo studio di nuove sinergie tra mercato e dimensione sociale dell'economia europea integrata è stato oggetto del Rapporto "Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea", presentato da Mario Monti nel 2010, alla Commissione, a seguito di incarico da questa conferito nel 2009¹³. Specificamente, il Rapporto ha posto l'accento sulle asimmetrie fra l'integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale a livello nazionale,

Review, 2013, p. 23 ss.; P. C. MUELLER-GRAFF, *Subsidiarity as a Legal Principle*, in *The European Union Review*, 1996, p. 16 ss.; ID., *The Treaty of Amsterdam. Characteristics and Perspectives*, in *The European Union Review*, 2000, p. 7 ss.; M. BAIMBRIDGE, P. WHYMAN, *Fiscal Federalism and European Economic Integration*, London, 2004; A. MAJOCCHI, *Il coordinamento delle politiche nel nuovo modello di federalismo fiscale*, Pavia, 2004; S. BRUZZI, *Impresa comune e perseguimento dell'interesse generale*, in *Quaderno della rivista Servizi Pubblici e Appalti*, 2006; F. FORTE, F. FELICE, *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli (CZ), 2010; R. MATARAZZO, *Democracy in the EU after the Lisbon Treaty*, Roma, 2011; V. NAVARRO, *El ataque al Estado del Bienestar*, 2011, www.vnavarro.org; F. FELICE, *Sussidiarietà integrale ed economia sociale di mercato*, 12 maggio 2013, reperibile online.

¹² Cfr., in particolare, M. LIBERTINI, *Competition and social cohesion*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2014, p. 37 ss.

¹³ In dottrina, v. soprattutto G. CAGGIANO, *Alla ricerca del modello sociale europeo. Il contributo del rapporto Monti e del Programma Europa 2020*, in *Sud in Europa*, dicembre 2010, p. 3 ss.

che generano attriti e innescano perversi meccanismi di avversione nei confronti del mercato unico. Il Rapporto ha sottolineato altresì la necessità di rimuovere tali contrapposizioni in modo mirato ed ha indicato due strumenti utili per risolvere la problematica: l'adeguamento delle norme esistenti che disciplinano il mercato unico per tenere conto delle esigenze dei contesti sociali e locali e il coordinamento dei sistemi normativi nazionali, per assicurare la loro coerenza con i principi dell'UE e l'aderenza a essi¹⁴.

Sulla scia di tale Rapporto, e della Relazione del Parlamento europeo "Realizzare un mercato unico per i consumatori e i cittadini"¹⁵, la Commissione ha adottato, nel 2010, la Comunicazione "Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato". In tale atto, l'esecutivo europeo illustra le proposte per rilanciare il mercato interno, nello spirito di un'economia sociale di mercato, ponendo l'accento sulle sfide sociali e demografiche, sugli imperativi dettati dalle nuove tecnologie, sulle risorse naturali ed i cambiamenti climatici.

Successivamente, nel 2011, la medesima istituzione ha approvato una nuova comunicazione dal titolo "L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia"¹⁶, con la quale ha individuato talune azioni-chiave per rispondere alla crisi economica ed ha specificato i settori principali di intervento, quali la mobilità dei lavoratori, i finanziamenti per le PMI, la protezione dei consumatori, la fiscalità e le reti transeuropee. Nel 2012, è stata adottata poi una nuova comunicazione intitolata "L'Atto per il mercato unico II. Insieme per una nuova crescita"¹⁷, con la quale la Commissione ha approvato ulteriori azioni-chiave, complementari alle prime, per promuovere lo sviluppo, sempre in un'ottica di economia sociale di mercato altamente competitiva¹⁸.

Nello stesso periodo, l'esecutivo europeo varava la "Strategia Europa 2020"¹⁹, nella quale è espressamente affermato che essa "dà un quadro dell'economia di mercato sociale europea per il XXI secolo", attraverso: una crescita intelligente che deve mirare a sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; una crescita sostenibile che promuova un'economia più efficiente sotto il profilo

¹⁴ In particolare, il rapporto ha evidenziato talune azioni di particolare rilievo: conciliare le libertà economiche del mercato unico con i diritti dei lavoratori; potenziare il ruolo dei servizi sociali nel mercato unico; integrare gli obiettivi politici dell'UE nelle politiche in materia di appalti pubblici; coordinare le misure fiscali, salvaguardando la sovranità nazionale in tale materia e favorendo l'integrazione del mercato; cercare un equilibrio, all'interno del mercato unico, tra concorrenza e coesione, mediante le politiche di sviluppo regionale; sviluppare una politica industriale basata su sane politiche in materia di concorrenza e aiuti di Stato; garantire che il mercato unico possa fronteggiare i concorrenti a livello globale.

¹⁵ Relazione Grech A7-0132/2010.

¹⁶ Del 14 aprile 2011, COM(2011)206 def.

¹⁷ Del 3 ottobre 2012, COM(2012)573 def.

¹⁸ Il dibattito che è scaturito da tali iniziative è stato intenso e, talvolta, ha assunto toni molto accesi, tant'è che alcune azioni sono state abbandonate e/o realizzate soltanto parzialmente. Basti qui ricordare che, quando è stato varato il secondo Atto per il mercato unico, undici delle dodici azioni chiave proposte nel primo non erano state ancora approvate dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

¹⁹ Del 3 marzo 2010, "Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010)2020 def.

delle risorse, più verde e più competitiva; infine, una crescita inclusiva che tenda ad un alto tasso di occupazione e favorisca la coesione sociale e territoriale.

In attuazione di tale Strategia, sono stati approvati molteplici atti vincolanti, finalizzati a promuovere la prosperità sociale ed economica, nonché la sostenibilità ambientale.

4. Le misure ricordate sono tutte dirette a coniugare il funzionamento del mercato e della libera concorrenza con il rispetto dei diritti sociali, economici e dell'ambiente, evitando la collisione tra obiettivi primari e rilevanti. In tale ottica, la Commissione si è impegnata a procedere ad un'analisi preliminare dell'impatto di ogni proposta legislativa che deve inserirsi e rispettare le due linee-direttrici lungo le quali l'economia sociale di mercato si sostanzia e si sviluppa: i diritti sociali e la salvaguardia dell'ambiente²⁰; che, a loro volta, devono essere elaborate promuovendo il progresso scientifico e tecnologico ed avvalendosi dei risultati da esso raggiunti, così come sancito dall'art. 3, par. 3, TUE.

Pertanto, volendo procedere ad una veloce disamina dell'attuazione delle misure richiamate e, quindi, dei principali risultati, ad oggi, raggiunti, sembra opportuno condurre l'indagine lungo queste linee-direttrici, che hanno assunto nell'agenda programmatica delle istituzioni, segnatamente della Commissione, un carattere trasversale, incidendo, sia pure in modo indiretto e potenziale, in ogni settore²¹. Vanno poi ricordate le misure specificamente indirizzate alle imprese che si aggiungono e si sovrappongono alle altre, creando un sistema molto elaborato ed interessante di economia che cerca di coniugare, ancora non perfettamente, il libero gioco della concorrenza con il rispetto dei diritti sociali ed ambientali, sui quali da tempo si è concentrata l'attenzione dei cittadini europei.

Per quanto concerne la tutela dei diritti sociali, come noto, la Corte di giustizia ha assunto al riguardo un atteggiamento molto altalenante. Così, esprimendosi in casi aventi caratteristiche fattuali molto diverse fra loro, in talune ipotesi ha posto la politica sociale al riparo dalle esigenze libero concorrenziali. In questo senso si è espressa nella sentenza *Albany*, del 1999, nella quale ha, innanzitutto, riconosciuto l'esistenza di potenziali conflitti fra le politiche di concorrenza e le esigenze che soggiacciono alla politica sociale²². Inoltre, ha affermato che gli obiettivi di politica sociale, perseguiti dagli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, sarebbero stati gravemente compromessi se le parti sociali fossero state assoggettate alla disciplina convenzionale in materia di concorrenza²³.

²⁰ È ben evidente che tali preoccupazioni rispecchiano la volontà di perseguire gli obiettivi dell'UE espressi negli articoli 2 e 3 TUE.

²¹ Il par. 3 dell'art. 3 TUE stabilisce che l'economia sociale di mercato fortemente competitiva deve mirare alla piena occupazione e al progresso sociale, migliorare la qualità dell'ambiente e promuovere il progresso scientifico e tecnologico.

²² Sentenza del 2 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*.

²³ Cfr., in particolare, E. CANNIZZARO, *Tecniche di soluzione di conflitti fra politiche dell'Unione: liberismo e solidarismo nel processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 689 ss., ed E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 9 ss.

Viceversa, con le sentenze *Viking*²⁴, *Laval*²⁵, *Rüffert*²⁶ e *Commissione c. Germania*²⁷ – nelle quali sono state portate in esponente le profonde tensioni che si rispecchiano nel quadro normativo relativo alle divergenti condizioni di lavoro fra Stati membri –, la Corte ha fortemente deluso le aspettative di quanti speravano in una *upgradation* dei diritti sociali rispetto a quelli economici. Nello specifico, essa ha sì riconosciuto taluni diritti sociali come diritti fondamentali (ad es. il diritto di intraprendere un’azione collettiva e il diritto di contrattazione collettiva), ma ne ha limitato l’effettività, nell’operazione di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali. Infatti, il giudice di Lussemburgo ha precisato che le restrizioni alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali “possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo”. In altri termini, la Corte ha introdotto un criterio di “equivalenza gerarchica”²⁸ che, di fatto, comprime il pieno godimento dei diritti sociali²⁹.

Il difficile bilanciamento, operato dal giudice dell’UE nelle sentenze citate, ha sollevato vivaci discussioni sulle sue conseguenze per la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati e, più in generale, sulla misura in cui i sindacati possono tutelare i diritti dei lavoratori in situazioni transfrontaliere, nonché sull’adeguatezza delle norme dell’UE a tutela dei diritti dei lavoratori nel contesto della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento. In particolare, parte della dottrina³⁰ ha osservato che, nel bilanciamento, i due diritti (quello sociale e quello della libertà economica) sarebbero posti dapprima sullo stesso piano, sulla base del criterio dell’equivalenza gerarchica, ma poi sarebbe il diritto sociale a subire le più forti compressioni, proprio perché l’azione collettiva è stata configurata come “restrizione” della libertà di stabilimento e, quindi, è ammissibile soltanto qualora sia adeguatamente giustificata.

Numerose critiche hanno riguardato poi la questione delle competenze, giacché è stato affermato che il diritto a regolare l’azione collettiva dei lavoratori e l’autonomia dei loro sindacati rientra nella sfera delle competenze riservate agli Stati membri. E, dunque, sebbene il diritto dell’UE debba essere rispettato anche nell’esercizio di tali competenze, alle istituzioni europee non è concesso di dettare regole al riguardo.

²⁴ Sentenza dell’11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*.

²⁵ Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*.

²⁶ Sentenza del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*.

²⁷ Sentenza del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*.

²⁸ In tal senso le conclusioni dell’Avvocato generale Trsenjak del 14 aprile 2010, *Commissione c. Germania*.

²⁹ In questa scia e, dunque, in un’ottica che non accorda “prevalenza” ai diritti sociali, si colloca altresì la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron*, avente ad oggetto il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di proprietà dell’impresa.

³⁰ Cfr., tra gli altri, M. V. BALLESTREO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, p. 371 ss.

5. Il dibattito che si è sviluppato intorno alle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Germania* ha avuto importanti effetti sia a livello giurisprudenziale sia a livello normativo.

Sotto il primo profilo, va registrata una maggiore apertura della Corte di giustizia verso il riconoscimento delle istanze sociali rispetto a quelle del mercato. In tale scia si ascrivono le sentenze *Santos Palhota* e *Vicoplus*, in materia di distacco intracomunitario dei lavoratori che, quantunque in modo cauto e discreto, segnano un ulteriore passo verso una valutazione più equilibrata dei rapporti in conflitto (diritti sociali/libertà di mercato)³¹. Ancora più incisive le affermazioni del Tribunale dell'UE che, nel 2012, ha introdotto espressamente, tra i parametri di valutazione, i valori dell'economia sociale ed alla luce di essi ha condotto il suo giudizio ed operato un equo bilanciamento tra gli interessi in gioco. Precisamente, esso ha ritenuto che il controllo sugli aiuti di Stato debba riflettere l'evoluzione sia del contenuto delle legislazioni sociali nazionali sia delle pratiche dei rapporti sociali all'interno dei gruppi d'impresa. Infatti, ha dichiarato che "all'interno di un'economia sociale di mercato, un investitore privato accorto non può prescindere, da un lato, dalla sua responsabilità nei confronti di tutti i soggetti interessati dell'impresa e, dall'altro, dall'evoluzione del contesto sociale, economico e ambientale all'interno del quale ne promuove lo sviluppo"³².

Pure, per i riferimenti espliciti all'economia sociale di mercato, vanno segnalate le conclusioni dell'Avvocato generale Villalòn, che, utilizzando il grimaldello fornito dal dettato dell'art. 3, par. 3, TUE, ha ritenuto che, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, "si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le 'esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana'. Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su 'un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale'"³³. Ma, soprattutto, in modo diverso da quanto affermato in precedenza, è stato aggiunto che vi sono ipotesi in cui le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi di interesse generale, che non soltanto giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, quanto non devono essere interpretate restrittivamente. In altri termini, in modo chiaro e dettagliato si è stabilito che il nuovo sistema di diritto primario impone un elevato grado di protezione sociale che autorizza gli Stati mem-

³¹ Sentenze del 7 ottobre 2010, causa 515/08, *Santos Palhota*, e del 10 febbraio 2011, cause riunite da C-307 a 309/09, *Vicoplus*.

³² Sentenza dell'11 settembre 2012, causa T-565/08, *Corsica Ferries France c. Commissione*, punto 82. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet del 15 gennaio 2014, cause C-533 e 536/12 P, *Francia c. Corsica Ferries France*.

³³ Conclusioni del 5 maggio 2010, *Santos Palhota*, punto 51.

bri a porre limiti ad una delle libertà, senza che tale atto sia considerato straordinario e interpretato restrittivamente.

È, però, sotto il profilo normativo che le sentenze hanno avuto maggiore incidenza. Infatti, dal dibattito che esse hanno innescato ed in osservanza a quanto prefissato nei due citati Atti per il mercato unico, sono scaturite due proposte, presentate dalla Commissione il 21 marzo 2012. La prima è relativa al regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (c.d. Monti II)³⁴. La seconda proposta riguarda l'applicazione della direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori³⁵. Entrambe le proposte, elaborate con riferimento al concetto di "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" come sancito dal Trattato di Lisbona, si propongono di conciliare le libertà economiche del mercato unico con i diritti dei lavoratori, alla luce delle citate sentenze della Corte di giustizia.

Nell'ottica della Commissione, le due proposte avrebbero dovuto essere adottate congiuntamente, in quanto un corretto temperamento tra libertà economiche e azione sindacale presuppone un quadro di regole europee chiare e condivise in merito alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori coinvolti nelle dinamiche del mercato interno. Nondimeno, la proposta di regolamento è stata ritirata a seguito della procedura di controllo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (c.d. allarme preventivo). Infatti, l'esecutivo europeo ha ritenuto che tale proposta non avrebbe ottenuto il sostegno politico del Parlamento europeo e del Consiglio necessario per l'adozione, in quanto erano stati presentati ben 12 pareri motivati, per un totale di 19 voti (la soglia prevista è di 18), facendo scattare per la prima volta la procedura del "cartellino giallo". D'altronde, non vanno dimenticate le forti preoccupazioni e le aspre critiche manifestate da taluni settori sociali dopo le sentenze citate. Peraltro, da tempo i sindacati propongono di modificare il Trattato allo scopo di introdurre una clausola che escluda il diritto di sciopero dal suo campo di applicazione (c.d. clausola sul progresso sociale). Tale clausola blinderebbe il diritto di sciopero, così come è disciplinato a livello nazionale, sottraendolo all'incidenza delle norme che disciplinano il mercato unico.

Viceversa, la proposta di direttiva sul distacco dei lavoratori, sia pure lentamente, continua il suo *iter*. Essa contiene un pacchetto di misure di carattere sostanziale (ad es. volte a contrastare l'abuso dello *status* dei lavoratori distaccati per eludere i vincoli normativi ed il ricorso a società fittizie, c.d. *letter box companies*) coniugate con misure meramente procedurali, che dovrebbero contrastare, in modo più efficace, i comportamenti elusivi, da parte delle imprese, delle regole dettate dalla direttiva 96/71 sulle condizioni di lavoro da applicare ai lavoratori distaccati nello Stato ospitante³⁶. Tale problematica è stata altresì affrontata dalla direttiva 2014/54 relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel

³⁴ COM(2012)130 def.

³⁵ COM(2012)131 def. Vedi la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

³⁶ Pure, nell'ambito del potenziamento dei diritti dei lavoratori va annoverata la decisione di esecuzione della Commissione 2012/733/UE, del 26 novembre 2012, che attua il regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la compensazione delle domande e delle offerte di lavoro e la ricostituzione della rete EURES. Con tale atto è stata riformata e migliorata

quadro della libera circolazione dei lavoratori³⁷. La nuova direttiva di applicazione ha l'obiettivo di garantire che le misure di tutela dei diritti dei lavoratori distaccati e quelle dirette ad impedire il *dumping* sociale siano applicate più efficacemente nella pratica. Invero, soprattutto in alcuni settori, come la costruzione e il trasporto merci su strada, le c.d. società di comodo – ovvero, società che non svolgono alcuna attività economica reale nel loro Paese di origine – utilizzano distacchi fittizi per eludere le leggi nazionali in materia di sicurezza sociale e condizioni di lavoro.

6. Passando alla seconda linea-direttrice dell'economia sociale, ovvero alla tutela dell'ambiente, è opportuno segnalare che l'attenzione al problema ambientale che, da alcuni anni a questa parte, influenza le scelte europee nell'elaborazione di ogni politica, è rinvenibile in molte iniziative di grande importanza ed impatto³⁸. In particolare, l'accento è stato posto proprio sul principio dello sviluppo sostenibile e sulla necessità di assicurare un alto livello di protezione ambientale; principi che sono alla base delle discussioni in tema di responsabilità intergenerazionale e di configurabilità di un diritto fondamentale a vivere in un ambiente salubre.

Come già detto, grande enfasi al binomio economia sociale/tutela dell'ambiente è stata conferita dalla Strategia Europa 2020 e dai numerosi atti che sono stati adottati, al fine di perseguire gli obiettivi in essa prefissati.

Così, a titolo esemplificativo, non va dimenticato che le nuove direttive sugli appalti pubblici³⁹, in attuazione di tale Strategia, hanno tra i loro scopi principali quello di contrastare le varie forme di *dumping* sociale e premiare prodotti e processi produttivi innovativi ed ecosostenibili, mediante precisi criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici che ne potenzino l'utilizzo strategico. Più precisamente, è stata introdotta una clausola orizzontale relativa al rispetto della normativa ambientale, ai sensi della quale un'impresa, anche se ha presentato l'offerta più vantaggiosa, può essere esclusa se non rispetta tutti gli obblighi normativi derivanti dalla legislazione ambientale nazionale, europea ed internazionale⁴⁰.

la rete paneuropea dei servizi per l'impiego, al fine di favorire la libera circolazione dei lavoratori e creare un vero mercato europeo del lavoro.

³⁷ Direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, entrata in vigore il 20 maggio.

³⁸ Il primo documento che espressamente riconosce la possibilità di conciliare la tutela del libero mercato con una politica ambientale e sociale è la comunicazione della Commissione, del 27 novembre 1996, Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro, COM(96)583 def., che sottolinea la rilevanza della composizione di istanze di natura strettamente economiche, tipiche del sistema degli appalti pubblici, con quelle ambientali e sociali.

³⁹ V. le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, tutte del 26 febbraio 2014, 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁴⁰ L'art. 62 direttiva 2014/24/UE e l'art. 81 direttiva 2014/25/UE sanciscono che "le amministrazioni aggiudicatrici, quando richiedono la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinati sistemi o di norme di gestione ambientale essi fanno riferimento (...) al sistema dell'Unione di ecogestione e audit (EMAS), o ad altri sistemi di gestione ambientale nella misura in cui sono conformi all'articolo 45 del regolamento CE n. 1221/2009 o ancora ad altre norme di gestione ambientale fondate su norme europee o internazionali in materia, certificate da organismi accreditati".

Inoltre, le nuove direttive promuovono la determinazione dei costi del ciclo di vita che comprende i costi interni, nonché i costi legati a fattori ambientali. Pertanto, quando nei bandi si descrivono tecnicamente i prodotti o servizi che si vuole acquistare, si può richiedere che il processo produttivo non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che siano prodotti/forniti con macchine ad alta efficienza energetica. Grazie al nuovo concetto di “offerta economicamente più vantaggiosa” (MEAT) nella procedura di aggiudicazione, le autorità pubbliche potranno mettere più enfasi su qualità, considerazioni ambientali, aspetti sociali o innovazione, pur tenendo conto del prezzo e dei costi del ciclo di vita dei prodotti o dei servizi. Nelle forniture di beni o servizi e nei contratti di concessione, gli enti pubblici potranno scegliere, quindi, l'offerta che ritengono più adatta, invece di accettare quella più bassa.

Un altro passo importante, per rafforzare il carattere “sostenibile” della crescita, ancora una volta, nel rispetto della Strategia Europa 2020, è stato fatto dalla Commissione con la proposta di modifica della direttiva 2003/96, che ristrutturava il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità⁴¹. La proposta offre l'opportunità di far coincidere gli obiettivi economici con quelli ambientali, lasciando agli Stati membri la facoltà di scegliere se alleggerire o meno la pressione fiscale che grava sul lavoro o sul capitale, optando per una tassazione che promuova comportamenti rispettosi dell'ambiente ed efficienti in termini di consumo energetico e contribuisca a sviluppare una crescita sostenibile e a promuovere un'economia più verde, competitiva ed efficiente sul piano delle risorse.

È, dunque, di palmare evidenza lo sviluppo di una nuova prospettiva che ha spostato il baricentro dalla preminenza delle logiche di mercato e di concorrenza alla salvaguardia dell'ambiente.

7. Non meno importanti, sebbene prive del carattere trasversale, sono le azioni programmate a favore delle imprese, sia nell'ambito della Strategia Europa 2020 sia in attuazione dei due Atti per il mercato interno.

Al riguardo, va ricordata innanzitutto la comunicazione sul finanziamento a lungo termine dell'economia europea⁴², con la quale la Commissione si è proposta di utilizzare tali investimenti per favorire una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva⁴³ e per invertire la tendenza negativa, dettata dal clima d'incertezza creato dalla crisi finanziaria ed economica. Invero, tale crisi ha determinato un aumento dell'avversione al rischio e la preferenza per la liquidità che, sommata alla riduzione della leva finanziaria, ha inciso sulla capacità dell'economia di finanziarsi tramite strumenti a lunga scadenza. A questo corrisponde una riduzione della domanda da

⁴¹ Proposta del 13 aprile 2011, COM(2011)169 def.

⁴² Del 27 marzo 2014, COM(2014)168 def. Il 25 marzo 2013 la Commissione europea aveva adottato un Libro verde sul finanziamento a lungo termine. Il Parlamento europeo ha adottato il 26 febbraio 2014 una risoluzione riguardante il finanziamento a lungo termine dell'economia europea.

⁴³ Specificamente, nella comunicazione l'esecutivo europeo punta su: i) la mobilitazione delle fonti private di finanziamento a lungo termine, ii) il miglioramento dell'utilizzazione dei finanziamenti pubblici, iii) lo sviluppo dei mercati dei capitali, iv) il miglioramento dell'accesso delle PMI ai finanziamenti, v) il modo di attrarre finanziamenti privati nel settore delle infrastrutture e vi) il miglioramento del contesto generale a favore della sostenibilità dei finanziamenti.

parte delle PMI, dei partenariati pubblico-privato e di altri progetti di investimento che necessitano di finanziamenti a lungo termine.

Sul versante delle forme imprenditoriali diverse dalla società di capitali, va registrata una crescente attenzione per le imprese del terzo settore, quantunque la loro disciplina continui ad essere lacunosa, a causa della inadeguata armonizzazione tra le normative nazionali, e di scarsa qualità, a causa di un approccio molto ideologico e poco tecnico⁴⁴. A favore di questo settore, nel 2011, è stata varata l'“Iniziativa per l'imprenditoria sociale”⁴⁵, che ha riconosciuto l'idoneità delle imprese sociali di rendere l'economia europea a misura delle persone e, quindi, a rispondere meglio al modello di “un'economia sociale di mercato”. Tra le misure che si ascrivono in essa va ricordato il regolamento 346/2013 relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale⁴⁶, che ha fissato norme uniformi applicabili ai fondi che raccolgano capitale in tutta l'Unione con la denominazione “EuSEF” e che impongano obblighi corrispondenti ai loro gestori in tutti gli Stati membri. Tali fondi di investimento assicurano finanziamenti alle imprese che inducono cambiamenti sociali, proponendo soluzioni innovative ai problemi sociali, ad esempio favorendo la lotta alle conseguenze sociali della crisi finanziaria. Specificamente, il regolamento ha assicurato l'applicazione diretta dei requisiti qualitativi per l'utilizzo della denominazione “EuSEF” ai gestori di organismi di investimento collettivo che raccolgono capitali utilizzando tale denominazione. Inoltre, ha assicurato condizioni uniformi per l'utilizzo di tale denominazione e per la gestione dei costi, impedendo l'insorgere di requisiti nazionali contrastanti.

In sostanza, l'introduzione di un nuovo “marchio” legato al Fondo europeo per l'imprenditoria sociale consentirà agli investitori di reperire con più facilità i fondi specializzati nel finanziamento di imprese europee a carattere sociale. Specificamente, per ottenere il marchio di “fondo sociale” occorre dimostrare che una quota elevata degli investimenti (pari ad almeno il 70% del capitale versato dagli investitori) sia destinata ad imprese sociali. Infine, una serie di norme uniformi in materia di informativa garantiscono agli investitori informazioni chiare e concrete sulla destinazione degli investimenti.

8. Da quanto sinteticamente detto, è evidente che, all'originario scetticismo che ha accompagnato la nuova formulazione dell'art. 3, par. 3, TUE, si è sostituito un atteggiamento di favore verso i valori dell'economia sociale, ritenuti utile strumento per superare la crisi economico-finanziaria e per riaccendere la fiducia verso il cammino di integrazione europea. Invero, l'importante *revirement* è la conseguenza più palese della crescente consapevolezza che l'ordine economico deve tendere, sì, all'efficienza, ma al contempo prevedere meccanismi di correzione affinché tutti possano trarne benefici.

Così le scelte di politica economica sono sempre più orientate in senso “sociale”; ovvero, sono stati portati in esponente taluni diritti sociali e di tutela ambientale ido-

⁴⁴ E. CUSA, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Torino, 2013.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione, del 25 ottobre 2011, COM(2011)682 def.

⁴⁶ Regolamento (UE) n. 346/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2013.

nei a correggere gli squilibri che un sistema basato sulla sola efficienza di volta in volta provoca.

Il cambiamento è stato reso possibile grazie all'impegno delle istituzioni legislative europee e della Corte di giustizia. Come evidenziato, le prime hanno promosso l'adozione di atti in cui il rapporto tra diritti sociali e mercato, tra tutela dell'ambiente e regole di concorrenza non è di tipo oppositivo. Anzi, si è affermata e consolidata una concezione in cui logica di mercato, realizzazione dei diritti sociali e tutela dell'ambiente si integrano e si coniugano tra loro, senza valenze esclusive⁴⁷.

Pure la Corte di giustizia, lentamente e timidamente, ha accordato sempre più prevalenza ai valori che l'economia sociale di mercato promuove e tutela. Particolarmente significative appaiono a tal proposito le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Kone*, nelle quali ha affermato che la finalità del diritto europeo della concorrenza "non può essere ridotta a consentire alle imprese operanti nel mercato interno un'attività economica il più possibile efficiente in termini di costi. In un'Unione di diritto, la quale si è prefissata di realizzare un'economia sociale di mercato fortemente competitiva (articolo 3, paragrafo 3, TUE), mercati funzionanti, caratterizzati da rapporti di concorrenza non distorti, hanno un valore intrinseco, al di là di tutte le considerazioni in termini di costi/benefici"⁴⁸.

Abstract

Social Market Economy in the European Union

With the entry into force of the Lisbon Treaty and the new wording of Art. 3, para. 3, the social market economy has had a particular meaning for the sustainable development of Europe. This was regarded as a useful way to overcome the economic and financial crisis and to rekindle confidence in the process of European integration. So, the choices of economic policy are increasingly oriented in a 'social' perspective, promoting certain social rights and environmental protection, necessary to correct the imbalances caused by a system based only on efficiency.

After a brief introduction to the economic theory, the paper focuses on two guidelines of social economy: social rights and environmental protection. Special attention is devoted to implication of the new relationship, no longer in opposition, between social rights and the market, between environmental protection and competition rules, and to the transposition in the legislation of the new paradigm.

⁴⁷ In verità, il processo d'integrazione europea ha dimostrato, già da tempo, che il mercato e la stessa "società civile" possono essere luoghi di produzione e di realizzazione dei diritti sociali. In questa scia si colloca, ad esempio, gran parte della strategia europea dell'occupazione che si fonda sul coordinamento tra principi di solidarietà e concorrenza. Sul tema, tra i tanti, v. P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Roma, 2005, p. 150.

⁴⁸ Conclusioni del 30 gennaio 2014, causa C-557/12, *Kone*, punto 66.

Davide Diverio*

Il delicato bilanciamento di valori fra diritti fondamentali, libertà di circolazione e principi generali dell'ordinamento dell'Unione nella disciplina europea delle “comunicazioni commerciali”

SOMMARIO: 1. Il diritto di pubblicità delle attività economiche nell'ambito delle libertà di circolazione del mercato interno. – 2. La codificazione della giurisprudenza della Corte di giustizia: la direttiva sul commercio elettronico e la direttiva relativa ai servizi nel mercato interno. – 3. La disciplina delle “comunicazioni commerciali” nella direttiva relativa ai servizi nel mercato interno. – 4. L'adeguato recepimento di una direttiva da parte degli Stati membri. – 5. *Segue*: l'attuazione di una direttiva che detti un'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali. – 6. *Segue*: l'attuazione di una direttiva che detti un'armonizzazione non esaustiva delle legislazioni nazionali. – 7. Il recepimento dell'art. 24 della direttiva relativa ai servizi nel mercato interno: alla ricerca di un delicato equilibrio di valori. – 8. *Segue*: il rilievo da attribuire alla tutela della libertà di espressione. – 9. La recente giurisprudenza europea in tema di limiti alla pubblicità delle attività economiche. – 10. Il regime delle “comunicazioni commerciali” nell'ordinamento italiano. – 11. Considerazioni conclusive.

1. Il diritto dell'operatore economico di trasmettere informazioni sulla propria attività e, dunque, di svolgere atti di promozione intorno a essa deve ritenersi incluso nell'ambito di applicazione delle norme del TFUE sulla libera prestazione dei servizi¹ e, più in generale, sulle libertà economiche di circolazione.

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

¹ Nella vasta dottrina sulla libera circolazione dei servizi, si vedano, *ex multis*, V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012; ID., *The Court's Approach to Services (2006-2012): from Case Law to Case Load?*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 459 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 541 ss.; R. CISOTTA, M. LUGATO, *Commento agli artt. 56-57 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 747 ss.

Riguardo a tale diritto hanno assunto rilievo, in un primo tempo, le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione delle merci², rispetto alle quali la Corte di giustizia ha valutato la compatibilità comunitaria di alcune discipline nazionali limitative della pubblicità. Pur non condizionando direttamente lo scambio di merci, i giudici di Lussemburgo hanno infatti affermato che “una normativa nazionale che limiti o vieti determinate forme di pubblicità e determinati mezzi di promozione delle vendite può essere idonea (...) a restringere il volume delle stesse incidendo sulle possibilità di distribuzione dei prodotti importati”³.

Nei confronti di un divieto olandese di offrire o consegnare a fini promozionali omaggi che non avessero un nesso di affinità o di uso con il prodotto acquistato⁴, la Corte di giustizia aveva infatti riconosciuto che l’operatore economico poteva essere di fatto “costretto ad adottare diversi sistemi di pubblicità o di promozione delle vendite a seconda degli Stati membri in cui si svolge la sua attività, ovvero a rinunciare ad un sistema da lui ritenuto particolarmente efficace”⁵. Su tali basi si era così dichiarata l’evidente rilevanza, per le norme sulla libera circolazione delle merci, delle normative nazionali relative alla pubblicità e alla promozione dei prodotti⁶.

L’approccio della Corte di giustizia è poi mutato in seguito alla sentenza resa nel noto caso *Keck e Mithouard*⁷. Con essa, i giudici dell’Unione hanno sancito in via generale l’inapplicabilità delle norme del Trattato sulla libera circolazione delle merci ai regimi nazionali sulle modalità di vendita dei prodotti, riservando la loro operatività alle sole disposizioni interne relative ai prodotti in sé come, ad esempio, quelle aventi ad oggetto il processo di loro fabbricazione⁸. Nelle sentenze successive, la Corte ha incluso le normative nazionali che limitassero la pubblicità della vendita di determinati beni fra le normative sulla commercializzazione delle merci. Assimilandole per tale via alle modalità di vendita di cui alla giurisprudenza *Keck e Mithouard*, essa ha perciò applicato loro i parametri di legittimità comunitaria ivi elaborati. Ne sono risultate, nella maggioranza dei casi, dichiarazioni di compatibilità con la libera circolazione delle merci per quelle normative interne che si applicassero in maniera indistinta a tutti gli operatori interessati e che non incidessero in modo diverso sui prodotti provenienti da altri Stati membri rispetto a quelli nazionali⁹.

² Sulla libera circolazione delle merci, per tutti, L. SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, III ed., p. 1 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, II ed., p. 43 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1982, causa 286/81, *Oosthoek’s*, punto 15.

⁴ Tale eccezione aveva poi convinto la Corte di giustizia a ritenere la normativa olandese giustificata e proporzionata rispetto alle esigenze imperative della tutela dei consumatori e della lealtà dei negozi commerciali (sentenza *Oosthoek’s*, punto 20).

⁵ *Ivi*, punto 15.

⁶ Fra le pronunce successive, *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 7 marzo 1990, causa C-362/88, *GB-INNO-BM*, punto 7, e del 25 luglio 1991, cause riunite C-1/90 e C-176/90, *Aragonesa*, punto 10.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*. Nella sconfinata dottrina, per tutti, M. C. BARUFFI, *Il divieto di rivendita sottocosto e la nuova giurisprudenza della Corte di giustizia: il caso Keck e Mithouard*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 91 ss.

⁸ Si rinvia a G. TESAURO, *op. cit.*, p. 411 ss.

⁹ Si vedano, ad es., le sentenze della Corte di giustizia del 9 febbraio 1995, causa C-412/93, *Leclerc-Siplec*, e del 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/96, *De Agostini*.

In alcune sentenze, tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che, avendo influenza in particolar modo sulla commercializzazione delle merci importate da altri Stati membri e dunque non soddisfacendo uno dei parametri della giurisprudenza *Keck* e *Mithouard*, le normative che restringessero la pubblicità di tali beni fossero in contrasto con le disposizioni comunitarie sulla libera circolazione delle merci. In particolare, rispetto a una disciplina svedese di divieto di diffusione di messaggi pubblicitari per le bevande alcoliche, la Corte ha osservato che per i prodotti, come appunto le bevande alcoliche, “il cui consumo è legato sia a prassi sociali tradizionali sia ad abitudini e usi locali, un divieto di qualsiasi pubblicità diretta ai consumatori tramite annunci nella stampa, alla radio e alla televisione, tramite invio diretto di materiale non richiesto o tramite cartelloni pubblicitari, è tale da ostacolare l’accesso al mercato per i prodotti originari di altri Stati membri più che per i prodotti nazionali, con i quali il consumatore ha naturalmente una maggiore familiarità”¹⁰.

Le valutazioni operate in tali pronunce sono state ben presto estese anche all’ambito della libera prestazione dei servizi, applicandosi così alle disposizioni degli Stati membri che avessero un’incidenza limitativa sulla promozione di un’attività economica e non più soltanto a quelle con un tale effetto sulla pubblicità di una data merce.

Per il vero, già nell’ambito di quella giurisprudenza relativa alle merci, il tenore delle conclusioni degli Avvocati generali era molto chiaro nel senso di attribuire un ruolo fondamentale alla pubblicità rispetto all’insieme delle libertà economiche previste dal Trattato. L’Avvocato generale Jacobs, ad esempio, aveva sostenuto che le misure nazionali che vietino o limitino severamente la pubblicità “impediscono la compenetrazione dei mercati e sono contrarie allo stesso concetto di mercato unico”¹¹, qualificando di conseguenza la libertà di fare pubblicità alla stregua di “un corollario essenziale delle libertà fondamentali istituite dal Trattato”¹². Che l’impatto di tali normative nazionali dovesse, presto o tardi, riguardare anche la libera prestazione dei servizi nel mercato comunitario era stato del resto già evocato, seppure quasi in forma di *obiter dictum*, anche dall’Avvocato generale Tesauro nella causa *Hünernund*¹³. In quell’occasione, in cui si discuteva sul solo piano della libera circolazione delle merci della legittimità comunitaria di un divieto di pubblicizzare prodotti parafarmaceutici al di fuori delle farmacie, l’Avvocato generale aveva infatti affermato che “a ben vedere, tuttavia, si tratta di vincoli inerenti piuttosto ai

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia dell’8 marzo 2001, causa C-405/98, *Gourmet International Products*, punto 21. In tale pronuncia, tuttavia, la Corte ha ritenuto in linea di principio giustificata la restrizione all’attuale art. 34 TFUE, demandando al giudice del rinvio il giudizio definitivo sul rispetto del principio di proporzionalità. Più di recente, si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, causa C-239/02, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV e a.*

¹¹ Conclusioni del 24 novembre 1994, causa C-412/93, *Leclerc-Siplec*, punto 21.

¹² *Ivi*, punto 22.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1993, causa C-292/92, *Hünernund e a.* Sul punto, in dottrina, M. TODINO, T. LÜDER, *La jurisprudence “Keck” en matière de publicité: vers un marché unique inachevé?*, in *Revue du marché unique européen*, 1995, p. 171 ss., spec. p. 181; F. PICOD, *La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d’entraves aux échanges*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1998, p. 171 ss., spec. p. 176.

servizi ed allo stabilimento”, concludendo poi per la loro irrilevanza collocandosi la causa nell’ambito di una situazione puramente interna¹⁴.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia le disposizioni degli Stati membri relative alla pubblicità iniziano così a essere vagliate (anche) alla luce delle norme del Trattato sulla libera circolazione dei servizi. Va, peraltro, sottolineato come questo accada da due prospettive visuali differenti. Da un lato, vi sono casi in cui è di fatto impossibile distinguere la promozione di un servizio dal servizio stesso che viene pubblicizzato, come quando esso è prestato a distanza senza che il destinatario l’abbia previamente richiesto. In questa ipotesi, vietare o rendere difficile la promozione del servizio conduce, di fatto, a impedire la fornitura del servizio stesso che, nella sostanza, coincide con l’attività (come ad esempio una telefonata) volta alla sua promozione¹⁵.

Dall’altro lato, l’attività volta a pubblicizzare un dato servizio, senza fondersi con l’attività economica di volta in volta pubblicizzata, viene considerata funzionale e prodromica a quello. In questa situazione, di gran lunga la più frequente, i regimi degli Stati membri che vietino o creino ostacoli alla pubblicità di un servizio rilevano ai sensi dell’art. 56 ss. TFUE perché privano un operatore economico di strumenti idonei all’accesso a un mercato nazionale¹⁶.

È venuto così in rilievo, ad esempio, il divieto posto dalla legislazione italiana di pubblicizzare sulle reti televisive nazionali i trattamenti medico-chirurgici di tipo estetico¹⁷. Applicando la propria consolidata giurisprudenza sulle misure nazionali indistintamente applicabili contrarie alla circolazione dei servizi e al diritto di stabilimento¹⁸, la Corte di giustizia ha considerato una tale previsione astrattamente incompatibile con le libertà economiche in parola perché idonea a rendere più difficile l’accesso degli operatori interessati al mercato italiano di quei servizi. Come ben evidenziato dall’Avvocato generale Bot, tale divieto privava infatti una società di uno Stato membro diverso dall’Italia “della possibilità di utilizzare un mezzo di informazione particolarmente efficace per far conoscere all’insieme del pubblico italiano i trattamenti medici e chirurgici di tipo estetico offerti dalle sue numerose

¹⁴ Conclusioni del 27 ottobre 1993, causa C-292/92, *Hünernund e a.*, punto 27.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments*.

¹⁶ In alcune pronunce la Corte di giustizia applica però contestualmente sia le norme sulla libera circolazione delle merci sia quelle sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi. Qualora l’attività promozionale riguardata abbia a oggetto un dato prodotto, il regime nazionale ha, evidentemente, un’immediata influenza (di ordine negativo) sulla libera circolazione di tale merce. Limitando la possibilità di diramare annunci commerciali, tuttavia, quel regime può anche incidere, ad esempio, sul diritto delle società editrici di offrire ai potenziali inserzionisti spazi pubblicitari nelle loro pubblicazioni. Non soltanto, dunque, i produttori e i venditori della specifica merce oggetto del divieto (o della limitazione) di promozione ma anche coloro che operano esclusivamente nel mercato della comunicazione e della pubblicità possono essere colpiti da una siffatta disciplina nazionale; da qui la potenziale applicabilità di più libertà economiche di circolazione alla medesima fattispecie. In tal senso, la sentenza *Gourmet International Products*.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-500/06, *Corporación Dermoeástica*. Più recentemente, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2013, causa C-526/11, *IVD & Co.*

¹⁸ Si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, e del 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a.*, punto 85.

filiali in Italia”¹⁹. La Corte ha quindi verificato che la normativa *de qua*, oltre a non essere discriminatoria, fosse giustificata da ragioni imperative di interesse generale, idonea al conseguimento di tali obiettivi e proporzionata rispetto a essi²⁰. Pur riconoscendola sorretta dalla finalità di tutelare la salute dei destinatari di tali particolari servizi, essa l’ha giudicata inidonea a perseguire il citato obiettivo perché, di fatto, incoerente. Il divieto in parola era infatti limitato alle sole reti televisive nazionali, consentendo così tale attività promozionale sulle reti televisive locali.

2. Sulla base della evocata giurisprudenza, costituisce principio pacifico che limitare e, a maggior ragione, vietare la pubblicità di una data attività economica dia luogo, salvo giustificazioni, alla violazione delle norme del TFUE sul mercato interno.

Il legislatore dell’Unione ha progressivamente codificato tale principio, adottando una disciplina generale per le cosiddette “comunicazioni commerciali” nel quadro della libera prestazione dei servizi e, in senso più ampio, del libero esplicarsi delle attività economiche autonome. Tale disciplina è rappresentata dalla direttiva 2000/31/CE, nota come “direttiva sul commercio elettronico”²¹, e dalla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, meglio conosciuta come “direttiva *Bolkestein*”²². Entrambe le direttive offrono, nella sostanza, la medesima definizione di “comunicazione commerciale”, individuata come “qualsiasi forma di comunicazione destinata a promuovere, direttamente o indirettamente, beni, servizi o l’immagine di un’impresa, di un’organizzazione o di una persona che svolge un’attività commerciale, industriale o artigianale o che esercita una professione regolamentata”²³.

Accanto alle citate direttive, l’ordinamento dell’Unione presenta ulteriori atti destinati a disciplinare aspetti più specifici della pubblicità, contribuendo a creare un complesso sistema di disposizioni che può apparire, a prima vista, poco omogeneo.

Vengono in rilievo, in particolare, le norme adottate in tema di politiche commerciali sleali fra imprese e consumatori e, dunque, da ultima la direttiva 2005/29/

¹⁹ Conclusioni del 31 gennaio 2008, causa C-500/06, *Corporación Dermoesética*, punto 89.

²⁰ Si rinvia, ad es., alle sentenze della Corte di giustizia del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, punto 37, e del 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Gambelli*, punti 64-65.

²¹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Per un commento, *ex multis*, V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico, in Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2000, p. 849 ss.; U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico*, Milano, 2005, p. 59 ss.

²² Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. In dottrina, *ex multis*, R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1880 ss.; A. PRETO, *La direttiva 2006/123/CE: dal principio del Paese d’origine alla libera prestazione dei servizi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 886 ss.; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2010, III ed., p. 348 ss. e p. 403 ss.

²³ Così, testualmente, l’art. 4, par. 12, della direttiva 2006/123/CE. In modo quasi del tutto identico si esprime l’art. 2, lett. f), della direttiva 2000/31/CE. Ambedue gli atti affermano che non costituiscono comunicazioni commerciali le informazioni che permettono l’accesso diretto all’attività dell’impresa, dell’organizzazione o della persona (come, in particolare, “un nome di dominio o un indirizzo di posta elettronica”) e le comunicazioni relative a beni, a servizi o all’immagine dell’operatore economico che siano state elaborate in modo indipendente, in particolare se fornite senza corrispettivo economico.

CE²⁴. Esplicitamente adottata al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori, essa realizza una “armonizzazione completa” delle norme relative alle pratiche commerciali sleali, compresa, ai nostri fini, anche la pubblicità sleale dei professionisti nei confronti dei consumatori, in quanto lesiva dei loro interessi economici²⁵. Si tratta, tuttavia, di misure volte a impedire che l’operatore economico ponga in essere talune condotte specifiche, quali, appunto, le pratiche commerciali sleali. In queste pratiche confluiscono infatti anche gli atti di promozione e di pubblicità qualificabili come “ingannevoli” o “aggressivi” e, come tali, vietati dalla normativa europea. L’apparente difficoltà di coordinamento dei differenti sistemi normativi si risolve perciò considerando che si è qui nell’ambito di regimi di carattere speciale che non disciplinano la comunicazione commerciale in sé ma che si occupano di siffatta comunicazione quando la stessa assuma peculiari profili di slealtà tali da ostacolare l’efficace costruzione del mercato interno. In altri termini, il *corpus* di norme dell’Unione dedicato alla protezione del consumatore completa la disciplina generale sulle comunicazioni commerciali, venendo in rilievo ogniqualvolta per le sue specifiche modalità una comunicazione commerciale assuma una valenza ingannevole per il consumatore²⁶.

Rispetto alle professioni regolamentate, attività economiche con il più ovvio e rilevante impatto sulle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui al TFUE, la direttiva sul commercio elettronico e la direttiva *Bolkestein* pongono di fatto un’unica disciplina in materia di comunicazioni commerciali²⁷.

²⁴ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (direttiva sulle pratiche commerciali sleali). L’ordinamento italiano si è adeguato alla direttiva 2005/29/CE, in linea generale e con riferimento ai rapporti fra impresa e consumatori, con il d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 146, di modifica del c.d. “Codice del Consumo” (d.lgs. del 6 settembre 2005, n. 206), e, per ciò che concerne la disciplina della pubblicità ingannevole fra professionisti, con il d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 145.

²⁵ Così, la recente sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013, causa C-59/12, *BKK Mobil Oil*, punto 34.

²⁶ Circa il rapporto sussistente fra la direttiva 2000/31/CE e le disposizioni di diritto derivato adottate in tema di pubblicità ingannevole e di tutela, in questo caso, dei professionisti (attuata con la direttiva 2006/114/CE), si veda la sentenza della Corte di giustizia dell’11 luglio 2013, causa C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology*.

²⁷ Le modalità con cui l’ordinamento italiano ha attuato le citate direttive confermano la complementarietà fra le discipline da queste previste. L’art. 34 del d.lgs. n. 59/2010, di recepimento della direttiva *Bolkestein*, fa espressamente salvo quanto previsto dall’art. 10 del d.lgs. n. 70/2003, di attuazione della direttiva sul commercio elettronico, che continua così a essere interamente applicabile insieme al regime generale di cui al d.lgs. n. 59/2010. Anche la disciplina italiana in discorso, quindi, seppure contenuta in due decreti legislativi distinti, si presenta unica nella sostanza, senza distinguere, in linea del resto con l’ordinamento europeo, fra una comunicazione commerciale effettuata nel quadro del commercio elettronico e quella, per dir così, tradizionale. Sulla circostanza che, in linea di principio, il regime generale sulle comunicazioni commerciali si applichi anche alla pubblicità prestata tramite internet vi è un orientamento pacifico in dottrina: si vedano, *ex multis*, V. ZENO ZENCOVICH, *La pubblicità nei servizi di telecomunicazione*, in *Annali italiani del diritto d’autore*, 1986, p. 256 ss.; A. STAZI, *La pubblicità commerciale* on line, Milano, 2004, p. 35 ss. Negli stessi termini si è inequivocabilmente espressa anche l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (si veda, ad esempio, il provv. n. 5019/1997, *Lloyd 1885*). L’ordinamento italiano si era peraltro adeguato al principio

La prima prevede che, per il limitato ambito di applicazione delle comunicazioni commerciali delle società dell’informazione, queste possano avvenire soltanto se conformi alle di volta in volta pertinenti regole professionali “relative, in particolare, all’indipendenza, alla dignità, all’onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi”²⁸. La direttiva *Bolkestein*, d’altra parte, sancisce in linea generale un pieno diritto di comunicazione commerciale che deve tuttavia in concreto esercitarsi salvaguardando i medesimi (o quasi) valori di indipendenza, di dignità e di integrità delle professioni richiamati dalla direttiva sul commercio elettronico. Rispetto alla direttiva sul commercio elettronico, tale atto aggiunge poi che le regole professionali volte a tutelare i citati valori devono essere “non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate”²⁹, collocandosi in una linea di piena coerenza con la giurisprudenza della Corte in tema di misure indistintamente applicabili contrarie alle libertà economiche del mercato interno³⁰.

Se è vero che le citate direttive pongono un’organica disciplina delle comunicazioni commerciali nell’ambito delle professioni regolamentate, occorre tuttavia precisare che dall’ambito di applicazione di tali atti è esclusa in linea di principio l’ampia e rilevante categoria delle professioni mediche. Queste ultime, in effetti, da un lato non possono essere incluse nella nozione di “servizi della società dell’informazione” ai sensi dell’art. 2, lett. a), della direttiva sul commercio elettronico. Dall’altro lato, esse sono espressamente estranee anche alla disciplina di carattere generale dettata dalla direttiva sui servizi nel mercato interno che dichiara di non applicarsi ai “servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento (...) e dalla loro natura pubblica o privata”³¹. Come ricordato, e come del resto è implicitamente già emerso dall’analisi di alcuni casi aventi a oggetto proprio la promozione commerciale di attività mediche, le direttive in parola costituiscono tuttavia la codificazione della consolidata giurisprudenza europea in tema di libertà economiche di circolazione e pubblicità. Ciò significa, in definitiva, che anche la promozione commerciale delle attività mediche è sottoposta all’operare delle pertinenti disposizioni del TFUE sul mercato interno le quali dettano, nella sostanza, la medesima disciplina posta in via generale dalla direttiva *Bolkestein*. Le direttive adottate al fine di agevolare l’accesso alle attività economiche e il loro esercizio hanno del resto il mero intento di facilitare il raggiungimento degli obiettivi posti dalle norme di riferimento in materia di libertà

della piena libertà di fornire comunicazioni commerciali già prima del recepimento della direttiva *Bolkestein* con l’art. 2, par. 1, lett. a), del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (il cosiddetto “Decreto Bersani”, convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248), fatto espressamente salvo, infatti, dall’art. 34 del d.lgs. n. 59/2010.

²⁸ Art. 8, par. 1, direttiva 2000/31/CE.

²⁹ Art. 24, par. 2, direttiva 2006/123/CE.

³⁰ *Ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, punto 42, e del 1° giugno 2010, cause riunite C-570 e 571/07, *Blanco Pérez*, punto 61.

³¹ In questi termini si esprime espressamente l’art. 2, par. 2, lett. f), della direttiva *de qua*. Sul punto, si veda la sentenza della Corte di giustizia dell’11 luglio 2013, causa C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Fermabel)*, punto 34 ss.

di circolazione. Laddove non siano state emanate specifiche direttive per una data attività economica ovvero quelle esistenti non concernano, in tutto o in parte, tale attività a quest'ultima, in quanto attività economica prestata dietro retribuzione, resta interamente applicabile la disciplina di diritto primario qui rappresentata dalle norme in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi³².

3. La disciplina dettata dalla direttiva 2006/123/CE, che ben potremmo qualificare, seppure con le evidenziate avvertenze, come la disciplina generale in materia, appare soltanto a prima vista lineare e di facile applicazione. L'art. 24, par. 1, sancisce in maniera chiara l'obbligo per gli Stati membri di sopprimere nei loro ordinamenti "tutti i divieti totali in materia di comunicazioni commerciali per le professioni regolamentate". Non pare di difficile interpretazione neppure l'affermazione successiva, secondo cui le comunicazioni commerciali restano comunque soggette alle regole professionali, a loro volta conformi al diritto dell'Unione, affinché vengano salvaguardate precipue peculiarità della professione di volta in volta interessata. Si ammette così, per il vero in modo implicito, che la libertà di comunicazione commerciale possa essere limitata attraverso l'operare delle citate regole professionali che garantiscano speciali esigenze deontologiche quali l'indipendenza, la dignità, l'integrità della professione ed il segreto professionale. Si tratta dei medesimi valori che, anche nel differente contesto del diritto della concorrenza³³, la Corte di giustizia ha costantemente riconosciuto idonei a giustificare deroghe all'applicazione di norme fondamentali del Trattato nell'ambito delle discipline nazionali delle professioni regolamentate. Infine, l'art. 24, par. 2, reca una sorta di clausola di chiusura rammentando agli Stati membri che le regole professionali di cui si tratta "sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate".

L'applicazione del descritto regime determina tuttavia alcune criticità di ordine pratico. Lo dimostra la causa relativa al divieto, posto dalla legislazione francese ai dottori commercialisti e agli esperti contabili, di praticare il cosiddetto *démarchage*, ovverosia l'offerta personalizzata di servizi a un potenziale cliente che non l'abbia previamente richiesta³⁴. Questione preliminare è quella di includere o meno il *démarchage* fra le "comunicazioni commerciali" di cui alla direttiva, considerato

³² Per analogia, si rinvia, fra gli altri, all'ambito degli appalti pubblici, con riferimento al trattamento delle concessioni di servizi e degli appalti "sotto soglia", direttamente disciplinati dagli articoli 49 e 56 ss. TFUE (rispettivamente, per tutte, sentenza della Corte di giustizia del 21 aprile 2005, causa C-231/03, *Coname*, punto 16; Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive "appalti pubblici", del 1° agosto 2006), e a quello del riconoscimento delle qualifiche professionali (sul quale, *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 1977, causa 11/77, *Patrick*, punti 14-17; in dottrina, per tutti, G. TESAURO, *op. cit.*, p. 507 ss.).

³³ Si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 19 gennaio 1988, causa 292/86, *Gullung*, punto 29, e del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a.*, punti 100-102. In dottrina, per tutti, E. BERGAMINI, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, 2005, p. 157 ss.; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario*, Napoli, 2005, p. 143 ss.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2011, causa C-119/09, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*. Per un commento, V. MICHEL, *Première interprétation de la directive services: il est interdit d'interdire totalement le démarchage*, in *Europe*, juin 2011, p. 22 ss.

che esso non costituisce una forma di pubblicità classica. Risolvendosi pur sempre in una comunicazione, per quanto *ad personam*, tra il prestatore e il potenziale cliente, la Corte ha ritenuto di poter qualificare tale prassi come “marketing diretto”³⁵ e, per tale via, di ritenerla compresa nella nozione di “comunicazione commerciale”.

Perplessità maggiori solleva il quesito se la normativa francese disponga un divieto assoluto di effettuare comunicazioni commerciali e sia dunque contraria alla previsione generale *ex art. 24, par. 1*, della direttiva, ovvero debba invece essere inclusa fra le regole professionali, di cui al successivo *par. 2*, consentite dal legislatore dell’Unione purché rispettose di determinati requisiti. Sul punto, l’opinione della Corte di giustizia diverge da quella espressa dall’Avvocato generale Mazák. La prima ritiene che si tratti senz’altro di un divieto totale di svolgere attività di comunicazione commerciale. Il secondo, invece, afferma che il *démarchage* costituisce una peculiare modalità – vietata – di farsi pubblicità. Il regime francese in causa non vieterebbe cioè totalmente a tali soggetti di effettuare comunicazioni commerciali impedendo soltanto di ricorrere al *marketing* diretto; e ciò per preservare l’indipendenza, la dignità e l’integrità della professione. Qualora, come ritenuto dall’Avvocato generale, la normativa interna si presentasse non discriminatoria, sorretta da esigenze imperative di interesse generale e proporzionata, essa dovrebbe ritenersi legittima per l’ordinamento dell’Unione in virtù dell’*art. 24, par. 2*. A conclusioni opposte si giungerebbe invece ove si reputasse che il regime francese in questione integri un divieto totale di comunicazione commerciale. In tal caso, infatti, l’*art. 24, par. 1*, osterebbe in linea generale e senza possibilità di deroga alcuna al divieto di *démarchage*. Ed è infatti su queste ultime basi che la Corte ha giudicato tale normativa interna “incompatibile con la direttiva 2006/123 e non (...) giustificata in forza dell’*art. 24, par. 2*, di quest’ultima, anche se essa è non discriminatoria, fondata su un motivo imperativo di interesse generale e proporzionata”³⁶.

4. Le difficoltà applicative della disciplina europea sulle comunicazioni commerciali vanno tuttavia al di là delle specifiche questioni emerse di fronte alla Corte di giustizia nel caso relativo al divieto francese del *démarchage*, investendo il tema più generale della corretta attuazione di una direttiva da parte degli Stati membri³⁷.

Come noto, il recepimento di una direttiva costituisce atto complesso e potenzialmente mai uguale a se stesso avuto riguardo, essenzialmente, al contenuto specifico della direttiva da attuare così come al modo di essere dell’ordinamento dello Stato membro nel momento in cui esso è chiamato a tale operazione di recepimento. Sul punto la giurisprudenza della Corte di giustizia è intervenuta in maniera inequivoca fissando alcune coordinate imprescindibili per la valutazione del corretto adempimento dell’obbligo di attuazione di una direttiva. In linea generale e, per dir così, preliminare è così chiaro che il recepimento della direttiva debba avvenire con atti aventi forza di legge, non essendo sufficiente a tal fine il ricorso a mere prassi amministrative o a circolari “per loro natura modificabili a piacimento dell’ammi-

³⁵ Sentenza *Société fiduciaire nationale d’expertise comptable*, punto 38.

³⁶ *Ivi*, punto 45.

³⁷ Sul punto, per tutti, F. POCAR, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2010, XI ed., p. 272 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione europea, Parte istituzionale*, Torino, 2013, VI ed., p. 278 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 169 ss.

nistrazione e prive di adeguata pubblicità”³⁸. Ancora, la Corte ha precisato che il soggetto tenuto all’attuazione della direttiva nell’ordinamento dello Stato dovrebbe emanare atti dalla portata equivalente a quelli che, sul piano interno, sarebbero stati adottati per raggiungere gli obiettivi fissati dalla direttiva³⁹. Infine, essa ha ammesso soltanto in via eccezionale che lo Stato membro possa omettere una specifica attuazione della direttiva qualora il suo ordinamento sia già conforme a tale atto⁴⁰.

Con specifico riferimento al contenuto dell’obbligo di attuazione di una direttiva, e dunque alle scelte cui è chiamata l’autorità nazionale per assicurare il pieno adempimento dell’obbligo di risultato tipicamente posto dalla direttiva⁴¹, va innanzitutto evidenziato come esse non vengano in rilievo nelle ipotesi, in linea di principio eccezionali, in cui le direttive adottate siano “dettagliate” o “particolareggiate”. In tali casi, infatti, è la direttiva stessa a non lasciare spazio ad autonome scelte discrezionali degli Stati membri provvedendo direttamente a dettare in maniera compiuta la specifica disciplina che si intende imporre, quasi si trattasse di un regolamento, all’interno degli ordinamenti degli Stati membri⁴².

Il tema assume invece specifico rilievo qualora la direttiva proceda esclusivamente, come del resto sarebbe più consono a tale atto legislativo, all’armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri. La prassi si presenta alquanto variegata e non è dunque possibile, in questa sede, se non tratteggiare alcune linee ricostruttive di tenore generale limitando le nostre considerazioni ad alcune fra le numerose direttive adottate, *ex* (attuale) art. 114 TFUE, in vista del completamento del mercato interno.

5. Occorre, innanzitutto, evidenziare come sia necessario tenere in debito conto l’intensità della portata armonizzatrice della direttiva di volta in volta da attuare. Qualora essa operi una armonizzazione completa delle pertinenti disposizioni degli Stati membri, nell’ambito riguardato dalla direttiva questi ultimi non possono in linea di principio legiferare in maniera difforme rispetto alle previsioni che la direttiva stessa definisce, neppure se ciò accade in vista del raggiungimento di un livello superiore di tutela del medesimo interesse oggetto di protezione da parte del legislatore europeo.

Va peraltro sottolineato come, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, un tale livello di armonizzazione non possa mai dirsi presunto “in assenza di una volontà chiaramente espressa in tal senso dal legislatore dell’Unione europea”⁴³. In linea generale, e salve alcune indicazioni apparentemente poco coerenti che la stessa giurisprudenza europea ha fornito, seppure in ambiti ben particolari come quello della tutela dei marchi⁴⁴, una penetrante limitazione della discrezionalità degli Stati

³⁸ Così, ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1991, causa C-306/89, *Commissione c. Grecia*, punti 18-20. In dottrina, F. POCAR, *op. cit.*, pp. 274-275.

³⁹ Sul punto, si rinvia a R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁴⁰ In merito, si vedano G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 281 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁴¹ Così G. TESAURO, *op. cit.*, p. 143.

⁴² Sulla legittimità di tale prassi, per tutti, si veda U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 281.

⁴³ In questi termini, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 2013, causa C-577/11, *DKV Belgium*, punto 22.

⁴⁴ Sul punto, si veda, ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2013, causa C-320/12, *Malaysia Dairy Industries Pte.*, punto 27. Con riferimento alla direttiva 2008/95/CE del Parlamento

membri deve cioè ricavarsi in maniera inequivoca dal dettato della stessa direttiva da attuare. È ciò che si verifica, in maniera alquanto chiara, con riferimento alla tutela dei consumatori in materia di disciplina della pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori assicurata dalla già citata direttiva 2005/29/CE. Ne derivano due rilevanti implicazioni.

Da un lato, in un contesto del genere la legittimità europea dell'intervento di attuazione dello Stato membro va vagliata alla luce delle sole disposizioni della direttiva e non già del diritto primario (cui, come è chiaro, la direttiva provvede a dare esecuzione)⁴⁵.

Dall'altro lato, resta pur vero che la direttiva stessa potrebbe consentire un'autonoma sfera di intervento del legislatore dello Stato membro. Vengono in linea di conto almeno due differenti contesti. In primo luogo, la direttiva può prevedere che l'armonizzazione completa che essa realizza possa essere limitata soltanto ad alcuni degli aspetti del regime che essa detta. Si pensi, ancora nell'ambito della direttiva 2005/29/CE, all'esplicita affermazione secondo cui, in merito ai “servizi finanziari” di cui alla direttiva 2002/65/CE, “gli Stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza”⁴⁶. La *ratio* di tale previsione emerge evidente dal 9° ‘considerando’ della direttiva dove si legge che per i servizi finanziari, come pure per i beni immobili, “tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti”, gli Stati membri possono andare oltre le prescrizioni della direttiva stessa al fine di assicurare una tutela rafforzata agli interessi economici dei consumatori. Vale la pena evidenziare come l'ambito di discrezionalità riconosciuto in capo allo Stato sia tuttavia circoscritto sia perché la sua azione deve in ogni caso tendere alla tutela, *rectius* a una migliore tutela, del medesimo interesse che la direttiva mira a salvaguardare; sia perché, come anticipato, l'esercizio di tale discrezionalità resta comunque soggetto ai vincoli derivanti direttamente dalle norme del Trattato (in questo caso dalle sue previsioni in tema di libertà di circolazione).

In secondo luogo, in un contesto evidentemente del tutto simile ma in una prospettiva per dir così rovesciata rispetto a quella precedente, la direttiva può consentire un intervento discrezionale dello Stato non già al fine di adottare norme più dettagliate ma, al contrario, perché esso possa sottrarre specifiche fattispecie all'ambito di applicazione della direttiva. Si allude alla possibilità, non rara, che la direttiva preveda espressamente talune deroghe ai divieti che essa detta consentendo allo Stato destinatario della stessa di rendere inoperante la disciplina europea rispetto a fattispecie specifiche.

europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che, per quanto tale direttiva non preveda espressamente un'armonizzazione completa delle norme nazionali, essa determina “un'armonizzazione relativa a norme sostanziali che rivestono un'importanza fondamentale in materia” (punto 27), non escludendo così *a priori* un conseguente possibile ravvicinamento completo delle legislazioni nazionali.

⁴⁵ Si rinvia, per tutte, alle sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 1977, causa 5/77, *Tedeschi*, punto 35, e del 30 aprile 2009, causa C-132/08, *Lidl Magyarorszá*g, punto 42.

⁴⁶ In questi termini recita l'art. 3, par. 9, della direttiva. Sul punto, sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, causa C-265/12, *Citroën Belux*, punto 31 ss.

In via generale occorre premettere che le norme che rappresentano una deroga a un principio vanno interpretate restrittivamente⁴⁷. Più specificamente, poi, l'intenzione di avvalersi di tali deroghe da parte degli Stati non può certo significare che essi siano posti in condizione di adottare atti con un'assoluta discrezionalità, restando, infatti, pur sempre rigidamente sottoposti ai vincoli previsti espressamente dalla stessa direttiva così come, in ultima analisi, a quelli derivanti direttamente dal Trattato.

Sul punto può essere utile, traendo spunto da una recente giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, riferirsi alla disciplina della direttiva 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano⁴⁸. Allo scopo di giungere a una libera circolazione dei medicinali nel mercato interno garantendo al contempo una piena tutela della salute, tale direttiva impone di sottoporre qualunque farmaco a una specifica procedura di autorizzazione all'immissione in commercio (c.d. AIC). Per rispondere a "esigenze speciali", tuttavia, essa afferma che uno Stato membro può "escludere dall'ambito di applicazione della (...) direttiva i medicinali forniti per rispondere ad un'ordinazione leale e non sollecitata, elaborati conformemente alle prescrizioni di un operatore sanitario autorizzato e destinati ad un determinato paziente sotto la sua personale e diretta responsabilità"⁴⁹. In un contesto completamente armonizzato quale quello in parola, il legislatore europeo consente così in chiave derogatoria un autonomo intervento dello Stato membro ove siano soddisfatti alcuni requisiti cumulativi. A questi ultimi va necessariamente data un'interpretazione restrittiva al fine di "preservare l'effetto utile della procedura di AIC"⁵⁰ e, in ultima analisi, per evitare di attentare all'interesse preminente cui la direttiva intende assicurare tutela ovvero la salute dei pazienti⁵¹.

Le due situazioni descritte presentano un rilevante punto di contatto. Sia nell'ipotesi in cui lo Stato membro possa adottare norme interne più dettagliate di quelle della direttiva sia in quella nella quale il legislatore dell'Unione permetta di prevedere un regime di deroga rispetto a quello da esso fissato, la valutazione circa la legittimità dell'operato dello Stato va condotta avuto riguardo, comunque, agli obiettivi e agli interessi sottesi alla normativa europea. In effetti, in contesti totalmente armonizzati come quelli esaminati, il potere di intervento dello Stato membro, esplicitamente concesso ora in chiave integrativa ora in via di deroga, va pur sempre apprezzato alla luce degli obiettivi che la normativa derivata mira a realizzare. Ne discende, è evidente, una forte limitazione all'operato del legislatore dello Stato membro in sede di attuazione della direttiva di volta in volta da recepire.

⁴⁷ *Ex multis*, e con riferimento all'ambito di applicazione (e alle deroghe) delle direttive IVA, sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, causa C-3/09, *Erotic Center*, punto 15 ss.

⁴⁸ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

⁴⁹ In questi termini l'art. 5 della direttiva 2001/83/CE.

⁵⁰ Così la sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012, causa C-185/10, *Commissione c. Polonia*, punto 32.

⁵¹ Ulteriore e significativo esempio di regime derogatorio concesso agli Stati membri da una direttiva è quello previsto dall'art. 19 dalla direttiva 79/409/CEE del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, sulla cui base si fonda la legittimità dei differenti regimi nazionali/regionali sulla caccia cosiddetti, appunto, "in deroga". Nella cospicua giurisprudenza sul tema, si veda, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2006, causa C-60/05, *WWF Italia*.

Riconquistato un ambito di competenza, apparentemente pieno, esso va comunque ricondotto entro confini a volte anche di difficile individuazione. Di qui il potenziale contenzioso che si sviluppa intorno al corretto recepimento di direttive che, ponendo una armonizzazione esaustiva, parrebbero non poter dare adito a nessun dubbio rispetto alla loro piena traduzione all'interno degli ordinamenti nazionali.

6. Che lo Stato possa intervenire con una discrezionalità maggiore in un ambito disciplinato da una direttiva costituisce invece la regola nel caso in cui l'armonizzazione prevista da tale atto sia soltanto parziale, e dunque non esaustiva, delle pertinenti disposizioni nazionali. In questo caso il legislatore nazionale è chiamato di fatto a un intervento di integrazione della disciplina fissata dalla direttiva che assume due connotazioni distinte: da un lato, lo Stato può adottare norme più rigorose di quelle previste dal legislatore europeo; dall'altro, esso è tenuto a predisporre specifici regimi interni che completano le norme europee (e che per questo motivo risultano necessari per assicurare piena efficacia alla disciplina di cui alla direttiva).

Con modalità del tutto identiche a quelle descritte con riferimento ad ambiti di armonizzazione esaustiva è, di norma, la stessa direttiva ad autorizzare espressamente lo Stato ad adottare disposizioni più rigorose negli ambiti non coperti dall'armonizzazione minima. Significativo esempio è rappresentato dalla direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori⁵². Il suo 12° ‘considerando’ dichiara espressamente che essa mira a una armonizzazione soltanto parziale e che, di conseguenza, agli Stati membri è lasciata la possibilità di garantire “un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle della (...) direttiva”. Coerentemente, e ancor più esplicitamente, l'art. 8 afferma che, nel settore disciplinato dalla direttiva, gli Stati membri “possono adottare e mantenere (...) disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore”. Se è vero che lo Stato può perciò imporre, in materia, standard di tutela più elevati rispetto a quelli posti dal legislatore europeo, è tuttavia evidente che in tale operazione esso incontra pur sempre i limiti derivanti dall'ordinamento europeo. Alla luce di quest'ultimo vanno così vagliate le misure nazionali di attuazione della direttiva che devono rivelarsi conformi, in linea generale, agli obiettivi posti dai Trattati, e, più specificamente, alle libertà economiche di circolazione oltre che al diritto derivato⁵³.

Per i motivi descritti, e facendo ora riferimento a un ambito differente ma ugualmente significativo, se per ostacolare la lotta al riciclaggio di proventi illeciti e al finanziamento del terrorismo in maniera più severa di quanto disponga l'Unione le disposizioni nazionali ostacolano la libera prestazione dei servizi, queste vanno valutate, secondo consolidata giurisprudenza, alla stregua di qualunque normativa indistintamente applicabile in astratto contraria all'art. 56 TFUE. Soltanto ove una

⁵² Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Appare tuttavia importante ricordare come la più recente direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, attui invece un'armonizzazione completa delle pertinenti disposizioni nazionali. Se ne vedano, in tal senso, il 2° ‘considerando’ e l'art. 4.

⁵³ Così, *ex multis*, le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 29 ottobre 2009, causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, punto 88 ss.

tale norma sia giustificata da esigenze imperative di interesse generale e si riveli proporzionata rispetto all'obiettivo che si pone potrà ritenersi che la discrezionalità concessa dalla direttiva allo Stato sia stata in effetti esercitata in modo conforme all'ordinamento dell'Unione. Va da sé che, anche in questa ipotesi, la legittimità dell'intervento dello Stato continua a misurarsi in primo luogo sulla finalità stessa di tale intervento che deve necessariamente coincidere con quella dell'azione legislativa dell'Unione⁵⁴.

Accanto all'ipotesi presentata, vi è poi il caso in cui la direttiva detti esclusivamente soltanto una parte della disciplina lasciando, espressamente o meno, allo Stato membro il compito di completarla prevedendo specifiche norme *ad hoc*. Un esempio in tal senso è costituito dalle direttive adottate dall'Unione nel settore dell'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione degli autoveicoli⁵⁵. Si tratta, invero, di un caso del tutto particolare in cui l'intensità – minima – dell'armonizzazione realizzata e la conseguente necessità, per lo Stato, di adottare disposizioni integrative, sono fatte derivare implicitamente dall'oggetto e dal tenore letterale della direttiva⁵⁶. Nell'ambito in parola risultano così “molto significativi”⁵⁷ i poteri legislativi degli Stati membri, così come i loro margini di discrezionalità nell'attuazione della disciplina europea. In particolare, e rispetto a una fattispecie specifica, avuto appunto riguardo all'oggetto delle direttive adottate, i giudici europei hanno espressamente distinto l'obbligo di copertura assicurativa dei passeggeri, definito e garantito in via esclusiva dal legislatore dell'Unione, dalla portata dell'indennizzo di questi in caso di sinistro prodotto da autoveicoli, di fatto disciplinata dal diritto nazionale⁵⁸. Anche in questa ipotesi, tuttavia, l'intervento dello Stato, a prima vista assoluto, deve conciliarsi con l'obiettivo di tutela posto dalla direttiva e, in definitiva, non privare le sue disposizioni di effetto utile, come potrebbe invece accadere qualora esso limitasse in concreto in misura sproporzionata il diritto al risarcimento del passeggero, ad esempio sulla base della corresponsabilità del passeggero stesso nella realizzazione del danno⁵⁹.

7. Dalle considerazioni svolte emerge in modo evidente come, pur rappresentando certo un atto complesso, l'attuazione di una direttiva dovrebbe costituire ope-

⁵⁴ Sul tema, si vedano la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, e la sentenza della Corte di giustizia del 25 aprile 2013, causa C-212/11, *Jyske Bank Gibraltar*, punti 59-61.

⁵⁵ Si veda, da ultima, la direttiva 2009/103/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurazione. Per una chiara ricostruzione della successione cronologica delle direttive adottate dall'Unione in materia, così come del loro contenuto, si rinvia a L. SANDRINI, *Risarcimento del danno da sinistri stradali: è già tempo di riforma per il regolamento Roma II?*, in *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 677 ss., spec. pp. 680-682.

⁵⁶ *Ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2005, causa C-537/03, *Candolin*, punto 24.

⁵⁷ Così, le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 7 dicembre 2010, causa C-484/09, *Carvalho Ferreira Santos*, punto 48.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007, causa C-356/05, *Farrell*, punto 32.

⁵⁹ Sentenze *Candolin*, punto 29, e *Farrell*, punto 35.

razione che nelle sue linee essenziali non espone a soverchie difficoltà le autorità nazionali. A guidare queste ultime nel recepimento, in effetti, sembra essere un unico sistema di valori che la direttiva si premura di evidenziare in maniera univoca.

L'adeguato recepimento di una direttiva può invece rivelarsi atto ben più complesso nell'ipotesi in cui, come quella qui in esame relativa all'art. 24 della direttiva *Bolkestein*, in un contesto di armonizzazione minima, tale atto conceda allo Stato membro di poter derogare ad alcuni suoi principi fondamentali senza tuttavia orientare quest'ultimo in maniera chiara nel procedimento di attuazione. È ciò che pare accadere, soprattutto, qualora la direttiva dichiari di voler salvaguardare numerosi (e fra loro potenzialmente confliggenti) valori, fra i quali figurano, accanto alle tradizionali libertà economiche di circolazione, anche interessi di natura differente.

Il regime delineato dalla direttiva relativa ai servizi nel mercato interno lascia, come ricordato, un certo margine di discrezionalità alle regole professionali degli Stati membri che, a date condizioni, possono limitare la libertà di pubblicità degli operatori economici. La corretta attuazione del suo art. 24 richiede una delicata operazione di bilanciamento di valori contrapposti, tutti apparentemente meritevoli di considerazione e tutela identiche da parte dell'ordinamento dell'Unione.

Da un lato, vi sono la libera prestazione dei servizi e la libertà di comunicazione, che concorrono verso l'obiettivo comune della piena libertà di effettuare comunicazioni commerciali. Come ricordato⁶⁰, il diritto di pubblicità costituisce infatti un corollario essenziale delle libertà economiche di circolazione del TFUE.

Dall'altro lato, rilevano taluni motivi imperativi di interesse generale e peculiari esigenze deontologiche specifiche delle professioni regolamentate, che, invece, consentono di limitare la libertà di pubblicità dell'operatore economico.

È lo Stato membro a essere chiamato alla delicata operazione di ricerca di un equilibrio fra interessi differenti la cui rilevanza è stata però in astratto sancita dall'Unione. A tal fine, esso non è del tutto libero di procedere dovendosi attenere al rispetto dei vincoli derivanti, nel caso specifico, dalla direttiva e, in generale, dall'applicazione dei principi dell'ordinamento dell'Unione di cui ai suoi Trattati istitutivi e alle pronunce della Corte⁶¹.

La giurisprudenza europea ha tentato di connotare in termini chiari il contenuto dell'obbligo di recepimento che grava sugli Stati membri in contesti, simili a quello che ci occupa, nei quali, al fine di pervenire a un'armonizzazione minima dei diversi regimi nazionali, il legislatore dell'Unione fissa obiettivi fra loro potenzialmente confliggenti.

Una rappresentazione efficace di tale tensione è fornita, ad esempio, dall'attuazione delle differenti direttive in tema di trattamento dei dati personali⁶². La realizzazione del mercato interno comporta un rilevante aumento del flusso dei dati personali che coinvolge sia le amministrazioni pubbliche che le imprese. Da qui l'esigenza di ravvicinare le pertinenti disposizioni nazionali, in modo da evitare che

⁶⁰ Si rinvia alle considerazioni svolte al par. 1.

⁶¹ Sul punto, già P. MENGOZZI, *L'informazione commerciale nel diritto comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 576 ss., spec. pp. 559-560.

⁶² Si veda, in primo luogo, la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

le loro difformità costituiscano un ostacolo al conseguimento di un'integrazione sempre più stretta fra i mercati nazionali. Vi è, in effetti, la necessità che, per poter pienamente operare, gli attori del mercato interno possano disporre di tali dati nel modo più semplice e omogeneo, a prescindere dallo Stato nel quale di volta in volta svolgano la propria attività. Assume tuttavia rilevante rilievo il tema della tutela del titolare di questi dati personali il quale chiede che a essi venga accordata una protezione efficace. Il legislatore europeo è così intervenuto tratteggiando, ma soltanto in astratto, una difficile sintesi di contrapposti interessi all'interno di un regime generale che, volto a facilitare la libera circolazione dei dati personali, contempla tuttavia importanti deroghe in vista della tutela di diritti fondamentali così come di valori particolarmente essenziali per gli Stati membri. Quanto a quest'ultimo aspetto, più specificamente, occorre evidenziare come l'art. 13 della direttiva 95/46/CE e l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE ammettano limitazioni agli obblighi e ai diritti di cui alle medesime direttive ove imposti per garantire, fra l'altro, la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa e della sicurezza pubblica. Agli Stati è altresì richiesto che tali restrizioni costituiscano misure necessarie, opportune e proporzionate rispetto ai citati interessi da tutelare e, in ogni caso, siano "conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea"⁶³.

In contesti siffatti, la Corte di giustizia ha affermato che, qualora una direttiva richieda di raggiungere un equilibrio fra diversi interessi senza tuttavia prevedere in via generale un meccanismo a tale scopo, quell'equilibrio deve essere garantito dallo Stato destinatario della direttiva: in un primo momento, all'atto della sua attuazione; successivamente, nella concreta applicazione delle disposizioni nazionali di recepimento. Per quanto, infatti, le norme di una direttiva risultino generiche, lasciando agli Stati margini di discrezionalità nella loro attuazione, la Corte afferma che "niente consente di ritenere che (...) le sue disposizioni siano, in quanto tali, in contrasto con i principi generali del diritto comunitario e, in particolare, con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario"⁶⁴. Ne deriva l'obbligo per gli Stati, in occasione del recepimento di queste direttive, di interpretare tali atti (così come di applicare le norme interne che a essi danno attuazione) in modo da assicurare il rispetto di tali diritti fondamentali e, comunque, dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione⁶⁵, come, fra gli altri, il principio di proporzionalità⁶⁶.

8. Alla luce di tali premesse, l'attuazione concreta dell'art. 24 della direttiva *Bolkestein* e il bilanciamento di valori che essa richiede evidenziano in modo molto netto il peculiare profilo di interesse cui si è già fatto cenno. La norma in parola rap-

⁶³ Così recita l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, punto 84.

⁶⁵ In questo senso, ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, punto 28.

⁶⁶ Così la sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)*, punto 68.

presenta terreno di possibile confronto fra esigenze e principi di origine differente. Almeno tre paiono i piani di indagine che assumono rilevanza. Vi è l'ambito delle libertà economiche di circolazione, la libera prestazione dei servizi in primo luogo, in cui trovano posto, in funzione di limiti a esse, sia i ben noti motivi imperativi di interesse generale che la salvaguardia di peculiari esigenze legate a specifiche professioni regolamentate. Assumono poi rilievo i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, ai quali le normative nazionali di attuazione della direttiva devono necessariamente ottemperare. Autonoma rilevanza deve infine riconoscersi alla libertà di espressione e di informazione di cui all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel cui ambito deve pacificamente ricondursi anche il diritto di effettuare comunicazioni commerciali⁶⁷.

Con riferimento a quest'ultimo punto, la giurisprudenza che si va formando dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha formalmente conferito alla Carta “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6, par. 1, co. 1, TUE)⁶⁸, impone allo Stato di riservare specifica attenzione a tale libertà⁶⁹. In linea generale le sentenze della Corte di giustizia concepiscono in maniera inequivoca la salvaguardia delle libertà di cui all'art. 11 della Carta come “un obiettivo di interesse generale”⁷⁰ nell'ordinamento dell'Unione e degli Stati membri. In altri termini, non può trascurarsi il fatto che, nel predisporre, in attuazione dell'art. 24 della direttiva *Bolkestein*, una disciplina restrittiva della libertà di effettuare comunicazioni commerciali, lo Stato membro non attenterebbe più soltanto, per dir così, a una libertà economica di circolazione ma anche a una norma della Carta dei diritti fondamentali.

È del resto certo che anche alla libertà di informazione possano apporsi limitazioni. Per effetto dell'applicazione dell'art. 10, par. 2, della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani a esso relativa, e ora pure per l'esplicita

⁶⁷ In questi termini, *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2003, causa C-245/01, *RTL Television*, punto 73. La Corte di giustizia si è così allineata alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sull'art. 10 CEDU, norma corrispondente all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, anche la pubblicità per finalità meramente economiche deve essere tutelata dalla libertà di espressione *ex art. 10 CEDU* (così, *ex multis*, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Germania*). Sul punto, per tutti, si rinvia a I. VIARENGO, *Internet, libertà di espressione e privacy nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in AA.VV., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, 2013, p. 149 ss., spec. pp. 149-151. La descritta presa di posizione della Corte di giustizia impedisce che, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, possano presentarsi quei dubbi di ordine sistematico che hanno invece lungamente interessato la dottrina e la giurisprudenza italiane in merito alla riconducibilità della pubblicità commerciale nell'ambito della sfera di applicazione dell'art. 21 o dell'art. 41 della Costituzione. Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, M. BONINI, *Controllare le idee. Profili costituzionali della pubblicità commerciale*, Milano, 2007, p. 15 ss.; L. PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, Napoli, 2008, p. 41 ss.; E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011, p. 94 ss.

⁶⁸ In merito, pare qui sufficiente il rinvio a G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 837 ss.

⁶⁹ In generale, sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e la Carta dei diritti fondamentali, A. ROSAS, H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 1 ss.

⁷⁰ Così, la sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich*, punto 52.

previsione dell'art. 52, par. 3, della stessa Carta⁷¹, anche nell'ordinamento dell'Unione tale libertà può in effetti subire delle restrizioni. Queste ultime sono ammesse sulla base di un giudizio di necessità rispetto a finalità di interesse generale e nel rispetto del principio di proporzionalità e, dunque, in seguito a una ricostruzione di valori complessivi dell'ordinamento chiaramente ispirata alla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi in tema di libertà economiche di circolazione. Tuttavia, è innegabile che con le recenti sentenze dei giudici di Lussemburgo sull'art. 11 della Carta la libertà in questione debba collocarsi in posizione di assoluto rilievo nel sistema di valori sui quali l'Unione afferma di fondarsi.

Si esprimono in questi termini alcune pronunce con cui la Corte ha censurato un sistema nazionale di filtraggio delle comunicazioni elettroniche su internet⁷². Anche in quelle occasioni si trattava di operare un bilanciamento tra diversi diritti. Per individuare opere musicali, cinematografiche o audiovisive, realizzate in violazione dei diritti di proprietà intellettuale, il Belgio aveva ritenuto corretto consentire al giudice che avesse accertato tali irregolarità di ingiungere agli intermediari di servizi *on line* di bloccare ogni invio e ricezione di *files* in loro possesso. In altri termini, per porre fine alla violazione dei diritti d'autore, realizzata da terzi attraverso l'accesso a internet fornito da un operatore economico, quest'ultimo sarebbe stato tenuto *ex lege* a filtrare e bloccare, di fatto, ogni dato e informazione transitante per i propri servizi. A giudizio della Corte, il sistema in parola va considerato contrario al diritto dell'Unione proprio perché non rispetta l'esigenza di garantire il giusto equilibrio fra la tutela del diritto di proprietà intellettuale e alcuni diritti fondamentali di cui alla Carta, fra i quali proprio la libertà di informazione⁷³. Tale meccanismo di filtraggio, non distinguendo fra un'informazione o un dato lecito da un'informazione o un dato illecito, perché in violazione dei diritti di proprietà intellettuale, “potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito”⁷⁴,

⁷¹ Il quale sancisce un “principio di omogeneità” secondo cui, laddove la Carta dei diritti fondamentali “contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti loro dalla suddetta convenzione” (conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 26 aprile 2012, causa C-619/10, *Trade Agency*, punto 75). Sull'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali e sulle sue criticità applicative, per tutti, A. ROSAS, H. KAILA, *op. cit.*, p. 22 ss.; A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 9 ss., spec. p. 13 ss.

⁷² Si rinvia alla sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*. In dottrina, si veda M. SIANO, *La sentenza Scarlet della Corte di Giustizia: punti fermi e problemi aperti*, in F. PIZZETTI (a cura di), *I diritti nella “rete” della rete*, Torino, 2011, p. 81 ss.

⁷³ Quanto alle altre libertà fondamentali, si trattava della libertà d'impresa (art. 16 della Carta) e del diritto di protezione dei dati di carattere personale (art. 8 della Carta). La Corte di giustizia ha qui vagliato la legittimità europea del regime belga anche alla luce di numerose direttive, fra le quali la 2000/31/CE, c.d. “direttiva sul commercio elettronico”, e la 2002/58/CE, c.d. “direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche”. Occorre tuttavia sottolineare come, nel dispositivo, essa abbia concluso per la contrarietà della disciplina nazionale in causa alle citate direttive “lette in combinato disposto” e, soprattutto, “interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili”. La Corte ha sì interpretato, come richiesto dal giudice del rinvio, le pertinenti normative di diritto secondario ma il suo giudizio definitivo pare derivare più direttamente dall'applicazione delle norme della Carta o, comunque, dei principi generali di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione.

⁷⁴ Sentenza *Scarlet Extended*, punto 52.

ledendo così la libertà di comunicare, come di ricevere, informazioni. Seppure non espressamente citato, è chiaro che il principio di proporzionalità permei le argomentazioni dei giudici di Lussemburgo. Il sistema belga appare in effetti sproporzionato poiché conduce inevitabilmente a filtrare e a bloccare anche informazioni lecite. Del resto, la liceità o meno di una comunicazione dipende dalle disposizioni sul diritto d'autore di volta in volta applicabili e queste possono anche sensibilmente variare da Stato a Stato.

Come evidenziato in dottrina, la più recente giurisprudenza europea sulle libertà economiche del Trattato mostra un'attenzione specifica alla tutela dei diritti fondamentali⁷⁵. Questi ultimi, infatti, vengono sempre più spesso in rilievo alla stregua di limiti, legittimamente opponibili dagli Stati membri, al pieno esplicarsi delle libertà di circolazione. Non vi è, perciò, da stupirsi che in un unico contesto l'operatore del diritto debba misurarsi con diritti e libertà di stampo differente. La peculiarità del nostro caso sta però nella circostanza che la libertà economica e il diritto fondamentale qui in gioco, come ricordato, mirano a un medesimo obiettivo, vale a dire la maggiore libertà possibile di effettuare comunicazioni commerciali. Apparentemente, dunque, il diritto di promuovere un'attività economica sembra assistito da ben due ordini distinti di salvaguardie a prima vista insuperabili: l'art. 56 TFUE (e anche l'art. 49 sul diritto di stabilimento) e l'art. 11 della Carta.

9. L'unico ausilio alla ricostruzione dei confini della discrezionalità degli Stati nell'attuazione delle disposizioni indagate deve ricavarsi dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia in tema di pubblicità e libertà economiche. In particolare, paiono utili alcune pronunce relative alla libera circolazione delle merci, sia generiche che particolari come i medicinali⁷⁶. Pur non riferendosi alla libera prestazione dei servizi, tali sentenze risultano infatti rilevanti poiché la Corte vi svolge una valutazione che tiene esplicitamente conto del diritto alla libera espressione (anche se, trattandosi di pronunce precedenti al Trattato di Lisbona, queste si riferiscono all'art. 10 CEDU).

In queste pronunce, la Corte afferma che il “giusto equilibrio” fra la libertà di espressione e le esigenze di interesse generale che possono limitare tale libertà “è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e

⁷⁵ Sul tema, *ex multis*, G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 295 ss., spec. p. 307 ss.; R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 319 ss.; J. MALENOVSKY, *Improvisation et routine dans la conciliation des libertés et des droits par la Cour de Justice de l'Union européenne*, in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, 2012, p. 263 ss.; S. DE VRIES, *The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon. An Endeavour for More Harmony*, in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon*, Oxford, 2013, p. 59 ss.

⁷⁶ Si tratta delle sentenze della Corte di giustizia del 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen*, relativa alla limitazione di pubblicità posta dalla legge austriaca per le merci provenienti dal fallimento di un'impresa, e del 2 aprile 2009, causa C-421/07, *Damgaard*, che si riferisce al divieto per terzi indipendenti di pubblicizzare medicinali. Analogamente, si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punto 155.

secondo la natura delle attività considerate”⁷⁷. Essa ricorda inoltre come, nell’ambito dell’uso commerciale della libertà di espressione, in particolare “in un settore così complesso e oscillante come quello della pubblicità”⁷⁸, la discrezionalità concessa alle autorità nazionali, necessariamente ampia, dovrebbe essere sottoposta a un solo scrutinio generale di ragionevolezza e di proporzionalità⁷⁹.

Nel tentativo di trarre da questa giurisprudenza alcune indicazioni di principio, coerenti con quelle derivanti dalle pronunce in tema di ostacoli nazionali alle libertà economiche di circolazione, emergono alcuni punti fermi.

In primo luogo, l’applicazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità induce a ritenere che i limiti alla pubblicità debbano graduarsi tenendo conto del tipo di attività economica della cui promozione di volta in volta si tratta.

Secondariamente, l’unico criterio utilizzabile per individuare le attività economiche la cui pubblicità sia, in linea di principio, limitabile, deve essere quello dello specifico interesse generale che la loro disciplina mira a tutelare. Il citato riferimento pretorio agli “scopi” opposti dal legislatore nazionale per ostacolare la comunicazione commerciale va infatti senz’altro inteso come sostanzialmente equivalente ai motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare una compressione a una libertà economica fondamentale.

In definitiva, e riducendo a unità le diverse sollecitazioni provenienti dai giudici di Lussemburgo, le peculiarità dell’attività economica considerata valgono a limitare le comunicazioni commerciali a essa relative soltanto se integrano specifici motivi imperativi di interesse generale che non potrebbero essere garantiti se non adottando tali misure limitative della pubblicità. Queste peculiarità, tuttavia, non possono essere esclusivamente quelle rappresentate da specifiche esigenze deontologiche delle professioni, che pure lo stesso legislatore della direttiva *Bolkestein* richiama. Se è vero che, fra gli altri motivi, l’indipendenza, la dignità e l’integrità della professione possono fondare limitazioni alle comunicazioni commerciali, i principi di ragionevolezza e di proporzionalità impongono che siffatte limitazioni siano giustificate da (ulteriori e più rilevanti, è da ritenere) motivi imperativi di interesse generale. È innegabile che una tale ricostruzione conduce a ritenere prevalenti alcuni motivi imperativi di interesse generale rispetto alle esigenze di carattere deontologico legate alla specifica professione coinvolta rischiando così di svuotare di significato parte della disciplina dell’art. 24. Il rischio pare tuttavia di fatto imposto dal rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità così come intesi dalla Corte di giustizia. Del resto se, come si è sostenuto, la libertà di comunicazione commerciale deve ritenersi sorretta da una sorta di doppio ordine di garanzie, l’applicazione dei citati principi porta fatalmente a concludere che il legislatore nazionale possa limitare la pubblicità di una attività economica soltanto se essa implichi in maniera evidente un rischio di lesione di un interesse particolarmente meritevole di tutela da parte dell’ordinamento dell’Unione.

Fra i motivi imperativi di interesse generale, la tutela della salute dei destinatari della prestazione può senz’altro ritenersi il principale⁸⁰. Non ogni attività economica

⁷⁷ Sentenza *Herbert Karner*, punto 51.

⁷⁸ Così, *ex multis*, la sentenza *RTL Television*, punto 73.

⁷⁹ Sentenza *Damgaard*, punto 27.

⁸⁰ Nella ricca giurisprudenza sul tema, per tutte, sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, punto 46 ss.

può tuttavia attentare a tale interesse generale e ciò consente così di circoscrivere in modo netto, fra le professioni regolamentate, quelle la cui promozione commerciale può subire limitazioni da parte del legislatore nazionale. L’ambito delle professioni medico-chirurgiche, quasi per definizione, pare quello nel quale, in linea di principio, possono ammettersi limitazioni, anche rilevanti, alle comunicazioni commerciali. Diversamente, la tutela della salute non rileva rispetto ad altre professioni regolamentate, come, ad esempio, quella di avvocato o di notaio o di architetto. Tuttavia, va evidentemente considerato come anche nell’ambito delle professioni medico-chirurgiche il principio di proporzionalità imponga agli Stati membri di graduare i limiti da essi previsti alla loro promozione commerciale. Non tutte le specifiche attività di quella professione, infatti, possono essere disciplinate in eguale misura quanto alla loro pubblicità perché esse incidono in concreto con intensità differenti sulla salute pubblica.

In generale, la tutela del consumatore può ritenersi esigenza imperativa degna di considerazione per limitare la promozione commerciale di qualsiasi attività economica. È l’esistenza, come noto, di asimmetrie informative fra cliente e professionista che imporrebbe una limitazione alle attività di promozione commerciale proprio in vista della tutela del consumatore. Dalla presunta difficoltà del consumatore nella valutazione delle informazioni sui servizi professionali discenderebbe *ipso facto* la possibilità di limitare (o addirittura vietare) la pubblicità di questi servizi. Sul punto valgono, tuttavia, due considerazioni. Da un lato, lo stesso assunto di fondo che fa derivare in maniera consequenzialmente obbligata la limitazione della pubblicità dall’asimmetria informativa non è del tutto pacifico⁸¹. Dall’altro lato, e soprattutto, occorre ricordare che per garantire la tutela del consumatore di fronte a pubblicità ingannevoli o scorrette vi sono, come si è accennato⁸², specifiche discipline di diritto derivato. In altri termini, il motivo imperativo di interesse generale in parola viene senz’altro già e meglio tutelato con normative di carattere speciale senza che la disciplina generale sulle comunicazioni commerciali debba in concreto considerare anche tale aspetto.

Infine, anche le peculiari caratteristiche di ogni specifica professione regolamentata possono certamente venire in gioco alla stregua di motivi imperativi di interesse generale per giustificare limitazioni alle comunicazioni commerciali⁸³. Per le considerazioni svolte fin qui, è tuttavia da ritenere che siffatte peculiarità deontologiche volte a tutelare la dignità e l’indipendenza della professione non siano da sole sufficienti per legittimare disposizioni nazionali limitative della promozione commerciale di tali attività.

In definitiva, le indicazioni che derivano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dovrebbero escludere che interessi diversi da quello della tutela della salute pubblica possano consentire al legislatore nazionale di limitare la comunicazione commerciale delle attività economiche.

⁸¹ Sul punto pare qui sufficiente rinviare alle considerazioni svolte dalla Commissione nella sua Comunicazione del 9 febbraio 2004, Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, COM(2004) 83 def., p. 14.

⁸² Si veda il par. 2.

⁸³ Si rinvia alle considerazioni svolte al par. 3 e alle indicazioni giurisprudenziali e di dottrina di cui alla nota 33.

10. Il legislatore italiano ha dettato di recente alcune disposizioni in materia di comunicazioni commerciali. Tale intervento, che interessa, al contempo, sia la disciplina di ordine generale che quella, più specifica, relativa a singole professioni, costituisce l'occasione per una valutazione circa il livello di adeguamento del nostro ordinamento alla disciplina delineata dall'art. 24 della direttiva *Bolkestein*.

Quanto alla disciplina di carattere generale, il legislatore italiano ha adottato una serie di atti, alcuni di esplicita attuazione delle direttive dell'Unione, con i quali ha formalmente recepito nell'ordinamento interno il principio della piena libertà delle comunicazioni commerciali. In tema di pubblicità delle attività economiche, in applicazione del d.lgs. n. 70/2003, del c.d. "decreto Bersani" e del d.l. n. 138/2011⁸⁴, l'ordinamento italiano presenta in effetti un regime pedissequamente modellato sulle corrispondenti norme europee. Tali atti dispongono in maniera inequivoca, in parte anche sovrapponendosi fra loro, sia l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che vietino, anche parzialmente, "di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni"⁸⁵, sia la possibilità che le regole professionali, purché rispettose dei principi del diritto dell'Unione europea, disciplinino in senso limitativo le comunicazioni commerciali⁸⁶.

A un'analisi più attenta, tuttavia, risulta evidente che le norme in discorso delineano soltanto una cornice generale, che di fatto si limita a riprodurre le disposizioni dell'ordinamento europeo. Più specificamente, ciò che manca nella normativa italiana è quel bilanciamento fra differenti interessi indispensabile per una piena attuazione della disciplina europea. Se ne ha una chiara percezione semplicemente considerando come il nostro legislatore non abbia di fatto preso posizione sul contenuto dei limiti al diritto di comunicazione commerciale. Rispetto alla disciplina contenuta nelle direttive e ai principi ricavabili dalle norme del TFUE sul mercato interno, le disposizioni italiane di recepimento non aggiungono alcun elemento utile in vista della loro applicazione pratica. Resta, cioè, molto difficile, e forse anche impossibile, stabilire quali esigenze deontologiche possano legittimare dei limiti alla pubblicità del professionista in accordo con la giurisprudenza europea sui motivi imperativi di interesse generale. Riguardo a questi ultimi, poi, il legislatore non indica né quali essi possano essere né quale debba essere l'intensità della tutela che occorre loro accordare quando si limiti il diritto alla promozione di una data attività economica.

Se è vero che quelle evocate sono previsioni di carattere generale, e dunque necessariamente astratte, a identiche conclusioni si giunge anche dopo l'esame di un provvedimento di carattere regolamentare come il d.p.r. del 14 agosto 2012, n. 189, recante riforma degli ordinamenti professionali⁸⁷. Il suo art. 4 pare recepire,

⁸⁴ D.l. del 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo", convertito con modificazione dalla l. del 14 settembre 2011, n. 148.

⁸⁵ Così l'art. 2, par. 1, lett. b), del c.d. "Decreto Bersani", espressamente fatto salvo dall'art. 34, par. 2, del d.lgs. n. 59/2010, di attuazione della direttiva sui servizi nel mercato interno.

⁸⁶ In questi termini si esprime l'art. 10 del d.lgs. n. 70/2003, di attuazione della direttiva sul commercio elettronico, e, ovviamente, l'art. 34, par. 1, del d.lgs. n. 59/2010, di recepimento della direttiva sui servizi nel mercato interno.

⁸⁷ Tale d.p.r. è stato adottato sulla base dell'art. 3, co. 5, del d.l. n. 138/2011.

in effetti, soltanto gli aspetti formali del regime del diritto dell’Unione, limitandosi a ribadire, nella sostanza, il principio generale di libertà della comunicazione commerciale.

Sul punto va anzi evidenziato come tale libertà sia espressamente riferita alla c.d. “pubblicità informativa”, ovvero alla comunicazione “avente ad oggetto l’attività delle professioni regolamentate, le specializzazioni, i titoli posseduti attinenti alla professione, la struttura dello studio professionale e i compensi richiesti per le prestazioni”. Il d.p.r. tocca dunque soltanto uno degli aspetti della comunicazione commerciale, nozione che senz’altro include la pubblicità informativa ma che rispetto a essa deve ritenersi più ampia⁸⁸. Peraltro, anche per essa, tale provvedimento non fa che confermare che debba essere veritiera, corretta, conforme al segreto professionale, non equivoca, non ingannevole e non denigratoria.

In definitiva, il citato d.p.r. non solo non introduce disposizioni più specifiche intorno ai limiti del diritto di comunicazione commerciale ma pone anche qualche perplessità sull’individuazione del suo ambito di applicazione che conduce a duplicare precetti già previsti dalle specifiche disposizioni in tema di tutela del consumatore (e del resto lo stesso art. 4, par. 3, rinvia qui al c.d. “Codice del consumo”⁸⁹ e al d.lgs. di attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali⁹⁰).

Medesime considerazioni possono svolgersi intorno ai regimi che il legislatore italiano ha specificamente previsto per le singole professioni regolamentate. Valga, per tutti, l’esempio della recente riforma della professione forense, attuata con la l. n. 247/2012⁹¹, il cui art. 10, rubricato “Informazioni sull’esercizio della professione”, consente la sola “pubblicità informativa” e pone il divieto assoluto di ricorrere alla pubblicità comparativa. Quest’ultima scelta, in particolare, appare difficilmente condivisibile considerato che, ancora in conseguenza dell’attuazione delle disposizioni di derivazione comunitaria, la legittimità in via generale della pubblicità comparativa è ormai da ritenersi principio pacifico anche del nostro ordinamento⁹². Purché,

⁸⁸ La pubblicità relativa, ad esempio, ai titoli o alle specializzazioni possedute dal professionista può in astratto rientrare nella lata nozione di “comunicazione commerciale” offerta dal legislatore dell’Unione (si vedano il par. 2 e la nota 23) perché può certo essere impiegata per promuovere in via indiretta il servizio prestato. Essa ha tuttavia uno scopo, eminentemente, informativo mentre la promozione di un bene o di un servizio deve avere necessariamente (anche) una finalità persuasivo-suggestiva. Sul punto, si rinvia, *ex multis*, a L. PRINCIPATO, *op. cit.*, p. 45 ss. e alla dottrina *ivi* citata.

⁸⁹ Si tratta del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

⁹⁰ D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146.

⁹¹ L. 31 dicembre 2012, n. 247, “Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense”. Riguardo alla disciplina italiana della pubblicità degli avvocati, si vedano, *ex multis* e benché riferiti al regime precedente alla citata legge n. 247/2012, V. MELI, *La pubblicità degli avvocati*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2005, p. 41 ss.; M. LIBERTINI, *Pubblicità, concorrenza e deontologia forense?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, p. 259 ss.

⁹² Ciò a partire dall’adozione della direttiva 97/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 ottobre 1997, che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa (attuata in Italia con il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67). Se è vero che essa consente agli Stati membri alcune deroghe con riguardo proprio alle professioni regolamentate (v. 22° ‘considerando’), il loro impiego deve in ogni caso avvenire nel rispetto delle norme sulle libertà di circolazione e del principio di proporzionalità e di coerenza. Allo stato attuale di completamento del mercato interno, deve dunque dubitarsi che sia ancora possibile introdurre o mantenere in vigore divieti assoluti di pubblicità comparativa.

infatti, sia veritiera, non ingannevole, non denigratoria, si riferisca a caratteristiche oggettive di prodotti o servizi fra loro omogenei e interscambiabili, essa non può *a priori* essere vietata⁹³. Del resto la pubblicità comparativa assume specifico rilievo soprattutto rispetto al diritto all'informazione del cliente/consumatore destinatario dell'attività economica piuttosto che al diritto di comunicare del professionista⁹⁴, non potendosi perciò ammettere un suo divieto assoluto.

In generale, infine, ponendo un'unica disciplina della pubblicità senza distinguere le differenti attività che l'avvocato può svolgere, tale regime si dimostra altresì poco rispettoso del principio di proporzionalità⁹⁵.

11. Definire il contenuto della disciplina sulle comunicazioni commerciali nell'ambito delle attività economiche appare operazione complessa.

Le norme di diritto derivato dell'Unione, codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di libera circolazione dei servizi, hanno posto un principio fondamentale di libertà di pubblicità. Nell'ordinamento europeo, tale libertà costituisce inoltre espressione specifica del più generale diritto di informazione di cui all'art. 11 della Carta. Allo stesso tempo il legislatore dell'Unione ha tuttavia richiesto che la libertà di pubblicità si bilanci con la tutela di ulteriori interessi, sia di ordine generale (i consueti motivi imperativi di interesse generale) che di ordine più specifico (le esigenze deontologiche delle singole professioni), legittimando così limitazioni a tale libertà da ritenersi a prima vista assoluta proprio perché garantita sia nell'ambito delle libertà di circolazione del mercato interno che in quello dei diritti fondamentali⁹⁶. Ne deriva un complesso quadro di riferimento in cui coesistono valori diversi la cui tutela va in concreto assicurata dallo Stato membro in sede di attuazione di una direttiva o, in generale, nell'esercizio della sua funzione legislativa e di disciplina delle attività economiche.

L'ordinamento dell'Unione costituisce, allo stato attuale, un ordinamento composito nel quale il tradizionale obiettivo, di matrice economica, del completamento del mercato interno deve essere conseguito in coerenza con i principi che ispirano l'Unione, fra le altre, nella sua politica sociale, nella sua politica

⁹³ In merito, risulta utile il rinvio, fra le sue numerose pronunce, alla sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006, causa C-356/04, *Lidl Belgium*.

⁹⁴ Si vedano, ancora, E. APA, *op. cit.*, p. 229 ss. e il 2° 'considerando' della direttiva 7/55/CE.

⁹⁵ Si allude, in altri termini, all'esigenza di dover distinguere, ad esempio, fra le attività riservate ai soli iscritti all'Ordine e quelle invece aperte al libero mercato. Quanto alla loro promozione commerciale, è ragionevole ritenere che le prime potrebbero subire una limitazione maggiore rispetto alle seconde. Con riferimento ad altre professioni regolamentate, come quelle dei medici e degli ingegneri, valgono in linea generale considerazioni analoghe a quelle svolte per gli avvocati. In attesa di una riforma organica delle varie legislazioni professionali, i citati decreti hanno imposto l'abrogazione o l'irrelevanza dei divieti che, eventualmente, le normative vigenti contenessero. Per le professioni sanitarie, ad esempio, si veda la l. n. 175/1992 e il divieto in essa sancito di svolgere pubblicità informativa.

⁹⁶ Interessanti spunti offrono, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 14 aprile 2000, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, che affermano la necessità di interpretare il rapporto fra libertà fondamentali e diritti fondamentali come "caratterizzato da un'ampia convergenza, sia di struttura che di contenuto" (punto 187). Sarebbe perciò possibile, secondo l'Avvocato generale, "dare del contenuto delle garanzie offerte dalle libertà fondamentali una formulazione in termini di diritti fondamentali, in particolare con l'ausilio dei diritti fondamentali che tutelano l'attività economica" (*ibidem*).

ambientale e nella ricerca della piena tutela della salute umana⁹⁷. La ricerca di sintesi fra tali distinte esigenze è operazione a cui la Corte di giustizia ha del resto chiamato i giudici nazionali ben prima della comparsa dei diritti fondamentali nel sistema dell’Unione con l’art. 6 del Trattato di Maastricht (e, ovviamente, dell’adozione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea). Lungi, infatti, dal costituire prerogative assolute, le istanze riconducibili al principio del libero esercizio delle attività economiche hanno da sempre dovuto conciliarsi con la loro “funzione sociale”⁹⁸ e, più in generale, rispondere effettivamente a obiettivi di interesse generale nel pieno rispetto del principio di proporzionalità. In virtù di una sempre più evidente inscindibilità fra prerogative di natura politico-sociale e interessi di matrice economica, la giurisprudenza della Corte ha così operato nel senso di un loro ampio bilanciamento, sancendo per tale via la funzionalità della completa realizzazione del mercato interno alla piena tutela dei diritti dei singoli⁹⁹. Qualora, però, come nel caso in parola, gli interessi da salvaguardare siano numerosi e, soprattutto, si riscontri una sovrapposizione fra libertà economiche e diritti fondamentali che conduce a una identità di obiettivi, il bilanciamento richiesto appare di ben più difficile realizzazione. Nel contesto descritto non sussiste il problema di conciliare diritti fondamentali e libertà economiche occorrendo bensì stabilire nel modo più chiaro possibile quali siano i limiti che a essi possono essere opposti dagli Stati. Se è vero, infatti, che è lo stesso ordinamento dell’Unione ad ammettere tali restrizioni va tuttavia ricordato come queste incidano su prerogative, come anticipato, a prima vista assolute e sia perciò essenziale comprendere come esse in concreto possano essere relativizzate.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e in applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza è da ritenere che, avuto riguardo alla peculiare attività economica della cui pubblicità di volta in volta si tratti, soltanto taluni motivi imperativi possono limitare il diritto dell’operatore economico di promuovere la propria attività. Più specificamente, e con riferimento alle esigenze di interesse generale usualmente addotte per impedire la pubblicità delle attività economiche, occorre collocare in ordine di priorità la tutela della salute pubblica, la tutela del consumatore e la garanzia di assicurare il corretto esercizio della professione. Qualora gli Stati membri siano autorizzati a limitare taluni diritti riconosciuti dall’ordinamento europeo come meritevoli di una tutela, come si è detto, rafforzata, pare difficile che essi possano invocare motivi imperativi di interesse generale diversi dalla tutela della salute pubblica. Ciò in particolare nella situazione oggetto del nostro esame, nella quale lo stesso ordinamento dell’Unione, con le pronunce della Corte o specifiche disposizioni di diritto derivato, dimostra di aver già assicu-

⁹⁷ Sul punto, oltre alla dottrina citata alla nota 75, si veda da ultimo G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell’evoluzione dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2013, p. 483 ss., spec. p. 505 ss.

⁹⁸ In questi termini, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, punto 32. Dopo l’entrata in vigore del Trattato di Maastricht, si veda, ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1997, causa C-183/95, *Affish*.

⁹⁹ In merito, per tutti, P. MENGOZZI, *La cittadinanza dell’Unione e il contributo della Corte di giustizia alla precisazione dell’identità dell’Unione europea*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, p. 3 ss., spec. p. 13.

rato idonee garanzie nei confronti degli altri motivi imperativi della tutela del consumatore e della salvaguardia delle specifiche esigenze deontologiche professionali.

Appare tuttavia evidente l'estrema difficoltà, per gli Stati membri, di procedere a una tale operazione. Sono i principi generali dello stesso ordinamento dell'Unione, in primo luogo quelli della certezza del diritto e del legittimo affidamento¹⁰⁰, a imporre la necessità di fissare un ordine di rilevanza fra i limiti che possono essere opposti ai diritti fondamentali e alle libertà economiche. Del resto, va chiaramente ricordato che individuare rispetto al diritto di pubblicità la tutela della salute pubblica come limite principale non consente di determinare in concreto e in ogni contesto il contenuto di tale diritto. Se l'effetto è quello di ridurre l'ambito delle ragioni che possono essere invocate per restringere tale libertà, escludendone alcune, risulta comunque oltremodo chiaro come sia poi necessario stabilire in concreto il *quantum* di tutela di siffatto particolare interesse che l'ordinamento dell'Unione sia disposto ad ammettere. A sancire la legittimità di quest'ultima valutazione resta, fatalmente ineliminabile, l'applicazione del principio di proporzionalità e, dunque, una altrettanto ineliminabile discrezionalità, in prima battuta, degli Stati membri, in seconda istanza, delle istituzioni europee, in particolare la Corte di giustizia.

Tornando ora allo specifico regime delle comunicazioni commerciali, il modo in cui l'ordinamento italiano ha recepito le indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione conferma le criticità fin qui evidenziate. Esso, infatti, si è in pratica limitato a riprodurre fedelmente in atti interni il regime europeo, non prendendo posizione sulla questione più rilevante, e certo più spinosa, della concretizzazione dei limiti opponibili alla comunicazione commerciale. Va per vero ricordato come anche le stesse modalità di redazione delle disposizioni europee da attuare non facilitino il compito del legislatore degli Stati membri. La direttiva sui servizi nel mercato interno pare chiara nell'affermare, contestualmente, l'esistenza del diritto alla comunicazione commerciale e la possibilità di limitarlo; poco o nulla aggiunge circa la misura di tale ultima limitazione che, comunque, deve essere conforme all'ordinamento dell'Unione. È perciò da quest'ultimo ordinamento nel suo complesso (giurisprudenza della Corte, norme del TFUE sulle libertà economiche di circolazione, principi generali dell'ordinamento) che vanno fatti derivare elementi utili a consentire un adeguamento effettivo della disciplina interna ai principi europei e appare chiaro come si tratti di un'operazione tutt'altro che semplice.

La condotta del nostro legislatore, che – è da ritenere – non ha così correttamente attuato, peraltro, l'art. 24 della direttiva *Bolkestein*, determina grande incertezza in merito al regime in concreto applicabile alle comunicazioni commerciali. Spetta essenzialmente ai giudici (e in ultima analisi a tutta la pubblica amministrazione), attraverso i principi di ragionevolezza e di proporzionalità come interpretati dalla Corte di giustizia, cercare di volta in volta un equilibrio fra gli interessi in gioco, disapplicando all'occorrenza le normative interne che limitino ingiustificatamente la pubblicità commerciale¹⁰¹. Non si tratta, chiaramente, di un compito

¹⁰⁰ Sulla centralità di tali principi nell'ordinamento dell'Unione, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 2013, causa C-681/11, *Bundswettbewerbshörde*, punto 40. In dottrina, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 104 ss.

¹⁰¹ Sulla disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione, per tutti, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 219 ss.; F. POCAR, *op. cit.*, p. 324 ss.

agevole che rischia di condurre a una applicazione disomogenea di un regime che, proprio tenuto conto dei relevantissimi diritti che deve garantire, deve più che mai essere conforme (almeno) ai ricordati principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento.

Resta, infine, ancora un aspetto cui pare opportuno almeno accennare. Nel nostro ordinamento la violazione dei regimi professionali sulla pubblicità continua a integrare uno specifico illecito disciplinare. In altri termini, e come chiaramente affermato dalla giurisprudenza interna, è vero che i divieti, anche parziali, di svolgere pubblicità per le attività libero-professionali devono ormai ritenersi abrogati. Ciononostante, costituisce questione differente dal diritto di poter fare pubblicità della propria attività economica “quella che le modalità ed il contenuto di tale pubblicità non possono ledere la dignità e al decoro professionale”¹⁰². Discende da qui la competenza degli ordini professionali, tuttora legittima e pacificamente riconosciuta¹⁰³, a verificare ed eventualmente sanzionare condotte promozionali che assumano le caratteristiche della pubblicità scorretta perché, ad esempio, ingannevole o denigratoria o equivoca¹⁰⁴. Anche l’esercizio di tale competenza può dunque essere inteso come una (ulteriore ed eventuale) fase del processo di adeguamento del nostro ordinamento al regime europeo sulle comunicazioni commerciali. È tuttavia vero che, a fronte del descritto quadro normativo e di una competenza che è volta soltanto a verificare la correttezza professionale del suo aderente, sarebbe inopportuno (e forse anche giuridicamente infondato) attendersi dai Consigli dell’Ordine quella attività di ricerca di bilanciamento di interessi che neppure il legislatore, europeo e soprattutto nazionale, ha saputo realizzare¹⁰⁵.

¹⁰² In questi termini, Cassazione civile, SS. UU., sentenza del 13 novembre 2012, n. 19705, p. 7.2. In modo pressoché identico si esprime anche Cassazione civile, SS. UU., sentenza del 18 novembre 2010, n. 23287.

¹⁰³ Si vedano, *ex multis*, Cassazione civile, SS. UU., sentenza del 18 novembre 2010, cit., p. 7; T.A.R., Emilia Romagna, Bologna, II, sentenza del 12 gennaio 2010, n. 16, p. 4.

¹⁰⁴ Con riferimento alla riforma della professione forense di cui alla l. 31 dicembre 2012, n. 247, si veda l’art. 10, par. 4, il quale qualifica appunto come “illecito disciplinare” l’inosservanza del regime previsto in tema di “informazioni sull’esercizio della professione”. Va peraltro soltanto fatto un cenno al fatto che, in materia di pubblicità ingannevole, la descritta competenza in capo all’Ordine professionale deve coniugarsi “con i poteri inibitori e sanzionatori attribuiti all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, attivabili anche dal professionista e dal consumatore, non esclusi gli ordini professionali” (così Cassazione civile, sez. III, sentenza del 9 marzo 2012, n. 3717). Una tale sovrapposizione di prerogative e poteri desta invero qualche perplessità sul piano sia dell’efficienza che della chiarezza complessiva del sistema in esame.

¹⁰⁵ In una giurisprudenza pressoché univoca nel confermare la legittimità delle decisioni negative dei Consigli dell’Ordine (oltre alle sentenze citate alla nota 103, si veda Cassazione civile, SS. UU., sentenza del 10 agosto 2012, n. 14368), si dimostra degna di particolare nota l’isolata Cassazione civile, sez. III, sentenza del 12 luglio 2012, n. 11816, nella quale vengono definite, quanto al caso specifico, “speciose e tautologiche” le argomentazioni condotte dalla Commissione dell’Albo degli Odontoiatri dell’Ordine dei Medici di Brescia. Soprattutto, però, con un’affermazione che pare rivelare una più generale presa di posizione sulle concrete modalità con le quali gli ordini esercitino tale potere di vigilanza, la Cassazione giudica la decisione impugnata “viziata da un’insopprimibile insofferenza verso il ricorso al messaggio pubblicitario da parte dell’esercente la professione sanitaria”.

Abstract

The Delicate Balance of Values between Fundamental Rights, Freedom of Circulation and General Principles in the Union Regulation in the European Discipline of ‘Commercial Communications’

The Author outlines the principles of the European Union’s discipline about commercial communication within the economic environment. The right to advertise is an essential part of the economic freedom as far as service performance is concerned (Art. 56 et seq. TFEU) and, generally speaking, in the internal market. The legislator of the Union coded the regular jurisdiction of the Court of Justice specifically adopting Directive 2006/123/EC on services in the internal market. This Directive states the general principle of full freedom of commercial communication thus authorising the Member States to waive in order to ensure the protection of specific imperative needs. This article emphasizes the difficulty for the Member States to fulfil such a European system, due to the difficulty of achieving a balance among different values: the economic freedom of circulation, the fundamental right of communication, the imperative requirements in the general interest, the deontological needs typical of each professional activity and the general principles of the Union law. The Author, considering the European law, assumes that, as in the examined case, whenever there is a full concurrence between an economic freedom of circulation and a fundamental right, the principles of proportionality and the rule of reason would establish a priority between the limits that can be set to commercial communication, in order to privilege those that allow ensuring only some overriding reasons in the public interest, first of all public health protection. In conclusion, the Author presents the Italian regulation on commercial communications of regulated professions to stress the complexity of the Italian judicial system and, above all, its poor coherence with the principles of the Union law.

Andrea Gratteri*

La democrazia rappresentativa nelle forme e nei limiti delle Costituzioni europee

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I detentori della sovranità: popolo, nazione e corpo elettorale. – 3. Requisiti di età per l'esercizio dell'elettorato attivo. – 4. Automaticità della registrazione nelle liste elettorali. – 5. Requisiti di residenza e inclusione o esclusione dei residenti all'estero. – 6. Inclusione di alcune categorie di non cittadini. – 7. La legge elettorale e la legittimazione del Parlamento – 8. La prevalenza delle formule elettorali proporzionali e la relativa costituzionalizzazione. – 9. Soglie di sbarramento: rappresentatività vs. governabilità. – 10. Il voto di preferenza – 11. La legittimazione del Governo e del Capo dello Stato – 12. Re e Regine: quando la legittimazione democratica non c'è ma, forse, si riesce a farne a meno. – 13. La Corte costituzionale: la legittimazione democratica del giudice delle leggi. – 14. Conclusione.

1. Nel momento in cui ci si propone di verificare la democraticità di un ordinamento costituzionale, o meglio, ci si chiede che cosa leghi fra loro i ventotto ordinamenti nazionali appartenenti all'Unione europea in materia di *democrazia*, il punto da cui partire può essere la *catena ininterrotta della legittimazione democratica* posta da Ernst-Wolfgang Böckenförde e dal Tribunale costituzionale tedesco alla base dell'esercizio di ogni potere statale in virtù di una concreta emanazione dal popolo¹.

Questa legittimazione non può mai essere slegata dalla volontà popolare che la istituisce e deve sempre essere ricondotta ad essa oltreché determinare un'assunzione di responsabilità di fronte al popolo: per semplificare si potrebbe dire di essere di fronte a una *responsabilità di tipo verticale* fra eletti ed elettori.

Quella che Böckenförde definisce legittimazione democratica personale-organizzativa consiste principalmente nella legittimazione, almeno indirettamente popolare, di qualsiasi forma di esercizio del potere statale da parte di chi, in concreto, è preposto a svolgere una determinata funzione².

* Ricamatore di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Teramo.

¹ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, p. 388 ss.

² Per una mitigazione di tale affermazione v. le considerazioni di V. ONIDA, *Le Costituzioni*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 108 s.; si consideri poi che nel pensiero di Böckenförde si riscontrano altre due vie di legittimazione democratica, definite:

In particolare, la *catena ininterrotta della legittimazione democratica* “non deve rinviare immediatamente al popolo; sono ugualmente ammesse nomine dirette o indirette da parte del popolo, benché la nomina diretta possa dare adito a una superiore dignità democratica. Decisivo è comunque che la catena di legittimazioni non venga interrotta dal subentrare di un organo (...) non legittimato democraticamente o non sufficientemente legittimato”³.

Norberto Bobbio nel dare una “definizione minima di democrazia” fa riferimento a “*chi è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali procedure*” e afferma che “un regime democratico è caratterizzato dall’attribuzione di questo potere (...) a un numero molto alto di membri del gruppo”, scherzando anche sul fatto che “molto alto” è espressione vaga e apparentemente impropria⁴.

Considerato che la democrazia odierna è, inevitabilmente, una democrazia rappresentativa⁵, si tratta in sostanza di identificare chi e come produce le decisioni vincolanti e più importanti per la collettività: a) come è composto il corpo elettorale: ovvero attraverso quale soggetto il popolo può esercitare, concretamente, la sua sovranità; b) come il corpo elettorale può esprimere la sua volontà: ovvero il meccanismo di base della legge elettorale che periodicamente consente l’elezione di un’assemblea rappresentativa, attraverso l’ineludibile intermediazione dei partiti; c) come sono legittimati gli organi costituzionali dello Stato: non solo il Parlamento ma anche il Capo dello Stato, il Governo e, se presente, la Corte costituzionale⁶.

2. Chi sono i *molti* di Bobbio?

Farò riferimento al corpo elettorale⁷ che permette, peraltro, di introdurre un elemento di omogeneità che consente di superare la distinzione, nominale, fra Costituzioni a sovranità popolare e Costituzioni che espressamente riprendono il concetto di sovranità nazionale (Belgio e Lussemburgo) o che sul punto restano silenti (Austria, Irlanda, Estonia fra le altre).

E allora, come si compone il corpo elettorale nelle 28 Costituzioni in esame? La risposta appare semplice in virtù dell’affermazione, ormai indiscutibile, del principio del suffragio universale maschile e femminile. Si segnalano, però, alcune questioni risolte in modo diverso in alcuni Paesi dell’Unione che inducono a pensare a una concezione parzialmente differente dei soggetti coinvolti nella legittimazione delle assemblee rappresentative, se non a una maggiore o minore democraticità.

a) funzionale e istituzionale; b) contenutistico-oggettiva. La prima deriva dalla specifica attribuzione di funzioni disposta dalle norme della Costituzione; mentre la seconda consiste nella legittimazione derivante dagli atti legislativi che, in quanto approvati dall’assemblea rappresentativa, vincolano gli altri organi dello Stato o dalla responsabilità dei “rappresentanti del popolo al cospetto del popolo” ciclicamente sanzionata dal corpo elettorale.

³ E. W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 392.

⁴ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 4 s.

⁵ Sul punto v. innanzitutto H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966 (ed. or. 1929), p. 39 s.

⁶ Per esigenze di spazio non si tratteranno altri aspetti, pure importanti, come il rapporto fra maggioranza e opposizione e la presenza di istituti di democrazia diretta.

⁷ Per le differenti opinioni della dottrina italiana sulla sovrapposizione di popolo e corpo elettorale v. M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Artt. 1-54*, Torino, 2006, p. 14 s.

3. Il criterio prevalente della concessione dell'elettorato al compimento del diciottesimo anno di età subisce due piccole eccezioni. In Austria, a partire dal 2008 il diritto di voto è riconosciuto ai maggiori di sedici anni (art. 21, *Nationalrats-Wahlordnung 1992*); in Italia, l'elettorato attivo per il Senato è – come noto – riconosciuto ai maggiori di 25 anni, con un requisito di età differenziato fra le due Camere che non sembra avere altre applicazioni nel mondo. La maggiore anzianità dell'elettorato senatoriale non può che essere valutata come anacronistica anche in relazione alla duplicazione delle funzioni costituzionali da parte della Camera alta nell'ordinamento italiano e agli inconvenienti che derivano dalla formazione di maggioranze diverse fra le due camere, in parte causate anche dalla diversa composizione dell'elettorato: differenziazione peraltro voluta al momento della redazione della Costituzione⁸.

L'unica altra Costituzione che fa riferimento a un'età superiore ai 18 anni per l'esercizio del diritto di voto è quella di Cipro che, all'art. 63, riconosce il diritto di voto ai maggiori di 21 anni; tuttavia, dal 2001 il diritto di voto è stato esteso ai maggiori di 18 anni senza che la riforma sia stata giudicata in contrasto con la norma costituzionale.

4. Gli ordinamenti elettorali europei si caratterizzano per la propensione a favorire un meccanismo automatico di registrazione degli elettori senza che sia loro richiesta un'iniziativa individuale finalizzata all'esercizio del diritto di voto, come invece accade negli Stati Uniti dove l'elemento soggettivo è fortemente valorizzato all'interno del complessivo procedimento elettorale⁹.

Dopo che il Portogallo nel 2008 ha introdotto un sistema di registrazione automatica, le uniche parziali eccezioni sono oggi rappresentate dal Regno Unito e dalla Francia¹⁰.

La maggior vicinanza della registrazione automatica alle esigenze di un procedimento elettorale democratico è testimoniata dalla recente sentenza della Corte costituzionale ungherese che, nel 2013, ha dichiarato incostituzionale, in sede di controllo preventivo di costituzionalità, la legge con cui il Parlamento voleva introdurre la registrazione obbligatoria su iniziativa del singolo elettore entro il quindicesimo giorno antecedente le elezioni, poiché in tal modo si limita il diritto fondamentale di voto sancito dalla Costituzione. Inoltre, la Corte ungherese argomenta che – considerato che le elezioni sono una concreta forma di esercizio della sovranità popolare – si determinerebbe una lesione dei principi della democrazia¹¹.

Invece, la Lettonia ha rappresentato fino al 2004 un caso completamente isolato nel panorama degli ordinamenti democratici¹²: non esisteva alcun sistema di regi-

⁸ Sul punto vedi V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario Breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 368 s.

⁹ Cfr. A. GRATTELLI, *Il valore del voto*, Padova, 2005, p. 95.

¹⁰ In Francia prevale ormai un criterio di registrazione automatica e circa il 93% della popolazione in età di voto è registrata. Nel Regno Unito nel giugno 2014 è entrato in vigore un nuovo procedimento di registrazione (non più legato ai nuclei familiari) per ovviare agli inconvenienti di un sistema di registrazione che, secondo le stime, includeva fra il 91 e il 93% della popolazione in età di voto.

¹¹ Corte costituzionale ungherese, sent. n. 1 del 4 gennaio 2013, par. 5.1.

¹² Così L. MASSICOTTE, A. BLAIS, A. YOSHINAKA, *Establishing the Rules of the Game*, Toronto, 2004, p. 66.

strazione degli elettori e l'assenza delle liste elettorali implicava la presentazione dell'elettore presso un qualsiasi seggio con conseguente annotazione dell'avvenuta partecipazione sul passaporto. Tale procedimento, evidentemente inadeguato a garantire la genuinità delle operazioni elettorali e, quindi, la loro democraticità, è stato superato dal ricorso alla compilazione automatica delle liste elettorali, ma fino a trenta giorni prima del voto l'elettore può chiedere l'iscrizione presso un diverso seggio elettorale (art. 14, legge sulle liste elettorali del 2004).

5. L'approccio intuitivo alla composizione del corpo elettorale suggerisce di fare riferimento ai cittadini residenti sul territorio al momento della votazione. Tuttavia, vi sono altre esigenze – a volte contrastanti fra loro – che richiedono di essere tenute in considerazione: da un lato, l'effettivo legame con la comunità politica e la sua conoscenza possono suggerire di includere nell'elettorato attivo solo coloro che risiedono sul territorio da un certo periodo di tempo; dall'altro, la volontà di includere nella comunità nazionale anche i cittadini residenti all'estero può portare a un'estensione dell'elettorato slegata da un'appartenenza non effimera alla comunità politica che sta per eleggere i suoi rappresentanti.

Sotto il primo profilo, il criterio prevalente è quello per cui sono iscritti nelle liste elettorali i cittadini residenti. In alcuni ordinamenti, tuttavia, si hanno requisiti più restrittivi. È il caso della Germania dove è richiesta la residenza da almeno 3 mesi sul territorio federale (art. 12 *Bundeswahlgesetz*); di Malta, dove è direttamente la Costituzione a richiedere la residenza per un minimo di 6 mesi nell'arco degli ultimi diciotto (art. 57 Cost.); di Cipro, dove sono richiesti 6 mesi di residenza (art. 5, legge elettorale del 1979). Nel complesso si tratta di restrizioni marginali finalizzate a rafforzare il legame degli elettori con il territorio nazionale.

Sotto il secondo profilo, la quasi totalità dei Paesi europei riconosce l'esercizio del diritto di voto ai cittadini residenti all'estero: in genere senza limitazioni, a volte con qualche limitazione di carattere temporale, raramente in una ripartizione specificamente dedicata.

I cittadini residenti all'estero non si vedono riconoscere il diritto di voto unicamente in Irlanda, dopo che Cipro e Ungheria hanno recentemente esteso l'esercizio del diritto di voto ai connazionali all'estero. In Irlanda prevale, non senza fondamento, la preoccupazione di un'eccessiva estensione dell'elettorato alla grande massa degli emigrati e dei loro discendenti.

Un punto di equilibrio ragionevole è quello dei Paesi in cui l'esercizio del diritto di voto è subordinato al mantenimento di un legame con la madrepatria che si concretizza nell'avervi risieduto per un numero minimo di anni. È questo il criterio adottato in Germania (3 anni di residenza negli ultimi 25); a Malta (12 anni di residenza negli ultimi 18) o, similmente, nel Regno Unito dove il diritto è mantenuto per 15 anni in capo a chi ha precedentemente risieduto sul territorio nazionale.

È poi particolare la soluzione adottata da Italia, Portogallo, Romania e Croazia: l'elettorato è riconosciuto senza limitazioni ai residenti all'estero che partecipano al voto in un'apposita ripartizione che elegge una specifica rappresentanza dei residenti all'estero: 4 deputati per il Portogallo; 12 deputati e 6 senatori per l'Italia; 3 deputati per la Croazia e 4 deputati e 2 senatori per la Romania.

6. Raramente accade che il diritto di voto per le elezioni parlamentari sia esteso anche ad alcune categorie di non cittadini in occasione del voto politico. Questo genere di estensioni ha radici storiche risalenti a un comune passato o ad antiche relazioni di carattere coloniale. Come è noto, invece, il discorso è diverso per le elezioni del Parlamento europeo e per le elezioni locali.

In Irlanda il diritto di voto si estende, per le sole elezioni parlamentari e non per quelle presidenziali, ai cittadini britannici residenti, in virtù della sez. 8(2) dell'*Electoral Act 1992*: è interessante notare la contrapposizione al mancato riconoscimento del voto dei residenti all'estero.

Nel Regno Unito il diritto di voto si estende ai residenti di cittadinanza irlandese o di uno dei Paesi del Commonwealth, in nome dell'antico legame con le ex colonie. Parimenti in Portogallo la Costituzione ammette l'estensione dei diritti politici, a condizioni di reciprocità, ai cittadini dei Paesi di lingua portoghese residenti sul territorio nazionale (art. 15, co. 3). In concreto tale estensione è effettiva per i soli cittadini brasiliani, che possono votare sia per l'elezione dell'Assemblea della Repubblica sia per l'elezione del Presidente¹³.

7. Il rinnovo del Parlamento attraverso elezioni periodiche è un elemento imprescindibile della democrazia, che richiede due notazioni iniziali: in primo luogo, la durata fisiologica dei Parlamenti in Europa è in genere fissata in quattro anni, solo una minoranza di Costituzioni prevede una legislatura di cinque anni (Italia, Regno Unito, Irlanda¹⁴, Francia, Lussemburgo, Malta e Cipro). Inoltre, i Parlamenti bicamerali e monocamerali sono oggi quasi equamente divisi a metà in Europa: tredici bicamerali e quindici monocamerali. Sono monocamerali i Parlamenti di Portogallo, Grecia, Malta, Cipro, Bulgaria, Slovacchia, Ungheria, Croazia, Estonia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Finlandia, Danimarca e Svezia.

I Parlamenti bicamerali possono essere divisi in tre gruppi sulla base delle caratteristiche della seconda camera che può essere: *elettiva*, così in Italia¹⁵, Polonia, Romania e Repubblica ceca; *legittimata indirettamente*, così in Germania, Austria, Irlanda, Regno Unito, Paesi Bassi, Francia, Slovenia e Belgio; oppure *parzialmente elettiva*: in Spagna si ha un sistema di legittimazione misto.

In presenza di seconde camere elettive non si riscontra, ovviamente, alcun problema di legittimazione democratica; così come la catena della legittimazione democratica è ininterrotta laddove si valorizza l'elemento federale o regionale con seconde camere rappresentative – in varie forme – di quei livelli di governo. È invece diversa la valutazione dei Senati “degli interessi” di Irlanda e Slovenia, rappresentativi delle diverse categorie sociali, e della *House of Lords*, riconducibile a un principio monarchico ereditario, pur in presenza di un bicameralismo non paritario.

¹³ Così M. de F. ABRANTES MENDES, J. MIGUÉIS, *Lei eleitoral da assembleia da república*, Lisbona, 2005, p. 3.

¹⁴ La Costituzione fissa il limite massimo in sette anni, ma la legge prevede da sempre una durata di cinque anni.

¹⁵ Come è noto, su questi aspetti è in corso una revisione della Costituzione italiana, che propone un Senato delle Autonomie legittimato indirettamente dai Consigli regionali (disegno di legge costituzionale A.S. n. 1429).

Resta la peculiarità del Senato italiano per la presenza al suo interno dei senatori di diritto e dei senatori a vita. Probabilmente un caso unico al mondo all'interno di un'assemblea che nell'insieme risponde al principio della sovranità popolare. Si è anche cercato di legittimare la presenza dei senatori a vita sulla base di un principio unificatore della comunità nazionale espresso attraverso alcune personalità in cui tutti possano riconoscersi¹⁶. Tuttavia, le forti linee di frattura del sistema politico hanno spesso ostacolato questo risultato.

8. La maggioranza delle Costituzioni dei Paesi dell'Unione europea contiene l'indicazione delle caratteristiche prevalenti del sistema elettorale. Si tratta di diciassette Costituzioni (Spagna, Portogallo, Estonia, Slovenia, Repubblica ceca, Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Paesi bassi, Polonia, Svezia e Regno Unito): tutte proporzionali tranne il Regno Unito.

Negli altri undici Paesi (Italia, Francia, Germania, Cipro, Bulgaria¹⁷, Lituania, Slovacchia, Croazia, Romania, Ungheria e Grecia) in cui la Costituzione non sancisce la presenza di un sistema proporzionale si riscontrano sei casi in cui il sistema elettorale è comunque proporzionale (Germania, Cipro, Slovacchia, Romania, Croazia, Bulgaria); due (Ungheria e Lituania) in cui si ricorre a un sistema misto; mentre la Francia adotta il maggioritario a doppio turno e la Grecia ha un sistema con un premio di maggioranza innestato su un impianto proporzionale. Infine l'Italia, che ha recentemente registrato la dichiarazione di illegittimità costituzionale (sentenza del 4 dicembre 2014, n. 1) della legge 21 dicembre 2005, n. 270 istitutiva di un sistema elettorale con premio di maggioranza e che, in attesa della definitiva approvazione di una riforma legislativa da parte del Parlamento, è transitoriamente retta da una legge elettorale proporzionale.

La valutazione di un sistema elettorale non passa però soltanto attraverso la classificazione maggioritario/proporzionale/misto e gli elementi di contorno del sistema elettorale sono cruciali per determinare l'effettiva resa democratica della formula prescelta che è influenzata in termini diretti dalla dimensione delle circoscrizioni; dalla presenza o meno di una soglia di sbarramento per accedere al riparto dei seggi; dalla possibilità di esprimere un voto di preferenza¹⁸.

9. L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa auspica che “nelle elezioni legislative delle democrazie consolidate non dovrebbero essere applicate soglie di sbarramento superiori al 3 per cento”¹⁹, cosa invero piuttosto rara in Europa.

Si ha una soglia del 5% in ben 11 ordinamenti: Germania, Romania, Belgio, Croazia, Repubblica ceca, Lettonia, Polonia, Slovacchia, Estonia, Ungheria e Lituania.

¹⁶ P. FRANCESCHI, *Art. 59*, in *Le Camere*, t. I, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1984, p. 106 s.

¹⁷ La Bulgaria è l'ultimo Paese in ordine di tempo ad avere adottato un sistema proporzionale, in luogo del sistema misto precedentemente in vigore. Le prime elezioni con sistema elettorale proporzionale si sono svolte nel maggio 2013 sulla base del codice elettorale del 2011.

¹⁸ Per una disamina puntuale di questi aspetti si rinvia ad A. GRATTERI, *Un sistema elettorale lontano dall'Europa*, in *Il Politico*, 2013, p. 94 ss.; ID., *In Europa votano così: Costituzioni e sistemi elettorali*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

¹⁹ Risoluzione del 18 aprile 2007.

La soglia è invece del 4% in Svezia, Austria, Bulgaria e Slovenia; del 3% in Spagna e Grecia; ed è inferiore in Danimarca, Cipro, Paesi bassi. Mentre in Italia, dove è formalmente ancora in vigore la soglia mobile all'interno delle singole coalizioni, ora si propone una soglia minima del 4,5%²⁰.

In Lussemburgo, Finlandia e Portogallo la soglia non è prevista, ma si hanno soglie implicite piuttosto elevate in virtù della piccola dimensione delle circoscrizioni.

Non si può invece ragionare di soglie di sbarramento nei sistemi maggioritari di Francia e Regno unito: *majority* l'uno, *plurality* l'altro. L'elemento caratterizzante di tali sistemi non è solo la soglia di maggioranza richiesta ma è la frammentazione del territorio in tanti collegi quanti sono i seggi da eleggere.

Nei sistemi a premio di maggioranza (l'Italia fra il 2006 e il 2013 e la Grecia, nonché il sistema attualmente all'esame del Parlamento italiano), invece, il premio è ricondotto ad ambiti territoriali nazionali (in passato regionali per il Senato italiano) e la distorsione nell'assegnazione dei seggi si realizza sulla base di un rapporto numerico predefinito fra maggioranza e opposizione che può determinare "una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della 'rappresentanza politica nazionale'", come ha stabilito la Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 1 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un premio di maggioranza svincolato dal raggiungimento di una minima soglia di voti.

Si è qui di fronte a premi di maggioranza calcolati a livello nazionale, dove un singolo voto (o come è più volte accaduto poche decine di migliaia di voti) può determinare l'attribuzione di un cospicuo premio di maggioranza senza che operi l'attenuazione portata dalla presentazione dei candidati nei collegi uninominali cui corrisponde una dispersione della possibilità di elezioni altamente competitive. Si deve però osservare che la previsione di un doppio turno – come ora è stato proposto in Italia – allevia tali inconvenienti senza tuttavia eliminarli, stante la possibilità di ottenere il premio di maggioranza al primo turno a condizione di superare la soglia, invero assai poco elevata, del 37% dei voti validi.

10. L'esistenza di un voto di preferenza all'interno di un sistema elettorale può essere significativamente valutata, per ovvie ragioni, in presenza di circoscrizioni plurinominali. Pertanto fra i Paesi dell'Unione europea vi sono 25 sistemi elettorali idonei all'adozione di tale strumento di selezione ed espressione del voto, con l'esclusione di Regno unito, Francia e Romania. In questo ambito, il voto di preferenza è utilizzato in 19 Paesi, mentre è sconosciuto per l'elezione delle assemblee parlamentari di Germania, Spagna, Portogallo, Croazia e Ungheria e, con alcune precisazioni, in Italia. In considerazione della parziale presenza di collegi uninominali i sistemi di Germania e Ungheria riescono a garantire una relazione diretta fra elettori e almeno una parte degli eletti; in Spagna, Portogallo, Croazia (e in Italia sino al 2013), invece, il voto avviene esclusivamente attraverso liste bloccate che, all'aumentare delle dimensioni delle circoscrizioni, impediscono all'elettore di essere in grado di comprendere appieno chi sono i destinatari del suo voto di lista.

²⁰ Il riferimento è al disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati, A.C. 3 e abb., il 12 marzo 2014.

In Spagna e Portogallo la dimensione media delle circoscrizioni è di 7 seggi, con punte elevate nelle sole aree metropolitane; mentre in Croazia ciascuna delle 14 circoscrizioni elegge 10 deputati. In Italia, invece, la dimensione media delle circoscrizioni per la Camera dei deputati, sulla base della legge n. 270 del 2005, è di circa 24 seggi (assegnati attraverso liste bloccate sino alla sentenza n. 1 del 2014 e ora con un voto di preferenza in attesa dell'approvazione definitiva di una nuova legge elettorale).

Poiché il ricorso a liste bloccate di candidati in circoscrizioni molto ampie aveva come conseguenza immediata che nessun elettore fosse in grado di valutare il contenuto della lista prescelta e, quindi, quali sarebbero stati i candidati eletti con il concorso del suo voto, la Corte costituzionale ha giudicato costituzionalmente illegittime le norme per cui l'elettore esprime il suo voto esclusivamente in favore di una lista di candidati lunga e bloccata: "Le condizioni stabilite dalle norme censurate sono (...) tali da alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti. Anzi, impedendo che esso si costituisca correttamente e direttamente, coartano la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all'art. 48 Cost.". In sostanza la partecipazione democratica, per essere realmente tale, presuppone un'effettiva capacità di incidere sulle decisioni sottoposte al corpo elettorale che la legge n. 270 del 2005 ora dichiarata incostituzionale non garantiva.

La Corte costituzionale specifica inoltre che la legge elettorale italiana non è comparabile "né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)". Si conferma, anche sotto questo aspetto, il carattere del tutto anomalo della legge dichiarata incostituzionale.

A ciò si aggiunga che la legge elettorale italiana era l'unica, nel panorama europeo, ad ammettere candidature in una pluralità di circoscrizioni (al limite in tutte) così aggravando le difficoltà dell'elettore di fronte a liste bloccate che, di fatto, erano modificate a posteriori in seguito alle opzioni esercitate dagli eletti.

La disciplina transitoria derivante dalla pronuncia di incostituzionalità prevede quindi la possibilità di esprimere un voto di preferenza pur in presenza di alcuni "apparenti inconvenienti", come ammette la stessa Corte costituzionale. Invece, il testo di riforma approvato dalla Camera dei deputati il 12 marzo 2014 si fonda sulla presenza di 120 piccole circoscrizioni in cui possono essere presentate brevi liste bloccate di candidati (da un minimo di tre a un massimo di sei). Si coglie qui il tentativo del legislatore di adeguarsi al dettato della Corte costituzionale e di collocarsi nella scia di quanto avviene in altri Paesi europei: non a caso si è a lungo, e impropriamente, parlato di modello spagnolo.

Tale tentativo è però vanificato da due elementi chiave della riforma oggi *in itinere*: le piccole circoscrizioni plurinominali non sono ambiti territoriali autosufficienti per la distribuzione dei seggi alle liste e su di esse ricade il riparto dei seggi

effettuato a livello nazionale, con esiti imprevedibili sia per gli elettori sia per i candidati; inoltre, e proprio per ovviare in parte alle incertezze nella distribuzione dei seggi fra le circoscrizioni, ogni candidato ha (mantiene si potrebbe dire) la possibilità di presentarsi in un massimo di otto circoscrizioni. Rispetto al passato è prevista una limitazione che produce però effetti più apparenti che reali: nella sostanza si perpetuano infatti gli inconvenienti derivanti dalla effettiva proclamazione degli eletti solo successivamente all'esercizio dell'opzione, per l'una o per l'altra circoscrizione, da parte dei candidati plurieletti.

In Europa, nei Paesi in cui l'elettore ha il diritto di esprimere un voto di preferenza si riscontrano diversi modelli: a) una sola preferenza obbligatoria, è il caso di Finlandia, Polonia, Slovenia, Paesi bassi, Estonia; b) un numero di preferenze pari ai seggi in palio, a volte anche negative, è il sistema utilizzato in Belgio, Lettonia e Lussemburgo (dove è possibile cumulare due preferenze in capo allo stesso candidato); c) voto di preferenza non obbligatorio e di consistenza variabile (una preferenza in Danimarca; una per ogni livello circoscrizionale in Austria; da una a cinque preferenze in base alle dimensioni della circoscrizione in Grecia; fino a cinque preferenze in Lituania; una preferenza ogni quattro seggi in palio a Cipro); d) voto di preferenza combinato a liste semi-bloccate: al fine di rendere efficace il voto di preferenza è necessario che il candidato raggiunga un certo *quorum* sul totale dei voti della lista cui appartiene, così nella Repubblica ceca (2 preferenze e *quorum* al 7%); in Bulgaria (una preferenza e 9%); Svezia (una preferenza e 8%); Slovacchia (fino a quattro preferenze e 3%); e) infine il voto singolo trasferibile, utilizzato in Irlanda e a Malta, che consente a ogni elettore di votare per una pluralità di candidati ordinando le preferenze secondo il suo gradimento.

11. Con l'esclusione del governo presidenziale cipriota in tutti gli altri Paesi il Governo esercita la sua funzione sulla base del sostegno espresso dal Parlamento come fiducia, quasi sempre sulla base di una nomina proveniente dal Capo dello Stato in forme di governo di tipo: semipresidenziale (Francia, Lituania, Romania)²¹; parlamentare con elezione diretta del Presidente della Repubblica (Portogallo, Irlanda, Finlandia, Austria, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Repubblica ceca, Croazia, Bulgaria); parlamentare con elezione indiretta del Presidente della Repubblica (Italia, Germania, Grecia, Ungheria, Lettonia, Estonia, Malta); oppure monarchico parlamentare (Regno unito, Danimarca, Paesi bassi, Belgio, Lussemburgo, Svezia, Spagna).

Con particolare riferimento alle forme di governo parlamentari, emerge un triplice ordine di problemi.

In primo luogo, laddove si ha elezione diretta del Presidente non si ha necessariamente un "Presidente governante": per quelli che sono i poteri attribuitigli dalla Costituzione e per quelle che sono le effettive dinamiche istituzionali nel rapporto con il Parlamento (e con il sistema politico). Significativamente l'elezione diretta del Presidente domina il quadro delle nuove Costituzioni dell'Europa centro-orien-

²¹ Per limitare le incertezze legate alla classificazione delle forme di governo semipresidenziali si è deciso di fare riferimento al criterio, discutibile ma oggettivo, della partecipazione del Capo dello Stato alle riunioni del Consiglio europeo.

tale ed è previsto da quelle di Romania, Lituania, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Croazia, Bulgaria e, dal 2012, Repubblica ceca. In quell'area geografica, l'opzione indiretta è infatti presente solo in Estonia, Ungheria e Lettonia. Comprensibilmente, al momento della trasformazione degli ordinamenti ex comunisti verso la democrazia "l'elezione diretta del Capo dello Stato fu sovente vista dalle élite politiche e soprattutto dall'opinione pubblica come la procedura più democratica e legittimante"²².

In secondo luogo, in presenza di un Presidente eletto dal Parlamento o, comunque, indirettamente non si può escludere a priori una sua partecipazione influente al *circuito politico-rappresentativo*, come da ultimo insegna l'esperienza italiana. Non c'è quindi un parallelismo fra elezione diretta e maggiori poteri e fra elezione indiretta e ruolo cerimoniale.

Infine, nelle monarchie parlamentari il ruolo del sovrano è relegato a una funzione cerimoniale che però non cessa, non può cessare, di avere alcuni poteri formali nel rapporto con il Governo e con il Parlamento; nella prospettiva dell'indagine sul carattere democratico dell'ordinamento costituzionale non ci si può quindi esimere dal sottolineare, e dall'approfondire, l'assenza di una sua legittimazione democratica diretta.

12. Uno degli snodi più delicati nella ricostruzione della legittimazione democratica degli organi dello Stato riguarda il principio monarchico. La questione rischia, inevitabilmente, di essere ideologica: da un punto di vista pragmatico le monarchie europee non possono non essere considerate democratiche, anzi la loro evoluzione è stata cruciale per l'affermazione del costituzionalismo. Tuttavia, in un quadro formale è difficile giustificare la legittimazione di un ordinamento che si regge sulla presenza di un Capo dello Stato ereditario che esercita la sua carica a vita. Siamo quindi di fronte a uno di quei limiti, forse il più evidente, entro cui si esercita la sovranità popolare: un elemento di alcune forme di governo parlamentari, altrimenti ispirate e rette da un principio democratico, sfugge dalla catena ininterrotta della legittimazione democratica in favore di una legittimazione dinastica²³.

Il ruolo equilibratore della corona nelle dinamiche della forma di governo svolge, indubbiamente, una funzione positiva e le condizioni per la creazione di un ordine costituzionale garantito dalla presenza di un potere neutro secondo l'insegnamento di Benjamin Constant. Potere neutro che si pone quindi come limite alla

²² Così A. DI GREGORIO, C. FILIPPINI, M. GANINO, *Governi e Parlamenti nei Paesi dell'Europa Orientale*, Torino, 2012, p. 6 s., che riprende il pensiero di W. SOKOLEWICZ, *Tra sistema parlamentare e sistema presidenziale: presidenza limitata ma attiva in Polonia e in Romania*, in S. BARTOLE, P. GRILLI DI CORTONA (a cura di), *Transizioni e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale: Élites, Istituzioni, Partiti*, Torino, 1998, p. 26, secondo cui la sostituzione dell'elezione diretta "con una nomina da parte del Parlamento o di un'assemblea speciale sarebbe vista come un passo indietro nell'ambito delle trasformazioni verso la democrazia".

²³ Anche un sostenitore dei pregi della monarchia nel quadro di un ordinamento democratico come il costituzionalista olandese Douwe Jan Elzinga ammette che la monarchia è "contraria ai principi democratici" pur sostenendo che il principio ereditario è problematico solo per chi ha una visione, a suo dire ristretta, del sistema democratico e pretende sempre la necessaria legittimazione diretta o indiretta degli elettori; v. D. J. ELZINGA, *Monarchy, Political Leadership, and Democracy: On the Importance of Neutral Institutions*, in J. KANE, H. PATAPAN, P. T'HART (eds.), *Dispersed Democratic Leadership*, Oxford, 2009, p. 114.

sovranità popolare in virtù della sua capacità di fungere da elemento di equilibrio fra i poteri dello Stato e che come, tale, è legittimato.

Tale argomentazione, tuttavia, si accompagna alla presunzione, non dimostrabile, che il potere neutro della corona riesca ad essere tale laddove un suo omologo repubblicano non potrebbe: ma l'esperienza delle democrazie europee maggiormente consolidate non fornisce in proposito una risposta univoca. E non sembra così forte l'argomento di chi richiama l'esperienza di Weimar per ricordare che senza un potere neutro ben bilanciato un sistema democratico è in pericolo. È vero, ma anche le repubbliche hanno dimostrato di essere attrezzate di fronte a simili rischi. Così come non manca l'esempio di una monarchia (quella italiana retta dallo Statuto albertino) incapace di svolgere il suo ruolo equilibratore nel momento di crisi sfociato nell'avvento del regime fascista.

Le monarchie parlamentari presuppongono norme o convenzioni costituzionali in base alle quali il sovrano ha un potere discrezionale limitato, non è giuridicamente e politicamente responsabile e i suoi atti sono in realtà atti dei suoi ministri²⁴, al punto che, ad esempio, la Regina d'Inghilterra "presta la sua voce" per la lettura del programma del "suo" governo nel discorso della Corona.

Già Walter Bagehot parlava, nel 1867, del monarca inglese come di un mero "dente del meccanismo" ("a cog in the mechanism") poiché il vero potere esecutivo risiedeva nel Primo ministro²⁵.

Nella prospettiva del pensiero costituzionalistico, la valutazione del carattere della monarchia è comunemente meno severa di quella che si può fare ragionando in termini strettamente democratici. Infatti, il concreto assetto delle relazioni tra i poteri dello Stato assume quell'equilibrio che consente di circoscrivere l'istituzione monarchica all'interno di un recinto simbolico.

Si avrebbe – in sostanza – una legittimazione del potere del sovrano in virtù di un atto costituente che riconosce – fa proprio – il principio storico di legittimazione della dinastia regnante. Quel che forse sarebbe accaduto in Italia se il 2 giugno del 1946 il *referendum* istituzionale avesse visto prevalere la monarchia. E che, in forme diverse, è accaduto nelle monarchie europee: in Inghilterra con la chiamata al trono degli Hannover da parte del Parlamento, in Spagna con l'ascesa al trono di Juan Carlos di Borbone in virtù della legge sulla successione contenuta nelle Leggi fondamentali del franchismo.

Ma il limite all'esercizio della sovranità popolare che deriva da questo atto costituente conduce a una contraddizione insolubile, se non accettando il quadro istituzionale che si compone nel momento in cui in esso si inserisce l'istituzione monarchica.

Se si accoglie l'idea che una democrazia non può sovraneamente, a maggioranza, decidere di negare se stessa in virtù di uno di quei limiti ripresi dall'art. 1 della Costituzione italiana e che consiste nel rispettare le condizioni che garantiscono la sua esistenza e permanenza, si può, su un piano logico, ammettere che un potere costituente (che voglia conformarsi al principio democratico) possa, in nome del buon funzionamento delle istituzioni, affidare l'esercizio di una funzione costituzio-

²⁴ Così V. BOGDANOR, *The Monarchy and the Constitution*, Oxford, 1997, p. 65.

²⁵ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Oxford, 2001 (ed. or. 1867), p. 52.

nale a un soggetto che non solo ricopre la carica a vita ma, soprattutto, la trasmette per via ereditaria? Magari privilegiando gli eredi al trono di sesso maschile²⁶...

13. Il campo di analisi relativo alla legittimazione democratica del giudice delle leggi è limitato alle sedici Costituzioni che istituiscono un controllo di costituzionalità affidato a una Corte costituzionale: Italia, Germania, Austria, Spagna, Portogallo, Belgio (nella vecchia Europa centro-occidentale) e quasi tutti i Paesi dell'Europa centro-orientale (con la sola esclusione dell'Estonia)²⁷.

In realtà non si può dimenticare che la Corte costituzionale, pur incidendo sulla forma di governo, rimane ad essa estranea poiché interviene “nella dimensione del ‘funzionamento’, non in quella della ‘struttura’” e “i suoi atti non sono liberi nel fine e non sono (o almeno non possono essere presentati come) manifestazione di volontà politica”²⁸.

Il controllo di costituzionalità delle leggi rappresenta, di per sé, “un’alterazione dello schema democratico parlamentare” intenzionalmente voluta e legata a una “mancanza di legittimazione democratica (...) inevitabile ed anzi in qualche misura necessaria per assicurare l’effettiva estraneità del ‘controllore’ rispetto al ‘controllato’”²⁹, vale a dire al circuito della responsabilità politica. Ma le Corti costituzionali possono – per usare un’espressione irrituale di Gustavo Zagrebelsky – “perfino dichiarare invalide le leggi del Parlamento”³⁰. E quindi necessitano di una legittimazione che non sempre è del tutto riconducibile alla sovranità popolare³¹.

Le Corti costituzionali europee sono riconducibili a tre gruppi principali in relazione alla loro legittimazione³²: corti di nomina parlamentare (Austria, Germania, Portogallo, Belgio, Polonia, Ungheria e Croazia); corti di nomina prevalentemente presidenziale (Repubblica ceca, Slovacchia, Slovenia); corti di nomina *bilanciata*, dove in linea tendenziale sono coinvolti nella nomina il Parlamento o il suo Presidente, il Presidente della Repubblica, le più alte magistrature, a volte il Governo (Italia, Spagna, Romania, Bulgaria, Lettonia, Lituania e, *sui generis*, la Francia).

Questo piano di lettura comparativa fornisce solo una visione parziale della questione: nessuna Corte costituzionale è più democratica di un’altra in virtù dell’e-

²⁶ È così ad es. in Spagna dove i discendenti maschi hanno la precedenza, a parità di grado, anche se più giovani (art. 57 Cost.): come testimonia la recente successione di Felipe VI a Juan Carlos I in luogo delle sue due sorelle maggiori.

²⁷ A queste Costituzioni si può poi aggiungere la Costituzione francese, tradizionalmente, identificata come appartenente al controllo politico di costituzionalità ma che in seguito alla introduzione della controllo successivo in via incidentale (*question prioritaire de constitutionnalité*) nel 2008 appare avviata ad affiancare le altre Corti costituzionali, tanto più che il Presidente Hollande ha annunciato di voler promuovere l’abrogazione della norma per cui gli ex Presidenti della Repubblica siedono di diritto nel *Conseil*, v. A. POUCHARD, *Le Conseil constitutionnel, une institution très politique*, in *Le Monde*, 8 gennaio 2013

²⁸ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, p. 570.

²⁹ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 73 s.

³⁰ Così l’incipit in G. ZAGREBELSKY *Principi e voti*, Torino, 2005.

³¹ Sul punto v. le considerazioni di M. CALAMO SPECCHIA, *Introduzione. La legittimazione delle Corti costituzionali tra modalità di composizione e principio di indipendenza*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, p. VII ss.

³² Nella classificazione si è cercato di privilegiare i luoghi decisionali effettivi.

lezione parlamentare dei suoi giudici. Influiscono sulla legittimazione e sull'indipendenza della Corte numerosi fattori, legati alla specifica cultura giuridico-istituzionale dei singoli ordinamenti e alle numerose norme "di contorno" relative ai requisiti giuridico professionali generalmente richiesti, alla durata della carica, al regime delle incompatibilità; pertanto, non è possibile fare una valutazione che sia poco meno che superficiale.

La durata della carica è compresa fra i 7 anni della Slovacchia e i 12 di Germania e Ungheria, con un alto numero di Costituzioni che fissano la durata in 9 anni (Italia, Francia, Spagna, Polonia, Romania, Bulgaria, Slovenia, Lituania); ma non mancano i casi di nomina quasi "a vita" di Belgio e Austria dove la carica scade con il collocamento a riposo al compimento dei 70 anni di età.

Il regime delle incompatibilità, in particolare con riferimento ai partiti politici, registra un'elevata variabilità: così, ad esempio, in Austria è fatto divieto di nominare giudici costituzionali gli appartenenti ai partiti politici, inclusi i loro dipendenti (art. 147, co. 4, Cost.); in Spagna non possono far parte del Tribunale costituzionale coloro che detengano un incarico direttivo in un partito politico (art. 159, co. 4, Cost.); in Polonia il divieto di appartenenza ai partiti è limitato al periodo di carica (art. 195 Cost.).

Invece in Belgio, ai sensi della legge speciale del 6 gennaio 1989 sulla Corte costituzionale, metà dei giudici costituzionali devono avere requisiti tecnico-professionali e l'altra metà deve proprio avere un requisito di professionalità politica: l'essere stato deputato, senatore o consigliere di comunità o di regione (art. 34), così come la Corte si compone per metà di francofoni e per metà di fiamminghi. Sono qui prevalse le esigenze di fondare la Corte costituzionale su una legittimazione capace di garantire l'accettazione sociale e politica delle sue decisioni in una comunità nazionale profondamente divisa sui temi dell'appartenenza alle comunità regionali³³.

La forza della legittimazione dei giudici costituzionali coincide, in larga misura, con il loro elevato profilo professionale, con la durata della carica, con la non rieleggibilità, con il rigido regime di incompatibilità, in sintesi con la loro autonomia e indipendenza.

Non è però casuale che in nessuno degli ordinamenti europei in cui è presente un controllo di costituzionalità accentrato e, quindi, una Corte costituzionale, si sia fatto esclusivo ricorso a un organo giurisdizionale "di carriera", composto secondo le regole automatiche di composizione delle Corti di cassazione. La delicatezza della funzione relativa al sindacato di costituzionalità richiede che quei giudici traggano nei massimi vertici istituzionali dell'ordinamento la loro legittimazione, in modo da avere la forza *perfino di annullare una legge*.

Lo scopo delle norme costituzionali che regolano la nomina dei giudici costituzionali attraverso parlamenti, presidenti, governi, presidenti di assemblea, alti magistrati, non è, però, quello di individuare un procedimento democratico: lo scopo è

³³ Così N. VIZIOLI, *La giustizia costituzionale in Belgio*, in J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 425 s.; in proposito v. diffusamente L. SCIANNELLA, *La legittimazione delle Corti costituzionali su base etnica: il caso belga*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *op. cit.*, p. 137 ss.

quello di garantire l'autorevolezza e l'indipendenza di un organo chiamato ad essere il *custode della Costituzione*.

14. L'art. 2 TUE include la democrazia fra i valori comuni agli Stati membri. In questo saggio ho cercato di descrivere proprio i tratti che uniscono questi ventotto ordinamenti costituzionali e di rintracciare la concreta operatività del principio democratico attraverso la legittimazione popolare dei loro organi costituzionali. Mettendo in luce le differenze e, talvolta, le mancanze (o le anomalie) che possono condurre a un diverso apprezzamento del carattere di ciascuno di essi, senza mai però mettere in discussione la loro appartenenza alla famiglia degli ordinamenti costituzionali democratici in cui il corpo elettorale periodicamente rinnova il Parlamento di fronte al quale il Governo è responsabile – come dice esemplarmente l'art. 1, co.2, della Costituzione italiana – *nelle forme e nei limiti* di ciascuna Costituzione.

Abstract

Representative Democracy in the Forms and within the Limits of European Constitutions

This essay deals with the forms of representative democracy in the Constitutions of the twenty-eight EU Member States and tries to identify *who* takes and *how* are taken the most important and general decisions. In particular the essay evaluates: the composition of the electorate and the way the people exercises its sovereignty; the basic rules of the electoral laws that periodically allow the election of a parliamentary assembly; the legitimation of constitutional institutions: not only Parliaments, but also Heads of State, Governments and – when operating – Constitutional Courts.

Gianluigi Passarelli*

The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law

SUMMARY: 1. Special provisions for the voluntary assignment of receivables in private international law. – 2. The Rome Convention discipline. – 3. Voluntary assignment in Rome I Regulation. – 4. Short critical analysis.

1. This matter without doubt calls for a more detailed analysis than that offered here. A number of remarks are, however, set out in relation to voluntary assignment¹, which has a particularly important role considering the continuous evolution of international trade² which is currently more concerned with financial flows than with services or goods.

In general terms, there is a voluntary assignment where, in a business activity, the goods or service provider (creditor/assignor) defers payments to his customer (debtor), therefore the former holds a recovery debt towards the latter until the stipulated deadline. In turn, the creditor (assignor) can transfer his credit to a third party (assignee).

* Research Fellow in Private Law at the Seconda Università degli studi di Napoli. I wish to express my profound gratitude to Professors Enrico Minervini and Francesco Sbordone for their comments.

¹ There is abundant literature on the voluntary assignment in private international law. For further see H. BATIFFOL, *Assignment*, in *Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts*, Ann Arbor, 1951, p. 48 ff.; P. J. ROGERSON, *The Situs of Debts in the Conflict of Laws – Illogical, Unnecessary and Misleading*, in *Cambridge Law Journal*, 1990, p. 441 ff.; A. MALATESTA, *La cessione del credito nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, *passim*; D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Paris, 1997, *passim*; H. D. STRUYCKEN, *The Proprietary Aspects of International Assignment of Debts and the Rome Convention, Article 12*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1998, p. 345 ff.; G. C. CHESHIRE, P. M. NORTH, J. J. FAWCETT, *Private International Law*, Oxford, 2008, p. 1237; E. CASHIN RITAINE, *Les règles applicables aux transferts internationaux de créance à l'aune du nouveau Règlement Rome I et du droit conventionnel*, in A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE (eds.), *Le nouveau règlement européen "Rome I" relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20 Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zurich, 2009, p. 198 ff.; F. J. GARCIMARTÍN, *Assignment of Claims in the Rome I Regulation: Article 14*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 217; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, London, 2009, pp. 367-388.

² T. C. HARTLEY, *Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under the Rome I Regulation*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 29; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, p. 13.

The inconveniences regarding this “hybrid legal institution”³, are numerous and well-known especially from an international perspective where the credits derive from an agreement between parties that have habitual residence in different States⁴. Added to these problems is the fact that, with the voluntary assignment, various different issues come into play: amendments, succession, transfer⁵. These are governed differently by the legal system in each of the Member States⁶, some of which do not have one single independent assignment of receivables agreement⁷.

In addition, this particular type of contract sets itself apart from others because, as well as the corresponding obligations as between assignor and assignee, it results in the transfer of ownership in the receivable assigned⁸.

However considering the importance of this matter in the financial-services industry⁹, on the wake of national legislations, as well as on an international level

³ H. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, *Cross-border Assignments under Rome I*, in *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 2-3. The Authors point out that “Assignment may be characterised as a hybrid legal institution, involving features belonging to both the law of obligations and the law of property. (...) This hybrid nature of assignment not only creates characterization problems but can also be said to be one of the main causes of the diversity of opinion in the EU Member States in respect of the most suitable conflict rule for the assignment of claims”. See also P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Artt. 1260-1267 c.c.*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile, IV, Delle obbligazioni*, Bologna, 1982, p. 29; the Author states “[l]a dottrina italiana di gran lunga prevalente sottolinea, anche se con modalità diverse e non senza incertezze di formulazione, la causalità della cessione del credito, quale espressione, nel sistema vigente, del principio della causalità del negozio traslativo. Non sembra infatti che trovi una convincente giustificazione la tesi che ravvisa nella cessione un negozio astratto, quale eccezione al principio della natura causale e dell’efficacia reale-obbligatoria dei negozi traslativi”.

⁴ According to A. J. BÊLOHLÁVEK, *Rome Convention, Rome I Regulation: Commentary, New EU Conflict-of-laws Rules for Contractual Obligation*, II, New York, 2010, p. 1728, the assignment is international “(...) if, at the time of conclusion of the contract of assignment, the assignor and the assignee are located in different States”. The Author takes in consideration the definition insert in UNCITRAL Convention, and criticises this because it is considered “relatively narrow and imposes limitations when it connects the international element”. The reference is to United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (2004), which has as main goal to support of trans-border movement of goods and services by means of the unification of legal provisions for assignment in international market and assures the harmonisation of national law as well as. For further comments on this Convention see UNICTRAL, *Modern Law for Global Commerce*, 2011, www.uncitral.org. See also L. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione e la cessione di crediti a soggetti esteri*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 1061.

⁵ In reference to the Italian legal system see P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 5; C. M. BIANCA, *L’obbligazione. Diritto civile*, IV, Milano, 1993, p. 582; A. DOLMETTA, G. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell’ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, p. 77; P. M. VECCHI, S. CHERTI, L. MATERIA, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, III, Obbligazioni, 1, Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 338; D. VALENTINO, *Della cessione dei crediti. Art. 1260*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, IV, Delle obbligazioni*, Napoli, 2010, pp. 188-200.

⁶ A. BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti (La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, p. 96; according to whom: “[m]entre in alcuni ordinamenti l’efficacia della cessione verso il debitore è subordinata al compimento di alcune formalità dirette ad informarlo (ad. es. la notificazione ex art. 1264 cod. civ. italiano) o per lo meno alla conoscenza da parte sua dell’avvenuta cessione, in altri sistemi non sono contenute analoghe norme protettive”.

⁷ In reference to the Italian legal system see G. MINERVINI, *Sconto bancario*, Napoli, 1949, *passim*.

⁸ A. BONOMI, *op. cit.*, p. 95.

⁹ T. C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 29.

and in particular on a European level, private international law (“p.i.l.”) has ruled the applicable law to voluntary assignment. The rule was based on the same objectives recognized by many national legal systems and in practice by international trade, namely the transfer of goods or the constitution of a guarantee¹⁰. Therefore in some legal systems there are restrictions to the assignability. In fact “salary claims”¹¹, assignments in connection with liberal professions, are non-transferable: there are, for example, restrictions of assignment of claims of attorneys¹² against their clients.

The need for p.i.l. rules governing the applicable law to the international voluntary assignment is based on the fact that the parties, both those of the contract of credit and those of the contract of assignee, to a contract very often fail to identify the law that is to apply to the agreement reached between them¹³. Recourse is then given to the solutions adopted first by the Rome Convention and then Rome I Regulation. It should be stressed that the starting point here is an analysis of the Rome Convention, which still applies today to any contracts dated prior to 17 December 2009 as well as contracts entered into with Denmark. A number of points need to be made here. This exception lies in the Community nature of the Regulation, that in fact, it is the same Article 1(4) of the Regulation, which makes a clear distinction between “Member States to the Regulation” and “Member States of the European

¹⁰ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 32; P. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa*, Napoli, 1993, p. 38 ff.

¹¹ F. BAUER, *Voluntary Assignment and Contractual Subrogation – Art. 14 Rome I*, in G. P. CALLIES (ed.), *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 282.

¹² With focus on Italian legal system, according to P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 103, the *ratio legis* of this limit is that “la difesa sia espletata, con adeguata dignità e con il necessario prestigio, senza cointeressenze che possano spingere il difensore a compiere negoziazioni su diritti contestati anziché svolgere le precipue funzioni che professionalmente gli competono, compromettendo il prestigio di un’intera categoria che, per l’alta funzione che esercita in via esclusiva non dovrebbe dare adito a sospetti di sorta. (...) Essi sono ‘collaboratori’ della giustizia e quindi incidono, con la loro deontologia professionale, sull’imparzialità della giustizia stessa”. It is not clear, however, whether receivables due to lawyers’ firms, which are governed by Directive 98/5/EC, about the freedom of establishment of lawyers and implemented in Italy by way of Legislative Decree of 2 February 2001, can be assigned. Commentary dealing in some detail with this point reveals that “[p]ur nella sua autonomia, il nuovo tipo si modella in parte sul tipo della società in nome collettivo, cui si avvicina per struttura ed organizzazione societaria, rilevanza dell’elemento personale e regime della responsabilità. (...) L’incarico professionale viene così conferito non alla persona fisica dell’avvocato ma alla società tra avvocati: alla società tra avvocati viene giuridicamente imputato lo svolgimento dell’attività professionale. (...) Viene meno la coincidenza soggettiva tra chi assume l’incarico, la società tra avvocati, e chi lo esegue, il socio e, quindi tra il contraente ed il professionista in concreto incaricato, con la conseguente scissione tra imputazione giuridica della prestazione ed esecuzione della stessa” (E. MINERVINI, *La società tra avvocati (s.t.p.) nel D.Lgs 2 febbraio 2001 n. 96*, in *Società*, 2011, pp. 1029-1041; see also, of the same Author, *Conferimento, esecuzione ed inadempimento dell’incarico professionale nella nuova disciplina della società tra avvocati*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 616-631). With both the EU and domestic courts also remaining silent on this point, whilst these businesses model themselves on proper companies, it can be said that, at least where the Italian system is concerned, the restriction on assigning receivables due to a company from its clients applies to lawyers firms.

¹³ F. SBORDONE, *Le obbligazioni contrattuali*, in U. VILLANI, M. DI FABIO, F. SBORDONE, *Nozioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 2013, p. 117. See also F. SBORDONE, *La “scelta” della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, p. 160 ff.

Union”¹⁴. This clarification is based on the fact that Denmark, the United Kingdom and Ireland, by virtue of the *opting out* and *opting in* schemes, agreed upon in the drafting of the Treaty of Amsterdam, may refrain from the automatic application of Community regulations. To date Ireland and the United Kingdom have *opted in*¹⁵, therefore, only Denmark remains excluded, and has not yet expressed the intention to join the Rome I Regulation. It follows that the Danish courts will still continue to only apply the criteria dictated by the Convention, at least until Denmark formally agrees to adhere to the Rome I Regulation. In fact the territorial aspect, which has always played a very important role in p.i.l. and has become a very ambiguous term in conflicts of laws¹⁶, to date, with Denmark which has not adhered to the Rome I Regulation, could still cause several problems in terms of interpretation.

In light of the latter observations, according to some Authors¹⁷ the Rome Convention would also find application in reference to the relationship that would arise between the EU Member States and Denmark. The consequence is that the Convention would still apply, for example, in cases of a voluntary assignment between a Danish assignor and an Italian assignee. In reference to this aspect, in absence of rulings by the Court of Justice on the matter, one might conclude by saying that the rule of the Convention is applicable where it is clear that the contractual relationship (using the example above between Denmark and Italy) has a close territorial connection with Denmark. In this case the Danish courts could apply the Convention¹⁸. However, subsequent rulings by the Court of Justice will certainly be of use in the interpretation of similar cases.

These problems then magnify, given that the assignment of the receivables is a contract to which both the Rome Convention and Rome I Regulation could apply if the contract came into being before December 2009 and where the assignment took place subsequently. These issues call for an extremely careful evaluation to be carried out by the interpreter, and in particular the judge, in order to establish which provisions apply to the relationships between assignor/assignee, assignor/debtor and debtor/assignee.

2. Article 12 of the Rome Convention governs the voluntary assignment. The Rome Convention clearly envisages that, with exception to the principle of party autonomy¹⁹, the rapport between assignor and assignee (defined by the Convention

¹⁴ B. VOLKER, *Rome I Regulation: A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships Within Most of the European Union*, in *Journal of the Law and Commerce*, 2011, p. 238.

¹⁵ Commission Decision of 22 December 2008 on the request from the United Kingdom to accept Regulation (EC) n. 593/2008 of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

¹⁶ O. LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, The Hague-Tubingen, 1976, p. 86.

¹⁷ A. BONFANTI, *Le relazioni intercorrenti tra il regolamento Roma I e le convenzioni internazionali (in vigore e non)*, in N. BOSCHIERO (a cura di) *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 386.

¹⁸ G. PASSARELLI, *The Protection of the European Consumer in Private International Law. Some General Remarks*, in *Contratto e impresa /Europa*, 2014, forthcoming.

¹⁹ Hoge Raad decision of 16 May 1997, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, criticises the decision to apply, to the voluntary assignment, the law chosen by the parties and identified in the contract. For a

as “mutual obligations”) can be regulated differently from that of the assignee and the debtor (defined as “relationship”).

In actual fact, even in this case, the identification of the location of the contract presents difficulties, particularly if the parties have not chosen the law applicable to the contract. And in silent anticipation of Article 12 of the Rome Convention regarding research standard criteria, the interpreter must make a “careful evaluation”²⁰ and re-examine the principles of closest connection²¹ and characteristic performance²², including the clear difficulties that can emerge when establishing the determination of the latter²³.

An example of the careful evaluation that the interpreter is required to carry out is provided by one particular case that a number of authors refer to: “For example, assignor A first assigns its claim on his debtor to assignee B and then secondly to assignee C. The first assignment is governed by English law, whereas the second assignment is governed by Italian law. In such cases, the property aspects of the first assignment (A to B) would have to be determined by English law and those of the second assignment (A to C) by Italian law. Nevertheless, in judging the property aspects of the second assignment from A to C, the earlier transfer of the claim from A to B is of importance. As a result of the first transfer from A to B, A has lost his title to the claim subsequently assigned to C, so that C would only be able to acquire the claim if under the law governing the assignment from A to C (Italian law) protection is offered to a *bona fide* purchaser of a claim. The principle is exactly the same as with tangible property. For example A sells a painting to B and transfers title of the painting to the latter in England, while remaining in possession of it. A then subsequently takes the painting to Italy, where he sells and delivers it to C. If under Italian law C’s title as a *bona fide* purchaser overrides that of the original owner B, that result will be recognised by the English courts under the *lex situs* rule. Likewise, in the example above, it will be Italian law which decides whether C as *bona fide* purchaser of the claim is protected against the earlier assignment from A to B”²⁴.

critical analysis to this decision see A. MALATESTA, *La legge sulla cartolarizzazione e la cessione dei crediti “esteri”*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, p. 96.

²⁰ P. R. BEAUMONT, P. E. MCELEAVY, *Private International Law*, Edinburgh, 2011, pp. 484-503.

²¹ A. DICEY, J. MORRIS, L. COLLINS, A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, London, 2012, XV ed., pp. 1777-1778 state that the first judgment to mention the principle of closest and most real connection was Privy Council in 1950 in the case *Bonython v. Commonwealth of Australia*. According to U. VILLANI, *Diritto internazionale privato: profili generali*, in U. VILLANI, M. DI FABIO, F. SBORDONE, *op. cit.*, p. 32 ff. “[q]uesto principio non costituisce una circostanza stabilita, in via generale ed astratta dal legislatore, ma implica il riferimento ad una pluralità di elementi di contatto che l’interprete è tenuto scrupolosamente ad analizzare”.

²² See *infra*.

²³ Interesting can be the analysis of the case of Tribunal de première instance civil de Bruxelles, 17 March 2000, mentioned by L. DI DONNA, *La scelta della legge applicabile ai contratti internazionali in difetto di determinazione delle parti*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, p. 366, or the leading English decision Court of Appeal *Raiffeisen Zentral Bank Osterreich AG v. An Feng Steel Co. Ltd.*, where in reference to the applicable law in a voluntary assignment, Lord Justice Mance confirmed that identifying the applicable law requires careful evaluation of the scope of the Rome Convention and this evaluation is important in understanding that “the conflict of laws does not depend (like a game or even an election) upon the application of rigid rules, but upon a search for appropriate principles to meet particular situations”.

²⁴ The example is taken verbatim from H. VERHAGEN, S. VAN DONGEN, *op. cit.*, p. 18.

In addition, the voluntary assignment makes establishing location for the “non-monetary” performance very complicated because it is not easy to identify which of the parties can carry out the service. Therefore, recalling the most widespread notion of characteristic performance²⁵, one may conclude in general term that characteristic performance in voluntary assignment is that of the “ceding partner – assignor”, with the consequences that the applicable law will be that of the State in which the latter has habitual residence²⁶.

In actual fact, as has been confirmed by part of the doctrine, voluntary assignment presents a “variabilità causale che non può condurre ad alcuna generalizzazione nell’individuazione della prestazione caratteristica”²⁷. In particular, this type of contract can often lead to establishing the localization of the contract based on the location where the contracting party carries out monetary performance (financial service)²⁸, such as in the case of credit transfer²⁹, a concept that was clarified in Rome I Regulation where the assignee offers financial services for the credit. Therefore, in this relationship the assignee is the characteristic performer³⁰. The

²⁵ M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989, *passim*. Apart from some Authors in particular studies, this “technical term” was coined in Swiss doctrine and, specifically, by Schnitzer for having provided, towards the end of the thirties, comprehensive identification of the conception of characteristic performance, and shortly adopted and applied by the Swiss Courts. However, according to Schnitzer’s formulation – and subsequent development by Vischer – any type of contract would be characterized by performance, on one hand, by what would distinguish it from all other types of contract and, on the other, by what it would inevitably be a feature of each contract. Therefore, summing up Schnitzer’s thought, the Author defined the characteristic performance as the counter-performance of the payment of a sum of money, also called the “typische Leistung”, which is not to be left out in a contract, and which distinguishes a contract from another type of contract. Further on the “characteristic performance”, see also F. VISCHER, *The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention*, in K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London, 1978, p. 25; U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 514; M. VIRGÒS SORIANO, *La ley aplicable a los contractos internacionales: la regla de los vínculos estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato*, in *Estudios jurídicos en homenaje al Professor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996, p. 52; H. JESSURUN D’OLIVEIRA, *Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 303.

²⁶ D. VALENTINO, *Art. 12 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, in C. M. BIANCA, A. GIARDINA (a cura di), *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995, p. 1066.

²⁷ *Ibidem*. *Contra* in reference to the factoring see M. INFANTINO, *Note comparatistiche sulle utilità dell’uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra convenzioni e principi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, p. 288.

²⁸ See also about factoring contract the case Appellate Court Grenoble (France), 13 September 1995, *Caito Roger v. Société française de factoring* where the Court held “that by virtue of Article 4, paragraph 2 of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Relations of 19 June 1980, Italian law is applicable, being the law of the State where the person due to make determining performance under the contract is domiciled, in this case the factoring company”.

²⁹ F. BONELLI, *La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e la legge applicabile alle operazioni bancarie*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 115 ff.

³⁰ Further regarding the problems implied by an assignment of an abstract nature, that is one that concerns the effects of transfer of credit, and the laws of “casual” assignment, or rather those that can be attributed to the transfer, A. LEANDRO, *Art. 14*, in *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008*

same doubts can arise in relation to factoring agreements. The performance by the factor is decidedly more complex, as it includes the provision of services, this being of particular significance especially when it comes to international transactions³¹: it is the performance by the factor that is, therefore, the characteristic performance.

On the other hand the second paragraph of Article 12 of Rome Convention, which avoids the possibility of voluntary assignment changing the position of the debtor, subjects these profiles to the law that governs the credit, or rather the law that governs the contract of the assignee. Therefore, the court, after careful examination of all the circumstances of the contract, must determine the characteristic performance of the contract that governs the credit so that the law will be applied where the characteristic performer has habitual residence.

Finally, Article 12 of the Convention does not give concrete answers in reference to assignment to third parties, therefore, to the conditions under which the effectiveness of the assignment depends on subjects holding legal positions³² hired by the assignor and/or claiming the credit.

3. Akin to the Rome Convention, Rome I Regulation also affords attention to the matter of voluntary assignment³³. In particular, in line with the provisions of Rome Convention, the Regulation establishes, at Article 14(1), that the relationship between assignor and assignee is ruled by the proper law of the contract concluded between them³⁴, with location, given Article 14's silence on the point, being established on the basis of the criteria set out at Articles 3³⁵ and 4 of the Regulation.

del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, pp. 842-843.

³¹ A. BONOMI, *op. cit.*, pp. 99-100. According to the Author, "[l]a prestazione del *factor* è la più complessa, perché comprende anche la prestazione di servizi, particolarmente significativi proprio nel caso di un *factoring* all'exportazione e, l'attività di finanziamento, e viene inoltre esercitata professionalmente. Essa è, dunque, la prestazione caratteristica, il che comporta l'assoggettamento del contratto alla legge del luogo della sede dell'impresa di *factoring*".

³² Third parties for the Cour de Cassation, 4 December 1985, are the parties that have the "intérêt a ce que le cédant soit encore créancier". See A. LEANDRO, *La disciplina della opponibilità della cessione del credito nella proposta di Regolamento Roma I*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 677, footnote 5.

³³ C. RUDOLF, *Internationales Verragsrecht – Rom I – Verordnung ab 17.12.2009 Maßgebend*, in *Ecolex*, 2009, p. 1117.

³⁴ H. LE VERHAGEN, S. VAN DONGEN, *op. cit.*, p. 13.

³⁵ It should be pointed out that not always can the selection of the applicable law made by the parties be legally binding. This does not occur only in cases like that of contracts, where one party is the consumer. In fact "due contraenti italiani, che concludono un contratto destinato ad essere eseguito in Italia (e, dunque, un contratto privo di criteri di collegamento con altri Stati) non possono sottrarre il contratto all'applicazione della legge italiana" (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, p. 105). *Contra* G. ALPA, *Autonomia delle parti e scelta della legge applicabile al contratto "interno"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 573: "[i] criteri da seguire non collimano con i criteri scelti da regolamenti o convenzioni per i contratti transnazionali e per i contratti internazionali". To this point is important to point out that Article 9 of the Regulation ruled "overriding mandatory provisions" that are those rules that in the scope of the single national legal system, enjoy no derogations from private autonomy. Further on these rules see T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 25 ff. With particular focus on Rome I Regulation see I. PRETELLI, *Il regolamento comunitario*

In contrast to the Convention, in the event of absence of choice by the parties, the interpreter is required to establish which category³⁶ the transferred contract belongs to, also having to identify the characteristic performer for mixed and/or complex contracts which give life to a credit transfer, comparing those circumstances with “the concept of assignment” inserted in Article 14(3). In fact it is important to point out that the provision of the new Article 4 constitutes one of the biggest changes in the Rome I Regulation because hard and fast rules have been inserted to replace the characteristic performance rule in the Rome Convention for eight types of contracts³⁷. Furthermore, the drafting technique where Article 4 is concerned is the complete reverse when compared to the corresponding Article of the Rome Convention, with the adoption of connection criteria that typify the characteristic performance, i.e. they identify the performance that must be considered as such³⁸.

However, on a first reading, it seems that voluntary assignment is seen in Article 4(1)(b) as being a contract for the provision of services³⁹, governed by the law of the country in which the service provider (in this case the assignee) has his habitual

sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 1124-1129.

³⁶ U. VILLANI, *Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento Roma I*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 583.

³⁷ Moving on to examine shortly the contract appearing in the list, this include: sale of goods; provision of services; right *in rem* to immovable property and tenancy of immovable property; tenancy of immovable property concluded for temporary private use; franchising contracts; distribution contracts; sale of goods by auction; contracts concluded within a multilateral system. Having this brief study of the contracts been inserted in the list, it can be stated that in summary, the rules in Article 4(1) of the Rome I Regulation for the types of contracts listed therein establish fixed connecting factors seen as providing the basis on which to anchor down each group of contracts in the country where the respective centre of gravity is located. In the case of some contracts, the criterion chosen is the habitual residence of one of the parties. Indeed, some rules make clear the widely accepted result of applying the concept of characteristic performance to the relevant groups of contracts. This is the case, maybe, with item (b), where it is established that a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country in which the service provider has his habitual residence or item (a), which imposes the law in the country in which the seller habitually resides. In addition, items (e) and (f) emphasise the criterion of habitual residence of one of the parties as the main connecting factor: in particular, a typical franchise contract is governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence (see item (e)). It is clear that the intention of the Regulation framers was that the franchisee is to be considered the characteristic performer of this type of contract. Similarly, a distribution contract is governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence. However when it comes to these last two contracts, setting aside any criticism that might validly be expressed, the intention is to protect the franchisee and the distributor who are, in their respective contracts, the “weaker parties”. It is simply to see that the Rome I Regulation, compared to Convention, does not make substantive changes about the contract relating to a right *in rem*, or to a tenancy of immovable property. Therefore, in these contracts, the closest connection is yet based on the place where the property is located. The reference to paragraph 1(g) of Article 4, concerning the “Sale of goods by auction”, seems probably founded on the principle of closest connection. Further see U. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 166.

³⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Applicable Law in Absence of Choice to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, p. 207.

³⁹ *Contra* A. BONOMI, *op. cit.*, p. 99. According to the Author, “[l]a cessione del credito non è, infatti, riconducibile alle ipotesi di fornitura di beni mobili materiali e di prestazione di servizi”.

residence⁴⁰. Where the contract goes beyond the “outright transfers of claims” for payment due, the law to be applied is that in force at the grantor’s residence, considering it as both a sale and contract that is not included in the list⁴¹.

In contrast, where the transfer acts as a *datio in solutum*⁴², i.e. according to the Italian doctrine “estinzione definitiva del rapporto obbligatorio anche dal punto di vista sostanziale con una prestazione di vero soddisfacimento”⁴³, or in general the extinction of a previous obligation between the assignor and assignee, it is the law of the previous contract that applies⁴⁴. Therefore it must be the interpreter that, starting from national legal system, will have the task of qualifying the previous contract and assessing whether this falls within one of those on the list referred to in Article 4.

It should also be stressed that the Regulation, in contrast to the Convention, substitutes the word “mutual obligations” with the “relationship” between assignor and assignee. The consequence is that, on the basis of Recital 38 of the Rome I, Article 14(1) can be applied to the property aspects of an assignment, as between assignor and assignee⁴⁵. This difference can lead to the belief that the Regulation must be applied to all relationships between assignor and assignee. The view held by some is, in fact, that preliminary issues regarding a voluntary assignment or a contractual subrogation⁴⁶ would not be included.

Moreover, where it claims by way of security and pledges that are being transferred, although the assignor might be seen as being the “characteristic performer”, in this case the “escape clause” inserted in Article 4(3) can be applied, with the result that the obligation must be granted rather than the assignment⁴⁷. Actually, the “escape clause” could be applied even outside this specific hypothesis, more specifically in the recourse to the theory of “accessory allocation”⁴⁸, or the one applicable

⁴⁰ T. C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 39.

⁴¹ A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 845.

⁴² According to T. C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 32, the assignment is distinguished from novation: “[n]ovation is a contract to which Debtor, Creditor and Assignee are all parties, in which they agree that A will take the place of C in his relationship with D. It differs from assignment in that the assent of D is necessary. Since the new contract replaces the old one, the parties are free to agree whatever terms they wish; normally, however, A will take over C’s liabilities towards D as well as C’s claims against him. As far as conflict of laws is concerned, the normal choice of law rules will apply to determine the validity of the new contract. Article 14 is not relevant”.

⁴³ M. MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Palermo, 1924, p. 18. In the same way C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 430-431. *Contra*, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 237: “[n]on produce effetto liberatorio l’esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore”.

⁴⁴ A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 845.

⁴⁵ See Recital 38.

⁴⁶ T. C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁷ A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 845.

⁴⁸ This doctrine was recognised and applied as important connecting factor under English, French and German domestic private international law rules in contractual obligations. It was defined “doctrine of infection” in England, “caractère accessoire” in France and “akzessorische Anknüpfung” in Germany. For the English approach see cases *Wahda Bank v. Arab Bank Plc*, 1996. For the French approach see S. CORNELOUP, *Choix de loi et contrats lies*, in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (eds.), *Le règlement communautaire “Rome” I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, 2011, p. 285. For

“in situation where the court uses a law governing one or more contract(s) to govern or infect another closely related contract(s), where the parties have not made an express choice of law to govern all the contracts they have entered into in a commercial transaction”⁴⁹. Indeed, in the case when credit assigned finds its own source in a previous contract between the debtor and the assignor, in which the applicable law was identified, the judge should evaluate if the same law might be applied to the contract between assignor and assignee, in the case these latter had not specified the applicable law⁵⁰. This theory finds its own source not only in some European doctrines, but also in the same Rome Regulation I where Recitals 20 and 21 invite the interpreter to consider the presence of a close relationship between that contract and other contracts⁵¹.

Finally, opposing transfer to a third party is a matter that cannot be ignored. According to some Italian doctrine this is described as “(...) condizione da cui dipende l’efficacia della cessione nei confronti di soggetti titolari di posizioni giuridiche assunte nei confronti del cedente (o del debitore ceduto) e/o vantate sul credito”⁵². In particular, the issue of whether or not the transfer can be opposed concerns title in the receivable being passed on rather than the assignment agreement itself in its official form⁵³.

Given the silence on the part of the Rome Convention here, with this leading to two different opinions being expressed⁵⁴, the Commission Proposal⁵⁵ introduced a

the German approach see E. JAYME, *Komplex Langzeitvertage und Internationales Privatrecht. Ein Tagungsbericht*, in *IPRAX*, 1987, p. 63.

⁴⁹ C. S. A. OKOLI, *The Significance of the Doctrine of Accessory Allocation as a Connecting Factor Under Article 4 of the Rome I Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 2013, p. 449. The Author has not expressly inserted the voluntary assignment in the list of contracts where it is possible to apply this particular doctrine. But, in my opinion, it could be possible to apply this doctrine also in voluntary assignment, in particular in absence of *electio juris* by parties in the contract that governs the assignee.

⁵⁰ P. LAGARDE, *The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia*, in *Virginia Journal of International Law*, 1981, pp. 97-98. According to the Author, “[a] subcontractor, for example, might be governed by the same law governing the principal contract between the contractor and the employer rather than the law of the country in which the subcontractor has his place of business”.

⁵¹ C. S. A. OKOLI, *op. cit.*, pp. 465-466. According to the Author, “(...) the utilization of AA under Article 4 is that it reconciles the requirements of legal certainty and flexibility. In other words, the doctrine of AA ordinarily operates as an exception to the main rule(s) to do justice in individual cases, but also leads to legal certainty, since a single law is applied to contracts that have a very close relationship in a commercial transaction”.

⁵² A. LEANDRO, *La disciplina della opponibilità*, cit., p. 677.

⁵³ V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 569.

⁵⁴ For more exhaustive study on the two opposite theories, one, that applies the credit law, the other the “proprietary” law, which excludes the opposability of a transfer to a third party, according to what established by the Convention, as it can’t be included in the contract obligation, see A. GARDELLA, *Prevedibilità contro flessibilità? La legge applicabile all’opponibilità della cessione del credito ai terzi nella proposta di Regolamento “Roma I”*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, pp. 636-642.

⁵⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Art. 13(3): “[t]he question whether the assignment or subrogation may be relied on against third parties shall be governed by the law of the country in which the assignor or the author of the subrogation has his habitual residence at the material time”.

unique rule, designed to be final: the law of the assignor's habitual residence could be applied, according to Article 22 of the UNCITRAL Convention⁵⁶.

As a result of heavy criticisms from some Authors⁵⁷, the Rome I Regulation framers returned to the position established in the Convention, abandoning the Commission's attempt to include an *ad hoc* rule. In contrast to the Convention, both case law and legal doctrine have expressed support for two different theories, with one aiming to find the solution within the Rome Convention and the other departing from it. The first group favours the suggestion that assignment law or credit law apply⁵⁸.

Those who reject this theory seek a solution beyond the boundaries of the Convention, stating that it does not refer to the real effect of the contract, including the issue of validity of the transfer to a third party. This question may, therefore, falls subject to rules concerning conflicts of law in force in the individual national legal system⁵⁹. This theory originated in France⁶⁰ starting with studies on the Convention but which extends to the Regulation, arguing that it is necessary to recall the law of the debtor's habitual residence as the law governing the instruments by means of which, the debtor has knowledge of the transfer and fulfillment which depends on the effectiveness of the assignment against the third party. Therefore this differentiates the identification of the law's effectiveness against third parties as distinct from what happens for the contest of the debtor⁶¹.

4. In light of the observations posed in reference to "voluntary assignment" in the Convention first and later in the Regulation, it seems necessary to point out few critical issues regarding this discipline. In fact, an important opportunity to shed some clarity on a current and complex subject was lost during the drafting of the Rome I Regulation and also after the Report that Article 27 imposed on the Commission put into force on 17 June 2010.

Sure enough, it is true that re-examining the law regarding the habitual residence of the assignor, as established by the Regulation Proposal in reference to the effectiveness of an assignment of a claim against third parties⁶², would probably guarantee more predictability but at the same time it would not guarantee the elimination of further practical problems⁶³ that still exist to this day.

⁵⁶ See footnote 4.

⁵⁷ See also A. FLESSNER, H. VERHAGEN, *Assignment in European Private International Law. Claims as Property and the European Commission's Rome I Proposal*, München, 2006, p. 21.

⁵⁸ According to A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 862, "(...) la Commissione è chiamata a valutare l'opportunità di inserire una disposizione ad hoc per le cessioni maggiormente praticate nel commercio internazionale che non abbiano i caratteri della cessione ordinaria. In alternativa, essa può considerare l'ipotesi di un rinvio flessibile alla legge del credito suscettibile di deroga a favore della legge della cessione quando dal complesso delle circostanze questa risulti più strettamente collegata all'operazione".

⁵⁹ For a broader examination on the legal doctrine and decisions that focused on this matter see A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 852.

⁶⁰ Court d'appel Paris, March 1986, in *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 351.

⁶¹ A. MALATESTA, *op. cit.*, p. 201; A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 852.

⁶² According to the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, *Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization*, in *RabelsZ*, 2004, p. 79, the assignor habitual residence is "perceptible to all other parties involved".

⁶³ A. LEANDRO, *Art. 14*, cit., p. 860.

According to some Authors, a conflict of law on the property aspect of an assignment based on a geographical connecting factor is inappropriate⁶⁴.

However on this point, others Authors have considered the fact that the p.i.l. provision of Article 14 of the Regulation, which can be regarded as new in comparison to the Convention, is in truth identical to those of the Convention UNCITRAL⁶⁵. Just in reference to the effectiveness against third parties, which has given life a long doctrinal debate, it could be useful to draw on the *Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person* of the British Institute of International and Comparative Law⁶⁶.

From the lengthy and detailed analysis, it is possible to deduce that the issues relevant to voluntary assignment and its discipline in reference to the effectiveness against third parties and to the applicable law in the absence of choice, as yet unresolved, touch upon the abundance of laws that regulate voluntary assignment, the distinction between contractual aspects of assignment, and its legal effects⁶⁷. In particular, according to the study carried out by the prestigious British institution, what stands out is the need “(...) to create a single rule for all property aspects of assignment. It does not seem sensible to keep the current artificial distinction between property effects of an assignment between assignor and assignee and third parties. In addition, a single rule for all property aspects of assignment would render the drafting of Article 14 clearer and reduce the potential for characterization difficulties”.

The study, strongly influenced by an impact of a uniform EU solution⁶⁸, proposed three solutions: 1) Law applicable to the contract between assignor and

⁶⁴ H. LE VERHAGEN, S. VAN DONGEN, *op. cit.*, pp. 14-15. It seems opportune to cite these Authors' reasoning verbatim in order to understand the significance posed by their criticism. In their opinion “[a] conflict rule connecting the property aspects of the assignment to the law of the assignor's residence is believed by some to offer a uniform solution where the law governing the receivables cannot be established at the time of the assignment (assignment of future receivables) and/or where a portfolio of receivables is governed by many different laws (bulk assignments). In the great majority of bulk assignments of (existing or future) receivables, such receivables will in fact be governed by the same law as a result of the fact that the assignor will often be a professional market participant, entering into contracts with a standard choice-of-law clause. As such, this theoretical benefit is of limited value in practice. Indeed, in some cases it may be even more problematic to determine the establishment of the assignor. Using the example of a securitization transaction, the securitization vehicle, the special-purpose vehicle (SPV), is usually incorporated in one country, managed from another country and is the titleholder of a receivables portfolio, with debtors resident in a third country. Which law is the law of the assignor's residence? Is it the law of the SPV's place of incorporation, with which the assignment is only superficially connected, or is it the law of the country from which the SPV is managed, which may be difficult to ascertain for third parties?”.

⁶⁵ A. J. BÊLOHLÁVEK, *op. cit.*, p. 1730. The Author in particular focuses on Article 14(3) of the Regulation.

⁶⁶ For more details on this study see ec.europa.eu/justice/civil.

⁶⁷ For more details on European doctrine, in particular Belgian, see A. J. BÊLOHLÁVEK, *op. cit.*, pp. 1725-1726.

⁶⁸ According to the British Institute, “[t]he vast majority of stakeholders who addressed this particular issue indicated that a uniform EU solution would be of positive impact to their business. They highlight the reduction of legal cost and due diligence, increased legal certainty and higher transaction volumes as the potential effects of the introduction of a uniform rule on the property aspects of an assignment”.

assignee⁶⁹; 2) Law applicable to the assigned claim⁷⁰; 3) Law of the assignor's location (habitual residence)⁷¹.

Finally the study concludes with a reformulation of Article 14 with the following (*Voluntary assignment and contractual subrogation*): "1. Without prejudice to paragraph 2, in the case of a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor), the law applicable to the assignment or subrogation shall be: (a) the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation, provided that law has been chosen by the parties in accordance with Article 3 of this Regulation and is either: – the law governing the assigned or subrogated claim at the date of the assignment; or – the law of the country in which the assignor has his habitual residence at the date of the assignment; or, failing that, (b) the law governing the assigned or subrogated claim at the date of the assignment. (c) If the law governing the assigned or subrogated claim cannot be determined at the date of the assignment, the law of the country in which the assignor has his habitual residence at the date of the assignment shall apply. Article 19 (2) and (3) shall not apply in determining the place of the assignor's habitual residence for the purposes of this paragraph. 2. The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged. 3. The concept of assignment in this Article includes outright transfers of claims, transfers of claims by way of security and pledges or other security rights over claims".

The modification proposed by the British Institute of International and Comparative Law would certainly facilitate the interpreter in identifying the applicable law⁷², but at the same time it lacks flexibility and therefore, it would not guarantee the application of the proper law in every circumstance.

Concurring with observations made by some Authors, in an international assignment, in default of the choice by parties, "the law applicable (...) is the proper law of the assigned claim, in combination with a limited choice-of-law possibility for the law of the assignor's residence"⁷³.

⁶⁹ "This solution enables party autonomy, as assignor and assignee can, subject to the restrictions elsewhere within the body of the Rome I Regulation, freely choose the law applicable to their contract. As a consequence, it assures a parallelism between the law applicable to the contractual aspects and the property aspects of an assignment".

⁷⁰ The advantages, according to the study is "a lower risk of a conflict between connecting factors in the case of competition between assignees or other right holders, as the law underlying the claim is rarely changed".

⁷¹ "The solution normally points to a single, objectively ascertainable connecting factor, which promotes certainty among secured and unsecured creditors".

⁷² See also R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 2001, p. 229. According to the Authors, "[f]rom a pragmatic point of view, the best solution is to decide that the matters is governed by the law of the right to which the assignment relates, irrespective of whether this solution is required by Convention. This solution would have the advantage of referring all questions relating to the assignment (with the exception of the contractual relations between assignor and assignee) to the same law and, furthermore, for the reasons already stated, the solution cannot be regarded as unprincipled".

⁷³ H. LE VERHAGEN, S. VAN DONGEN, *op. cit.*, p. 20.

It is certainly not possible to hypothesize a rigid general rule. The flexibility is necessary especially when it comes to the interpretation of contracts such as the voluntary assignment, given that this is an institution that still today is governed differently in the various Member States⁷⁴. The interpreter, and therefore the judge, after careful analysis of the contract, must apply the law that he himself deems more closely connected to the case, both in reference to the relationship between the parties and the relationship with the third party⁷⁵. This careful analysis is one that the interpreter is required to pay even closer attention to when dealing with an assignment of a receivable dated post 17 December 2009. From this point of view, the delicate role of the interpreter and, therefore, of the judge is brought sharply into focus, with the requirement being to carry out an “issue-by-issue analysis”, in order to exactly identify the State with which the voluntary assignment presents the strongest connection. This obligation is based not only on laws within some national legal system, such as § 914 of the Austrian Civil Code⁷⁶, but also on the “*dovere di ufficio*”⁷⁷ that requires the judge to establish the country in which the contract actually has closest connection on the basis of the “*nationalité des contractants, la*

⁷⁴ For example some legal system require notice as a precondition for the effectiveness of the assignment against third parties. French, Luxemburg and Italian laws, require either notice to the debtor in an authentic act (bearing date certain in case of Italian law) in order for the assignment to be effective against third parties. In general on the approach of the European contract law see L. GATT, *Diritto contrattuale europeo: dall'armonizzazione all'uniformazione*, www.unisob.na.it.

⁷⁵ *Contra* every flexibility proposal see C. A. DE VISSER, *The Law Governing the Voluntary Assignment of Claims Under Rome I Regulation*, in *Nederlands International Privaatrecht*, 2011, pp. 466-467. According to the Author, “[b]ased on private international version of the *nemo plus* principle, it is a straightforward, simple and consistent conclusion that the law governing the claim should also determine the validity and the effect of the assignment against third parties other than the debtor. Any proposal for a different EU conflict of laws rule on the third party effect of the assignment of a claim does not provide a solution to the conflict of laws, will lead to situations of deadlock, will provide meaningless flexibility, will increase legal uncertainty and would thus only complicate the already rather complex litigation and practice in the cross-border voluntary assignment of claims”.

⁷⁶ § 914 of the Austrian civil code provides: “[b]ei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht”. For an English translation and further on the approach of the Austrian Courts and doctrine about this topic see H. OFNER, *Rom I*, in *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2009, p. 241; B. VERSCHRAEGEN, *Complexity of Transnational Sources Austria*, in S. FERRERI (ed.), *Complexity of Transnational Sources*, Washington, 2011, p. 2. In the same way in France where the Cour de Cassation with the decisions of 22 May 2007 and of 19 December 2006 stands out due to a particularly formulated opinion. In fact, in both decisions, the French Court devolved upon the judge a duty “d’office” in accurately analysing the contract in order to verify the presence of other connections that could determine an applicable law different from the one of the habitual residence of the characteristic performer. Moreover, these two rulings highlight the requirement asked of the judge to give a detailed explanation on the choice made. In particular, as Lagarde authoritatively stated in a comment on the judgements, “[l]e juge devrait alors procéder à la recherche d’ une pluralité d’indices, dont aucun ne serait décisif par lui-même, mais dont la somme pourrait avoir un effet sur la détermination de la loi applicable (...)”, see P. LAGARDE in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 602.

⁷⁷ U. VILLANI, *Il ruolo della prestazione caratteristica*, cit., p. 587. See also S. C. SYMEONIDES, *Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity*, in *American Journal of Comparative Law*, 2008, p. 180, according to whom, “(...) in a democratic society no system can ‘mechanize judgment’”.

langue du contrat, la monnaie, le lieu de conclusion du contrat et celui de son exécution, etc.”⁷⁸.

By now it is widely accepted that “law is not static. It changes incessantly”⁷⁹. A flexible law, adaptable to specific concrete circumstances⁸⁰, must remain possible in contractual obligations in order for the application of the “right law” to be ensured, especially in a continuously evolving socio-economic environment⁸¹, which in Europe is even characterised by different legal cultures⁸², different business practices⁸³ and legal systems.

In this perspective, a consequence of the flexibility of the private international law rules in contractual obligations would be that the role of the interpreter⁸⁴, in

⁷⁸ F. FERRARI, *La loi applicable a défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I*, in *Droit international privé*, 2006-2008, p. 121.

⁷⁹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 390.

⁸⁰ The “softening process” was created under the great influence of the “conflict of laws revolution” which started in the United States (1970s) and introduced important innovations. This “revolution”, which could be defined as a “theory revolution”, has had the merit of resolving doubts over the law regulating the contract, not by rigid criteria set by the rules of private international law, but by giving the interpreter more responsibility and obliging him to examine each individual case carefully. For further see D. F. CAVERS, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965, *passim*; D. F. CAVERS, *The Choice of Law – Selected essay – 1933-1983*, Durham, 1985, *passim*; L. KRAMER, D. P. CURRIE, H. KAY, *Conflict of Laws*, St. Paul, 1976, *passim*; R. DE NOVA, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, *passim*.

⁸¹ P. H. NEUHAUS, *Legal Certainty Versus Equity in The Conflict of Laws*, in R. FENTIMAN (ed.), *Conflict of Laws*, New York, 1996, p. 537; M. F. FOGT, *Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law: The “Ugly Duckling”?*, in M. F. FOGT (ed.), *Unification and Harmonization of International Commercial Law: Interaction or Deharmonization?*, Alphen aan den Rijn, 2012, p. 66.

⁸² Nevertheless, the economic reasons that led to strict solutions cannot disregard the level of political-cultural integration inherent to each system, the legal sociology and the nature of the market itself, which in a renowned piece of writing P. PERLINGIERI defines as follows: “un luogo non naturale, (...) storicamente condizionato dal contesto culturale e normativo nel quale si inserisce” (*Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 477-478). See for further also P. ŠARČEVIĆ, *International Contracts and Conflicts of Laws*, London-Dordrecht-Boston, 1990, p. 22; A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (eds.), *Liber Fausto Pocar. New Instruments of Private International Law*, Milano, 2009, p. 643 ff.; I. A. CAGGIANO, *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American and European Perspectives*, in *Contratto e impresa /Europa*, 2013, p. 26. The Author also focuses on the aspects that differentiate the legal integration in the United States. In particular, the United States adopts a flexible p.i.l. approach, despite having a common language and a unified training of lawyers in the various federal states.

⁸³ M. F. FOGT, *op. cit.*, p. 59.

⁸⁴ In this circumstance the interpreter should rely on a rule, understood as a flexible legal instrument to move among the different legal cultures, and to successfully apply the proper law. This implies that the judge holds a moral and professional obligation to take into consideration not only the legal aspects and the language, but also the underlying economic, cultural and psychological aspects of the contract. According to G. C. CHESHIRE, “[i]t must be inferred from the language of the contract and its attendant circumstances what law the parties had in mind when they made the contract” (*International contracts*, Glasgow, 1948, p. 76). See also about the interpretation of the contract P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1975, p. 826 ff., and in P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 29 ff.

particular in contracts like voluntary assignment, becomes determinant and he has to take upon themselves the delicate and scrupulous duty of identifying the proper applicable law⁸⁵.

At this point one solution, which also differs from that of British Institute, could be represented by a relatively flexible rule that could act as “guiding criteria” for the interpreter. In consideration of the foregoing it is right and proper to suggest an “open-ended rule” based on flexible criteria, with the aim to guiding interpreters with an approach that could be defined “contacts-evaluation”⁸⁶, compelling them to motivate their choice, taking into consideration the variety of circumstances in their analysis, and detecting the various “contacts” probably also “by counting”. Therefore the interpreter in a voluntary assignment contract, in the determination of the applicable law, would be required to assess factors such as: a) the place of contracts conclusion; b) the place where negotiations were held; c) the place where the contract was performed or the place of payment; d) the language used in the contract of assignee and in the credit contract; e) the content and form of the contract, in particular the style and terminology used; f) the legal status of the parties and in particular whether one of the parties is a government body; g) the place of habitual residence or place of business of one of the contracting parties; h) the place of domicile of the parties; i) nationality of the parties; j) currency used; k) references to foreign law⁸⁷.

⁸⁵ See also R. SACCO, *op. cit.*, p. 388. The Author regarding comparative law, states also that “[l]aw, language and culture break down into cultural, linguistic and legal morphemes”.

⁸⁶ Y. SHUNHONG, X. YONGPING, W. BAOSHI, *The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China*, in *Chinese Journal of International Law*, 2009, p. 438, suggested a similar approach called “integrated contacts-evaluation” referring to the Chinese private international law.

⁸⁷ In addition, we are obliged to point out that some of the contacts listed may be relevant as evidence on which to base a choice of tacit law. See on this point F. SBORDONE, *La “scelta” della legge applicabile*, cit., p. 221 ff. The Author stresses that “(...) [i]n tutti i casi appena indicati, l’interprete è chiamato a svolgere una delicata operazione ermeneutica, secondo le regole dettate dalla legge del foro, allo scopo di comprendere la reale intenzione delle parti; sì da potersi ravvisare una effettiva scelta della legge regolatrice, tacita o implicita, riconoscendo rilevanza interpretativa soltanto alle circostanze emergenti dal concreto regolamento di interessi predisposto dalle parti, e non a valutazioni a questo estranee, in grado di trasformare la scelta da tacita a ‘presunta’”. See also F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2012, p. 164 ff.

Abstract

The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law

The evolution of international trade which is currently more concerned with financial flows than with services or goods, dictates a discourse of the voluntary assignment of receivables in private international law. In fact the inconveniences regarding this hybrid legal institution are numerous and well-known especially from an international perspective where the credits derive from an agreement between parties that have habitual residence in different States. The Rome Convention first, and later the Rome Regulation I, came to govern this complex matter. These rules have been criticized by some prestigious Institutes that in their studies proposed some suggestions for change. The present article aims to critically analyse this legal institution in the Rome Convention and in the Rome I Regulation and to provide some suggestions for future legislations.



Note e Commenti

Monica Spatti*

Hate speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La portata del divieto di *hate speech* e la condanna del negazionismo nel diritto internazionale ed europeo. – 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che applica agli *hate speech* l'art. 10 CEDU. – 4. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo applicativa della norma sull'abuso del diritto. – 5. La prassi del Comitato dei diritti umani sul tema degli *hate speech* e del negazionismo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Vietare affermazioni e discorsi che incitano all'odio, alla violenza e alla discriminazione (in questi casi si adoperava comunemente la formula inglese "*hate speech*", che verrà impiegata anche in questo lavoro), come peraltro criminalizzare affermazioni negazioniste, o che minimizzano la portata di crimini internazionali, comporta una limitazione del diritto alla libertà d'espressione, garantito dal diritto internazionale come uno dei fondamentali diritti dell'individuo¹.

Si pone pertanto il problema di come trovare un giusto equilibrio tra, da un lato, il divieto di *hate speech* o le leggi che prevedono il reato di negazionismo e, dall'altro lato, la libertà d'espressione. Sul punto esiste una importante giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che si è trovata ad affrontare sia casi concernenti discorsi incitanti all'odio a motivo dell'appartenenza razziale, nazionale, religiosa, politica o sessuale, sia controversie aventi a oggetto la negazione di crimini internazionali, in particolare dell'Olocausto.

Nei casi in materia di *hate speech* la Corte di solito applica l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) relativo alla libertà d'espressione. Tuttavia, talvolta gli organi di controllo della corretta applicazione della Convenzione hanno applicato un'altra norma convenzionale, l'art. 17, che sancisce il divieto dell'abuso del diritto, sulla base del presupposto che chi attenta ai diritti e alle libertà riconosciuti dalla CEDU non può valersi dei diritti da essa garantiti. In altre parole, se un soggetto pronuncia affermazioni discriminatorie e incitanti all'o-

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

¹ Cfr., a livello universale, l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 19 del Patto sui diritti civili e politici; a livello regionale europeo v. l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti umani e l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

dio mette a rischio i valori e i principi su cui si basa la Convenzione, pertanto non può valersi della norma che garantisce la libertà d'espressione.

Il presente lavoro mira a ricostruire questa giurisprudenza, cercando di individuare i presupposti applicativi delle due norme citate, e a verificare le conseguenze derivanti dall'applicazione dell'una o dell'altra. Oltre allo studio della giurisprudenza di Strasburgo – che è la giurisdizione internazionale che ha avuto più occasioni di pronunciarsi – verranno prese in considerazione anche le decisioni del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite che rivelano un approccio diverso rispetto a quello dei giudici di Strasburgo.

Prima di analizzare la giurisprudenza internazionale sul tema si ritiene opportuno passare in rassegna le norme e gli atti di *soft law* internazionali ed europei che sanciscono il divieto di *hate speech* e che si occupano del fenomeno del negazionismo, individuandone contenuto e portata.

2. Le affermazioni e i discorsi che incitano all'odio, alla violenza e alla discriminazione sono vietati dal diritto internazionale a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. A livello universale il divieto è sancito dall'art. 20, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici² e, laddove la parole d'odio abbiano uno sfondo razziale, dall'art. 4 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale³. Entrambe le norme obbligano gli Stati parti a impedire, mediante legge, tali affermazioni; la seconda va però oltre, imponendo esplicitamente che esse siano considerate come reati⁴.

Tra gli strumenti a tutela dei diritti fondamentali a carattere regionale, il divieto di *hate speech* è enunciato solo nella Convenzione americana dei diritti umani⁵, all'art. 13, par. 5. Diversamente, in ambito europeo, i due principali strumenti a tutela dei diritti dell'individuo – vale a dire, la Convenzione europea dei diritti umani e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – non contemplano esplicitamente tale divieto. Eppure è proprio in Europa – sia a livello dei singoli Stati che hanno adottato leggi volte ad arginare il fenomeno, sia nell'ambito delle organizzazioni regionali di cooperazione – che si registra la maggiore attenzione al tema. Oltre agli organi di controllo della CEDU che hanno elaborato in materia una complessa giurisprudenza – e che è il principale oggetto del presente lavoro⁶ – sul punto è intervenuta anche l'Unione europea attraverso la decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale⁷. Con questo atto, l'Unione ha inteso individuare una serie

² Il Patto, adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, treaties.un.org.

³ La Convenzione è stata adottata a New York il 21 dicembre 1965 ed è entrata in vigore il 4 gennaio 1969, treaties.un.org.

⁴ Sulla genesi di queste norme v. E. F. DEFEIS, *Freedom of Speech and International Norms: A Response to Hate speech*, in *Stanford Journal of International Law*, 1992, p. 57 ss., spec. pp. 80 ss. e 86 ss.

⁵ Adottata a San José il 22 novembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978, treaties.un.org.

⁶ V. *infra*, paragrafi 3 e 4.

⁷ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008. Per un commento all'atto v. J. J. GARMAN, *The European Union Combats Racism and Xenophobia by Forbidding Expression: An Analysis of the Framework Decision*, in *The University of Toledo Law Review*, 2008, p. 843 ss.

di atti di stampo razzista e xenofobo che gli Stati membri sono tenuti a punire come reati, tra questi: "l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro" individuato sulla base della razza, colore, religione o ascendenza, anche mediante la diffusione di scritti e immagini⁸.

In materia rileva anche il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica – elaborato nell'ambito del Consiglio d'Europa – relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi a mezzo di sistemi informatici⁹. L'art. 5 obbliga gli Stati parti a rendere penalmente rilevanti determinate condotte, come l'insulto in pubblico di un gruppo, o di un membro di un gruppo, che si distingue "by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion".

Il divieto di *hate speech* è inoltre sancito anche in diversi strumenti di *soft law*. Si segnalano in particolare gli atti adottati dagli organi del Consiglio d'Europa che hanno affrontato il tema da diversi punti di vista¹⁰. Il più rilevante di questi è la raccomandazione n. (97)20 adottata dal Comitato dei Ministri¹¹ che, oltre a formulare una definizione dell'espressione in oggetto¹², fornisce agli Stati alcune indicazioni per meglio combattere il fenomeno. Per esempio, sulla questione dell'eventuale responsabilità dei media che contribuiscono a diffondere il messaggio d'odio, il Comitato dei Ministri invita gli Stati a distinguere nettamente tra la posizione dell'autore del discorso e quella dei giornalisti che si limitano a riportare le affermazioni, ricordando che i giornalisti sono liberi di scegliere le modalità mediante le quali diffondere le informazioni¹³. Un ulteriore aspetto interessante concerne il ruolo delle persone che ricoprono cariche pubbliche o istituzionali, o i funzionari del governo e dei poteri regionali e locali, sui quali, è affermato esplicitamente, incombe una responsabilità particolare e pertanto dovrebbero astenersi dal pronunciare dichiarazioni che possono essere intese come discorsi d'odio¹⁴. Su questi soggetti dovrebbe semmai gravare il compito di condannare pubblicamente tali

⁸ Art. 1, par. 1, lettere a) e b).

⁹ Adottato a Strasburgo il 28 gennaio 2003 ed entrato in vigore il 1° marzo 2006, www.conventions.coe.int.

¹⁰ Cfr., per quanto riguarda il Comitato dei Ministri, la raccomandazione n. (97)21, del 30 ottobre 1997, *The media and the promotion of a culture of tolerance*, e la dichiarazione del 12 febbraio 2004, *Freedom of political debate in the media*, www.coe.int. Per quanto concerne l'Assemblea parlamentare, v. la risoluzione n. 1510(2006), del 18 giugno 2006, *Freedom of expression and respect for religious beliefs*, e la raccomandazione n. 1805(2007), del 29 giugno 2007, *Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*, website-pace.net. Il Consiglio d'Europa ha anche istituito un apposito organo, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (nell'acronimo inglese: ECRI), che ha la funzione, da un lato, di combattere razzismo e xenofobia in Europa mediante l'emissione di raccomandazioni nei confronti degli Stati volte a indicare le misure di carattere generale da adottare e, dall'altro lato, il compito di pubblicare rapporti sulla situazione dei vari Stati.

¹¹ Raccomandazione del 30 ottobre 1997, on 'Hate speech', www.coe.int.

¹² Nell'Allegato alla raccomandazione si legge che "the term 'hate speech' shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin".

¹³ Cfr. i principi 6 e 7 dell'Allegato.

¹⁴ Principio 1 dell'Allegato.

discorsi¹⁵. Inoltre, nella raccomandazione in oggetto si esortano i giudici che comminano sanzioni di carattere penale per reati di *hate speech* ad applicare il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta¹⁶.

Si noti che gli *hate speech* possono configurarsi anche come crimini contro l'umanità nel momento in cui consistono in atti di incitamento alla commissione di atti di genocidio e di violenza contro civili. Già il Tribunale militare internazionale di Norimberga aveva condannato l'editore e direttore di un giornale sul quale, nel periodo della seconda guerra mondiale, erano stati pubblicati articoli che incitavano allo sterminio degli ebrei¹⁷. E, più di recente, il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Ruanda ha condannato dei giornalisti che attraverso la radio e la carta stampata incitavano all'odio e al genocidio nei confronti del gruppo etnico dei *tutsi*¹⁸.

Una particolare forma di incitamento all'odio è la negazione o minimizzazione di un genocidio o altro crimine internazionale nel momento in cui tali atti sono in grado di fomentare ostilità e disprezzo nei confronti del popolo vittima. A livello europeo – dove si registra una maggiore attenzione al fenomeno – i già citati strumenti che impongono la punizione delle affermazioni incitanti all'odio prescrivono al contempo la criminalizzazione del negazionismo. In particolare, ai sensi della decisione quadro 2008/913/GAI, gli Stati sono tenuti a rendere penalmente rilevanti “l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana” dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti dagli statuti del Tribunale di Norimberga e della Corte penale internazionale, ma solo qualora questi comportamenti siano atti a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un membro di tale gruppo “definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica”¹⁹. Non basta dunque il mero atto di negare o relativizzare: perché possa configurarsi una condotta penalmente rilevante è necessario anche che la negazione o relativizzazione siano “atte a istigare” alla violenza o all'odio, ossia siano in grado di provocare violenza o odio a prescindere dalle intenzioni dell'autore o dall'effettiva realizzazione di quel risultato. Si noti, inoltre, che gli Stati hanno la facoltà di limitare la punibilità degli atti di negazione o minimizzazione con riferimento ai soli crimini che siano stati accertati da un giudice nazionale o da un tribunale internazionale²⁰. Questa limitazione ha l'effetto di contenere il numero dei crimini internazionali di cui è vietato mettere in discussione l'esistenza e di contribuire alla certezza del diritto.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Principio 5 dell'Allegato.

¹⁷ La sentenza sul caso *Streicher* è reperibile in avalon.law.yale.edu/imt/judstrei.asp.

¹⁸ Camera d'Appello, sentenza del 28 novembre 2007, ICTR-99-52-A, *Nahimana, Barayagwiza, Ngeze v. Prosecutor*, www.unict.org. In argomento v. M. CASTELLANETA, *L'hate speech: da limite alla libertà d'espressione a crimine contro l'umanità*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 157 ss.; J. D. OHLIN, *Incitement and Conspiracy to Commit Genocide*, in P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, 2009, p. 207 ss.; L. MAY, *Genocide. A Normative Account*, Cambridge, 2010, p. 180 ss.; W. TIMMERMANN, W. SCHABAS, *Incitement to Genocide*, in P. BEHRENS, R. HENHEM (eds.), *Elements of Genocide*, New York, 2013, p. 145 ss.

¹⁹ Art. 1, par. 1, lettere c) e d).

²⁰ Art. 1, par. 4.

Anche il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica impone la criminalizzazione della negazione, minimizzazione grossolana, o giustificazione di atti di genocidio o di crimini contro l'umanità, qualora ciò sia effettuato attraverso un sistema informatico²¹. La fattispecie considerata non è però perfettamente coincidente con quella di cui alla decisione quadro. Anzitutto il Protocollo impone che il crimine, di cui si nega o si minimizza la portata, sia stato accertato da un tribunale internazionale, mentre, come si è visto, ai sensi della decisione quadro gli Stati hanno la mera facoltà di introdurre siffatta condizione. Inoltre, il Protocollo non fa menzione della necessità che la negazione o minimizzazione siano atte a istigare alla violenza e all'odio. Pertanto il reato in oggetto può sussistere a prescindere dai suoi potenziali effetti.

Il Protocollo riconosce però la facoltà degli Stati parti di subordinare il riconoscimento del reato all'accertamento dell'esistenza da parte dell'autore dell'intenzione di incitare all'odio, alla discriminazione o alla violenza²². Questa condizione non coincide però con quella di cui alla decisione quadro che, infatti, non fa riferimento al proposito dell'autore bensì alla capacità della condotta di produrre i risultati indicati. La differenza è significativa perché l'intenzione che spinge a un comportamento ed il suo effetto non sempre coincidono. Si noti peraltro che il Protocollo autorizza gli Stati parti ad apporre una riserva che escluda l'applicazione della norma che prevede l'introduzione del reato di cui si discute; pertanto gli Stati parti possono scegliere di non introdurre il reato in oggetto²³.

A livello internazionale universale non esiste invece alcun obbligo di criminalizzare il negazionismo. Anzi, dall'interpretazione dell'art. 19 del Patto sui diritti civili e politici data dal Comitato dei diritti umani nel *General Comment* n. 34 sembrerebbe emergere una posizione contraria²⁴. Nel par. 49 si legge infatti: “[I]aws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on States parties in relation to the respect for freedom of opinion and expression”. Si precisa poi che “[t]he Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events”.

Dunque, a una prima lettura, sembrerebbe che per il Comitato dei diritti umani le leggi che criminalizzano il negazionismo non siano conformi al Patto. Tuttavia, come già visto, lo stesso Patto all'art. 20, par. 2, impone agli Stati parti di vietare ogni affermazione “that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”. Escludere la possibilità di introdurre qualsiasi legge che renda penalmente rilevante la negazione di crimini internazionali significherebbe contravvenire all'obbligo imposto all'art. 20 allorché la negazione va a incitare all'odio e alla violenza. Ecco dunque che, nel tentativo di conciliare le affermazioni del Comitato dei diritti umani con il contenuto dell'art. 20, appare logico sostenere che, se la negazione o minimizzazione di un crimine internazionale ha l'effetto di incitare all'odio e alla violenza, tale condotta deve esse vietata. Mentre se le medesime azioni non

²¹ Art. 6, par. 1.

²² Art. 6, par. 2, lett. a).

²³ Art. 6, par. 2, lett. b).

²⁴ *General Comment No. 34 on Article 19*, del 12 settembre 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, www2.ohchr.org.

sono atte a produrre i risultati indicati, allora, esse non devono essere impediti. Si tratta peraltro di una lettura del tutto razionale che salvaguarda quella ricerca storica che mira a ricostruire la mera verità dei fatti senza altri biechi propositi.

Si ritiene dunque di poter sostenere che non sono conformi agli obblighi che discendono dal Patto solo quelle leggi che criminalizzano qualsiasi tipo di negazione o relativizzazione a prescindere dalla verifica della capacità di tali condotte di generare odio e violenza. La fattispecie di cui alla decisione quadro 2008/913/GAI, nel momento in cui criminalizza i soli comportamenti “posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all’odio”, appare del tutto in linea con questa interpretazione. Non così, invece, per il Protocollo alla Convenzione sulla criminalità informatica che, come detto, autorizza l’introduzione del crimine di negazionismo a prescindere dai possibili effetti di questi atti.

Oltre al *General Comment* n. 34, a livello universale in tema di negazionismo si possono citare altri atti, limitati però al solo fenomeno dell’Olocausto. Anzitutto sussistono due risoluzioni dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, la n. 60/7 del 1° novembre 2005²⁵ e la n. 61/255 del 26 gennaio 2007²⁶, nelle quali l’Assemblea generale afferma di rigettare “any denial of the Holocaust as an historical event”²⁷. Inoltre nel par. 2 della seconda l’Assemblea invita gli Stati membri a fare altrettanto. Più di recente, si segnala l’adozione di una decisione da parte dell’organizzazione intergovernativa International Holocaust Remembrance Alliance²⁸, tesa a dare una definizione di “[h]olocaust denial and distortion”²⁹. Si tratta comunque di atti non vincolanti e dal contenuto generico – i quali peraltro non si pronunciano in merito alla questione della possibile criminalizzazione della condotta negazionista – e che fanno riferimento alla negazione o minimizzazione di un solo particolare crimine internazionale.

3. Nella maggior parte dei casi in cui la Corte europea è stata investita di ricorsi concernenti persone sanzionate per aver pronunciato discorsi d’odio ha applicato l’art. 10 CEDU, il quale garantisce a tutti gli individui il diritto di esprimersi liberamente.

Sul diritto alla libertà di espressione gli organi di Strasburgo hanno fissato dei canoni interpretativi fondamentali, validi anche nei casi oggetto del presente lavoro. In particolare, ai sensi della giurisprudenza della Corte, la libertà si estende anche a quelle informazioni o idee che urtano, scioccano o inquietano, in quanto, nelle parole della Corte, “[s]uch are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’”³⁰. Al contempo, chi esercita la libertà d’espressione ha dei doveri e delle responsabilità, in particolare è

²⁵ UN Doc. A/RES/60/7, www.un.org/documents.

²⁶ UN Doc. A/RES/61/255, www.un.org/documents.

²⁷ Cfr. il par. 3 della prima risoluzione citata e il par. 1 della seconda risoluzione citata.

²⁸ L’organizzazione istituita nel 1998 consta oggi di 31 Stati membri e persegue l’obiettivo di promuovere la ricerca, l’educazione e il mantenimento della memoria dell’Olocausto. Per maggiori informazioni vedi www.holocaustremembrance.com.

²⁹ Decisione del 10 ottobre 2013, www.holocaustremembrance.com.

³⁰ V., fra le tante pronunce, il *leading case* con sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, par. 49.

tenuto a evitare di pronunciare affermazioni che siano gratuitamente offensive “and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs”³¹.

Il diritto alla libertà d'espressione non è assoluto ma può essere oggetto di restrizione nel momento in cui confligge con un altro diritto. Ai sensi del par. 2 dell'art. 10, perché la restrizione della libertà di espressione sia lecita è necessario che rispetti le tre seguenti condizioni: sia prevista dalla legge, persegua uno scopo legittimo tra quelli indicati nella norma, e sia “necessaria in una società democratica”. Dopo aver valutato la legalità e la legittimità della restrizione, l'analisi della Corte si concentra soprattutto sull'ultima condizione nell'intento di verificare se la restrizione: risponde a un “bisogno sociale imperativo” – e a tal fine occorre mettere sulla bilancia, da un lato, la libertà d'espressione e, dall'altro lato, l'obiettivo che si intende perseguire limitando la suddetta libertà –; se è proporzionata all'obiettivo perseguito; e se i motivi forniti dalle autorità nazionali a giustificazione della restrizione sono pertinenti e sufficienti³².

Nelle ipotesi in cui si discute circa la liceità della restrizione del diritto alla libertà di espressione a causa della pronuncia di discorsi d'odio, gli organi di Strasburgo hanno individuato alcuni elementi che devono fare oggetto di valutazione al fine di stabilire se la restrizione è conforme all'art. 10 CEDU oppure no. Il primo elemento da prendere in considerazione concerne il contenuto del discorso o dell'affermazione, al fine di determinare se le parole contestate rappresentino effettivamente un incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione. A questo riguardo la Corte pone attenzione a distinguere i discorsi d'odio dalle affermazioni con le quali si criticano persone o fatti, anche in maniera veemente, ma che certo non possono considerarsi *hate speech*³³. Si noti inoltre che per la Corte rientrano nella categoria

³¹ V., fra le tante, le sentenze del 20 settembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 49; del 25 novembre 1996, *Wingrove c. Regno Unito*, par. 52; del 4 dicembre 2003, *Gündüz c. Turchia*, par. 37; del 31 gennaio 2006, *Giniewski c. Francia*, par. 43. Sulla giurisprudenza di Strasburgo in materia di libertà d'espressione v., da ultimo, M. CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2012.

³² V., tra le tante, le sentenze del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, par. 62; del 9 febbraio 2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*, par. 52; del 17 dicembre 2013, *Perinçek c. Svizzera*, par. 111. Sul punto v. M. OETHEIMER, *Commento all'art. 10 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 397 ss., spec. p. 408 s.

³³ V., per esempio, la sentenza *Gündüz c. Turchia*, nella quale il ricorrente, appartenente a una setta islamica, era stato condannato per incitamento all'odio in quanto nel corso di una trasmissione televisiva aveva fortemente criticato i principi di laicità e democrazia, auspicando l'istituzione della *sharia*. La Corte, al par. 51, ha ritenuto che il fatto di difendere la *sharia*, senza incitare alla violenza per istituirla, non costituisce *hate speech*. V. anche sentenza del 1° febbraio 2011, *Faruk Temel c. Turchia*, concernente il presidente di un partito politico condannato per aver fatto apologia di ricorso alla violenza e ad altri metodi terroristici, il quale aveva rilasciato alla stampa delle dichiarazioni con le quali criticava l'intervento statunitense in Iraq e auspicava che la Turchia non decidesse di prendere parte al conflitto, pena l'aggravarsi della situazione politica, economica e sociale del Paese, e inoltre criticava l'isolamento cui era soggetto il leader del PKK, Ocalan, affermando che ciò fosse contrario ai diritti fondamentali dell'individuo. La Corte, al par. 62, ha riscontrato come le dichiarazioni in oggetto non rappresentassero né incitamento alla violenza né discorsi di odio. V. anche la sentenza del 19 dicembre 2006, *Erdal Taş c. Turchia*, par. 38. In letteratura v., in particolare, M. OETHEIMER, *La Cour européenne des droits de*

hate speech non solo quelle affermazioni che spingono alla commissione di atti di violenza o altri atti criminali, ma anche quegli attacchi con i quali si insultano, ridicolizzano o diffamano singoli individui o gruppi di persone³⁴.

Un ulteriore elemento che a giudizio della Corte riveste molta importanza concerne l'intenzione dell'autore nel momento in cui ha pronunciato le parole contestate³⁵. La Corte verifica se nel pronunciarle il soggetto mirasse a propagandare idee razziste o violente oppure se intendesse informare il pubblico su questioni di interesse generale³⁶. Si noti però che la ricostruzione dell'obiettivo perseguito dall'autore delle frasi contestate è sì importante ma non sempre decisiva. Ad esempio, nel caso *Leroy c. Spagna* la Corte ha ritenuto che il fatto che le autorità nazionali non avessero valutato le reali intenzioni del soggetto non ha comportato una violazione del diritto alla libertà d'espressione³⁷. Certi messaggi possono infatti avere degli effetti discriminatori e violenti che vanno oltre le intenzioni di chi li pronuncia.

Il vaglio del contenuto e dell'obiettivo perseguito è sempre associato alla verifica dell'impatto sull'ordine pubblico e sulla coesione sociale che le parole d'odio hanno avuto³⁸. Al fine di valutare gli effetti di una affermazione, rileva anzitutto la modalità con la quale è stata diffusa. Laddove siano stati impiegati mezzi di comunicazione di massa che consentono di raggiungere un numero molto elevato di persone – come la stampa scritta e i media audiovisivi – l'impatto delle affermazioni contestate è sicuramente maggiore e, pertanto, il controllo da parte della Corte si fa più stringente.

È soprattutto il mezzo televisivo – che, grazie alle immagini, ha una potenza e un'immediatezza più grandi rispetto alla stampa scritta – ad avere un maggiore impatto³⁹. Nei casi in cui il messaggio d'odio sia stato diffuso attraverso la televisione, la Corte procede a valutare il tipo di trasmissione nella quale le affermazioni

l'homme face au discours de haine, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 63 ss., spec. p. 70 ss.

³⁴ V. le sentenze del 16 luglio 2009, *Féret c. Belgio*, par. 73; *Vejdeland e altri c. Svezia*, par. 55; *Perinçek c. Svizzera*, par. 46.

³⁵ Cfr. la decisione del 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*, e la sentenza del 10 luglio 2008, *Soulas e altri c. Francia*, par. 43.

³⁶ Nella sentenza del 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*, par. 33, la Corte constata la violazione dell'art. 10 CEDU per il fatto che il ricorrente, giornalista condannato per complicità nella diffusione di idee razziste, aveva trasmesso un reportage che "could not objectively have appeared to have as its purpose the propagation of racist views and ideas". Analogamente, nella sentenza del 23 settembre 1998 (*Grande Camera*), *Lehideux e Isorni c. Francia*, par. 47, la Corte riscontra la violazione dell'art. 10 CEDU in quanto "it does not appear that the applicants attempted to deny or revise what they themselves referred to in their publication as 'Nazi atrocities and persecutions' or 'German omnipotence and barbarism'". Sulla difficoltà di ricostruzione delle reali intenzioni di un individuo v. G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 366 ss., spec. p. 381.

³⁷ Sentenza del 2 ottobre 2008, paragrafi 42, 43 e 45. Per un commento v. S. SOTTIAUX, *Leroy v France: Apology of Terrorism and the Malaise of the European Court of Human Rights' Free Speech Jurisprudence*, in *European Human Rights Law Review*, 2009, p. 415 ss., spec. p. 423.

³⁸ Per S. SOTTIAUX, *op. cit.*, p. 419, "the Court never made a clear distinction between an expression's intrinsic meaning and the extrinsic circumstances accompanying it. Quite the contrary, the interpretation of the content of an expression very much depends on the Court's assessment of the contextual setting".

³⁹ Cfr. la sentenza *Jersild c. Danimarca*, par. 31.

sono state pronunciate, la fascia oraria, il tipo di utenti e, aspetto molto importante, se c'è stato un dibattito nel corso del quale sono potute emergere anche posizioni diverse e magari anche di stigmatizzazione delle frasi contestate⁴⁰. Peraltro, nel par. 49 della sentenza *Gündüz c. Turchia*, la Corte pone attenzione a un aspetto che può attenuare la responsabilità dell'autore di affermazioni contestabili: se la trasmissione televisiva è in diretta ed è in corso un dibattito, chi parla non ha la possibilità di riformulare, affinare o, eventualmente, eliminare le frasi contestate, cosa che è invece sempre possibile nel caso di affermazioni scritte. La stessa considerazione vale anche con riguardo alle dichiarazioni orali rilasciate nel corso di manifestazioni pubbliche⁴¹.

Quando le frasi incriminate non sono diffuse attraverso i mass media ma, ad esempio, per mezzo di libri di memorie⁴², periodici a diffusione limitata⁴³, messaggi in occasione di cerimonie commemorative con un pubblico ristretto⁴⁴, si deve presumere che abbiano un impatto minore. Ciò non significa comunque che non possano essere sanzionate. Ad esempio, nel caso *Leroy c. Spagna* il messaggio incitante all'odio era contenuto in un settimanale dalla diffusione molto limitata. Ciononostante la Corte, dando rilievo ad altri elementi, giunge a ritenere che esso abbia suscitato reazioni in grado di produrre violenza⁴⁵.

La giurisprudenza di Strasburgo ha preso in considerazione anche casi in cui affermazioni di incitamento all'odio o alla violenza erano presenti in opere artistiche, come romanzi e poesie. La Corte ha più volte affermato che le forme di espressione artistica devono ricevere una tutela particolare in quanto “[t]hose who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society”. Pertanto gli Stati devono prestare particolare attenzione a non incidere indebitamente sulla libertà d'espressione artistica⁴⁶. Si consideri inoltre che usualmente le opere artistiche sono destinate a essere fruite da un pubblico piuttosto ristretto e, pertanto, hanno un impatto limitato⁴⁷. Per queste ragioni gli autori di opere artistiche devono poter godere di una maggiore libertà – che comunque non è illimitata – nell'uso del linguaggio e nella scelta del contenuto dei loro messaggi.

Un discorso simile va fatto anche in relazione alla satira che, nelle parole della Corte, rappresenta al contempo una forma di espressione artistica e di critica sociale, che per le sue caratteristiche intrinseche di esagerazione e di distorsione della realtà mira a provocare e scuotere, pertanto, “any interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care”⁴⁸. Ciò non significa però che chi effettua la satira abbia una libertà di espressione assoluta. Infatti, a giudizio

⁴⁰ *Ivi*, paragrafi 33 e 34, nonché la sentenza *Gündüz c. Turchia*, par. 44.

⁴¹ Sentenza del 1° marzo 2005, *Biol c. Turchia*, par. 30.

⁴² Sentenza del 2 ottobre 2003, *Kızılyaprak c. Turchia*, par. 37.

⁴³ Sentenza dell'8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoğlu c. Turchia*, par. 48.

⁴⁴ Sentenza dell'8 luglio 1999 (Grande Camera), *Gerger c. Turchia*, par. 50.

⁴⁵ Sentenza *Leroy c. Spagna*, par. 45.

⁴⁶ Cfr. le sentenze dell'8 luglio 1999 (Grande Camera), *Karataş c. Turchia*, par. 49, e del 29 marzo 2005, *Alinak c. Turchia*, par. 42.

⁴⁷ V. le sentenze *Karataş c. Turchia*, par. 52, e *Alinak c. Turchia*, par. 41.

⁴⁸ Cfr. le sentenze del 25 gennaio 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, par. 33, e *Leroy c. Spagna*, par. 44.

della Corte, chiunque esercita la libertà d'espressione si assume dei doveri e delle responsabilità⁴⁹.

Sempre al fine di valutare gli effetti delle affermazioni contestate, oltre alle modalità di diffusione è anche rilevante considerare il contesto nel quale sono state diffuse⁵⁰. Ad esempio, la Corte ha ritenuto che il messaggio d'odio può avere effetti più gravi se è diffuso in una regione politicamente sensibile⁵¹. Analogamente, se la pronuncia di discorsi razzisti o xenofobi avviene nel corso di una campagna elettorale, il loro impatto ne risulta accresciuto e più dannoso, in quanto, come sottolinea la Corte, in questo contesto le posizioni dei candidati tendono a fissarsi e gli slogan e le formule stereotipate hanno il sopravvento rispetto alle argomentazioni ragionevoli⁵².

Sempre al fine di valutare l'impatto del messaggio d'odio, può essere necessario considerare chi sono i destinatari. Per esempio, nel caso *Vejdeland e altri c. Svezia* la Corte dà rilievo al fatto che i messaggi incitanti all'odio erano indirizzati a dei minori che, come tali, sono soggetti impressionabili e sensibili⁵³.

Nel valutare i potenziali effetti del messaggio d'odio occorre anche considerare il ruolo del soggetto che li pronuncia. Nel caso di personalità politiche la Corte richiama a un controllo quanto più possibile scrupoloso. Infatti, se è vero che nel contesto del dibattito politico la libertà d'espressione deve essere il più estesa possibile e va limitata solo in circostanze eccezionali⁵⁴, allo stesso tempo i politici devono evitare di alimentare l'intolleranza⁵⁵. Un discorso analogo viene effettuato nei confronti dei giornalisti – così come degli editori e dei direttori di un mezzo di informazione –, i quali devono godere della massima libertà di espressione – vista l'importanza dei media nella società – ma, proprio per il loro ruolo, hanno particolari doveri e responsabilità soprattutto in situazioni di conflitti e tensioni⁵⁶.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Per F. TULKENS, *When To Say Is To Do: Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-law of the European Court of Human Rights*, in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE, A. AUSTIN (eds.), *Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, 2012, p. 279 ss., spec. p. 288 s., “[t]he context and the intention are the two main elements, the combination of which produces the pragmatic force of speech (its ability to convince, to direct the audience, to incite it to commit or not to commit a specific act)”.

⁵¹ Sentenza *Leroy c. Spagna*, par. 45. V. anche la sentenza del 6 luglio 2006, *Erbakan c. Turchia*, paragrafi 58 e 63.

⁵² *Féret c. Belgio*, par. 76.

⁵³ Sentenza *Vejdeland e altri c. Svezia*, par. 56. In questa sentenza la Corte dà rilievo anche al fatto che, siccome i messaggi d'odio erano stati lasciati negli armadietti degli alunni di una scuola, i destinatari non avevano potuto scegliere se accettarli o meno.

⁵⁴ Cfr. le sentenze del 9 giugno 1998 (Grande Camera), *Incal c. Turchia*, par. 46; *Erbakan c. Turchia*, par. 55; e *Faruk Temel c. Turchia*, par. 55.

⁵⁵ V. le sentenze *Erbakan c. Turchia*, par. 64, e *Féret c. Belgio*, paragrafi 75 e 77. Nell'ultima sentenza citata la Corte si concentra sul ruolo dei politici nella difesa della democrazia affermando, a proposito di discorsi concernenti il tema dell'immigrazione, che i politici devono astenersi dall'inneggiare alla discriminazione razziale o all'uso di parole o atteggiamenti vessatori o umilianti, in quanto “un tel comportement risque de susciter parmi le public de réactions incompatibles avec un climat social serein et de saper la confiance dans les institutions démocratiques”.

⁵⁶ Cfr. le sentenze dell'8 luglio 1999 (Grande Camera), *Sürek c. Turchia (n. 1)*, par. 63, e del 10 ottobre 2006, *Halis Doğan c. Turchia (n. 3)*, par. 36.

Particolare è poi il ruolo degli insegnanti i quali, in quanto simboli di autorità per i loro studenti e in considerazione dell'influenza che possono esercitare nei loro confronti, hanno dei doveri e delle responsabilità particolari e, dunque, più di altri dovrebbero astenersi dal pronunciare affermazioni di carattere razzista o intollerante⁵⁷.

Infine, l'ultimo elemento che la Corte prende in considerazione al fine di stabilire se la restrizione alla libertà d'espressione è proporzionata all'obiettivo perseguito concerne il tipo e la gravità della sanzione di cui è stato destinatario il soggetto ritenuto responsabile di *hate speech*⁵⁸. L'attenzione della Corte è massima nel momento in cui è stata inflitta una pena detentiva⁵⁹, oppure quando la sanzione è in grado di dissuadere la stampa dal partecipare a discussioni su questioni di interesse pubblico⁶⁰. Che la sanzione non debba avere un effetto dissuasivo dell'esercizio della libertà d'espressione è un elemento di estrema importanza per la Corte, che lo verifica non solo quando la sanzione inflitta è particolarmente grave ma anche quando si tratta di una sanzione meramente simbolica⁶¹. Al fine di giudicare della proporzionalità della sanzione la Corte verifica in particolare se esistevano delle misure alternative e meno invasive per l'esercizio della libertà d'espressione⁶².

Dall'esame della giurisprudenza di Strasburgo emerge dunque come non esista un fattore decisivo che permetta di capire se si è in presenza di un *hate speech* che, come tale, è lecito sanzionare oppure di un legittimo esercizio della libertà d'espressione. Per valutare se la restrizione alla libertà d'espressione è lecita occorre prendere in considerazione tutte le circostanze particolari del caso⁶³.

4. L'art. 17 CEDU sancisce il divieto dell'abuso del diritto. La clausola – presente nei principali strumenti internazionali a tutela dei diritti fondamentali⁶⁴ – stabilisce che nessuno può valersi delle norme convenzionali per “esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla presente Convenzione”.

La finalità con la quale la norma è stata inclusa negli strumenti a tutela dei diritti fondamentali è quella di porre un ostacolo alla nascita di regimi totalitari⁶⁵.

⁵⁷ V. la decisione del 18 maggio 2004, *Seurot c. Francia*.

⁵⁸ A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, Leiden-Boston, 2009, p. 43, ritiene che la verifica della natura e della gravità della sanzione non è di solito un fattore determinante, ma semmai accessorio, che la Corte considera solo brevemente o parzialmente.

⁵⁹ Cfr. le sentenze *Karataş c. Turchia*, par. 53, e *Erbakan c. Turchia*, par. 69

⁶⁰ Cfr. le sentenze *Jersild c. Danimarca*, par. 35, e del 4 novembre 2008, *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, par. 83.

⁶¹ Cfr. le sentenze *Jersild c. Danimarca*, par. 35, e *Erbakan c. Turchia*, par. 69.

⁶² Ad esempio, nella sentenza *Lehideux e Isorni c. Francia*, par. 57, la Corte riscontra la gravità dell'inflizione di una condanna penale quando esistevano “other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies”. V. anche le sentenze *Incal c. Turchia*, par. 56; *Karataş c. Turchia*, par. 50; e *Faruk Temel c. Turchia*, par. 63.

⁶³ Cfr. A. WEBER, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁴ Cfr. l'art. 30 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; l'art. 5, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici; l'art. 5, par. 1, del Patto sui diritti economici, sociali e culturali; l'art. 29, lett. a), della Convenzione americana dei diritti umani; e l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶⁵ Cfr. K. VASAK, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1964, p. 71; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, 2004, p. 94; A. TERRASI, *Commento all'art. 17 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 570 ss.

E proprio con questo obiettivo l'art. 17 CEDU è stato inizialmente applicato dalla Commissione europea dei diritti umani in una serie di casi nei quali gli Stati parti avevano sanzionato l'attività di gruppi o di singoli individui ispirata a dottrine totalitarie, come il nazionalsocialismo o il comunismo rivoluzionario, ritenute incompatibili con il rispetto della democrazia e del riconoscimento dei diritti dell'uomo⁶⁶. Sulla scia di questa impostazione anche più di recente la Corte è giunta a ritenere legittima, ai sensi dell'art. 17, la messa al bando di organizzazioni che mirano a istituire un regime che elimina i diritti politici e introduce la *sharia* in uno Stato parte della Convenzione⁶⁷.

La norma sull'abuso del diritto è stata impiegata anche in casi concernenti situazioni di incitamento all'odio nei confronti di particolari gruppi etnici⁶⁸ e anche al fine di impedire che il diritto alla libertà d'espressione potesse essere usato come vettore di affermazioni negazioniste⁶⁹. Sia la Commissione europea dei diritti umani che la Corte hanno infatti più volte ritenuto che incitare all'odio o negare un fatto storico accertato come l'Olocausto possa talvolta rappresentare un attentato ai valori fondamentali riconosciuti nella CEDU, in particolare i valori della giustizia, della pace e della democrazia⁷⁰. Pertanto, ai sensi di questa giurisprudenza chi incita all'odio o nega l'Olocausto non può giovare della protezione riconosciuta dall'art. 10 CEDU perché così facendo ne abuserebbe.

Dall'esame della giurisprudenza degli organi di Strasburgo risulta che l'art. 17 sia stato principalmente applicato secondo due modalità: in maniera diretta, come causa di irricevibilità dei ricorsi; e in maniera indiretta, come ausilio interpretativo nell'applicazione di altre norme, in particolare, per quello che qui interessa, l'art. 10 e l'art. 11 relativo alla libertà di riunione e di associazione.

Quando l'art. 17 è impiegato in maniera diretta si esclude *a priori* l'applicabilità delle altre norme convenzionali, pertanto non si procede alla verifica nel merito⁷¹. In questi casi l'art. 17 ha un effetto c.d. "ghigliottina" che porta a dichiarare l'irricevibilità dei ricorsi. Nella modalità di applicazione indiretta, invece, alla norma sull'abuso del diritto si fa riferimento nel momento in cui si verifica la necessità della misura restrittiva. A questa seconda modalità applicativa gli organi di Strasburgo sono per la verità ricorsi solo in una serie di casi degli anni Novanta

⁶⁶ V. Commissione europea dei diritti umani, decisioni del 20 luglio 1957, *Partito comunista tedesco c. Germania*; dell'11 ottobre 1979, *Glimmerveen e Hagenbeek c. Paesi Bassi*; del 12 ottobre 1989, *B.H., M.W., H.P. e G.K. c. Austria*. V. anche la decisione della Corte del 1° febbraio 2000, *Schimanek c. Austria*.

⁶⁷ Sentenza del 14 marzo 2013, *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*, paragrafi 106-113.

⁶⁸ V. le decisioni della Corte del 2 settembre 2004, *W.P. e altri c. Polonia*; del 16 novembre 2004, *Norwood c. Regno Unito*; del 20 febbraio 2007, *Pavel Ivanov c. Russia*; del 23 ottobre 2012, *Molnar c. Romania*.

⁶⁹ V. le decisioni della Commissione europea dei diritti umani dell'11 gennaio 1995, *Walendy c. Germania*; del 6 settembre 1995, *Remer c. Germania*; del 18 ottobre 1995, *Honsik c. Austria*; del 16 gennaio 1996, *Rebhandl c. Austria*; del 24 giugno 1996, *Marais c. Francia*; del 26 giugno 1996, *D.I. c. Germania*; del 9 settembre 1998, *Nachtmann c. Austria*. V. anche le decisioni della Corte *Garaudy c. Francia*; del 13 dicembre 2005, *Witzsch c. Germania*; e *Perinçek c. Svizzera*, par. 45.

⁷⁰ V. la giurisprudenza citata nelle due note precedenti.

⁷¹ V. le decisioni *Glimmerveen e Hagenbeek c. Paesi Bassi*; *Schimanek c. Austria*; *Garaudy c. Francia*; *W.P. e altri c. Polonia*; *Norwood c. Regno Unito*; *Pavel Ivanov c. Russia*; del 12 giugno 2012, *Hizb Ut-Tahrir e altri c. Germania*; *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*.

nei quali il riferimento alla norma sull'abuso del diritto è limitato al fatto che la Corte riscontra come il diritto alla libertà d'espressione non possa essere invocato in senso contrario all'art. 17⁷², senza, dunque, che questa norma porti a una qualche conseguenza particolare.

Nelle decisioni più recenti non vi è più traccia dell'art. 17 come norma di sostegno all'applicazione dell'art. 10; la Corte appare invece orientata nel senso di un'applicazione dell'art. 17 con effetto "ghigliottina"⁷³. Tuttavia si segnalano delle sentenze che rendono anche la giurisprudenza più recente non del tutto univoca sul rapporto tra le due norme in oggetto. Nelle sentenze *Soulas e altri c. Francia e Féret c. Belgio*, infatti, la Corte si pone in prima battuta – come nella modalità di applicazione diretta della norma – la questione dell'applicazione dell'art. 17, subordinandola però all'esame del merito e, quindi, applica di fatto l'art. 10⁷⁴. Si consideri, altresì, la particolarità della decisione *Molnar c. Romania* nella quale la Corte applica entrambe le norme in oggetto, prima l'art. 17 e poi l'art. 10, affermando, nel par. 23, che, essendo la condotta del ricorrente incompatibile con la democrazia e il rispetto dei diritti dell'uomo, "en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne puisse pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention" salvo però passare – per la verità in maniera assai concisa –, nei paragrafi 24 e 25, alla verifica del rispetto delle tre condizioni di legittimità di cui al par. 2 dell'art. 10.

La modalità di applicazione diretta della norma sull'abuso del diritto è stata oggetto di diverse critiche in letteratura perché essa impedisce l'accertamento delle circostanze del caso e, dunque, anzitutto, la possibilità di procedere al bilanciamento tra i contrapposti interessi e alla verifica della "necessarietà" della misura restrittiva della libertà d'espressione, che è invece tipicamente presente nell'applicazione del par. 2 dell'art. 10⁷⁵. Inoltre, questo modo di procedere implica che la Corte non

⁷² V. le decisioni del 12 maggio 1988, *Kuhnen c. Germania*; del 2 settembre 1994, *Ochensberger c. Austria*; *Walendy c. Germania*; *Remer c. Germania*; *Honsik c. Austria*; *Rebhandl c. Austria*; *Nachtmann c. Austria*. Fa in parte eccezione la sentenza *Lehideux e Isorni c. Francia*, in cui la Corte, al par. 38, afferma di voler procedere anzitutto ad applicare l'art. 17, salvo però decidere di "rule on the application of Article 17 in the light of all the circumstances of the case". Nel fare ciò la Corte procede a verificare il rispetto delle tre condizioni di liceità di cui al par. 2 dell'art. 10 e, dunque, effettua l'analisi del caso alla luce della norma sulla libertà d'espressione.

⁷³ V. le decisioni *Schimanek c. Austria*; *Garaudy c. Francia*; *Norwood c. Regno Unito*; *Witzsch c. Germania*; *Pavel Ivanov c. Russia*; *Hizb Ut-Tahrir e altri c. Germania*; *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*, par. 113. Sono tutte decisioni degli anni Duemila.

⁷⁴ V. i paragrafi 23 e 48 della sentenza *Soulas e altri c. Francia*, e i paragrafi 52 e 82 della sentenza *Féret c. Belgio*. In entrambe le sentenze la Corte conclude riscontrando come non vi sia stata violazione dell'art. 10. V., allo stesso modo, la precedente sentenza *Lehideux e Isorni c. Francia*, paragrafi 38 e 58.

⁷⁵ Cfr. J.-F. FLAUSS, *L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1992, p. 461 ss., spec. p. 464; J. A. FROWEIN, *Incitement against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech*, in D. KRETZMER, F. K. HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, The Hague, 2000, p. 33 ss., spec. p. 36; G. COHEN-JONATHAN, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 665 ss., spec. p. 667; A. GUEDJ, *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international*, Bruxelles, 2003, p. 290; D. KEANE, *Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, p. 641 ss.; H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The Abuse Clause and Freedom of Express-*

vada a verificare la proporzionalità della sanzione, con la conseguenza che di fronte a parole di incitamento all'odio in relazione alle quali essa ritiene di applicare l'art. 17 saranno possibili anche pene severe come il carcere⁷⁶. Un ulteriore elemento oggetto di critica alla modalità applicativa in esame risiede nell'impossibilità di applicare la dottrina del margine di apprezzamento secondo la quale gli Stati devono poter godere di una certa discrezionalità nel verificare la "necessarietà" della misura restrittiva così da tener conto delle loro specificità⁷⁷.

A parere di chi scrive le critiche rivolte alla modalità di applicazione diretta non sono del tutto condivisibili, perlomeno quando le affermazioni incitanti all'odio e alla violenza sono particolarmente gravi. Con riguardo alla prima critica, si può osservare che se, nei casi di affermazioni incitanti all'odio e alla violenza particolarmente gravi nei quali la Corte ha applicato l'art. 17 secondo la modalità in esame, si fosse applicato l'art. 10 si sarebbe giunti alla medesima conclusione, ossia riconoscere la liceità del comportamento dello Stato che ha sanzionato le parole contestate. Dunque, l'applicazione dell'art. 17 o dell'art. 10, allorché si tratti di affermazioni particolarmente gravi, non porta a esiti diversi. Per quanto concerne la seconda critica, è possibile osservare come, applicando l'art. 17 con modalità diretta, la Corte finisce per consentire che gli Stati decidano di applicare, in caso di *hate speech* particolarmente gravi, le sanzioni che ritengono più opportune. Ciò non deve scandalizzare, perché gli Stati sono normalmente liberi di statuire in merito alle pene e alla loro gravità. Con riferimento, invece, alla terza critica si può replicare constatando come molto spesso il margine di discrezionalità lasciato agli Stati nel verificare la "necessarietà" della misura restrittiva della libertà d'espressione sia molto limitato, per non dire del tutto assente; dunque, non stupisce che anche in quest'ambito il margine di apprezzamento riservato agli Stati sia sacrificato.

Diversi autori ritengono che il ricorso alla seconda modalità applicativa sia più corretto proprio perché eviterebbe le suddette conseguenze negative⁷⁸. Non si ritiene di poter condividere questa impostazione soprattutto considerando l'inutilità

sion in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, p. 54 ss., spec. pp. 62 s. e 68 s.

⁷⁶ Per una critica serrata circa l'assenza della verifica della proporzionalità della misura restrittiva v. H. CANNIE, D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 70 s., i quali evidenziano come nella sentenza del 13 gennaio 2009, *Mehmet Cevher Ilhan c. Turchia*, la Corte abbia ritenuto che, nonostante la pubblicazione del ricorrente costituisse un incitamento all'odio e alla discriminazione, la sanzione applicata (pena della reclusione a più di due anni) fosse sproporzionata e pertanto ha riscontrato la violazione dell'art. 10 CEDU. Secondo gli Autori, "[a]pplication of the abuse clause in these cases would have led to the conclusion that there was no violation of (article 10 of) the Convention".

⁷⁷ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 71 s.

⁷⁸ J. A. FROWEIN, *op. cit.*, p. 36 sostiene che "the use of Article 17 within the restrictive clause of Article 10(2) is a proper method to avoid some of the dangers which Article 17 could otherwise raise". A. GUEDJ, *op. cit.*, p. 290, afferma che "la méthodologie choisie [la modalità di applicazione indiretta] est ici inattaquable alors que le seul recours à l'article 17 aurait peut être resenti comme un moyen exorbitant". Per J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 464, la modalità applicativa indiretta è maggiormente in linea con il contenuto stesso dell'art. 17 allorché esso stabilisce che non è consentito porre ai diritti e alle libertà garantiti dalla CEDU "limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione". Per l'Autore, "la contradiction entre l'esprit et la lettre de l'article 17 ne peut être résolue qu'en faisant de l'article 17 une simple clause d'interprétation des stipulations qui ménagent des restrictions aux droits et libertés".

dell'impiego dell'art. 17 come ausilio interpretativo dell'art. 10⁷⁹. Il par. 2 dell'art. 10 contiene già tutti gli elementi utili per una corretta decisione sull'eventuale liceità della misura restrittiva della libertà d'espressione. Sicché l'art. 17 non può aggiungere nulla.

Un discorso analogo va fatto con riguardo all'applicazione dell'art. 17 alla maniera delle citate sentenze *Soulas e altri c. Francia* e *Féret c. Belgio*. È vero che questa modalità supererebbe le critiche rivolte all'art. 17 applicato con effetto "ghigliottina", in quanto la norma è qui applicata previa analisi del merito. Tuttavia, per analizzare il merito, la Corte, in questi casi, ha di fatto applicato l'art. 10, rendendo il riferimento all'art. 17 del tutto superfluo.

Il problema della giurisprudenza di Strasburgo in materia è, a giudizio di chi scrive, un altro: si fatica a individuare quale sia l'elemento che fa scattare l'applicazione dell'art. 17 anziché dell'art. 10, o dell'art. 11. In alcuni casi la ragione che ha fatto decidere per un'applicazione dell'art. 17 come causa di irricevibilità del ricorso è stata la gravità dei fatti: di fronte a "general and vehement attacks", la Corte ha ritenuto di non dover esaminare nel merito⁸⁰. Più spesso – soprattutto nei casi concernenti il negazionismo o la messa al bando di organizzazioni tese a creare regimi totalitari anti-democratici – la Corte si è limitata a sostenere che le affermazioni o gli atti contestati confliggono con il testo e lo spirito della Convenzione⁸¹. In realtà è accaduto spesso che la Corte in casi simili abbia applicato una norma anziché l'altra senza che sia emerso quale elemento abbia fatto propendere per una soluzione piuttosto che per l'altra⁸².

A riprova della confusione che regna a Strasburgo sul punto si consideri la più recente sentenza *Perinçek c. Svizzera* in cui la Corte afferma che "la limite tolérable pour que des propos puissent tomber sous l'article 17 réside dans la question de savoir si un discours a pour but d'inciter à la haine ou à la violence"⁸³. Ma in quanti casi di affermazioni incitanti all'odio e alla violenza la Corte ha applicato l'art. 10 e non l'art. 17!

⁷⁹ Come affermato da G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie*, cit., p. 372, alla nota n. 12, "le 'grief' tiré de l'article 17 doit nécessairement être examiné en premier lieu, faute de quoi il devient inopérant".

⁸⁰ Cfr. le decisioni *Norwood c. Regno Unito* e *Pavel Ivanov c. Russia*.

⁸¹ Cfr. le decisioni *Schimanek c. Austria*; *Garaudy c. Francia*; *W.P e altri c. Polonia*; *Witzsch c. Germania*; *Hizb Ut-Tahrir e altri c. Germania*, par. 74; *Kasymakhunov e Saybatalov c. Russia*, par. 106.

⁸² V., ad esempio, le decisioni *Pavel Ivanov c. Russia* e *Soulas e altri c. Francia*: il primo caso concernente articoli che accusavano gli ebrei di contaminare la vita sociale, economica e politica del Paese; il secondo caso concernente un libro nel quale si accusavano gli immigrati musulmani di aver intrapreso una guerra di conquista in Europa e si invitavano i cittadini francesi alla riconquista etnica. Nel primo caso la Corte ha applicato l'art. 17 dichiarando così l'irricevibilità del ricorso, nel secondo ha invece proceduto con l'esame dei fatti ai sensi del par. 2 dell'art. 10. Eppure non si rinvergono elementi che facciano emergere una maggiore gravità dei fatti di cui al primo caso. V. anche le decisioni *Kuhnen c. Germania* e *Schimanek c. Austria*. Entrambi i casi riguardano ricorrenti che compivano attività volte alla rinascita del nazional-socialismo. Nel primo caso è stato applicato l'art. 17 mentre nel secondo l'art. 10, senza che si rinvergono nei fatti significative differenze. V. altresì le decisioni *Remer c. Germania* e *Honsik c. Austria*, da un lato, e *Garaudy c. Francia*, dall'altro lato, tutte riguardanti scritti che negano l'Olocausto. Nei primi casi è stato applicato l'art. 10, nell'ultimo l'art. 17 con effetto "ghigliottina".

⁸³ Par. 52.

5. Il Comitato dei diritti umani ha avuto modo di pronunciarsi con riguardo a casi concernenti sia discorsi di incitamento all'odio sia la negazione dell'Olocausto, rivelando, in relazione a questi fenomeni, un atteggiamento parzialmente diverso rispetto agli organi di Strasburgo. Anzitutto, il Comitato in questi casi non ha mai applicato la norma sull'abuso del diritto⁸⁴ – pur presente nel Patto – scegliendo di esaminare i casi sottoposti alla sua attenzione alla luce dell'art. 19 che garantisce il diritto alla libertà d'espressione, o dell'art. 20, par. 2, che obbliga gli Stati parti a vietare “[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”.

In un caso concernente un soggetto condannato per aver negato l'Olocausto, il Comitato ha applicato l'art. 19 e ha dunque verificato il merito, in particolare se le tre condizioni di liceità – di cui anche ai sensi del par. 2 dell'art. 10 CEDU – fossero state rispettate⁸⁵. Pur sollecitato dallo Stato convenuto che chiedeva venisse applicato in questo caso l'art. 20, in quanto la negazione o relativizzazione del genocidio degli ebrei si risolveva in una forma di incitamento all'odio nei loro confronti⁸⁶, il Comitato non ha neppure preso in esame la richiesta, procedendo direttamente all'esame nell'ambito dell'art. 19.

In due casi riguardanti affermazioni incitanti all'odio e alla discriminazione razziale e religiosa il Comitato ha proceduto diversamente in un caso rispetto all'altro. Nel caso più risalente il Comitato ha riscontrato come le parole di incitamento all'odio razziale e religioso pronunciate dal ricorrente facessero rientrare la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 20, par. 2, del Patto, rendendo la comunicazione “incompatible with the provisions of the Covenant”⁸⁷. L'applicazione di questa norma ha avuto un effetto simile all'applicazione dell'art. 17 CEDU: un effetto ghigliottina che ha reso irricevibile il ricorso.

Nel caso più recente, invece, il Comitato pur riscontrando come le affermazioni antisemite rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 20 ha però ritenuto che qualsiasi restrizione alla libertà d'espressione deve essere esaminata alla luce del par. 3 dell'art. 19, ossia delle tre condizioni di liceità, finendo così per esaminare il caso alla luce dell'ultima norma citata⁸⁸. Questa impostazione è stata successivamente confermata dal Comitato nel già citato *General Comment* n. 34 laddove si sofferma sul rapporto che lega gli articoli 19 e 20, affermando esplicitamente che “a limitation that is justified on the basis of article 20 must also comply with article 19, paragraph 3”⁸⁹. Il concetto è poi ribadito ancora più chiaramente con la seguente

⁸⁴ Il Comitato ha applicato l'art. 5, par. 1, che sancisce il divieto dell'abuso del diritto solo nella decisione del 10 aprile 1984, *M.A. c. Italia*, comunicazione n. 117/1981, UN/Doc. Supp. No. 40 A/39/40, par. 13.3, con riferimento a un individuo condannato per il tentativo di ricostruzione del partito fascista. In merito all'art. 5, par. 1, del Patto v. *M. NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl an Rhein, 2005, p. 116 s.

⁸⁵ Decisione dell'8 novembre 1996, *Faurisson c. Francia*, comunicazione n. 550/1993, UN. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 del 16 dicembre 1996, paragrafi 9.4-10.

⁸⁶ Paragrafi 7.7 e 7.8.

⁸⁷ Decisione del 6 aprile 1983, *J.R.T. e W.G. Party c. Canada*, comunicazione n. 104/1981, UN. Doc. CCPR/C/18/D/104/1981 del 6 aprile 1983, par. 8, lett. b).

⁸⁸ Decisione del 18 ottobre 2000, *Ross c. Canada*, comunicazione n. 736/1997, UN. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 del 26 ottobre 2000, paragrafi 10.6, 11.1-11.6.

⁸⁹ Par. 50.

affermazione: “[i]n every case in which the State restricts freedom of expression it is necessary to justify the prohibitions and their provisions in strict conformity with article 19”⁹⁰. Questo modo di concepire il par. 2 dell’art. 20 va però oltre la lettera della norma che, infatti, non contiene alcun riferimento alle condizioni di liceità.

6. Dall’analisi qui condotta risulta che la giurisprudenza della Corte europea in tema di *hate speech* non brilla per coerenza. A volte, infatti, la Corte ha analizzato i casi sottoposti alla sua attenzione alla luce dell’art. 10 sulla libertà d’espressione, andando così a verificare una serie di elementi atti a trovare il punto di equilibrio tra libertà d’espressione e divieto di affermazioni incitanti all’odio e alla violenza. Altre, invece, ha applicato la norma sull’abuso del diritto, dando peraltro un rilievo differente alla stessa norma: talvolta impiegata come ausilio interpretativo del tutto superfluo, talaltra come norma in grado di impedire qualsiasi esame della liceità delle misure restrittive del diritto alla libertà d’espressione. Il ricorso a una norma piuttosto che all’altra non sempre è stato giustificato e talvolta, anche se la Corte ha spiegato le ragioni della sua scelta, queste non appaiono condivisibili. Si ricava l’impressione di una giurisprudenza altalenante e contraddittoria che non lascia all’interprete la possibilità di prevedere quale norma verrà impiegata.

L’applicazione della norma sull’abuso del diritto ha poi generato diverse critiche da parte di chi ha messo in guardia dai rischi di un’applicazione dell’art. 17 che impedisce di verificare i fatti e quindi di rilevare eventuali cause giustificative o elementi in grado di ridimensionare la portata delle affermazioni contestate. Si tratta di preoccupazioni condivisibili solo se si dovesse applicare l’art. 17 in tutte le ipotesi di *hate speech*. Se invece si riservasse l’applicazione della norma sull’abuso del diritto ai soli casi estremi di affermazioni di particolare gravità si darebbe un segnale importante in un’epoca in cui antisemitismo e xenofobia continuano a dilagare. Vi sono, infatti, delle affermazioni che non hanno alcun tipo di giustificazione, che non possono essere in alcun modo tollerate.

Per quanto concerne poi le affermazioni negazioniste, ciò che si deve rimproverare agli organi di Strasburgo è l’aver più volte affermato che di fronte alla negazione di fatti storici accertati come l’Olocausto non si deve applicare l’art. 10 bensì l’art. 17 (salvo peraltro in alcuni casi non tener conto di questa affermazione applicando la norma sulla libertà d’espressione) senza in alcun modo legare il negazionismo alla capacità delle affermazioni negazioniste di incitare all’odio e alla discriminazione. L’affermazione della Corte ha ovviamente suscitato le critiche di chi vi vede il rischio della compromissione della libera ricerca storica e dell’imposizione di una verità di Stato⁹¹. La Corte dovrebbe invece chiarire che il ricorso all’art. 17 in caso di negazionismo deve avvenire solo previa verifica dell’attitudine delle affermazioni contestate a incitare all’odio, alla discriminazione e alla violenza.

Infine, merita di essere segnalato il differente approccio al tema degli *hate speech* di cui alla prassi del Comitato dei diritti umani. Quest’organo, pur avendo

⁹⁰ Par. 52.

⁹¹ Di recente in Italia si è acceso un ampio dibattito circa l’opportunità di introdurre il reato di negazionismo; con riguardo agli studiosi del diritto internazionale v., da ultimo, il dibattito sul blog della Società italiana di diritto internazionale alimentato dagli interventi di G. SACERDOTI e di G. DELLA MORTE (www.sidi-isil.org/sidiblog/).

a disposizione una norma dedicata esplicitamente al tema – che, stando alla sua lettera, dovrebbe applicarsi con un effetto “ghigliottina” analogo all’applicazione della norma sull’abuso del diritto in ambito CEDU –, ha invece deciso che, anche in caso di *hate speech*, si debba sempre procedere a verificare nel merito se la misura restrittiva della libertà d’espressione sia lecita. Il Comitato ha scelto così di dare massima prevalenza al diritto alla libertà d’espressione che può essere limitato solo previo accertamento dei fatti e di eventuali cause giustificative.

Si tratta di un orientamento condivisibile nel momento in cui l’art. 20, par. 2 ha il limite di non distinguere a seconda della gravità dell’affermazione. Con ciò non si intende in alcun modo giustificare la pronuncia di frasi o la pubblicazione di immagini incitanti all’odio, alla discriminazione o alla violenza. Si vuol solo mettere in luce il fatto che possono esservi affermazioni magari anche ripugnanti, ma che lette alla luce del contesto nel quale sono pronunciate, o dell’impatto che hanno avuto, o del modo in cui sono state sanzionate, vanno ridimensionate. Così come invece – si ribadisce nuovamente – esistono affermazioni talmente gravi per le quali non è possibile immaginare alcun tipo di giustificazione. L’applicazione, in questi casi, di una norma con effetto “ghigliottina” appare a giudizio di chi scrive più che condivisibile.

Abstract

Hate Speech and Denial of International Crimes among Restrictions on Freedom of Expression and Abuse of Rights

The prohibition of speeches that instigate hostility, discrimination or violence, such as the criminalization of those who deny or minimize the extent of international crimes, leads to restriction of the right to freedom of expression. The European Court of Human Rights has often pronounced on the subject of hate speech and Holocaust denial, giving rise to a complex case law. Sometimes the Strasbourg organs have examined the cases under Art. 10 on freedom of expression, considering in detail the facts and the presence of any grounds of justification. Sometimes they have instead applied Art. 17 on the abuse of rights, based on the assumption that those who attack rights and freedoms recognized by the European Convention on Human Rights cannot rely on the rights it guarantees. The impression is of a fluctuating and unpredictable case-law.

Celeste Pesce*

Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione

SOMMARIO: 1. Le scelte esegetiche della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 2. L'interpretazione teleologica funzionale del diritto dell'Unione e le garanzie dei singoli: la politica sociale. – 3. *Segue*: la libera circolazione delle persone. – 4. *Segue*: il rimpatrio degli immigrati irregolari. – 5. Conclusioni.

1. La prassi giurisprudenziale dell'Unione evidenzia come la Corte di giustizia interpreti il diritto europeo in maniera funzionale compiendo una valutazione dei testi meno legata alla formulazione letterale e più aderente agli scopi che gli atti europei si propongono. Segnatamente, l'azione interpretativa del giudice dell'Unione muove dalla ricostruzione della volontà delle parti contraenti quale risulta nel testo dei Trattati. Conseguentemente, si predilige l'interpretazione maggiormente conforme alla *ratio legis*, mediante il richiamo degli strumenti logici (obiettivi, scopi, finalità) che conferiscono alle disposizioni un significato in armonia con il contesto giuridico, in cui le stesse sono collocate, nonché con le finalità generali del diritto dell'Unione. Si parla, al riguardo di interpretazione teleologica finalizzata a garantire la massima funzionalità della norma e a dare attuazione e concretezza agli obiettivi indicati nei Trattati istitutivi¹. Sovente, il criterio esegetico di tipo

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università telematica "Pegaso" di Napoli.

¹ Gli scopi dei Trattati costitutivi e lo spirito del diritto dell'Unione sono tuttora rinvenibili nella dichiarazione di Robert Schuman, del 9 maggio 1950, dove grande risalto è dato alla programmaticità e alla progressività del diritto europeo, entrambe da realizzarsi mediante la creazione del mercato comune e, successivamente, l'integrazione politica (e sociale) dell'Europa. Per approfondimenti, v.: P. GERBET, *La Genèse du plan Schuman, des origines à la déclaration du 9 mai 1950*, Lausanne, 1962; ID., *La naissance du plan Schuman*, in A. WILKENS (dir.), *Le Plan Schuman dans l'histoire, intérêts nationaux et projet européen*, Bruxelles, 2004; A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967; ID., *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 1455 ss.; R. LECOURT, *Le juge devant le Marché Commun*, Genève, 1970; ID., *L'Europe des juges*, 2008; P. REUTER, *La naissance de l'Europe communautaire*, Lausanne, 1980; R. POIDEVIN, *Robert Schuman, homme d'État 1886-1963*, Paris, 1986; R. LEJEUNE, *Robert Schuman, père de l'Europe*, Paris, 2000; H. RIEBEN, M. NATHUSIUS, F. NICOD, C. CAMPERIO, *Un changement d'espérance. La Déclaration du 9 mai 1950: Jean Monnet, Robert Schuman*, Lausanne, 2000; J. M. PELT, *Robert Schuman père de l'Europe*, Thionville, 2002; F. ROTH, *Robert Schuman, du Lorrain des frontières au père de l'Europe*, Paris, 2008.

teleologico-sistematico si pone come necessario dal momento che la portata della norma va definita in ragione delle politiche perseguite dai Trattati anche allo scopo di garantire omogeneità tra diritto primario e derivato dell'Unione. Del resto, mentre il primo (diritto primario) risulta essere di ampio respiro e scritto in maniera piuttosto chiara, il secondo potrebbe risultare alquanto complesso e/o tecnico.

L'interpretazione in parola si realizza in differenti modalità. In primo luogo, mediante l'esegesi funzionale che mira a garantire l'effetto utile della disposizione applicabile². In tale ottica, l'interprete esamina il contesto giuridico in cui la norma *de qua* si colloca e, successivamente, ne "sceglie" l'interpretazione che meglio garantisce effettività agli scopi ivi fissati. In secondo luogo, mediante l'interpretazione teleologica *stricto sensu*, cui si ricorre in caso di disposizione ambigua o incompleta, legandone l'esegesi agli obiettivi dalla stessa posti (sentenza *Lindqvist*)³. Infine, va menzionata l'esegesi consequenziale, che analizza gli effetti concreti derivanti da una precisa scelta interpretativa, come accaduto nelle pronunce *Costa c. Enel* e *Foto Frost*, laddove la Corte di giustizia ha esaminato, rispettivamente, le implicazioni del mancato riconoscimento del primato del diritto dell'Unione⁴, e le conseguenze di un eventuale potere delle giurisdizioni nazionali di invalidare gli atti UE⁵.

Nel sistema giuridico dell'Unione, l'interpretazione funzionale ha fatto il suo ingresso grazie alla Corte di giustizia, che ha elevato la stessa al rango dei principi interpretativi generali del diritto europeo, colmando la lacuna dei Trattati istitutivi che (tuttora) non sanciscono né forniscono al giudice dell'Unione indicazioni sui criteri esegetici da seguire. In effetti, questi ultimi trovano menzione generica nell'art. 19 TUE secondo cui la Corte di giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati". Diversamente dai Trattati istitutivi dell'Unione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶ (in seguito:

² V. *infra*.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Lindqvist*, punto 50: "In considerazione dell'oggetto di tale direttiva, occorre dare all'espressione 'dati relativi alla salute' utilizzata nell'art. 8, n. 1, un'interpretazione ampia tale da comprendere informazioni riguardanti tutti gli aspetti, tanto fisici quanto psichici, della salute di una persona, vertente sull'interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati".

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa 315/85, *Foto Frost*, punto 15: "Al contrario, essi non hanno il potere di dichiarare invalidi gli atti delle istituzioni comunitarie. Infatti, come è stato sottolineato nella sentenza 13 maggio 1981 (International Chemical Corporation, 66/80, Racc. 1981, pag. 1191), le competenze attribuite alla Corte dall'art. 177 hanno essenzialmente lo scopo di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Questa esigenza di uniformità è particolarmente imperiosa quando sia in causa la validità di un atto comunitario. L'esistenza di divergenze fra i giudici degli Stati membri sulla validità degli atti comunitari potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto".

⁶ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Cfr. A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in S. VAN DROOGHENBROECK, P. WAUTELET (dirs.), *Droits fondamentaux en mouvement – Questions choisies d'actualité*, Liège, 2012, p. 73 ss.; G. BRONZINI, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano, 2013, p. 111 ss.

Carta) precisa all'art. 52, la portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi ivi sanciti, chiarendo i rapporti con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁷, nonché con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Parimenti, il diritto internazionale fissa nella Convenzione di Vienna del 1969⁸ la "regola generale per l'interpretazione", secondo cui un trattato va interpretato "in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo"⁹. Tuttavia, la mancanza nei Trattati UE di disposizioni *ad hoc* non ha rappresentato un limite negativo, atteso che la giurisprudenza dell'Unione insegna che la Corte UE adotta la logica del caso per caso e, pertanto, sceglie il criterio interpretativo maggiormente funzionale alla garanzia dell'ordine giuridico europeo nella singola fattispecie¹⁰, seguendo l'esegesi teleologica del diritto dell'Unione piuttosto che i tradizionali criteri ermeneutici riconosciuti dagli ordinamenti interni e/o dal diritto internazionale¹¹.

Tanto premesso, oggetto del presente elaborato è l'analisi dell'interpretazione funzionale del diritto dell'Unione definita nel gergo tecnico-giuridico (anche) "principio dell'effetto utile" o semplicemente "effetto utile". Tale tipologia esegetica richiede piena conoscenza del testo legislativo e degli obiettivi ivi fissati e determina, come già notato, il senso della disposizione come dell'intero *corpus* normativo, non senza risolvere le problematiche del caso dovute all'intrinseca relatività e alla necessaria contestualizzazione giuridica e storico-politica, o tralasciarne gli aspetti socio-politici ed economici.

Il principio in parola è stato utilizzato della giurisprudenza dell'Unione in maniera trasversale mostrandosi funzionale alla definizione e alla garanzia delle politiche dell'Unione, degli aspetti procedurali e/o dei principi fondamentali del sistema UE¹². Nel tempo, la dottrina ha indagato il ricorso giurisprudenziale al

⁷ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, come in seguito modificata da numerosi Protocolli.

⁸ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969.

⁹ Cfr. articoli 31-32 Convenzione di Vienna.

¹⁰ Autorevole dottrina ritiene che si cercherebbe invano nella giurisprudenza UE l'adesione aprioristica a taluni principi interpretativi, sostenendo che: "[v]arietà di metodi interpretativi e cautela nelle affermazioni di principio appaiono cioè le uniche sicure costanti della giurisprudenza della Corte, i cui risultati pertanto non si prestano ad una facile caratterizzazione a senso unico", cfr. A. TIZZANO, *La Corte*, cit., p. 58.

¹¹ La ragione, con molta probabilità, è legata a talune peculiarità che l'ordinamento dell'Unione presenta rispetto agli schemi tradizionali del diritto internazionale, o agli obiettivi e ai contenuti dei Trattati istitutivi, o, infine, alla natura e alle funzioni delle istituzioni. Cfr.: A. GIANELLI, *L'"autonomia" del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1078 ss.; V. COLCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 557 ss.; A. GRILLI, *Le origini del diritto dell'Unione Europea*, Bologna, 2009; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed.; J. ZILLER, *Relire van Gend en Loos*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 513 ss.; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013.

¹² *Ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame* (J. C. BONICHOT, *Le juge national et la protection du droit communautaire. Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, in *Revue française de droit administratif*, 1990 p. 912 ss.); del 5 ottobre 2009, causa C-173/09, *Elchinov* (G. RAITI, *Dopo Elchinov ed Interedil, Krizan: ribadita l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del vincolo processuale interno all'enunciato in iure della Corte superiore*, in *Int'l Lis*, 2013, p. 24 ss.);

principio dell'effetto utile ed ha posto in evidenza le modalità con cui l'esegesi funzionale ha contribuito alla realizzazione e al buon funzionamento dell'Unione intesa in termini economici e/o istituzionali-politici. Si tratta di un'indagine di stampo piuttosto tradizionale legata all'idea dell'Unione come di mero spazio di mercato libero. Ferma restando la validità di tale ultima indagine, cui si rinvia per un'analisi dettagliata¹³, le pagine che seguono intendono esaminare un profilo differente, vale a dire, l'analisi del principio *de quo* nella (recente) giurisprudenza della Corte in materia di tutela dei diritti della persona quale cittadina dell'Unione, con particolare riguardo alla politica sociale e alla circolazione delle persone nel territorio dell'Unione. La disamina mira a scoprire nuovi scenari applicativi del principio stesso e ad interrogarsi sulla possibilità che i positivi risultati del passato si ripetano.

2. Lo studio prende avvio dalla constatazione che i soggetti del diritto dell'Unione sono non solo gli Stati, ma principalmente i loro cittadini cui spettano e vanno riconosciuti diritti politici, sociali ed umani, oltre a quelli a carattere meramente economico. Si fa riferimento al tema della tutela dei diritti fondamentali della persona in seno all'UE, in merito al quale, senza qui riportarne la storia giurisprudenziale e politica, sarà sufficiente ricordare l'importante traguardo raggiunto dall'Unione con la proclamazione della Carta che raccoglie i principi legati ai diritti delle persone in quanto tali e non più solo in quanto operatori economici. Poi, in occasione del Trattato di Lisbona, la tutela dei diritti fondamentali è stata espressamente inserita nel TUE e nel TFUE. Così, nel primo testo, gli articoli 6 e 21 TUE ribadiscono la centralità della tutela dei diritti fondamentali in ogni manifestazione delle politiche UE. Per quanto concerne il TFUE, i diritti della persona sono espressamente contenuti nel capo relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, segnatamente, nell'art. 67 TFUE, che, al primo paragrafo, sancisce il principio del rispetto dei diritti fondamentali, e, al successivo, disciplina le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione¹⁴.

del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, *Melki*, punto 45 (M. HOUSER, *Question prioritaire de constitutionnalité et renvoi préjudiciel: la Cour de justice s'en mêle ... sagement*, in *Petites affiches*, 2010, 191, p. 5 ss.); dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, punto 56; del 7 dicembre 2010, causa C-439/08, *VEBIC*, punto 64; del 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil* (R. DAMMANN, A. ALBERTINI, *L'arrêt Interedil de la CJUE: notion de centre des intérêts principaux*, in *La Semaine Juridique – entreprise et affaires*, 2012, 19-20, p. 25 ss.).

¹³ Cfr., *ex multis*: J. BENOËT-XEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford, 1993; A. ARNULL, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford, 2006, p. 607 ss.; M. POIARES MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in the Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 1 ss.; G. ITZCOVICH, *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2009, p. 537 ss.; A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Liber Fausto Pocar*, 2009, p. 925 ss.; G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, 2012; G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, 2012; A. VAUCHEZ, *Keeping the Dream Alive: The European Court of Justice and the Transnational Fabric of Integrationist Jurisprudence*, in *European Political Science Review*, 2012, p. 51 ss.; K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *Academy to Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, Working Paper AEL, 2013/9, www.cadmus.eu.eu.

¹⁴ Quanto alla giurisprudenza sulle disposizioni citate, così come riscritte dal Trattato di Lisbona, si segnala che la Corte si è pronunciata in generale sulle rispettive politiche di cui ai medesimi artico-

Parimenti, i percorsi argomentativi del giudice UE, successivi alla parificazione della Carta ai Trattati¹⁵, esprimono la ferma volontà di declinare le politiche europee in precise scelte di equilibrio tra le esigenze economiche e sociali dell'Unione e le aspirazioni dei singoli quanto alla salvaguardia dei loro diritti fondamentali¹⁶. La conseguenza è che i diritti dei singoli rappresentano, oggi, una parte cospicua dell'attività del giudice UE, condotta, sovente, in sinergia con i giudici nazionali grazie al dialogo costruttivo del rinvio pregiudiziale. In tale contesto, l'esegesi funzionale operata dalla giurisprudenza dell'Unione è servita a conferire maggiore efficacia al diritto europeo e a migliorare la tutela delle garanzie dei singoli¹⁷.

Segnatamente, l'uso dell'effetto utile ha permesso di garantire effettività alle quattro libertà oltreché di integrare ed interpretare la disciplina delle materie progressivamente entrate nell'ambito delle competenze dell'Unione. Conseguentemente, l'interpretazione finalistica dei Trattati ha comportato integrazione e condizionamenti reciproci tra diritto dell'Unione e diritto statale secondo meccanismi determi-

li, cioè azione esterna dell'UE (sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012, causa C-466/11, *Currà* – ordinanza di manifesta incompetenza), attraversamento delle frontiere (sentenze della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, causa C-14/13, *Gena Ivanova Cholakova* – ordinanza di manifesta incompetenza; del 6 settembre 2012, cause riunite C-422 e 423/11 P, *Komunikacji Elektronicznej, Repubblica di Polonia c. Commissione*; del 22 giugno 2010, cause riunite C-188 e 189/10, *Abdeli*), “sfiorando”, tuttavia, la questione dei diritti della persona, che, viceversa, è oggetto della nutrita giurisprudenza formatasi in relazione all'attuazione e all'interpretazione di direttive settoriali e specifiche dell'Unione. Discorso a parte riguarda l'art. 6 TUE il quale è, sovente, richiamato nei quesiti pregiudiziali unitamente alla Carta. Tuttavia, al momento, il giudice UE non è si espresso sul merito della disposizione, atteso che le recenti pronunce dichiarano la manifesta incompetenza della Corte a statuire per mancanza di collegamento con il diritto UE (sentenze della Corte di giustizia del 7 febbraio 2013, causa C-499/12, *Gentile*; del 7 febbraio 2013, causa C-498/12, *Pedone*).

¹⁵ Cfr. art. 6 TUE, qui trattato solo ai fini del principio dell'effetto utile. Per la disamina sull'evoluzione della disposizione, si rinvia, *ex multis*, a: G. TESAURO, *op. cit.*; S. WEATHERILL, *From Economic Rights to Fundamental Rights*, in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon*, Oxford, 2013, p. 11 ss.

¹⁶ Sul tema si rinvia alla copiosa dottrina, tra cui, *ex multis*: O. DE SCHUTTER, *Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux*, in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (dirs.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2004; A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 125 ss.; E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 9 ss.

¹⁷ Le sentenze della Corte di giustizia sui diritti fondamentali, testimoniano l'attenzione crescente che l'Unione riserva a delicate questioni, quali i reati commessi su *internet*, la brevettabilità degli embrioni umani, la retroattività della legge civile, l'immigrazione clandestina, tutte esaminate alla luce del parametro di legittimità posto dalla Carta oltre che dai Trattati. Si segnalano, senza pretesa di esaustività: sentenze della Corte di giustizia del 10 dicembre 2009, causa C-323/08, *Ovidio Rodriguez Mayor* (art. 30); del 23 dicembre 2009, causa C-403/09, *Deticék* (art. 24); del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kúćukdeveci* (art. 21); del 2 marzo 2010, cause riunite C-175, 176, 178 e 179/08, *Abdulla* (art. 18); del 4 marzo 2012, causa C-578/08, *Chakroun* (art. 7); del 18 marzo 2010, cause riunite C-317 a 320/08, *Alassini* (art. 47); del 1° luglio 2010, causa C-407/08, *Knauf Gips KG* (articoli 47, 52); del 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse* (art. 24); del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania* (art. 28); dell'8 novembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetter GmbH* (art. 47); del 14 settembre 2010, C-550/07, *Akzo* (articoli 20-21); del 17 marzo 2011, causa C-211/09, *Ajd Tuna Ltd* (art. 41, 47); del 29 marzo 2011, causa C-352/09, *Thyssen Krupp* (art. 49); del 21 luglio 2011, causa C-21/10, *Nagy* (art. 20).

nati proprio in funzione del principio in esame. Pertanto, così come gli ordinamenti degli Stati membri hanno ispirato i valori, i principi e le stesse nozioni che caratterizzano il diritto europeo, anche quest'ultimo è in grado di influenzare, incidere e derogare rispetto alla disciplina statale che, pur applicabile ad un determinato rapporto, limiti o condizioni l'effettiva applicazione ed operatività del diritto europeo.

In quest'ottica si spiegano le argomentazioni elaborate nei casi *Laval*¹⁸ e *Rüffert*¹⁹ a proposito degli effetti della direttiva 96/71/CE sulla disciplina del distacco²⁰ che, all'art. 3, par. 7, prevede un trattamento favorevole ai lavoratori ed, in particolare, rivolto ad evitare una concorrenza al ribasso nelle condizioni di lavoro tra l'ordinamento dello Stato che opera il distacco e lo Stato ospitante. La Corte ha precisato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso di consentire allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul territorio al rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima²¹. In caso contrario, si verrebbero a creare condizioni tali da impedire, ostacolare o rendere meno concorrenziali le prestazioni offerte dalle imprese straniere nello Stato ospitante, privando, conseguentemente, di "effetto utile" la normativa europea sulla libera prestazione dei servizi e sulla disciplina del distacco²².

Specificamente in materia di politica sociale, finalizzata all'occupazione, agli affari sociali e alle pari opportunità per realizzare la crescita sostenibile e la coesione sociale, il principio in esame ha avuto risvolti peculiari che non sempre hanno garantito efficacia alla tutela dei singoli. In particolare, si ricorda la pronuncia pregiudiziale *Dominguez*²³ sulla compatibilità delle disposizioni nazionali giuslavoristiche francesi con la direttiva 2003/88/CE²⁴ nonché sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare il diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione. Al riguardo, l'attenzione sui diritti fondamentali e sull'interpretazione funzionale si deve alle conclusioni formulate in quella occasione dall'Avvocato generale Trstenjak²⁵, la quale pone ad un livello gerarchico superiore la tutela individuale dei diritti fondamentali in ragione dell'effetto utile degli obiettivi della Carta, del diritto dell'Unione e dell'unità dell'ordinamento giuridico UE. Le sue conclusioni sostengono la diretta applicabilità dei diritti fondamentali anche nei rapporti tra privati, attribuendo agli

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*.

²⁰ Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, sul distacco dei lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi.

²¹ Sentenza *Rüffert*, punto 33.

²² Sentenza *Laval*, punto 81.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*. In dottrina: B. CHEYNEL, *L'«effet d'exclusion» des directives après l'arrêt Dominguez*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2012, p. 1 ss.; M. DE MOL, *Dominguez: A Defending Silence*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 280 ss.; L. PECH, *Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's Sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in Römerand Dominguez*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1841 ss.

²⁴ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak dell'8 settembre 2011, causa C-282/10, *Dominguez*, punti 117-127.

stessi efficacia *erga omnes* (Stato e privati) allo scopo di garantire un elevato grado di effettività e di uniformità al diritto UE. In caso contrario, gli Stati membri sarebbero obbligati ad applicare il diritto europeo esclusivamente in senso conforme ai diritti fondamentali. Viceversa, nell'ambito dei rapporti giuridici tra privati, sarebbe "concesso" a questi ultimi di violare i diritti dei singoli e di mettere in discussione l'efficacia pratica e l'omogenea applicazione del diritto dell'Unione²⁶. Si richiama, al riguardo, la giurisprudenza dell'Unione sul diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile che gli interessati possono far valere dinanzi ai giudici nazionali, senza distinzione nei confronti dei datori di lavoro pubblici e privati²⁷. Ma può richiamarsi ugualmente, la giurisprudenza che sancisce il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza (articoli 18, 45 e 56 TFUE), che investe gli atti dell'autorità pubblica come anche le norme di qualsiasi altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e la prestazione di servizi²⁸. Tuttavia, la Corte ha preferito una linea di maggiore prudenza che non richiama affatto l'interpretazione funzionale elaborata dall'Avvocato generale né gli innovativi percorsi argomentativi di quest'ultimo²⁹ coerenti con la logica sistemica ed "utile" dell'ordinamento europeo³⁰.

Viceversa, in occasione della recente pronuncia *AMS*³¹, l'esegesi "utile" ha chiarito taluni aspetti della politica sociale letti in combinato disposto con la Carta, segnatamente con il suo art. 27 di tutela del diritto dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti all'informazione e alla consultazione in tempo utile alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni nazionali³². La Corte si è pronunciata sul quesito posto dal giudice francese che chiedeva se l'art. 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14/CE³³, dovesse essere interpretato nel senso che esso possa essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare la norma nazionale di trasposizione della direttiva 2002/14 qualora quest'ultima risultasse incompatibile con il diritto dell'Unione. Il dubbio interpretativo è risolto alla luce di un approccio linguistico-interpretativo abbastanza chiaro e lineare volto a privilegiare l'esegesi funzionale della direttiva 2002/14 e della disposizione della Carta interessata. Pertanto, poiché questa direttiva ha defi-

²⁶ *Ibidem*, punto 120.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*.

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave*; del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*.

²⁹ La Corte ha ritenuto la disciplina interna conforme alle finalità perseguite dalla direttiva 2003/88 ed ha fornito al giudice del rinvio indicazioni dettagliate ai fini dell'interpretazione della normativa nazionale in senso conforme al diritto dell'Unione.

³⁰ V. anche le sentenze della Corte di giustizia del 3 maggio 2012, causa C-337/10, *Neidel*; del 21 giugno 2012, causa C-78/11, *ANGED*.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS)*, punti 24-29 e 42-51. La sentenza riguarda, inoltre, la possibilità che una direttiva soddisfi le condizioni per produrre un effetto diretto e, quindi, che le associazioni di lavoratori possano avvalersene nei confronti dell'*AMS* (punti 30-41).

³² L'art. 27 della Carta: "Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali".

³³ Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

nito la cerchia di persone da prendere in considerazione nel calcolo degli effettivi di un'impresa, gli Stati membri non possono escludere da tale calcolo una determinata categoria di soggetti che inizialmente vi rientravano³⁴. Infatti, una simile normativa nazionale pregiudica l'effetto utile della direttiva 2002/14, in quanto sottrae taluni datori di lavoro agli obblighi previsti dalla stessa e priva i lavoratori dei diritti riconosciuti dall'Unione. Tale disposizione interna manterrebbe la propria contrarietà al diritto dell'Unione anche se ricondotta al margine di discrezionalità di cui gli Stati membri dispongono in materia di politica sociale, dal momento che quest'ultima va esercitata nel rispetto del principio fondamentale e dell'*effet utile* espressi dalla norma europea rilevante nel caso di specie. In altri termini, la Corte si orienta verso la salvaguardia della funzionalità e dell'effetto utile delle norme e delle garanzie predisposte dall'Unione.

Quanto all'art. 27 della Carta, lo scenario interpretativo rimane di tipo teleologico-funzionale, ma perviene ad un risultato del tutto differente, invero coerente con la lettura sistemica della norma stessa. In merito, la Corte ricorda che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione, sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione³⁵. Dunque, poiché la normativa nazionale oggetto del procedimento principale costituisce l'attuazione della direttiva 2002/14, l'art. 27 della Carta si applica al procedimento principale. Tuttavia, dal tenore letterale di quest'ultima disposizione risulta che la norma stessa, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisata mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Ciò significa, seguendo l'esegesi funzionale della Carta e di tale direttiva, che l'art. 27 della Carta non può essere invocato al fine di concludere per la disapplicazione della norma nazionale non conforme alla direttiva, posto che detto articolo non è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale. Tuttavia, l'esegesi funzionale e sistemica del diritto europeo legittima la parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito dalla non corretta trasposizione³⁶.

Preme precisare che il principio in parola avrebbe portato ad un esito differente se il giudice lussemburghese avesse seguito le conclusioni dell'Avvocato generale³⁷, che si era espresso in maniera opposta in ragione dell'interpretazione funzionale del combinato disposto degli articoli 27 e 52, par. 5³⁸ della Carta. In dettaglio, l'Avvocato generale ascrive il contenuto dell'art. 27 della Carta alla categoria dei

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007, causa C-385/05, *Confédération générale du travail e a.*, punto 29 ss.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 19.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich e Bonifaci c. Italia*.

³⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*.

³⁸ Art. 52 "Portata e interpretazione dei diritti e dei principi": "1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà (...) 5. 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

“principi”, i quali richiedono attuazione e concretizzazione da parte del legislatore europeo o nazionale³⁹. L'immediata conseguenza logico-giuridica deriverebbe dall'art. 52, par. 5, secondo cui un “principio” come quello di cui all'art. 27 della Carta, può essere invocato dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti – nazionali o dell'Unione – attuativi e di concretizzazione dei principi stessi. Si tratta di atti di concretizzazione normativa che attribuiscono al principio un contenuto autonomo e traducono lo stesso in un diritto di cui il giudice possa conoscere⁴⁰. Per tale via, si salvaguarderebbe l'*effet utile* tanto dei principi contenuti nella Carta quanto del fine perseguito dall'art. 52, par. 5, vale a dire garantire la tutela, ancorché condizionata, delle disposizioni della Carta che necessitano di mediazione normativa.

Le conclusioni degli Avvocati generali nei due casi esaminati, sebbene non riprese e/o valorizzate dalla Corte, inducono quest'ultima a riflettere sulla portata giuridica vincolante della Carta e, ciò che più rileva, sull'interpretazione funzionale della stessa e dei diritti della persona ivi sanciti. La lettura congiunta delle citate conclusioni dimostra la “sensibilità giuridica” verso le tematiche dei diritti fondamentali che trovano nella Carta e nell'effetto utile del diritto europeo, rispettivamente, il parametro di legittimità e la forma attuativa più efficace. Tuttavia, la Corte non ha colto l'occasione di ampliare le tutele dei singoli mediante un'interpretazione teleologica funzionale e sistemica ispirata all'effettività dell'ordinamento europeo. Ciò nonostante, le due pronunce rimangono emblematiche per gli spunti di riflessione in esse rinvenibili sul tema della tutela dei singoli, come di seguito meglio argomentato in merito a tematiche affini.

3. Più in generale, il principio dell'effetto utile ha dato prova di grande forza ed elasticità, consentendo di rileggere e reinterpretare il diritto dell'Unione pensato per facilitare la circolazione di beni, servizi, capitali o persone. Sotto tale profilo, un esempio significativo è il caso *Zhu e Chen*⁴¹, allorché la Corte, allo scopo di garantire effettività al diritto di ogni cittadino di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, non ha esitato ad interpretare in maniera restrittiva i limiti e le condizioni che possono essere adottati dagli ordinamenti nazionali al riguardo. Conseguentemente, il requisito richiesto per avvalersi del diritto di soggiorno, consistente nella disponibilità di risorse economiche adeguate non deve essere inteso nel senso di consentire allo Stato di pretendere la dimostrazione della provenienza di tali risorse. Ancora, il diritto in parola ha un valore fondamentale

(...). Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti (...).”

³⁹ La disposizione impone ai pubblici poteri di determinare un contenuto oggettivo (l'informazione e la consultazione dei lavoratori) e taluni obiettivi (l'effettività dell'informazione, la rappresentatività in funzione dei livelli, la sufficiente tempestività).

⁴⁰ Ebbene, l'art. 27 della Carta risulta “concretizzato” dall'art. 3, par. 1, della direttiva. Ne segue che l'art. 27 della Carta si applica alla fattispecie di causa e, considerata l'impossibilità di effettuare un'interpretazione conforme del diritto nazionale, va interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che escluda una determinata categoria di lavoratori, di modo che il giudice nazionale può, in forza dell'art. 52, par. 5, della Carta, disapplicare le norme nazionali incompatibili con il diritto dell'Unione.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*.

e va interpretato estensivamente per preservarne l'effettività. Ne deriva che esso si estende agli ascendenti indipendentemente dalla condizione fiscale delle parti coinvolte. È significativo osservare che si è giunti a tale interpretazione giacché si è inteso garantire l'effetto utile della normativa in esame, pregiudicata qualora la scelta esegetica avesse privilegiato il tradizionale filone giurisprudenziale.

Nella medesima ottica innovativa ricade l'uso del principio in esame da parte del giudice dell'Unione al fine di superare la consolidata giurisprudenza europea di esclusione, dal campo di applicazione del diritto europeo, delle "situazioni puramente interne" regolate, pertanto, dai diritti nazionali. Segnatamente, l'interpretazione funzionale e dinamica degli articoli 20 e 21 TFUE, i quali consacrano la nozione di cittadinanza europea e i connessi diritti di circolazione e soggiorno, e, più in generale, del sistema di garanzie predisposto dall'Unione, ha innovato il diritto europeo estendendo i benefici della libertà di circolazione ai cittadini "sedentari" o "statici" vale a dire a coloro che, sebbene titolari del diritto di circolare sul territorio UE, non abbiano mai varcato le frontiere del proprio Stato e la cui disciplina giuridica spetta al legislatore interno⁴². In tale contesto, l'effetto utile è giunto a configurare una nuova condizione giuridica che trascende i limiti applicativi del diritto europeo e la tradizionale visione economico-mercantile del medesimo. Al riguardo, va evidenziato che la medesima esegesi funzionale aveva, in passato, negato ai cittadini nazionali sedentari i benefici derivanti dalla condizione di cittadinanza europea. Il giudice europeo legava il diniego proprio all'interpretazione teleologica e sistemica del diritto primario dell'Unione in ragione della quale la situazione interna risultava priva di qualsiasi collegamento con il diritto dell'Unione né era possibile rinvenirvi un elemento transfrontaliero in grado di attrarre la situazione *de qua* nel campo di applicazione del diritto dell'Unione⁴³. Successivamente, la stessa esegesi funzionale ed evolutiva del diritto dell'Unione ha permesso la nascita di un filone giurisprudenziale maggiormente garantista che conferma l'elasticità, la pragmaticità e la capacità del diritto dell'Unione di adeguarsi ai cambiamenti sociali.

Resta, di fatto, che il Trattato e la Carta medesimi fissano dei limiti all'esercizio della libertà di soggiorno e circolazione, che la Corte non può ignorare e che spiegano talune posizioni di (apparente) chiusura di quest'ultima. Ciò nonostante, in un simile contesto giuridico, il principio dell'effetto utile è in grado di indirizzare il bilanciamento tra gli interessi coinvolti verso una più ampia garanzia dei singoli.

Nella prospettiva indicata, si segnala la pronuncia *Zambrano*, in occasione della quale il principio *de quo* ha operato appieno il *revirement* citato in materia di cittadinanza e libera circolazione delle persone⁴⁴. In tale contesto, l'interpretazione

⁴² Sentenze della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, punti 40-41; *Garcia Avello*, punti 21-22; *Zhu e Chen*, punti 20-25; del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31; del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, punto 82; del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, punto 43.

⁴³ Sentenze della Corte di giustizia del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Singh*; del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*; *Rottmann*.

⁴⁴ Sentenza *Zambrano*, punti 40-45. La vicenda scaturisce dalla richiesta di permesso di soggiorno di lunga durata da parte di un cittadino colombiano genitore di cittadini dell'Unione (Belgio). Il nodo pregiudiziale da sciogliere riguardava la possibilità di un cittadino extracomunitario familiare di un cittadino europeo, di soggiornare nello Stato membro di residenza di quest'ultimo.

sistemica e funzionale degli articoli 20-21 TFUE ha posto l'attenzione sull'effetto utile delle medesime disposizioni, ma, in particolare modo, sugli inaccettabili effetti pregiudizievoli che il rifiuto del permesso di soggiorno e di lavoro avrebbe sui diritti fondamentali e sull'esercizio delle libertà sancite dai Trattati. Il ragionamento rivoluzionario della Corte, spiegato in poche battute ed in termini semplicistici, conclude in maniera rapida che l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione⁴⁵. La linea evolutiva rivela una certa timidezza del giudice dell'Unione ad ammettere che il godimento delle libertà previste dai Trattati richiede necessariamente il previo riconoscimento in capo ai cittadini dell'Unione di diritti fondamentali, e, conseguentemente, a riconoscere che condizioni di vita e/o mere necessità comportano una "fusione" tra le libertà sancite dai Trattati e le garanzie dei singoli, secondo l'interpretazione funzionale e sistemica dell'intero ordinamento dell'Unione.

Diversamente, il giudice lussemburghese avrebbe potuto sfruttare appieno l'esegesi teleologica del diritto europeo ed argomentare che, in ragione della lettura sistemica, funzionale e consequenziale di quest'ultimo, riconoscere il diritto al permesso di soggiorno e di lavoro implica la premessa secondo cui un cittadino dell'Unione ha diritto ad essere trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione, in ragione dei quali il suo *status* di cittadino europeo gli permette di opporsi a qualunque violazione dei diritti di cui gode in quanto persona e a prescindere dal fatto che siano collegati o meno con un'attività economica o con un previo spostamento negli Stati membri. In caso contrario, il medesimo cittadino sarebbe dissuaso dal circolare liberamente nel territorio UE.

Per tale via interpretativa, l'effetto utile avrebbe definitivamente aperto la strada al diritto di soggiorno autonomo, non legato al diritto di circolazione, pienamente conforme alla visione d'insieme del diritto primario europeo. L'analisi dei pregiudizi menzionati risulta ben articolata nelle conclusioni dall'Avvocato generale⁴⁶, che interpreta in maniera non solo teleologica, ma anche funzionale, sistemica e consequenziale gli articoli 20-21 TFUE come l'intero *corpus* normativo dell'Unione con il richiamo ai temi dei diritti economici (nota formula *Dassonville*⁴⁷), all'impatto sui diritti fondamentali tutelati dall'Unione (giurisprudenza *Säger*⁴⁸ e *Kraus*⁴⁹) e alle diverse tipologie di diritti garantiti dai Trattati⁵⁰. Tuttavia, le argomentazioni

⁴⁵ In effetti, negare ad un cittadino di uno Stato terzo il permesso di soggiorno e/o di lavoro nello Stato membro di residenza dei propri figli minori produce un effetto pregiudizievole atteso che, da un lato, i figli, cittadini dell'Unione, saranno costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per seguire i genitori. Dall'altro, parimenti, la persona extracomunitaria (richiedente il permesso di lavoro) non disporrà dei mezzi necessari per far fronte alle esigenze proprie e della sua famiglia, circostanza che porta ugualmente all'abbandono del territorio UE da parte dei figli cittadini dell'Unione. In altri termini, questi ultimi si troverebbero nell'impossibilità di godere realmente dei diritti derivanti dallo *status* di cittadino europeo. Ne segue la possibilità di invocare i diritti derivati dalla cittadinanza dell'Unione semplicemente sulla base del soggiorno in uno Stato membro di cui si è cittadini.

⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre 2010, causa C-34/09.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*.

⁵⁰ Si tratta di taluni diritti dei cittadini dell'Unione che possono essere fatti valere solo in uno

trasversali e “utili” nel senso detto, non hanno trovato accoglimento nella pronuncia della Corte, alla quale sembra essere stata sufficiente un’ esegesi funzionale piuttosto ondivaga per conseguire l’effetto rivoluzionario.

Qualche settimana dopo, la sentenza *McCarthy*⁵¹ rilegge in maniera maggiormente prudente i principi riformatori della pronuncia *Zambrano*, in virtù del fatto che la situazione della ricorrente è puramente interna⁵². L’interpretazione teleologica e sistematica dell’art. 3, n. 1, della direttiva 2004/38/CE⁵³ porta ad escludere l’applicabilità della stessa atteso che tra i destinatari/beneficiari della direttiva compare il cittadino dell’Unione che “si rechi” o soggiorni in uno Stato membro “diverso” da quello di cui ha la cittadinanza. Ancora, il giudice UE, pur ritenendo che la direttiva 2004/38 miri ad agevolare l’esercizio del diritto primario e individuale di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, si sofferma sul suo oggetto circoscritto alle modalità di esercizio di tale diritto. Pertanto, in tale ipotesi, l’esegesi funzionale e finalistica del diritto dell’Unione giustifica la non applicabilità di tale direttiva al cittadino dell’Unione che non abbia mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione, che abbia sempre soggiornato in uno Stato membro del quale possiede la cittadinanza e che possieda, inoltre, la cittadinanza di un altro Stato membro.

Invero, il “gioco esegetico” diventa ancor più sottile e funzionale ad escludere la rilevanza europea della fattispecie in merito all’applicazione degli articoli 20 e 21 TFUE⁵⁴. Il criterio del pregiudizio al godimento effettivo della libertà di circola-

Stato membro diverso da quello di cittadinanza (diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali e del Parlamento europeo), ed altri che possono essere esercitati senza limiti geografici (il diritto di petizione al Parlamento europeo *ex art.* 227 TFUE e il diritto di rivolgersi al Mediatore ai sensi dell’art. 228 TFUE).

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, punti 31-57, in specie punto 50: “Al riguardo si deve rilevare che, contrariamente alla situazione caratterizzante la causa decisa dalla citata sentenza Ruiz Zambrano, la misura nazionale in questione nell’odierna causa principale non ha come conseguenza che la sig.ra McCarthy si vedrà obbligata a lasciare il territorio dell’Unione. Infatti, (...) costei gode, in virtù di un principio di diritto internazionale, di un diritto di soggiorno incondizionato nel Regno Unito, in quanto possiede la cittadinanza di tale paese”. In dottrina: M. BENLOLO CARABOT, *La «jouissance effective de l’essentiel des droits» attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l’Union?*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 443 ss.; L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 433 ss.; V. BOILLET, *La détermination du champ d’application de l’Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice: les implications des arrêts Zambrano et McCarthy*, in *Aktuelle juristische Praxis/Pratique juridique actuelle*, 2012, p. 49 ss.

⁵² La particolarità del caso è che la ricorrente gode di doppia cittadinanza e in ragione della stessa chiede l’applicazione della direttiva 2004/38, pur non avendo mai esercitato la libertà di circolazione.

⁵³ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁵⁴ La Corte osserva che l’interessata dispone della nazionalità di due Paesi membri e che beneficia, pertanto, della qualità di cittadina dell’Unione ai sensi dell’art. 20 TFUE. Tuttavia, nessun elemento della situazione della signora *McCarthy* dimostra che la misura nazionale in questione produca l’effetto di privare costei del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti correlati al suo *status* di cittadina dell’Unione ovvero l’effetto di ostacolare l’esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai sensi dell’art. 21 TFUE.

zione non è più utilizzato per esaminare la compatibilità delle misure nazionali con il Trattato, come nel caso *Zambrano*, ma per delimitare il campo di applicazione della cittadinanza europea a situazioni puramente interne, come accaduto nel caso *Rottmann*⁵⁵, relativo all'ipotesi di revoca della cittadinanza nazionale acquistata in modo fraudolento. Analogamente a quest'ultima pronuncia, la Corte conferma la competenza esclusiva degli Stati membri per definire i criteri di acquisto (e revoca) della cittadinanza nazionale. Tuttavia, osserva che la stessa va esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione e, qualora leda i diritti riconosciuti e tutelati dall'Unione, può essere sottoposta al controllo giurisdizionale alla luce del diritto dell'Unione⁵⁶. Le argomentazioni della Corte non chiariscono, quindi, se la vita coniugale/familiare/parentale integri l'esercizio del diritto di cittadinanza. Al riguardo sarebbe stato sufficiente ricorrere all'esegesi funzionale ed utile delle discipline medesime, e rispondere in maniera positiva al quesito, così da conferire alle norme in esame la massima efficacia ed espressione in relazione agli obiettivi sottesi alla tutela dei singoli. Ancora, sarebbe bastato richiamare la giurisprudenza dell'Unione che, in più occasioni, ha riconosciuto l'importanza di tutela della vita privata dei cittadini, al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dai Trattati⁵⁷.

I casi *Zambrano* e *McCarthy* sono emblematici del carattere mutevole della giurisprudenza dell'Unione che si apre in maniera significativa verso il processo di integrazione europea grazie al ricorso all'interpretazione dinamica del diritto UE e, subito dopo, tempera gli stessi principi rivoluzionari con pronunce improntate alla prudenza. Nel momento storico in cui si scrive, la Corte sembra basarsi sull'interpretazione funzionale dell'art. 20 TFUE e sullo *status* di cittadino dell'Unione, ma non pare essere pronta a fare passi ulteriori verso l'esegesi pienamente teleologica dell'ordinamento europeo che porterebbe alla definizione della cittadinanza dell'Unione al di là della libertà di circolazione e soggiorno, con riferimento *tout court* – ad esempio – al ricongiungimento familiare e/o ai diritti riconosciuti ai singoli dall'Unione oltre quanto stabilito dal diritto nazionale. Al riguardo, gioverebbe richiamare gli articoli 7 e 9 della Carta relativi al rispetto della vita privata e familiare o, ancora, alla tutela della vita familiare ai sensi della CEDU. In altri termini, l'esegesi teleologica dell'intero *corpus* normativo europeo consentirebbe riforme strutturali che, tuttavia, paiono, oggi, volutamente accantonate quasi a temere la portata rivoluzionaria che avrebbero.

Ciò detto, va ricordata in questa sede, qualche debole apertura sul tema della libera circolazione delle persone resa possibile con il ricorso all'interpretazione

⁵⁵ Sentenza *Rottmann*.

⁵⁶ V. anche, sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*. In realtà, applicando la logica del caso *Zambrano*, l'espulsione del coniuge extracomunitario spingerebbe il coniuge cittadino dell'Unione (*McCarthy*) a lasciare il proprio Stato di appartenenza (Regno Unito), per mantenere l'unità familiare.

⁵⁷ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*; del 25 luglio 2002, causa C-459/99, *MRAX*; del 14 aprile 2005, causa C-157/03, *Commissione c. Spagna*; del 29 aprile 2004, cause riunite C-482 e 493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*; del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*; del 27 aprile 2006, causa C-441/02, *Commissione c. Germania*; dell'11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Eind*; del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič*.

funzionale. Così, con la pronuncia *Rahman*, il giudice UE ha sancito che i cittadini dell'Unione beneficiano per se stessi e per i loro familiari del diritto di circolare e di soggiornare nel territorio dell'Unione⁵⁸. La Corte precisa che l'uso dell'indicativo presente "agevola" nell'art. 3, par. 2 della direttiva, pone in capo agli Stati membri un obbligo di concedere un determinato vantaggio, rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi, alle domande inoltrate da persone che hanno un legame familiare con un cittadino dell'Unione (punto 21). In tale contesto, il principio in parola porta il giudice UE ad affermare che, ferma restando la piena discrezionalità dello Stato quanto alla scelta degli elementi da prendere in considerazione, quest'ultimo deve prevedere criteri che siano conformi al significato comune del termine "agevola" e "dei termini relativi alla dipendenza" di cui al citato art. 3, tali da non privare "tale disposizione del suo effetto utile" (punto 24). L'interpretazione operata mediante il principio dell'*effet utile* sopperisce all'assenza di norme più precise nella direttiva e chiarisce l'utilizzo dei termini "conformemente alla sua legislazione nazionale"⁵⁹.

È evidente che la Corte mira a preservare l'effetto utile delle disposizioni che hanno per oggetto la salvaguardia della famiglia e della dignità umana. Del resto, come affermato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni⁶⁰, il diritto al ricongiungimento familiare è concepito come corollario del diritto alla libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, i quali non devono essere dissuasi dall'esercizio del diritto medesimo da ostacoli normativi nazionali. Il diritto al ricongiungimento familiare beneficia, dunque, di una protezione per così dire "di riflesso" che si attiva in maniera indiretta laddove l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione subisce un pregiudizio anche potenziale di qualsiasi genere. Parimenti, la circolazione dei familiari del cittadino dell'Unione trova tutela non solo nel diritto alla libera circolazione ma anche nel diritto alla tutela dell'unità familiare come suggerisce l'interpretazione utile della direttiva in esame. Si tratta, come detto, di un caso in cui il principio dell'effetto utile ha rafforzato l'efficacia e l'effettività della norma ed ha contribuito ad ampliare e garantire i diritti spettanti alla persona e al suo nucleo familiare.

4. L'interpretazione funzionale ha garantito importanti traguardi nell'ambito di un delicato profilo rientrante nella libera circolazione delle persone, vale a dire il rimpatrio degli immigrati irregolari. Si tratta di una questione che investe appieno la tematica dei diritti fondamentali riconosciuti ai singoli e che impone, innanzitutto, la tutela della dignità umana. In merito, l'effetto utile è stato impiegato dalla Corte

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012, causa C-83/11, *Rahman*. Cfr. art. 21 TFUE e direttiva 2004/38. La sentenza ha avuto origine dal quesito pregiudiziale del giudice inglese sulla nozione di nucleo e/o raggruppamento familiare ai sensi della medesima direttiva 2004/38. La Corte distingue tra familiari del cittadino dell'Unione (art. 2, par. 2), che godono del diritto di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante di tale cittadino, e altri familiari (art. 3, par. 2, co. 1, lett. a) il cui ingresso e soggiorno devono unicamente essere agevolati da tale Stato membro.

⁵⁹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld*, punto 56; del 7 settembre 2004, causa C-127/02, *Waddervereniging*, punto 66; del 26 maggio 2011, cause riunite C-165 a 167/09, *Stichting Natuur en Milieu*, punti 100-103. Cfr. M. BENLOLO CARABOT, *Quand le juge «oublie» la citoyenneté de l'Union: place à une marge d'appréciation étatique in(dé)finie*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, p. 691 ss.

⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 27 marzo 2012, causa C-83/11, *Rahman*.

UE per bilanciare la massima efficacia del diritto derivato europeo di disciplina dei rimpatri con la tutela dei diritti delle persone, come avvenuto in occasione della sentenza *Achughbabian*⁶¹, che mira a garantire, nella misura più ampia possibile, l'effetto utile della direttiva “rimpatri” 2008/115/CE⁶². L'esegesi teleologica ha spinto il giudice dell'Unione a dichiarare parzialmente non conforme al diritto europeo la disciplina francese in materia di reato di clandestinità e ad attribuire a se stesso il compito di verificare se la reclusione imposta dalla normativa nazionale nel corso del procedimento di rimpatrio leda il fine “utile” della direttiva⁶³. La risposta pregiudiziale, piuttosto succinta, richiama l'analoga pronuncia *El Dridi*⁶⁴ di qualche mese precedente, ribadendo l'obbligo di rispettare e garantire l'effetto utile della direttiva “rimpatri” in tutti i casi di procedimento per il reato di ingresso e di soggiorno irregolare, così che l'espulsione, conseguente a tale reato, va eseguita in conformità a tale direttiva⁶⁵. A giudizio del giudice UE essa non vieta agli Stati di qualificare come reato il soggiorno irregolare, di prevedere sanzioni penali compresa la detenzione o di trattenere la persona per verificarne la regolarità. Tuttavia, la normativa penale interna non deve compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva o privare quest'ultima del suo effetto utile. Così, adottare ed eseguire una pena detentiva nel corso di una procedura di rimpatrio incide sulla realizzazione dell'obiettivo primario della direttiva, ossia l'allontanamento dei soggetti di cui si accerta l'irregolarità. La *garde à vue* per i *sans papiers* è, quindi,

⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian*. Si tratta del rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice francese nell'ambito di un procedimento di soggiorno irregolare ex art. L. 621-1 Codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo “Ceseda”. A conferma, sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013, causa C-297/12, *Filev e Osmani*. Per un commento si rinvia a: P. DE PASQUALE, *Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell'Unione europea: da El Dridi ad Achughbabian*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 509 ss.; A. LEVADE, *Incompatibilité partielle de la loi française avec la directive “retour”: priorité à l'effet utile!*, in *La semaine juridique. Édition générale*, 2012, p. 377 ss.; F. PICOD, *Sanctions doublement disproportionnées*, in *La semaine du droit International et Européen*, 2012, p. 225 ss.

⁶² Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. La direttiva è qui esaminata in relazione al principio dell'effetto utile. Per altri profili, v., *ex multis*: sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 2009, causa C-357/09, *Kadzoev*.

⁶³ In dottrina: A. CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 1775 ss.; F. PICOD, *Non conformità de la loi française par rapport à la directive «retour»*, in *La Semaine Juridique. Édition générale*, 2011, p. 2527 ss.; R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 73 ss.; P. HENRIOT, *Garde à vue et séjour irrégulier: les enseignements de l'arrêt Achughbabian sont limpides ...*, in *Gazette du Palais*, 2012, 43-45, p. 17 ss.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*. In dottrina: P. DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 927 ss.

⁶⁵ Nel merito, la Corte precisa che la direttiva rimpatri riguarda l'adozione delle decisioni di rimpatrio e la loro esecuzione. In definitiva, la direttiva non osta alla qualificazione del soggiorno irregolare come reato né alla previsione di sanzioni penali per scoraggiare il soggiorno irregolare. Ne segue che la compatibilità con il diritto dell'Unione della detenzione finalizzata a determinare se il soggiorno di un cittadino di Paese terzo sia regolare. L'arresto iniziale delle persone in soggiorno irregolare è, infatti, disciplinato dalla normativa nazionale e gli Stati hanno il dovere di fermare una persona che, altrimenti, potrebbe eludere un eventuale provvedimento di allontanamento.

illegittima laddove ostacola, impedisce o ritarda la procedura di rimpatrio prevista dalla normativa europea come prioritaria.

La sentenza *Achughbabian* aggiunge ai principi sanciti nel caso *El Dridi*, che le norme penali nazionali devono rispettare i diritti fondamentali e, conseguentemente, interpreta in maniera “utile” la direttiva *de qua*, affermando la necessità di un diverso bilanciamento degli interessi in gioco. Così, gli Stati membri sono tenuti a garantire misure di rimpatrio efficaci e, al contempo, ad assicurare che il rimpatrio avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali, in quanto principi generali del diritto dell’Unione ed internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e dei diritti dell’uomo. Come a dire che la tutela dei diritti fondamentali assume carattere strumentale rispetto alla lettura della direttiva sotto la lente del suo effetto utile. Altrimenti detto, tra le esigenze connesse al perseguimento delle finalità della direttiva e il temporaneo sacrificio della libertà personale dello straniero, le prime prevalgono. Emergono, in tale maniera, i limiti e la prudenza della pronuncia in esame la quale, nonostante gli aspetti qui evidenziati, di fatto si concentra sulla necessità di garantire “effetto utile” alla norma europea senza (poter) travalicare le competenze degli Stati in materia di immigrazione irregolare. La Corte interviene sul delicato tema delle tutele degli stranieri ma non anche sui quei profili che rientrano nelle competenze nazionali da esercitarsi, tuttavia, nel rispetto del diritto dell’Unione nonché della CEDU. Ne segue, per il giudice europeo, il divieto, posto proprio dall’interpretazione teleologica, per l’Unione di entrare nel merito della prassi consolidata degli Stati di utilizzare la reclusione come passaggio obbligato nella procedura d’identificazione piuttosto che come strumento investigativo. Ancora, che la criminalizzazione degli stranieri in situazione irregolare non è messa in discussione, se non nella parte in cui essa violi l’effetto utile della direttiva. Conseguentemente, il riferimento al rispetto dei diritti fondamentali, come garantiti dalla CEDU, è accennato nella parte finale della sentenza, come una sorta di *memento* rivolto agli interessati di “cercare” un altro giudice – la Corte EDU – per far valere le loro ragioni⁶⁶, non rilevanti nel contesto del diritto dell’Unione. Si registrano, pertanto, l’atteggiamento timido da parte dell’Unione e la rinuncia ad un’esegesi “utile” e rafforzativa delle garanzie dei singoli. Entrambi riconducibili sia alla competenza della Corte EDU, velatamente riconosciuta. Sia, in particolare modo, al campo giuridico interessato, vale a dire il settore penale sulle cui competenze nazionali la Corte pare non voler interferire in maniera decisa. Ciò nonostante, la normativa in questione e i diritti della persona in gioco, letti congiuntamente alla luce dell’effetto utile e della capacità di quest’ultimo di accrescere la forza e l’efficacia delle norme, come talvolta avvenuto in passato⁶⁷, avrebbero consentito al giudice UE di compiere un passo in avanti verso la garanzia dei diritti fondamentali.

⁶⁶ B. BERTRAND, *La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 845 ss.; P. MENGOZZI, *Complémentarité et coopération entre la cour de justice de l’Union européenne et les juges nationaux en matière de séjour dans l’Union des citoyens d’états tiers*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2013, p. 29 ss.; M. D. POLI, *L’immigrato clandestino: il “Mugnaio di Postdam” dei giorni nostri?*, in *Osservatorio della giurisprudenza*, 2012, 3, p. 1 ss.

⁶⁷ V. *supra*.

Del pari, un avanzamento nella direzione indicata sarebbe stato auspicabile in occasione della pronuncia *Sagor*⁶⁸, che integra la giurisprudenza UE in materia di soggiorno irregolare alla luce dell'effetto utile della direttiva rimpatri, senza tuttavia aggiungere alcun tassello al mosaico della tutela dei diritti dei singoli. In dettaglio, la sentenza ritiene che la normativa dello Stato membro (nel caso di specie, l'Italia) che sanziona il soggiorno irregolare di cittadini di Paesi terzi con una pena pecuniaria sostituibile con la pena dell'espulsione sia compatibile con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con l'effetto utile della direttiva rimpatri. E che, viceversa, conformemente alla giurisprudenza *El Dridi* e *Achughbaban*, è contraria agli obiettivi e all'interpretazione funzionale della medesima direttiva, la normativa nazionale che consente di reprimere il soggiorno irregolare con un obbligo di permanenza domiciliare, senza garantire che l'esecuzione di tale pena debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile il trasferimento fisico dell'interessato fuori di tale Stato membro. Ancora una volta, quindi, il principio dell'effetto utile rende conforme al diritto dell'Unione e agli obiettivi della direttiva rimpatri alcune pratiche degli Stati membri oggettivamente contrarie ai diritti della persona. Basti considerare che lo stato d'indigenza e di penuria in cui versano, normalmente, gli immigrati irregolari, rende di fatto irrealizzabile la scelta tra ammenda ed espulsione. Come a dire che, di fatto, è precluso ai soggetti irregolari la possibilità di "espiare" il reato *de quo* mediante il pagamento dell'ammenda. E che, quindi, nella totalità dei casi lo Stato procede all'espulsione. In definitiva, per superare la linea di prudenza qui tracciata, che, tra l'altro, trova conferme piuttosto recenti nella giurisprudenza⁶⁹, sarebbe sufficiente interpretare in maniera "utile" il secondo 'considerando' della direttiva rimpatri il quale afferma che la suddetta direttiva mira ad attuare un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio fondata su norme comuni, affinché le persone irregolari siano rimpatriate nel rispetto dei diritti della persona e della dignità umana.

5. La giurisprudenza della Corte ha costituito un fattore fondamentale per l'integrazione europea, interpretando il sistema giuridico dell'Unione in maniera teleologica, sistemica e funzionale. Per tale via, il giudice UE ha definito i rapporti tra i diversi livelli ordinamentali, ha affermato la tutela dei diritti a livello europeo e ha segnato il passaggio dalle politiche segnatamente ed esclusivamente economiche a quelle sociali e maggiormente ispirate alla tutela della vita personale dei cittadini dell'Unione. Eppure, negli anni, l'attivismo della Corte nel campo della tutela dei diritti dei singoli, appare "rallentato" e volto a consolidare i risultati raggiunti piuttosto che ad aprire il campo di applicazione del diritto dell'Unione a nuove forme di tutela per i singoli. Ciò non toglie rilevanza agli importanti traguardi (recentemente)

⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*. Cfr. M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Séjour irrégulier d'un ressortissant d'un Etat tiers – Sanctions pénales*, in *L'actualité juridique; droit administrative*, 2013, p. 337 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *La sentenza Sagor: cosa resta del reato di ingresso e soggiorno illegale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, p. 157 ss.; M. CASTELLANETA, *Immigrati irregolari: la pena dell'ammenda non va sostituita con l'arresto domiciliare*, in *Guida al diritto*, 2013, 1, p. 102 ss.; F. GAZIN, *Politique des retours. Plusieurs mesures d'ordre pénal sanctionnant un séjour irrégulier sont appréhendées au regard de la directive retour*, in *Europe*, 2013, 2, p. 29 ss.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2013, causa C-383/13 PPU, *M.G.* e *N.R.*

raggiunti in materia di cittadinanza e di godimento dei diritti dell'Unione, grazie al superamento del previo esercizio della libertà di circolazione (*Zambrano, Grzelczyk*), qualora siano soddisfatte talune condizioni. Da quanto finora argomentato, si evince che in materia di tutela dei diritti fondamentali, l'interpretazione funzionale esprime le sue caratteristiche peculiari, vale a dire la trasversalità e l'elasticità che ne consentono l'applicazione alla generalità del diritto dell'Unione, a prescindere dalla politica europea e/o dal diritto sostanziale in questione. Ancora, essa è in grado di svolgere un ruolo fondamentale pari – almeno – a quello avuto nel processo evolutivo delle originarie Comunità europee⁷⁰, atteso che ad essa il giudice UE fa ricorso per interpretare, valorizzare e realizzare i principi espressi dai Trattati, alla luce non solo degli obiettivi ivi posti, ma anche dell'unicità e dell'organicità del sistema giuridico dell'Unione (diritto primario e derivato). Il principio *de quo* continua, quindi, a mostrarsi funzionale allo sviluppo e al funzionamento dell'Unione, soprattutto nell'attuale fase di affermazione e declinazione delle quattro libertà fondamentali unitamente e congiuntamente ai diritti della persona. Tuttavia, le potenzialità dell'esegesi teleologico-funzionale nell'ambito considerato rimangono inesprese o volutamente frenate e, per l'effetto, incontrano difficoltà a contribuire, in maniera maggiormente fattiva, all'avanzamento dell'Unione verso l'affermazione dei diritti fondamentali della persona.

Del resto, è inverosimile che il giudice dell'Unione dimentichi la cospicua prassi applicativa del principio ed i sorprendenti risultati che lo stesso ha apportato allo sviluppo e all'effettività del diritto primario e derivato dell'Unione. A tale scopo, risulterebbe “utile” e funzionale la lettura teleologica e sistemica non solo del diritto dell'Unione nella sua globalità, ivi inclusa la Carta, che garantisce il rispetto dei diritti sociali, della vita privata e familiare, ma anche della giurisprudenza dell'Unione relativa alla tutela della persona secondo la CEDU. Si auspica, quindi, da parte della Corte di giustizia maggiore consapevolezza della forza e dell'efficacia del principio dell'effetto utile e, conseguentemente, un'attenzione differente in materia di tutela dei diritti dei singoli.

Abstract

The Principle of the *effet utile* and the Individual Rights Protection in the Case-law of the European Union

The present article deals with the so-called “teleological” approach used by the Court of Justice of the European Union. The ECJ combines the teleological interpretation of EU law with a construction of that law grounded on a comparative law method, so that the objectives pursued by the EU are aligned with those set out in member States Constitutions, thereby creating a ‘common constitutional space’. The paper examines the *effet utile* in the case law concerning the individual rights, with specific regard to the free movement of persons.

⁷⁰ Cfr. *supra*.

Giuliano Vosa*

Atti delegati e il sottile crinale tra forma e materia nella sistematica delle fonti europee. Osservazioni sulla sentenza C-427/12 del 18 marzo 2014

SOMMARIO: 1. Introduzione e termini del giudizio. – 2. Le posizioni delle parti in causa. – 3. L'itinerario argomentativo della Corte. – 4. L'incongruenza logico-sistematica nella ricostruzione della delega. – 5. Il “detto” e il “non detto” della sentenza della Corte. – 6. Un ostentato formalismo, maschera di un rapporto fra potere ed individuo ormai privo di certezze. – 7. “Valutazione prognostica”: le aporie di una concezione formalistica del sistema europeo delle fonti del diritto. – 8. L'insostenibile leggerezza dell'essere ... policentrico: le implicazioni di una concezione materiale dei rapporti tra fonti e lo spazio di manovra che la Corte si riserva in vista di una futura, probabile giuridificazione di meta-norme sulle modalità della delega.

1. La controversia (*Commissione c. Consiglio e Parlamento*, causa C-427/12) ha origine dal regolamento (UE) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, volto ad armonizzare talune norme relative alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi e ad attribuire ad un'Agenzia *ad hoc* “funzioni specifiche relative alla valutazione dei principi attivi nonché all'autorizzazione, da parte dell'Unione, di talune categorie di biocidi”.

Il regolamento, adottato con procedura legislativa ordinaria, prevede una delega ad atti esecutivi (art. 291 TFUE) che la Commissione contesta, poiché opina che l'ampiezza e la natura del potere demandato siano tali da necessitare non già una delega ad atti esecutivi, che si reputa strutturalmente, per natura, troppo ristretta, bensì una delega ad atti delegati (*ex art. 290 TFUE*).

Il principio di disciplina emanata dal regolamento in questione prevede due punti fermi. Anzitutto, in generale, enuncia il principio per cui i costi della tutela contro i biocidi siano “a carico di coloro che mettono biocidi a disposizione sul mercato e di coloro che intendono farlo, oltre che di coloro che promuovono l'approva-

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale dell'Università “La Sapienza” di Roma.

zione di principi attivi”. A tale scopo, onde si evitino distorsioni del mercato interno, “è opportuno stabilire taluni principi comuni applicabili sia alle tariffe da pagare all’Agenzia sia alle autorità competenti degli Stati membri, compresa la necessità di tener conto, se del caso, delle esigenze specifiche delle piccole e medie imprese (PMI)”. Si prevede allora il pagamento di una tariffa all’Agenzia per il suo intervento in ciascuna delle procedure relative all’approvazione di un principio attivo ed al rinnovo di una tale approvazione, nonché di autorizzazione da parte dell’Unione di biocidi e di rinnovo della stessa, ed ancora per la determinazione di un’equivalenza tecnica dei principi attivi. Specificamente, la clausola di delega (di cui all’art. 80 del regolamento, intitolato “Tariffe e oneri”) dispone che la Commissione adotti un regolamento di esecuzione secondo la procedura di esame (ulteriormente specificata all’art. 82, co. 3) e fissa alcune indicazioni quanto al contenuto materiale di tale regolamento. In primo luogo, l’oggetto: esso deve contenere “le tariffe spettanti all’Agenzia, compresa una tariffa annuale per i prodotti cui è stata rilasciata un’autorizzazione dell’Unione (...) e una tariffa per le domande di reciproco riconoscimento (...)”; le norme che definiscono le condizioni per le tariffe ridotte, gli esoneri dal pagamento della tariffa e il rimborso a favore del membro del comitato dei biocidi che funge da relatore; le condizioni di pagamento. Ne delimita altresì l’ambito applicativo: “[t]ale regolamento di esecuzione (...) si applica solo riguardo alle tariffe pagate all’Agenzia”. Detta infine talune disposizioni che puntualizzano ulteriori caratteristiche che il regolamento di esecuzione deve possedere: sia in generale “[l]e tariffe spettanti all’Agenzia sono fissate a un livello che permette di assicurare che gli introiti che ne derivano, cumulati con le altre fonti di entrate dell’Agenzia in conformità del presente regolamento, siano sufficienti a coprire i costi dei servizi prestati (...) e sono pubblicate dall’Agenzia”, sia per quel che concerne l’intervento nella riscossione degli Stati; detta infine taluni principi che devono essere rispettati sia dal regolamento di esecuzione a livello europeo, sia da parte degli Stati stessi. In conformità a tali principi, le tariffe tengono conto delle modalità di invio delle relative informazioni, dei termini e delle esigenze specifiche delle PMI, fra cui la possibilità di dilazionare i pagamenti in più rate e in più periodi; sono fissate a un livello pari e non superiore alla copertura dei costi dei servizi prestati e può prevedersene una deroga anche parziale in circostanze debitamente giustificate.

2. La Commissione ritiene che, avuto riguardo al contenuto materiale della clausola esecutiva, la natura del potere ad essa demandato sia tale da far sì che il relativo atto abbia ad iscriversi nella sfera degli atti delegati, *ex art.* 290 TFUE, e non già in quella degli atti esecutivi, di cui all’art. 291 TFUE, al quale invece è stato ricondotto. In base al primo, infatti, alla Commissione sono delegati poteri “quasi-legislativi” tali da costituire modificazione o integrazione dell’atto di base; il secondo, invece, affida alla Commissione poteri meramente esecutivi, per i quali l’alveo di discrezionalità – e di relativa responsabilità – ad essa riconducibile è più ristretto.

A sostegno, la Commissione esamina la normativa dell’atto di base, evidenziando i punti che corrispondono, a suo avviso, ad altrettanti momenti di esercizio di potere discrezionale nello sviluppo dei principi previsti. Si serve allo scopo di indici testuali, come le locuzioni “in linea di massima” e “se del caso” con riferimento

alle indicazioni di principio contenute nell'atto di base, ovvero la non tassatività dei criteri di eccezione al pagamento delle tariffe. Al contrario, Parlamento e Consiglio sostengono che il livello di definizione della fattispecie cui perviene l'atto legislativo sia sufficientemente alto da permettere di attribuire alla Commissione un potere di mera esecuzione.

La questione è evidentemente complessa e si ricollega alla diatriba interistituzionale sul concetto di essenzialità, che aveva trovato in sede giudiziale una recente sistemazione¹. La Commissione argomenta che “la scelta operata dal legislatore dell'Unione di attribuire alla Commissione il potere di adottare un atto delegato o un atto di esecuzione dovrebbe essere fondata su elementi oggettivi e chiari che possano essere oggetto di sindacato giurisdizionale”. Torna subito alla mente, nelle parole della Commissione, il concetto di essenzialità, quale tratteggiato dalla Corte nel 2012 al margine fra atto delegante ed atto delegato; anche in quel caso, con identiche parole, il giudice di Lussemburgo aveva battezzato la necessità di indicatori affidabili per discernere il confine tra l'una e l'altra fattispecie in maniera “oggettiva”².

Provando a srotolare il filo logico intessuto dalla Corte, la Commissione propugna la teoria della “oggettività” del confine tra atti di base ed atti delegati e la estende al versante dei rapporti fra atti delegati ed atti esecutivi. Se i “nuovi elementi essenziali” – come individuati dalla Corte a margine tra atto di base ed atto esecutivo prima di Lisbona – che costituiscono il *proprium* dell'atto legislativo possono essere identificati “oggettivamente”, potrebbe argomentarsi che l'attitudine a modificare ed integrare l'atto con elementi che non siano nuovi ed essenziali sia anch'essa discernibile in via di principio e in astratto, con una valutazione antecedente all'emanazione stessa dell'atto delegato. Allora, potrebbe dedursi che i medesimi indizi della “oggettiva” presenza di elementi essenziali di una data normativa possano adoperarsi per qualificare, già sulla base dell'atto di delega, la natura del potere che con tale atto ci si accinge a delegare.

Se così fosse, la tassonomia degli atti sub-legislativi si modellerebbe in due partizioni – indicate rispettivamente dalle locuzioni “modificazione ed integrazione” ed “esecuzione” dell'atto di base – secondo confini astrattamente prevedibili al punto da esser sanzionabili in via di diritto, tali cioè da poter distinguere “in via oggettiva”

¹ Nella sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, su cui si perdoni il rinvio a G. VOSA, “Elementi essenziali” nella delega di potere legislativo: riflessioni sull'evoluzione del sistema delle fonti nel diritto dell'Unione, in *Rassegna parlamentare*, 2013, p. 683 ss. Un approfondito commento della sentenza è in M. CHAMON, *How the Concept of Essential Elements Continues to Elude the Court*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 849 ss., in part. p. 854 ss. In merito al difficoltoso riassetto degli equilibri istituzionali successivi al Trattato di Lisbona, cfr. E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 9 ss., in part. pp. 14-16; con specifico riferimento agli atti derivati (delegati ed esecutivi) v. Z. XHAFERRI, *Delegated Acts, Implementing Acts and Institutional Balance: Implications post-Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 557 ss., in part. p. 570 ss.

² “(...) nell'accertare quali siano gli elementi di una materia che devono essere qualificati come essenziali non ci si deve basare sulla sola valutazione del legislatore dell'Unione, bensì su elementi oggettivi che possano essere sottoposti a sindacato giurisdizionale”. Così la sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, C-355/10, punto 67.

il campo d'azione proprio degli atti delegati da quello proprio degli atti esecutivi. In tal modo, sarebbe quindi possibile connotare *ex se* ed indipendentemente dal contenuto dell'atto delegato il potere attribuito alla Commissione per mezzo dell'art. 290 TFUE (che per espressa definizione del par. 2 conosce il solo limite della "essenzialità") distinguendolo da quello accordatole a norma dell'art. 291 TFUE, che consisterebbe meramente "nel dare effetto alle regole già previste nell'atto di base".

Da questa prospettiva, lecita se ci si attiene ad un'interpretazione *prima facie* delle formulazioni adoperate dalla Corte nella sua più recente giurisprudenza, è giusto dedurre – come in effetti fa la Commissione – che "da un lato, (...) gli ambiti di applicazione rispettivi degli articoli 290 TFUE e 291 TFUE sono diversi e si escludono reciprocamente. Dall'altro, tenuto conto del tenore stesso di tali articoli, l'unico criterio decisivo che consente di tracciare la distinzione tra un atto delegato e un atto di esecuzione riguarderebbe la natura e l'oggetto dei poteri conferiti alla Commissione". Trattasi peraltro di affermazione coerente con quanto dalla stessa formulato in una comunicazione del 2009³: "La Commissione è del parere che per stabilire se una misura 'integri' l'atto di base, il legislatore dovrebbe valutare se il futuro provvedimento aggiunga in concreto nuove norme non essenziali che modificano il quadro dell'atto legislativo, lasciando alla Commissione un margine di valutazione. In caso affermativo, sarebbe possibile considerare che la misura 'integri' l'atto di base. Viceversa, misure che si propongano meramente di dare applicazione a norme esistenti dell'atto di base non dovrebbero potersi assimilare a misure integrative".

Pertanto, sebbene tocchi al legislatore fissare i criteri di delega, nondimeno vi sono talune caratteristiche – "oggettivamente" riscontrabili nella normativa di delega e dunque passibili di esser proiettate, in via preventiva, sulla futura normativa delegata – che definiscono l'ampiezza dell'intervento regolativo cui è autorizzata la Commissione, consentendo di discernere *ex ante* il perimetro della discrezionalità concessa e dunque la natura stessa degli atti che essa si accinge ad emanare.

È questa, in sostanza, la tesi sostenuta dalla Commissione; cui la Corte, nel disattenderla, oppone una linea di ragionamento che pare a tratti involuta, come ripiegandosi su se stessa pur di non pervenire a conclusioni che sarebbero forse, *sub specie* generali, dirompendi sotto il profilo teorico, non meno che sconvenienti sotto l'aspetto pratico.

3. Nel ricostruire la nozione di atti esecutivi, la Corte apre con due affermazioni non scontate. Asserisce infatti – punto 31 – che la nozione di atti esecutivi non riceve nei Trattati una definizione, ma una indicazione teleologica (la necessità di predisporre condizioni uniformi di esecuzione di un certo atto); parimenti, segnala un'interdipendenza fra la nozione di atti esecutivi e quella di atti delegati⁴.

La combinazione di queste due affermazioni vale a riconoscere la linea di continuità che lega il regime precedente alle riforme di Lisbona e quello successivo. Apre

³ Si tratta della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 9 dicembre 2009, Attuazione dell'articolo 290 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, COM(2009)673 def.

⁴ "Infine, la nozione di atto di esecuzione ai sensi dell'articolo 291 TFUE deve essere valutata rispetto a quella di atto delegato, come risulta dall'articolo 290 TFUE", punto 35.

la porta, dunque, all'argomento storico non meno che all'argomento sistematico e a quello finalistico⁵; orientandosi verso una concezione materiale della delega, secondo la quale l'istituto sorge in virtù di un accordo formatosi, di volta in volta, fra i soggetti della fase legislativa, che fissano le norme per regolare in un secondo momento quei conflitti che non ritengono di poter definire già in prima battuta.

Rammenta allora la Corte che il titolo di competenza previsto all'art. 202, terzo trattino, TCE, forniva la base giuridica tanto per l'esecuzione in senso stretto, quanto per la "competenza ad adottare atti normativi che integrano o modificano elementi non essenziali di un atto legislativo"⁶. L'esigenza di una partizione all'interno degli atti emanati in forza di una *secondary legal basis*, o base giuridica derivata, scolpita in un atto fondato sul Trattato e modellata in origine dall'autorità che tale atto aveva la competenza ad emanare, si è affermata solo successivamente. Menzionando la Convenzione sul futuro dell'Europa ed il progetto di Trattato costituzionale, la Corte rende ossequio ad un cammino profondo, che ripercorre le linee del diritto costituzionale comparato e si trasfonde, per osmosi culturale, nel processo costituente europeo, in forza di quella circolarità virtuosa che sin da subito la Corte aveva avuto modo di porre alla radice dell'istituto. Le virtualità che s'innestano fra l'uno e l'altro richiamo compongono un corposo flusso interpretativo, puntellando il richiamo agli argomenti sopra menzionati⁷.

Tenendo conto del dato storico-comparatistico e di quello sistematico-teleologico, pur senza entrare nel merito né dell'uno né dell'altro, il giudice europeo ne deriva semplicemente che, in coerenza con il percorso evolutivo dell'istituto, è in fase legislativa che sorge, nell'*an* e nel *quomodo*, la delegazione medesima. Così, nel passaggio centrale della sua argomentazione, la Corte ha buon gioco a dire che "il legislatore dell'Unione, quando decide di attribuire alla Commissione un potere delegato ai sensi dell'articolo 290, paragrafo 1, TFUE o un potere di esecuzione ai sensi dell'articolo 291, paragrafo 2, TFUE, dispone di un potere discrezionale".

Nella scelta tra atti delegati ed atti esecutivi, dunque, è più ampio lo spazio di manovra per l'accordo raggiunto in sede legislativa, poiché il limite degli elementi essenziali – che delimita il confine della delegazione verso l'empireo "riservato" alla legislazione, e che pure la Corte ritiene "oggettivamente" ricostruibile – non

⁵ Sulla natura funzionale del "sistema degli strumenti giuridici" del diritto europeo, già con riferimento al mai nato Trattato Costituzionale, cfr. K. LENAERTS, M. DESOMER, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, in *European Law Journal*, 2005, p. 748; *amplius*, con riferimento all'ordine post-Lisbona, R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 293 ss., ove si segnala che la "duplice articolazione del diritto derivato" ha il "fine di introdurre formalmente un criterio gerarchico nel sistema delle fonti" (p. 296; cfr. anche pp. 307-310). Sul punto, altresì, J. BAST, *New Categories of Acts after the Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 885 ss., in part. pp. 887-890; P. CRAIG, *Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation*, in *European Law Review*, 2011, p. 671 ss., in part. p. 675.

⁶ Sentenza Commissione c. Consiglio e Parlamento, C-427/12, punto 36.

⁷ Sull'opportunità, anzi necessità di ricorrere al metodo della comparazione nell'edificazione di un diritto costituzionale comune europeo v., *ex plurimis*, P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 199 ss., in part. p. 240 ss.

vale parimenti ad assicurare una riserva di competenza “verso il basso”, tale da proteggere l’area degli atti delegati dall’apprezzamento del legislatore, là dove questi volesse comprimere l’alveo discrezionale della Commissione⁸.

Posto il principio, la Corte mostra però di condividere appieno l’approccio della Commissione, là dove essa ravvisi la possibilità di operare una valutazione prognostica, in astratto e prima dell’emanazione dell’atto delegato, con riferimento alla qualificazione del potere come “delegato” ex art. 290 TFUE ovvero “esecutivo” a tenore dell’art. 291 TFUE.

La Corte afferma inoltre: “(...) Di conseguenza, il sindacato giurisdizionale si limita agli errori manifesti di valutazione in merito alla questione se il legislatore abbia potuto ragionevolmente ritenere, da un lato, che il quadro giuridico che esso ha istituito (...) richieda soltanto, ai fini della sua attuazione, di essere precisato, senza dover essere integrato o modificato da elementi non essenziali e, dall’altro, che le disposizioni (...) [legislative] richiedano condizioni uniformi di esecuzione”. Una formulazione alquanto criptica, cui nondimeno la Corte dà immediato seguito. Si cimenta infatti nella relativa dimostrazione, invero assai sbrigativa, ravvisando nel merito – a seguito di un’analisi delle disposizioni dell’atto – che non v’è manifesta irragionevolezza nelle scelte compiute in sede legislativa.

In conclusione, secondo la Corte, poiché *dominus* della fase di delega (anzi delle fasi di delega, entrambe aventi natura eventuale) il legislatore può di fatto ritagliare a suo piacimento l’area d’intervento della Commissione, con il solo limite, da un lato, degli elementi essenziali e, dall’altro, della non manifesta irragionevolezza, così come sopra evocata, di un siffatto conferimento.

4. Benché a prima vista solida e compatta, l’argomentazione della Corte nasconde un fitto sottobosco, che custodisce i nodi più delicati del rapporto fra potere ed individuo nello spazio pubblico europeo.

Si noti dappprincipio che la linea argomentativa della Commissione trova, come si è detto prima, una sua ragion d’essere nella precedente giurisprudenza, ove è radicata l’idea che il confine tra discrezionalità dell’autorità legislativa e delimita-

⁸ La Corte chiarisce che non si dà, nell’ordinamento integrato europeo, una riserva di atto esecutivo oggettivamente delineabile. A disegnarla, in effetti, ci si muoverebbe sulla traiettoria del formalismo giuridico nella definizione della tassonomia delle fonti; ripercorrendo, per certi versi, la dicotomia fra legge e regolamento nelle costituzioni liberali, fondata ora sulla legittimazione prioritaria della normazione governativa – che relegava alle materie strettamente incisive della sfera privata, *Eigentum und Freiheit* secondo l’elaborazione germanica, la competenza della legislazione adottata con l’assenso del Parlamento – ora alla costruzione di un elenco di materie separatamente riservate alla legge ovvero al regolamento, come più prossimo alla tradizione giuridica francese. Il punto meriterebbe ben altro approfondimento; si vedano in generale A. VON BOGDANDY, J. BAST, F. ARNDT, *Legal Instruments in the European Union and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 91 ss.; R. SCHÜTZE, *Delegated Legislation in the (New) European Union: A Constitutional Analysis*, in *The Modern Law*, 2011, p. 661 ss., in part. pp. 663 ss. e 682 ss., per la comparazione col sistema americano, nonché H. HOFMANN, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, in *European Law Journal*, 2011, p. 482 ss., in part. pp. 488-489. Sul punto, con riferimento alla combinazione di strumenti democratici rappresentativi e partecipativi disegnata nei Trattati, ex multis cfr. J. MENDES, *Delegated and Implementing Rule Making: Proceduralisation and Constitutional Design*, in *European Law Journal*, 2013, p. 22 ss., in partic. p. 29 e nota 43.

zione di un campo d'azione di pertinenza del legislatore sia presidiato da elementi oggettivi, tali appunto "da essere sottoposti a sindacato giurisdizionale". Se allora vi sono elementi oggettivi che indicano quali sono gli elementi essenziali di una certa normativa, è possibile, da quegli stessi elementi, calcolare il raggio d'azione che un atto assegna alla Commissione. Quindi, può dirsi in anticipo se la delega posta da un certo atto rientri nelle definizioni riconducibili all'art. 290 ovvero all'art. 291 TFUE, proprio attraverso quella "valutazione prognostica" che la Commissione medesima, nella menzionata comunicazione del 2009, affermava potersi adoperare a strumento di misurazione del campo degli atti delegati.

Se si tengono a mente queste considerazioni, il ragionamento della Corte mostra una contraddizione abbastanza netta. Da un lato infatti la Corte mostra di sposare la concezione materiale dell'istituto, là dove ne ricostruisce, seppur brevemente, le linee evolutive con riferimento agli antecedenti fondati sull'art. 202, terzo trattino, TCE. Dall'altro, invece, risolve il caso secondo un metodo formalistico, non riconoscendo la possibilità di prevedere *ex ante* il campo d'azione che un singolo atto riserva alla Commissione; come se le norme sulla normazione, pur conferendo al legislatore un'ampia discrezionalità, si collocassero comunque ad un livello diverso e formalmente superiore rispetto a quello della contrattazione sul merito dell'atto in questione.

Di qui la scomposizione in due parti del passaggio chiave dell'argomentazione: la prima, accertamente radicata dalla Corte nell'evoluzione dell'istituto, per cui la delega si costituisce con riferimento alla disciplina concreta della materia; la seconda, strettamente formale, per la quale la delega genera da un atto espressione della volontà del legislatore, ma nasce da questi definita nei suoi confini da normative preconfezionate, sicché esiste la possibilità di un'analisi a priori dell'ambito di azione che tale atto prevede.

La tesi che si vuole qui sostenere è che: 1) il criterio formale e quello materiale si escluderebbero reciprocamente sotto il profilo logico e storico-sistematico, poiché discendono da concezioni opposte della produzione giuridica, l'una orientata in senso monistico, l'altra strutturalmente aperta al policentrismo; 2) tale aporia nella ricostruzione operata dalla Corte, se da un lato le consente di tenere aperta la porta ad uno scrutinio formale in vista di una probabile giuridificazione di criteri discretivi empirici fra delegazione ed esecuzione, dall'altro rende ragione della difficoltà del guado in cui si trova l'istituto della delega e con esso l'intera architettura dei rapporti fra potere e individuo che si odono ribollire nel "fuori scena" del sistema delle fonti.

5. Così raffigurato, il sistema delle fonti che a prima lettura si delinea appare afflitto da un certo strabismo. L'argomentazione della sentenza in commento si ripiega su se stessa, articolandosi in guisa dapprima materiale, poi formale. Se la si raffronta alla sentenza resa nella causa C-355/10, inoltre, i dubbi aumentano: nulla è detto con riferimento alla diversa struttura dei due giudizi, là dove nel primo caso oggetto di sindacato è un atto esecutivo, mentre nel secondo un atto di base. Né la Corte argomenta sui motivi della diversità di trattamento, che pure traspare, tra il criterio identificativo del confine tra atto legislativo ed atti delegati-esecutivi (o, se si preferisce, derivati, poiché fondati su basi giuridiche derivate) e quello

che segna il passo tra queste due fattispecie. Dei due, infatti, il primo, non già compiutamente rimesso alla volontà del legislatore ma oggettivamente verificabile mediante sindacato giudiziale, si deduce dall'analisi dell'atto di base e dell'atto derivato; il secondo, rimesso invece ad una più piena discrezionalità del legislatore, pare – almeno in sede di giudizio sull'atto di base – censurabile solo per manifesta irragionevolezza.

Sui pur numerosi interrogativi che si destano a prima lettura, la sentenza resa nella causa C-427/12 si mantiene silenziosa. Soccorrerebbe all'uopo il supporto argomentativo apprestato dall'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, il quale però non nasconde un approccio *minimal*, per non dire timido, al tema dei rapporti fra atti giuridici europei. Apprendo con un elogio inconsueto dell'interpretazione testuale (punto 21; ma cfr. anche punti 44 ss.) in cui sembra volerne sminuire la portata innovativa, denunciando il “troppo rumore” generato dalla loro introduzione nell'ordinamento dell'Unione, l'Avvocato generale assimila gli atti delegati alla delegificazione (*de-legalisation; deslegalización*)⁹.

Una citazione però che l'Avvocato stesso tende a sminuire nella sua forza evocativa, là dove ripete che non occorre soffermarsi sulla questione relativa alla gerar-

⁹ Non è di secondaria importanza il fatto che l'Avvocato generale scelga di menzionare (nota 18, punto 41) un'opera di un autore spagnolo abbastanza risalente (I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 226-228; riferendosi peraltro alla prima edizione – mentre è in commercio l'undicesima, stampata nel settembre 2008). A scorrere l'opera ivi menzionata, appare che l'A. si rifaccia ad una tassonomia schiettamente positivista, che in più punti esprime il suo debito alle teorie gradualiste di stampo kelseniano (si veda, ad es., per l'ultima ed., pp. 19 ss. e 22 ss.). Sul crinale tra forma e sostanza, in effetti, l'ordinamento spagnolo mostra una peculiarità rispetto ad altre esperienze giuridiche. Sebbene infatti la Costituzione del 1978 abbia introdotto una tassonomia formalmente gerarchica fra gli atti giuridici, resta assai incisiva l'eredità della dottrina precedente in tema di normazione di matrice governativa, quale sistematizzata nell'opera di E. GARCÍA DE ENTERRÍA (di cui si veda in part. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, III ed. 1998, rist. 2006, in part. p. 101 ss.). Tale impostazione, mossa dall'intento – com'è evidente, di politica costituzionale – di garantire la possibilità di un ricorso giurisdizionale avverso gli atti normativi del governo franchista, si affaccia ad una concezione materiale dei rapporti tra fonti e non ha mancato di evidenziare problemi di adattamento al regime costituzionale, suscitando non pochi dubbi circa la titolarità ed i limiti di un sindacato giurisdizionale sui *decretos legislativos* di cui all'art. 82 Cost. Sul tema, cfr. ad es. l'ampio studio di più AA., *La Constitución y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979, ove, *ex multis*, E. ANGULO, *Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978*, I, p. 185 ss.; C. J. PALOMERO, *La Constitución española y el control de la legislación delegada*, II, p. 688 ss.; R. NUÑEZ VILLAVEIRÁN, *Delegaciones y autorizaciones legislativas en la Constitución*, III, p. 1521 ss. Cfr. altresì, negli anni successivi, J. JIMENEZ CAMPO, *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, in *Revista de Derecho Político*, 1981, p. 77 ss.; E. VIRGALA FORURIA, *La jurisprudencia y los decretos legislativos: una permanente cerimonia de la confusión*, in *Estudios de derecho público: homenaje a Juan José Rico Ruiz*, Madrid, 1997, I, p. 281 ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Los decretos legislativos. Naturaleza y clases*, in *Derecho Constitucional*, 1999, p. 156 ss. Peraltro, la concezione della *deslegalización* come fenomeno in base al quale una legge è capace di operare una “degradación de rango al servicio de una delegación normativa” (A. ROIG, *La Deslegalización: orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España*, Madrid, 2003, p. 172 ss.) non appare invero pacifica, stante la difficoltà teorica di giustificare un simile “congelamento de rango” (*ivi*, p. 167 ss.) da parte di una fonte equi-ordinata in un sistema di gerarchia formale. Non a caso, si ammette pacificamente che tale ricostruzione affonda le sue radici nell'esperienza pre-costituzionale, come dimostrano le numerose pronunce del *Consejo de Estado* (*ex multis*, cfr. pareri del 14 luglio 1960 e del 25 marzo 1971, entrambi in *op. ult. cit.*, pp. 175 ss. e 182 ss.).

chia tra atti giuridici europei al fine di decidere sulla questione¹⁰. Ciò nondimeno, il parere è affastellato di varie osservazioni, in apparenza frammentarie eppure mai casuali, che non senza sforzo consentono di ricostruire lo scenario che ospita l'argomentazione ivi disegnata e quindi di delineare l'orizzonte di senso entro cui si muovono i collegamenti che essa opera.

Balza all'occhio l'ambivalenza del richiamo al principio delle competenze attribuite a fondamento della delega di poteri. Nell'interpretare la tassonomia delle fonti di diritto dell'Unione alla luce della (mera) distribuzione di competenze, come sembra suggerire l'Avvocato generale, il tributo alla sovranità politica degli Stati è metafora del rispetto per le tradizioni giuridiche ereditate, là dove si studia di ripercorrere fedelmente la traiettoria di quelle concezioni costituzionali che negli Stati stessi, per la parte preponderante, hanno visto sorgere la propria fortuna.

Così, nelle parole dell'Avvocato generale, il principio delle competenze enumerate Stati-Unione s'informa per un verso all'evoluzione storica della delega, seguendo il filo dell'assegnazione di facoltà normative a un'autorità sovranazionale e dell'esigenza di controllarne l'esercizio; per altro verso, si innesta in quel filone che associa la tutela delle identità statali all'ossequio verso le strutture che storicamente ne hanno retto il funzionamento, le cui radici affondano nella dogmatica del diritto costituzionale statale.

Benché poco illuminanti, a dir il vero, ai fini della motivazione concreta, le conclusioni dell'Avvocato generale gettano una luce decisiva sulla comprensione delle dinamiche di fondo che ne agitano lo svolgimento. Effettivamente, come individuata dall'Avvocato generale, la tassonomia degli atti giuridici – e in specie l'apertura alla nozione di delegificazione per interpretare la categoria degli atti delegati – funzionerebbe solo se volesse ritrovare nelle relazioni fra atti legislativi, delegati ed esecutivi le tracce di una gerarchia formalmente ordinata, di tal guisa che possano disporsi secondo un ordito preconfezionato, integralmente deducibile dall'atto di base.

È noto invece che una simile ricostruzione possiede deboli addentellati nella prassi comunitaria e ancor più fragili appigli nell'evoluzione dell'istituto. Non è infatti ravvisabile una compiuta gerarchia formale tra gli atti dell'Unione, fondati sul principio delle competenze attribuite e sedimentatisi in sistema con lo scorrere del traffico giuridico, piuttosto che per iniziale atto d'imperio "costituente" in cui possa riconoscersi il vertice di un'ipotetica ricostruzione gradualista.

Sia l'Avvocato che la Corte, volontariamente, glissano sul punto, limitandosi – la sentenza – a richiamare la Convenzione e ad agganciare gli atti delegati allo sviluppo dell'istituto della delega esecutiva. Un passaggio assai evocativo; più per quello che lascia sottinteso, invero, che per quello che esplicitamente afferma.

Ciò che la Corte lascia sottinteso, infatti, è il tema della progressiva corrispondenza tra essenzialità del contenuto normativo di un atto giuridico europeo e rap-

¹⁰ Si veda il punto 56: "Le parti nel presente procedimento hanno situato il principio di gerarchia nel terreno di scontro della controversia in esame, dibattendo, in definitiva, sulla questione se esista un rapporto gerarchico tra gli atti legislativi e gli atti delegati o tra questi ultimi e gli atti di esecuzione. Vi sarebbe certamente molto da dire al riguardo, ma risulta tuttavia più discutibile se sia strettamente necessario entrare in tale dibattito al fine di rispondere, con la dovuta astrattezza, al ricorso della Commissione". Cfr. anche *infra*, nel testo.

presentatività delle singole sedi decisionali cui è conferito il potere di deliberare in ordine a tale contenuto. Tema, questo, che emerge con chiarezza ad un'osservazione dell'istituto in chiave storica¹¹. Perché la Corte lo lasci nell'ombra, tenendolo ben celato nella sfera dei sottintesi, è questione che attiene per un verso a motivi di “politica istituzionale”, per altro alla carica eversiva che innescherebbe con riferimento all'architettura costituzionale degli Stati membri, in particolare di alcuni di essi, e dei relativi istituti che nel corso degli anni vi hanno dato concretizzazione.

Eppure, l'allineamento fra essenzialità e rappresentatività è una costante che si delinea lungo tutto l'arco evolutivo dell'istituto della delega, con speciale riferimento agli ultimi trent'anni, segnati dall'ingresso del Parlamento europeo sulla scena dei soggetti della normazione. Appare infatti che la “rappresentatività” si sia voluta declinare nel paradigma della rappresentanza parlamentare; con speciale riguardo, almeno inizialmente, al ruolo del Parlamento europeo, se è vero che è andata ascrivendosi ad esso una facoltà d'incidenza via via più intensa ed intensamente formalizzata.

Tale percorso è venuto ad emanciparsi da una costola della comitologia; differenziandosi, dall'alveo applicativo della procedura di regolamentazione *tout court*, un ambito riservato alla procedura di regolamentazione per l'esecuzione degli atti in codecisione. Per tali atti, al Parlamento era riconosciuto il diritto di essere “pienamente informato” e di esprimere entro un certo termine un parere motivato sull'eventuale eccesso di delega. Successivamente, con l'introduzione della procedura di regolamentazione con controllo, l'esecuzione di tutti gli atti adottati in codecisione prevedeva un *droit de regard* per il Parlamento medesimo¹².

Sostrato teorico di una simile evoluzione è l'interpretazione dell'art. 155, terzo trattino, TCEE – e poi dell'art. 202 TCE – come esemplificativo di una lettura evolutiva della nozione di legislatore, testualmente riferita al (solo) Consiglio e poi intesa – segno di un progressivo allargamento della sfera pubblica – con riguardo al binomio Consiglio-Parlamento europeo, “co-legislatori” a mente dell'art. 189b TCE (dopo il Trattato di Maastricht¹³). È questo il punto di svolta per l'ampliamento del novero dei soggetti decisionali, fino a configurare non già un “legislatore” in senso (quasi) tradizionale, monolitico, ma una “fase legislativa” composta di più

¹¹ Per un'analisi della progressiva evoluzione della delega verso un modello orientato in senso di una maggior rappresentatività da ricollegare alla fonte “superiore”, K. LENAERTS, M. DESOMER, *op. cit.*, p. 749; J. BAST, *op. cit.*, p. 890 ss.; sull'esigenza che un simile processo di “parlamentarizzazione” sia portato avanti in maniera sistematica v., *ex multis*, D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *The Modern Law Review*, 2014, in part. p. 12 ss. (ruolo del Consiglio europeo) e p. 23 ss. (per l'evoluzione di “oversight parliamentary practices”).

¹² Doverosa la segnalazione, fra gli studi sull'evoluzione della delega, di talune opere rilevanti. Con riferimento ai primi anni, G. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità Europee: la questione della “comitologia”*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, p. 655 ss. Cfr. inoltre, il più recente M. L. TUFANO, *La comitologia e le misure di esecuzione degli atti e delle politiche comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 149 ss. Ulteriori approfondimenti della giurisprudenza in A. TÜRK, *The Development of Case Law in the Area of Comitology*, in T. CHRISTIANSEN, J. M. OETTEL, B. VACCARI (eds.), *21st Century Comitology: Implementing Committees in the Enlarged European Union*, Maastricht, 2009, p. 71 ss., e K. St. C. BRADLEY, *Comitology and the Court: Tales of the Unexpected*, in H. HOFMANN, A. TÜRK (eds.), *EU Administrative Governance*, Cheltenham, 2006, p. 417 ss.

¹³ Cfr. K. St. C. BRADLEY, *op. cit.*, pp. 419-420.

soggetti, identificata da sue regole d'ingaggio ed inquadrabile nelle dinamiche del ciclo normativo.

Si noti però che il tema della rappresentatività della decisione, all'interno della pronuncia in commento, non compare mai. Non compare nelle conclusioni dell'Avvocato generale, né tanto meno tra le deduzioni della Commissione; e neppure – forse ancor più sorprendentemente – nell'itinerario argomentativo della Corte.

6. Stretto fra l'una e l'altra considerazione, ovvero tra l'attaccamento alla stretta rilevanza del caso quale espressione di competenze enumerate ed il timore di lanciarsi in dissertazioni impegnative, nonché poco rispettose dell'armamentario concettuale del diritto statale, l'Avvocato generale, nel tentativo di fornire alla Corte motivazioni giuridiche supplementari, poco o punto arrischia, limitandosi a “consigliare” un atteggiamento improntato al *self-restraint*: la difficoltà di muoversi fra paradigmi concettuali diversi emerge chiara fra le sfumature “admittely general and largely abstract”¹⁴ con cui le conclusioni vorrebbero connotare il margine fra atti delegati ed atti esecutivi.

Si veda, al riguardo (punto 68), la succinta, reiterata notazione relativa alla non necessità di trascendere in disquisizioni di carattere generale, stavolta a riguardo della “zona grigia” fra atti delegati ed atti esecutivi. L'Avvocato generale ne denuncia la dipendenza dalle “preconcezioni che entrambe le parti hanno dei due tipi di strumenti” e in ultima istanza dal ruolo che la Corte di giustizia assume con riguardo al confine tra l'una e l'altra¹⁵. Si apre qui uno spiraglio, formulato in stile *minimal* ma non privo di forza, sulla “apertura” della sfera pubblica. Se ne arguisce infatti il riconoscimento della *judicialization* in cui essa incorre, consentendo ad un soggetto terzo di decidere sull'applicazione di accordi inizialmente sorti come *inter partes*, ad essi così conferendo *status* di diritto e valenza “pubblica”. Una simile considerazione, alla luce del richiamo all'evoluzione storica della delega compiuto in apertura, avrebbe potuto indirizzare la decisione verso un sostrato motivazionale più circostanziato e forse più rispondente allo scenario in cui s'inscrive; nondimeno, simili virtualità si bilanciano con la rotazione centripeta impressa dall'omaggio al formalismo del diritto costituzionale nazionale.

Potrebbe allora dirsi che, nell'analisi tracciata dall'Avvocato generale, tale osservazione appare – si perdoni la citazione – una pallida “alba konigsbergica”, poiché subito temperata dalla distinzione (più tradizionalmente legata al diritto costituzionale statale) fra “aspetto tecnico” e “politico” relativamente alle “politiche fondamentali” che formano il contenuto degli atti giuridici europei e potrebbero prestarsi a scandire il limite alla possibilità di sindacato giudiziale delle scelte legislative.

Dopo aver valorizzato il profilo “pragmatico”, “materiale” dell'intervento giudiziale quale criterio per la distinzione predetta, così come per quella fra atti di

¹⁴ Così, testualmente, al punto 79 delle conclusioni.

¹⁵ Nel mettere in luce la labilità e soggettività di tale confine, P. CRAIG, *op. cit.*, p. 673, è parimenti caustico: “Take 20 experts. Ask each independently to consider whether a secondary measure should be adjudged to ‘supplement’ the basic act by the addition of ‘new’ non-essential elements so as to require recourse to art. 290 TFUE (...). The ‘legal’ mind is infinitely ingenious and some ‘solution’ may therefore be proffered. I will not attempt to predict the unpredictable”.

base ed atti derivati, il parere si attorciglia fra il dover essere “pronto ad accettare che il sindacato della Corte sia limitato, quanto alla frontiera tra essenziale e non essenziale” e il tentativo di individuare, citando la memoria del Governo francese, elementi “substantive (in any event, not essential)” – ovvero, come “si avventura a definirli”, “incidental” – che parrebbero doversi considerare “oggettivamente” propri degli atti delegati, costituendo parametro per l’individuazione “oggettiva” di un’area ad essi propria.

Rispetto a tali elementi “sostantivi”, però, il discrimine “is not situated on a continuum in the same way as the one we first mentioned, since different functionalities are involved”. Nell’oscurità del passaggio, brilla per la sua assenza la menzione della densità regolativa del contenuto dell’atto di base: un concetto, forse, troppo legato ad una concezione materiale dei rapporti fra fonti per un’analisi “oggettiva”. Tale densità, in effetti, è grandezza relazionale, bisognosa di un raffronto con la normativa derivata, restando altrimenti preclusa una sua valutazione in astratto. Spicca altresì il ricorso al termine “functionalities”, quasi una voluta storpiatura, per evocare il concetto senza pretesa di esattezza, della separazione dei poteri. Inoltre, è incerto se il *continuum* riguardi la linea “atti delegati-atti legislativi” ovvero quella “atti delegati-atti esecutivi”. Ad ogni modo, l’Avvocato generale ne nega l’esistenza; dunque dovrebbe ritenersi che tutti e tre i tipi di atti, in qualche modo, si collochino fra di loro in una linea di discontinuità. Con ciò, si badi bene, dando ancora una volta ragione alla Commissione, che ne aveva configurato il reciproco atteggiarsi a mo’ di compartimenti stagni, sicché l’una categoria escludesse “oggettivamente” l’altra.

“Pragmaticamente”, insomma, l’Avvocato generale non può che ripetere: “[h] owever, in this case too, the possibilities for review of any choice made by the legislature when faced with these alternatives are limited”.

Senza più approfondire e tralasciando ogni considerazione in merito al contenuto dell’atto, allora, l’Avvocato generale indica quale (unico) campo d’analisi l’indagine sul “come” il legislatore ha “amministrato” la scelta fra l’una e l’altra fattispecie¹⁶, raccomandando un metodo teleologico e sistematico e di fatto suggerendo alla Corte, mercé un’apparente svalutazione del criterio discrezionale che aveva d’inizio, seppur timidamente, introdotto (la distinzione “politica-tecnica”, là dove attribuisce anche alla fase delegata una natura *lato sensu* politica) una estrema cautela nell’articolare il proprio giudizio.

Dal canto suo, anche la Commissione preferisce non argomentare in senso sostanziale. Avrebbe potuto rivendicare con forza la violazione delle sue prerogative che deriverebbe dalla scelta dell’art. 291 TFUE piuttosto che del 290, con riguardo al margine di discrezionalità nella determinazione materiale del contenuto dell’atto, che le verrebbe precluso; avrebbe potuto sostenere che una simile decisione inficerebbe il principio di equilibrio istituzionale, caso per caso scaturente dall’interazione dei soggetti della nomopoiesi. Ha invece impostato il ricorso sul mero parametro oggettivo, con l’apparente intenzione di seguire la linea che la Corte aveva in precedenza dettato per l’individuazione degli elementi essenziali non delegabili di un atto legislativo. Ha dunque giocato le proprie carte sulla naturale, intrinseca diversità del

¹⁶ Cfr. punti 72-74.

potere attribuitole in sede delegata rispetto a quello che le verrebbe conferito in sede esecutiva, quale traspare da indici oggettivamente riscontrabili.

Né la Corte ha sviluppato il punto, che pure avrebbe consentito una motivazione assai più solida della decisione. Ben avrebbe potuto esplicitamente affermare, la Corte, che la discrezionalità del legislatore nel delimitare il raggio d'azione della Commissione – quale proclamata a chiare lettere nella pronuncia – ha alla base la superiore legittimazione che deriva alla sede legislativa dalla partecipazione degli organi fondati sul principio elettorale, considerato ora in via diretta ed in senso sovranazionale – per il Parlamento – ora in via indiretta ed in senso locale, per il Consiglio, i cui componenti si appoggiano all'autorevolezza dei rispettivi Parlamenti nazionali. La Commissione, che nella procedura legislativa ordinaria occupa una posizione abbastanza laterale, si colloca invece al centro delle fasi di esecuzione; di tal guisa che spetta al legislatore determinare il se ed il come della fase esecutiva e la portata dei vincoli imposti alla Commissione medesima, inclusa la scelta della procedura. In tal modo, la Corte avrebbe potuto trarre le dovute conseguenze dall'*exordium* di carattere storico-sistematico, valorizzando la natura materiale delle norme sulla normazione ed il loro progressivo sedimentarsi in base ad un processo di giuridificazione.

Viceversa, i giudici di Lussemburgo si mantengono all'interno di uno scenario puramente formale, il cui apogeo è l'enunciazione del limite della non manifesta irragionevolezza della scelta tra gli articoli 290 e 291 TFUE al confine della sindacabilità giudiziale della legittimità dell'operato del legislatore. Si osservi infatti più da vicino cosa esattamente si intende per “scelta manifestamente irragionevole”: la considerazione che “il quadro giuridico che esso ha istituito richieda soltanto, ai fini della sua attuazione, di essere precisato, senza dover essere integrato o modificato da elementi non essenziali”. Cioè, appunto, una valutazione “oggettiva” sulla natura del potere che il legislatore ha demandato alla Commissione; la quale ha una volta di più ragione nel metodo ma torto nel merito, poiché i giudici ne condividono l'*iter* argomentativo ma ritengono di non poter procedere che a un sindacato assai blando, per motivi che non si curano di precisare ulteriormente e che restano – senz'altra specificazione, a questo punto – tutti interni, anch'essi, alla “discrezionalità” del legislatore.

A rileggerne i motivi, lo stridio fra le succitate posizioni della Commissione, dal tono oggettivista, e la pronuncia che – pur non rinnegandone il senso – le dà torto, sembra riecheggiare ancor più forte; eppure la Corte, pur non astenendosi dallo svolgere materialmente i suoi precetti, mantiene nell'ombra gli estremi di un ragionamento alquanto complesso, che si richiama al paradigma dell'eccesso di delega anticipandone, singolarmente, gli elementi.

Corollario dell'affermazione che si legge è infatti quel che segue: solo nel caso di eccessiva distanza – intesa come continuità logica nell'interpretazione di enunciati linguistici – fra atto di base e (successivo) atto derivato, il giudice può sanzionare la manifesta irragionevolezza del legislatore annullando l'atto derivato; che risulterebbe viziato, per l'appunto, da eccesso di delega. Si avverte, nelle parole della Corte, la tendenza ad evocare i precedenti in materia di *ultra vires*¹⁷; ciò che

¹⁷ Per i quali, valgano le citazioni in merito alla giurisprudenza sull'esecuzione, in nota, *supra*. In

però rende peculiare un simile passaggio è la caratteristica più evidente del caso di specie, opposto a quello tipico dell'eccesso di delega, che presenta una pronuncia sull'atto derivato e non sull'atto di base. Oggetto del contendere, infatti, è qui un atto di base; l'atto derivato non è stato ancora emanato.

Nel giudizio della Corte, insomma, elementi tipici di un sindacato formale s'innestano in un quadro dominato dalla materialità delle norme sulla normazione, che determinano relazioni di carattere sostanziale tra le fonti del diritto, fondate sul nesso essenzialità-rappresentatività.

Per non rinnegare completamente il modello di sindacato formale, la Corte si fa carico di un giudizio prognostico assai complicato: quello sull'astratta idoneità di una delega ad essere sviluppata con atti che ne rappresentano (rappresenteranno) "mera esecuzione" ovvero "integrazione-modificazione". Ostentando *self-restraint*, paradossalmente riprendendo il modello del sindacato su atti derivati, la Corte paga dazio ad un formalismo impacciato e pretende di misurare in via prognostica la distanza tra atto di base e successivo atto derivato (che non c'è) concludendo per la non manifesta irragionevolezza della stessa; che è come dire concludendo per la mancata prova della (futura) insussistenza di una continuità logica tale da dover assumere che l'atto di base non possa validamente costituire principio di disciplina per una sua mera esecuzione.

Una *probatio* diabolica, come si intuisce, di fatto impossibile.

7. Nonostante il tentativo della Corte, il ragionamento seguito non va esente da contraddizioni. È difatti abbastanza palese che il giudizio prognostico nei termini di cui sopra possa risultare materialmente sballato: non vi è, infatti, un dato oggettivo e preesistente rispetto alla venuta ad esistenza della disciplina materiale, su cui tale giudizio possa articolarsi. La delega, come la Corte ha ammesso nella precedente pronuncia, ove essa stessa si fa carico di superare l'asfittica lettera dell'*exordium*, risulta dalla combinazione dell'accordo in fase legislativa e di quello in fase derivata. Accordo che però, nel caso di specie, materialmente non c'è; e non si vede come potrebbe essere altrimenti, giacché la fase derivata è ancora di là da venire. Non è possibile dunque conoscere in anticipo come si svilupperà la delega. Se tale giudizio prognostico potesse invece effettivamente darsi, delimitando *ex ante* i rapporti tra fonti – come pure la Corte mostra di credere, poiché ne avvia lo svolgimento, pur decidendo in senso contrario – avrebbe ragione la Commissione: vi sarebbero infatti delle categorie a priori, definibili in termini oggettivi, entro le quali potrebbero astrattamente incasellarsi gli atti legislativi, delegati ed esecutivi, in maniera prevedibile e sindacabile nel merito in via giurisdizionale.

La Corte non nega che tale giudizio possa effettivamente sussistere, ma lo mantiene su di un piano astratto ed ipotetico, di fatto denunciandone l'impossibilità e conclude per il proprio difetto di potere giurisdizionale oltre le colonne d'Ercole della (non) manifesta irragionevolezza. In tal modo, non esclude il sindacato anticipato sull'atto delegante, ma concede di fatto al legislatore il più ampio margine

tema di *ultra vires actions*, un'ampia analisi, con riferimento peraltro alle relazioni fra fonti nel diritto dell'Unione, è in P. CRAIG, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 395 ss., in part. p. 427.

di manovra. Si mantiene così, facendo sfoggio di *self-restraint*, sul piano dell'argomentazione tipicamente formalistica; pagando il prezzo di una scarna, per non dire insufficiente, densità motivazionale a suffragio della propria decisione.

È del resto il concetto stesso di “valutazione prognostica” che si presta ad una duplice interpretazione, cui si ricollegano due concezioni ben diverse dell'istituto. Al disvelarsi dell'equivoco, allora, appaiono più chiari i limiti del ragionamento seguito dalla Corte e la difficoltà teorica di conciliare, malgrado gli sforzi, il modello formalistico e quello materiale nei rapporti tra fonti.

Vero è che tanto la comunicazione del 2009 quanto la posizione della Commissione nel caso di specie riconoscono la spettanza “al legislatore, e a lui solo” della fissazione di tali criteri; traspare però la difficoltà di scindere il profilo formale dei criteri di delega da quello materiale della loro densità precettiva, determinata dalla qualità e quantità dell'accordo raggiunto in sede legislativa rispetto a quello (che si raggiungerà) in sede derivata. Se si sposa la tesi della natura materiale delle norme sulla normazione, si deduce che il grado di discrezionalità materialmente esercitato nella fase derivata non è predeterminabile, ma dipende proprio dall'interpretazione che della normativa di base si esercita in sede derivata: i soggetti che a quest'ultima partecipano, secondo le finalità che ivi si dispiegano, forniscono una lettura propria ed “originale” della normativa di base e da tale lettura muovono per l'attuazione degli obiettivi ivi concordati.

È vero allora che al legislatore spetta la prima definizione dell'ambito delle norme di delega; ma è in fase delegata che tali norme rivelano il loro sostanziale contenuto precettivo, a fronte delle infinite virtualità interpretative che astrattamente potrebbero dispiegare, del tutto imprevedibili per il legislatore stesso.

Se si ammette l'esistenza di un criterio tassonomico di tipo materiale nella sistematica delle fonti europee, infatti, si deve parimenti ammettere che la *potestas* del legislatore dell'Unione si fonda sulla sua superiore rappresentatività; non già da un'attribuzione formale *à la manière* del diritto costituzionale statale, sicché la Corte debba arrestarsi dinanzi alla sua “discrezionalità” poiché non legittimata che ad una (mera) interpretazione del precetto legislativo. In tal caso, coerentemente, occorre reimpostare l'equivalenza fra grado di dettaglio della norma di base e limite alla potenzialità normative dell'atto derivato. Difatti, in tale prospettiva, la comune asserzione per cui più si addentrano nel dettaglio regolativo i soggetti della fase legislativa, più ristretto è il margine di manovra per la fase delegata, è affetta da artificioso schematismo. Di riflesso, invece, tale margine potrebbe risultare insospettabilmente ampio là dove la Commissione riesca, in un ipotetico giudizio sull'eccesso di delega che verta sull'atto derivato, sulla base dei dati testuali offerti dalla relazione tra i due atti, ad argomentare circa il mancato superamento, da parte di una normativa emanata, dei limiti da esso imposti. In tale ottica, dunque, la nozione di “principio” emerge solo *per relationem* rispetto ad un “dettaglio”; poiché è il dettaglio, frutto di attività nomopoietica ascrivibile ad una fase diversa da quella legislativa, a palesare le virtualità applicative del principio e quindi le sue potenzialità espressive nell'universo giuridico.

Ove si propendesse per una simile ricostruzione, dovrebbero allora rivedersi i termini che, forse per semplicità didascalica, ovvero per deformazione abitudinaria, si sono adoperati nella descrizione dell'istituto della delega, in diritto costituzionale nazionale, così come, per induzione, nel diritto costituzionale dell'Unione.

Occorre, ad esempio, fare la tara ad espressioni come “margine di manovra”, “ampiezza” (o viceversa restrizione) e sinonimi che descrivono la delega a guisa di un recinto, veicolandone un’associazione mentale ad uno spazio fisico e quindi commensurabile, come per tutte le grandezze fisiche. Simili espressioni si rivelano fuorvianti: poiché il rapporto che s’instaura fra delega e atto delegato è di natura puramente concettuale, mal prestandosi ad una raffigurazione materializzata, se si vuole alquanto rozza. Ancora: “valutazione prognostica” appare inesatto se si riconosce al legislatore facoltà di pervenire ad una (prima) determinazione dell’ambito della delega. In tal caso, è impossibile dire in anticipo dove si “ubicano” i confini di una delega in base ad un’analisi del livello di dettaglio delle regolazioni che contiene. Infatti, anche là dove una normativa fosse definita nei punti più minuziosi da parte del delegante, il delegato potrebbe ancora emanare un atto derivato che affronti altri aspetti non pronosticati ed argomentare che tale atto si colloca in continuità logica e giuridica con la delega, non risultando dunque eccedere dal perimetro (ecco un’altra espressione fuorviante) da essa imposto. L’oggetto dell’attività del “valutare”, allora, appare carente: non c’è un dato anteriore alla determinazione legislativa che segni il confine tra l’una e l’altra delle fattispecie previste dal Trattato. Se così fosse, prevarrebbe l’ottica formalistica: vi sarebbe la possibilità di prevedere astrattamente l’ambito in cui va ad incasellarsi l’attività del legislatore, “misurandolo” su parametri esterni e preesistenti a tale attività. Tale determinazione, invece, “costituisce” una realtà giuridica che non esiste prima di essa: non già – come avverrebbe per un oggetto ad essa esterno – la descrive, o ne è descritta. In sede legislativa non si dà adito ad alcuna valutazione: si decide, nel merito come sulla normativa da applicarsi nella fase derivata. Essa scaturisce dallo stesso negoziato che conduce all’approvazione dell’atto legislativo; quel che i co-legislatori non hanno ritenuto di disciplinare in sede legislativa, lo “delegano” alla fase successiva, ove, mediante l’integrazione-esecuzione dell’atto – volutamente adoperati, l’uno e l’altro termine, in modo promiscuo, poiché non potrebbe darsene, separatamente, una qualificazione *ex ante* – sotto l’egida della Commissione si materializza concretamente l’area operativa della delega. Non di valutazione si tratterebbe, ma di attività creatrice, di prima, materiale costruzione del campo d’azione della fase delegata; un campo che andrà materialmente a riempirsi soltanto ad avvenuto esercizio del potere delegato stesso, sul quale l’ulteriore valutazione, quella sì, spetterà alla Commissione, *domina* delle fasi derivate.

Se si segue questa argomentazione, allora, la “valutazione prognostica” di cui parla la Commissione nella comunicazione, riproponendola nella memoria depositata in giudizio e raccogliendo, benché smentita nel merito, il *placet* della Corte, semplicemente non può avvenire: la qualificazione del potere delegato semplicemente è priva di oggetto, poiché ancora deve scaturire dall’ordinato gioco interistituzionale che corrisponde alla fase di delega. Fuor di metafora: finché non si sa dove andrà a parare l’atto delegato – e si può saperlo soltanto dopo che sia stato emanato – non si conoscono i limiti dell’atto delegante, che spetta proprio all’atto delegato concretizzare e scolpire in concreto. Ogni giudizio *ex ante* è pertanto impossibile e parimenti impossibile è il suo scrutinio giurisdizionale: non a causa dell’obbligo di *self-restraint* da parte del giudice verso le determinazioni del legislatore, ma proprio perché la delega stessa non è ancora venuta ad esistenza, non potendosi dunque riferire alcunché ad un qualcosa che non fa ancora parte dell’universo dei fenomeni giuridici.

L'orizzonte di senso in cui si muove il sindacato formale rivela in questo passaggio la sua tendenza alla svalutazione della capacità nomopoietica dei centri di produzione giuridica diversi dal legislatore; pretendendo di dettarsi fino in fondo le regole per la loro attività, se ne infirma la capacità creativa, come a disconoscere l'esistenza di fini ad essi propri e la loro legittimazione a perseguirli. Una cornice, come facilmente può rivelarsi, assai familiare a quella entro cui si muove il diritto costituzionale statale; nel corso dei decenni, anch'esso alle prese con la paradossale necessità di ampliare le maglie della produzione giuridica senza poter riconoscere ai nuovi centri così battezzati alcuna capacità nomopoietica, pena la svalutazione della centralità del potere da cui lo Stato medesimo derivava la sua autorità.

Di contro, in un sistema policentrico, l'attività creativa proveniente dai decisori dislocati, legittimati in ragione della rispettiva rappresentatività, investe tanto il merito delle singole discipline, quanto le stesse norme sulla normazione. Se tali norme appaiono infatti preesistenti alla delega, l'interpretazione che di esse si fornisce muta ad ogni passaggio interistituzionale in ragione degli argomenti addotti da ciascuno dei soggetti coinvolti, anche al di là del diritto scritto; come del resto si palesa al confronto fra il dettato dell'art. 290 TFUE e il contenuto dell'intesa comune sugli atti delegati, successivamente ratificata, che in taluni punti – ad onta del valore giuridico formalmente inferiore – apertamente “disapplica” il Trattato medesimo¹⁸.

Nel caso di specie si rivela una sottile incoerenza intrinseca alle argomentazioni addotte, che tradisce una sorta di “riserva mentale” in qualche modo condivisa dalla Commissione, dalla Corte e dall'Avvocato generale. Se infatti le qualità dell'atto delegato devono “ricostruirsi” da parte del legislatore con una valutazione prognostica, secondo la raffinata formula che riassume gli intendimenti della Commissione, pare di cogliere una sottile sfumatura nell'uso del termine “valutazione”, che in misura impercettibile ma non priva di risultati sposta l'orizzonte di senso dell'interprete verso un'attività di verifica di un parametro già dato; come se i confini tra l'una e l'altra fattispecie fossero prefissati ed oggettivamente discernibili, di tal guisa che al legislatore spetti l'onere di considerarne, appunto “valutarne” i rispettivi limiti. Vero è che in fase legislativa vi è campo libero nel definire il raggio d'azione della delega; ma, se si muove da una concezione materiale della delega nel diritto dell'Unione, è impossibile definirne a priori l'estensione, poiché essa si gioca tutta sulla qualità regolativa della fase delegata.

In coerenza con i presupposti da cui muove, la Corte avrebbe dovuto allora rigettare la questione, poiché materialmente incoerente con la natura stessa (non del solo potere delegato ma) del medesimo fenomeno della produzione giuridica in un ordinamento policentrico.

¹⁸ Secondo l'art. 290 TFUE, par. 1, l'atto legislativo determina fra l'altro la “durata” della delega. Di contro, l'intesa comune tra Parlamento, Consiglio e Commissione sugli atti delegati (approvata il 3 marzo dalla Conferenza dei Presidenti del Parlamento europeo, al capo IV, punto 8 ss.), menziona esplicitamente la possibilità di una delega indeterminata, ovvero tacitamente rinnovata. Previsione, questa, stigmatizzata peraltro da una relazione informativa interna al Comitato economico e sociale, CESE 248/2013 – INT/656, approvata il 19 settembre 2013, *Better Regulation: Implementing Acts and Delegated Acts*, in part. Parte D, p. 7 ss.

8. Alla luce di una simile contraddizione, allora, occorre interrogarsi sulla motivazione per la quale la Corte ha preferito restare sul piano dello stretto sindacato formale. Se la Commissione ha seguito l'impostazione adottata dalla Corte nella sentenza resa nella causa C-355/10, negandosi alla difesa materiale delle proprie prerogative e rinunciando al richiamo all'equilibrio istituzionale, la Corte, pur con qualche imbarazzo, ha conservato l'approccio della precedente giurisprudenza, mantenendo nell'ombra i meccanismi che mescolano forma e sostanza nell'evoluzione dei rapporti tra fonti. Se la prima parte dell'iter argomentativo dispiegato affonda le proprie radici nella ricostruzione storica della delega di poteri nella Comunità europea, come succintamente ma evocativamente richiamato dalla Corte stessa, occorre rintracciare le origini della seconda, per poterne confrontare le ragioni ispiratrici e verificarne le virtualità applicative.

È qui che viene autenticamente in rilievo la *ratio decidendi* che la Corte ha mostrato di voler definire in continuità con l'ultima sentenza in tema di elementi essenziali della delega, la menzionata C-355/10. Si è detto che nella ricostruzione ivi operata la nozione di essenzialità veniva ricollegata ad "elementi oggettivi" ricavabili dall'atto e tali da consentirne l'identificazione in via giurisdizionale. Da un simile assunto avrebbe potuto derivarsi la qualificazione in via oggettiva della "natura" del potere esercitato nell'emanazione di tali elementi, sì da distinguersi – con un'analisi testuale dell'atto – quali competenze fossero espressione di potestà legislativa e quali invece, poiché maggiormente "di dettaglio", potessero ritenersi espressione di una potestà normativa di carattere quasi-legislativo (tale da dar luogo ad atti delegati) ovvero meramente esecutivo, inscrivendosi nell'area delimitata dall'art. 291 TFUE.

Tale concezione però conduce ad una contraddizione con le proprie premesse: nell'esercizio del proprio sindacato il giudice dovrebbe considerare *pre-empted* taluni settori di competenza in quanto destinati all'atto legislativo, ovvero delegato, o ancora esecutivo. Si istituirebbe allora una relazione alquanto statica tra le fonti del diritto, regolata in base all'esame prognostico del grado di dettaglio punto per punto raggiunto dall'atto legislativo; o se si preferisce, parafrasando la Corte, mediante la "valutazione in merito alla questione se il legislatore abbia potuto ragionevolmente ritenere, da un lato, che il quadro giuridico che esso ha istituito (...) richieda soltanto, ai fini della sua attuazione, di essere precisato, senza dover essere integrato o modificato da elementi non essenziali e, dall'altro, che le disposizioni (...) [legislative] richiedano condizioni uniformi di esecuzione". Una simile valutazione però sembra, per l'appunto, estranea al sindacato giudiziale; operata dal legislatore, non offre alcun parametro contrapposto a quello fornito in fase legislativa per poterne sanzionare un esito diverso.

Appare allora che la ricostruzione in esame si rifaccia ad un universo giuridico che poco o punto s'allinea col diritto europeo: quello contraddistinto dal monismo della produzione giuridica, che si traduce nella subordinazione di ogni centro di potere diverso da quello su cui si fonda la legittimità dell'ordinamento e quindi la svalutazione della valenza nomopoietica di ogni fase del processo decisionale che non corrisponda all'esercizio di quel potere. Ragionando in via generale con le categorie del diritto costituzionale degli Stati, che si è storicamente strutturato secondo una tassonomia ispirata al monismo nella produzione giuridica, l'equivalenza tra

legge e diritto impedisce che all'esecutivo, così come al giudiziario, autenticamente si ascriva una porzione della produzione giuridica.

Analogo ragionamento è qui sottinteso, nascosto nell'orizzonte di senso dell'interprete, là dove, pur rifacendosi ad una concezione materiale della delega, la Corte ammette potersi ricostruire in via deduttiva, formale ed astratta la qualità del potere delegato; implicitamente disconoscendosi, per le fasi successive, la libertà di interpretare liberamente i principi e criteri sanciti dall'autorità legislativa, ossia, semplicemente, negando in radice la valenza nomopoietica della fase delegata medesima.

Non stupisce che la Corte, nel configurare un tale tipo di sindacato, si sia arrestata alle prime battute, malgrado gli argomenti con cui prova a motivarne l'effettivo svolgimento. In effetti, il parametro richiamato dalla Corte a limite del suo scrutinio, ovvero la "non manifesta irragionevolezza", appare, ad un esame meno superficiale, evanescente; modellato sull'armamentario concettuale tipico del diritto costituzionale statale, là dove s'inerpica sul crinale scosceso dei limiti alla "sovranità" del legislatore, si rivela abbastanza vacuo ove trapiantato nell'universo policentrico del diritto europeo. Non può sapere la Corte cosa conterrà l'atto delegato, né quali norme s'inventeranno i partecipanti alla fase esecutiva; pretendere di poter prevedere tutti i possibili significati normativi riconducibili ad un atto esecutivo non ancora esistente significa negare in ipotesi la facoltà, per la fase di esecuzione e per i soggetti che vi agiscono, di creare diritto.

Vi è nondimeno una possibile ricaduta benefica dell'atteggiamento ambiguo tenuto dalla Corte. Così facendo, infatti, i giudici di Lussemburgo anticipano gli effetti di una successiva giuridificazione di parametri oggettivi a cavallo tra delegazione ed esecuzione. In sostanza: è verosimile che, nella prassi, emergano in un prossimo futuro delle regole non scritte, per le quali, ad esempio, taluni tipi di tabella o allegato in determinate materie siano considerati, di per se stessi, appartenenti al novero degli atti delegati o a quello degli atti esecutivi. Non avendo escluso la possibilità di un sindacato astratto, allora, il massimo giudice dell'Unione si è riservato la possibilità di facilitare il percorso di giuridificazione di tali parametri, che consoliderebbero in norma sulla normazione dall'alveo magmatico degli elementi essenziali. Là dove infatti queste prassi dovessero intensificarsi, potrebbe configurarsi una pronuncia volta a sancirne la natura giuridica, prodromica, nel caso, alla loro formulazione in strumenti giuridici meglio compiuti.

Abstract

Delegated Acts: A Thin Line between Form and Substance in the Classification of European Legal Acts. Reflections on the Judgment of 18 March 2014, Case C-427/12

In the aftermath of the Lisbon Treaty, the ‘newly’ fashioned system of EU legal acts proves to be consistent with a process of ongoing de-formalisation in the relations among sources of law, involving Union Law as well as, to a limited extent, national laws. Particularly, the first ECJ ruling on delegated acts and on the relations between Arts. 290 and 291 TFEU reveals an ambiguous approach to the matter, in so far as a formal evaluation of the basic acts on the ground of objective elements provided for in Art. 290 is held theoretically possible, though decided in the negative. On a political-institutional level, the Court avoids declining the power to directly review a basic act, in case new elements of juridification arise in the future (i.e. specific ‘types’ of delegation fall within the scope of Art. 290 TFEU). From the constitutional law viewpoint, the Court seeks to reconcile the effects of a non-formal perspective – apparently, the most proper to a poly-centric system of norms-building – with a cautious tribute to the formal approach to the hierarchy of laws; a form of ‘respect’ that is owed to the Member States’ authority and relates to both their constitutional traditions and to the structure of their legitimate power.



Recensioni

Antonio Tizzano (a cura di)

Trattati dell'Unione europea

Milano, Giuffrè, 2014, II ed., pp. XXXIV-2674



Publicata a dieci anni di distanza dalla prima, questa seconda edizione del commentario ai Trattati dell'Unione europea mantiene inalterati i caratteri e i pregi dell'opera originaria, offrendo, per altro verso, un quadro estremamente aggiornato del diritto primario dell'Unione.

L'aggiornamento era indispensabile per preservare la vitalità e l'attualità di un'opera, divenuta ben presto un "classico" in materia, alla quale gli studiosi, gli operatori giuridici, gli studenti sono naturalmente portati ad accostarsi per un primo inquadramento della tematica oggetto dei propri interessi. È appena il caso di ricordare, infatti, quanti e quali profondi mutamenti nel corso dell'ultimo decennio si siano verificati nel sistema normativo e istituzionale dell'Unione europea. Non si è realizzata, com'è noto, la c.d. costituzionalizzazione dell'Unione, conseguente al Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 che adotta una Costituzione per l'Europa, naufragato sotto i colpi delle bocciature del referendum francese e di quello olandese; ma, nella sostanza, le novità presenti nella "Costituzione europea" sono state in larga parte recuperate nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, in vigore dal 1° dicembre 2009. A seguito delle modifiche da questo apportate la stessa struttura dell'edificio europeo è mutata, con la scomparsa della Comunità europea e il suo assorbimento nell'Unione europea, fenomeno che ha fornito un elemento di chiarezza e di semplificazione (anche se permane, con la sua individualità, la Comunità europea dell'energia atomica). La costruzione a tre "pilastri", disegnata a Maastricht, è anch'essa venuta meno, sebbene, per quanto riguarda il 2° pilastro, quello relativo alla politica estera e di sicurezza comune, la soppressione del pilastro e la conseguente unificazione normativa siano solo apparenti, tante sono le peculiarità che tale politica presenta, sul piano delle competenze, delle procedure, degli atti. La Carta dei diritti fondamentali, che rappresenta uno degli elementi più innovativi e qualificanti nel processo d'integrazione europea, ha finalmente acquistato piena efficacia obbligatoria. La "codecisione" è diventata la procedura legislativa ordinaria, pur se permangono diverse e importanti eccezioni.

Le modifiche non si arrestano a quelle contenute nel Trattato di Lisbona, modifiche – sia detto per inciso – non prive di qualche complicazione e di problemi interpretativi (si pensi alle decisioni dirette a una pluralità di destinatari dell'art. 288 TFUE, agli "atti regolamentari" di cui all'art. 263 TFUE), così come di nozioni quasi tautologiche, come la definizione secondo la quale "gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi" (art. 289, par. 3, TFUE). Esse

risultano anche da atti formalmente estranei al sistema dei Trattati dell'Unione, adottati per cercare di dare vita a una nuova *governance* europea dell'economia, di fronte alla rovinosa crisi economica e finanziaria che si è abbattuta su vari Paesi europei dal 2008. Basti ricordare il Trattato di Bruxelles del 2 marzo 2012 sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economia e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*). Il testo curato da Antonio Tizzano dà conto scrupolosamente anche di tali novità, come delle innovazioni più significative risultanti dal diritto derivato e dei contributi, sempre proficui, della giurisprudenza europea.

Il volume qui presentato è opera di un nutrito numero di collaboratori, oltre cento, appartenenti in larga parte al mondo universitario, integrato, peraltro, dalla presenza di operatori giuridici e di funzionari delle istituzioni europee. Il rischio di possibili disarmonie nell'approccio alle tematiche, nel metodo di analisi, nelle stesse dimensioni dei commenti, rischio insito in un numero così elevato di studiosi, nella loro provenienza da scuole differenti, nelle loro diverse sensibilità, formazioni, esperienze professionali, è stato felicemente scongiurato, presumibilmente anche grazie alla sapiente "regia" del curatore. Il risultato del lavoro consiste infatti in un'opera pienamente coerente ed equilibrata, anche nei rapporti tra i vari commenti, completa, aggiornata, la quale, pur privilegiando anzitutto l'obiettivo di fornire al lettore una esposizione chiara e una conoscenza adeguata delle materie trattate, non rinuncia a sollevare questioni interpretative, aspetti problematici e a prospettare le relative soluzioni. Per tale via il volume aggiunge, al pregio di una informazione sempre esaustiva, stimoli per la riflessione e l'approfondimento delle problematiche giuridiche inerenti ai temi trattati.

Sotto il profilo della sua struttura il testo, dopo la guida alla consultazione e una cronologia essenziale, riporta i commenti ai singoli articoli dei Trattati, preceduti da una sintetica bibliografia di orientamento; a questi fa seguito la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anch'essa commentata articolo per articolo. Il volume si conclude con l'elenco dei Protocolli, degli Allegati e delle Dichiarazioni, con la tavola di corrispondenza e con un dettagliato indice analitico.

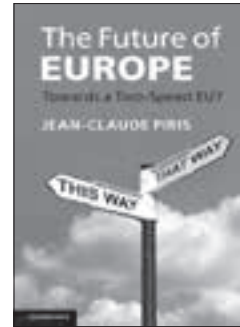
In conclusione, c'è da compiacersi con Antonio Tizzano e con i suoi collaboratori per la faticosa opera compiuta, realizzata anche in tempi molto brevi, che ridona freschezza e attualità al commentario e mette a disposizione dei lettori uno strumento di ricerca di alta qualità ed estremamente utile.

Ugo Villani

Jean-Claude Piris

The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?

Cambridge, Cambridge University Press, 2012,
pp. X-166



Lasciato il ruolo di Direttore Generale del Servizio giuridico del Consiglio dell'Unione europea, Jean-Claude Piris ha pubblicato un volume snello e denso, che sviluppa idee di natura squisitamente politica e le accompagna (circostanza tristemente rara) da proposte precise per una loro realizzazione sul piano pratico e giuridico. Si tratta di un "manifesto dettagliato" per il futuro dell'integrazione europea, la cui lettura è resa più che mai attuale dalle imminenti nomine dei nuovi vertici delle istituzioni dell'Unione europea.

Dopo aver sommariamente elencato i motivi per cui è ancora utile e necessario insistere "per un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa" (cap. 1), l'A. premette alle sue proposte per il futuro dell'Unione europea un'analisi dei problemi attuali della stessa (cap. 2).

Essi vengono divisi in due categorie. Da un lato, vi sono le inefficienze istituzionali di Consiglio, Commissione e Parlamento europeo. L'attività del primo è spesso "bloccata" non solo per la permanenza di questioni rispetto alle quali si richiede l'approvazione all'unanimità, ma anche perché la stessa maggioranza qualificata ha soglie troppo alte, soprattutto per via del numero e della diversità degli Stati membri. La seconda vive un periodo di progressivo indebolimento, causato dall'ascesa del Parlamento europeo e dalla persistente composizione con un commissario per Stato membro (circostanza che viene letta, senza fornire troppe prove, come un chiaro segnale di dipendenza dei medesimi dalle rispettive capitali). Il terzo, infine, soffre di una carenza di legittimità sostanziale da parte dei popoli d'Europa, in ragione della bassa affluenza elettorale, dell'impossibilità di essere sciolto anzitempo e del rapporto incoerente tra il peso demografico della circoscrizione e il numero dei parlamentari che la stessa elegge, e ciò nonostante continua a chiedere e a vedersi riconosciuti maggiori poteri decisionali.

Dall'altro lato, l'A. evidenzia come l'Unione non sia veramente riuscita a raggiungere i suoi obiettivi, posto che il mercato interno è lungi dall'essere compiuto (si cita a sostegno il Libro bianco di Monti del 2010); l'unione economica e monetaria è troppo poco... economica; gli Stati membri non cooperano efficacemente in materia di difesa; il terzo pilastro procede troppo lentamente per le specificità dei Paesi di *common law* e le scarse garanzie fornite dai sistemi giudiziari est-europei.

Le soluzioni a questi problemi prendono la forma di quattro possibili opzioni. Le prime due appaiono come le meno innovative, mentre le restanti esprimono a pieno il valore e le potenzialità della proposta politica di Piris.

La prima, possibile, soluzione (cap. 3) è una revisione dei Trattati esistenti, secondo alcune linee guida incentrate principalmente sull'efficienza del processo decisionale, sulla legittimità democratica dell'Unione (interessante la proposta di un segretariato unico per i Parlamenti nazionali ed un loro coinvolgimento, oltre che riguardo a proporzionalità e sussidiarietà, anche nei settori PESC-PESD) e sulla flessibilità nelle forme di integrazione (due le proposte rilevanti: il ridimensionamento della Commissione, superando la piena "rappresentatività" degli Stati membri, in assenza del quale la cooperazione rafforzata andrebbe rivista impedendo ai commissari dei Paesi non partecipanti di contribuire alle decisioni, e l'estensione al mercato interno dello strumento dell'astensione costruttiva proprio dell'ambito PESC *ex art. 31 TUE* e del "*brake-accelerator mechanism*" dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia di cui, ad esempio, all'art. 82, par. 3, TFUE). L'A., in verità, dedica pochissimo spazio a questa opzione, che definisce anche poco perseguibile politicamente, in ragione dell'unanimità richiesta per la revisione dei Trattati.

Con la seconda opzione (cap. 4), si propone di sviluppare più intensamente forme di integrazione differenziata attraverso gli strumenti tipici finora utilizzati, ovvero la cooperazione rafforzata e, eventualmente, gli accordi internazionali. L'A., infatti, è favorevole a forme di cooperazione più stretta tra alcuni Stati membri e analizza nel dettaglio tutte le varie modalità in cui essa ha avuto luogo dal 1957 ad oggi. La differenza tra questa opzione e la successiva non è chiarissima, sì che esse potrebbero quasi essere presentate congiuntamente. In effetti, in entrambi i casi si tratterebbe di sviluppare forme di integrazione differenziata, senza modificare i Trattati.

Tuttavia, il distinguo è da individuarsi nel fatto che, con la sua terza proposta (cap. 5), Piris suggerisce la precisa scelta politica di procedere verso un'unione più stretta tra i soli Paesi dell'Eurozona, da sancire attraverso una dichiarazione politica ufficiale, e pertanto di porre in essere forme di integrazione differenziata sulla base di un "*bold and coherent political project*". Qui si trova, dunque, il cuore della proposta politica dell'A., che con questa e (ancor di più) con l'ultima opzione prende una posizione netta in favore di un certo tipo di integrazione differenziata (*a two-speed Europe*) per superare l'*impasse* in cui si trova l'Unione.

Si rigettano, infatti, le tesi di chi propone un'Europa a più velocità (*multi-speed*) o di una Europa *à la carte*, che, secondo Piris, costituiscono lo stato attuale dell'Unione europea, dove gli Stati sostanzialmente si sono impegnati in misure diverse su obblighi differenti, senza che a ciò venissero posti chiari limiti. Viceversa, l'A. propone di prendere una posizione chiara sui motivi per cui può permettersi e, anzi, deve incentivarsi il ricorso a forme di cooperazione più stretta tra alcuni Stati membri e, di conseguenza, di imbrigliare le stesse all'interno di una precisa scelta politica che permetta di renderle effettivamente utili per il progresso dell'Unione nel suo complesso. In particolare, Piris prospetta la costruzione di un'Europa a due velocità sulla base di un'avanguardia di Stati, definiti *ex ante* ma aperti a nuovi ingressi, che porti avanti l'integrazione su un vasto numero di settori (tra cui unione economica e monetaria, politica estera e di difesa, ambiente, politiche sociali), senza possibilità di sceglierne solo alcuni. Secondo l'A., infatti, procedere ad un'Europa a due velocità nel senso e nei limiti sopra delineati permetterebbe di rilanciare un progetto europeo, con una proposta importante e coerente, che sappia generare entusiasmo e ridare "*its 'soul' to European integration*".

Concretamente, tale obiettivo verrebbe perseguito attraverso l'art. 136 TFUE, da utilizzarsi come base giuridica per cooperazioni rafforzate nei settori economico-monetari; le questioni di difesa e sicurezza comune potrebbero essere attuate attraverso l'art. 42, par. 6, TUE e l'art. 46 TUE; tutto il resto, infine, attraverso il normale ricorso alla cooperazione rafforzata o ad accordi internazionali.

Tra i problemi di un siffatto approccio, lo stesso A. evidenzia la difficoltà di individuare un gruppo di Stati che voglia impegnarsi congiuntamente su temi così diversi senza chiedere deroghe su determinati settori; la questione diventa ancora più critica se si pensa che, tra le questioni di mercato interno suggerite per una cooperazione più stretta tra i Paesi partecipanti, si trovano anche temi particolarmente sensibili quali l'armonizzazione fiscale, i limiti al pensionamento e il salario minimo. Le argomentazioni addotte per controbattere a questa obiezione autonomamente sollevata sono, in verità, piuttosto scarse, vertendo principalmente e semplicemente sulla circostanza che un tale progetto ridarebbe a cittadini e Stati membri quell'entusiasmo che permetterebbe di superare vecchi veti a ulteriori cessioni di sovranità nazionale.

Inoltre, si porrebbe un problema di natura istituzionale, per il fatto che tutti gli organismi decisionali, tranne il Consiglio, rimarrebbero quelli comuni a tutti i 28 Stati membri. Con la sua solita *Realpolitik*, infatti, l'A. sottolinea come la presenza di giudici, commissari ed europarlamentari dei Paesi esclusi possa ricondurre alle inefficienze decisionali descritte in apertura. Proprio in ragione di tale uniformità istituzionale, viene sottolineato che questa “*soft option*” (da contrapporre alla quarta e ultima opzione, quella invece più “audace”) “*would be far from being revolutionary*”.

L'ultima opzione (cap. 6), viceversa, costituirebbe la piena rivoluzione del processo di integrazione, da perseguirsi attraverso una vera e propria istituzionalizzazione di tale “*two-speed Europe*”: i concetti, i settori chiave e gli Stati partecipanti sarebbero i medesimi di quelli appena esaminati, ma l'integrazione differenziata dovrebbe avvenire attraverso la stipulazione di un trattato internazionale addizionale – ovviamente non confliggente con i Trattati UE – che definisca le regole e le procedure di una più stretta cooperazione tra i Paesi dell'Eurozona per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.

A tal fine, dovrebbero crearsi nuove istituzioni che, pur aderendo a grandi linee alla struttura attuale, siano diverse nella loro composizione per garantire maggiore efficienza nell'espletamento delle diverse funzioni cui sarebbero chiamate. L'A. si spinge a proporre soluzioni concrete che, per quanto criticabili in astratto, dimostrano una volta in più la completezza e la rilevanza della proposta politica ad esse sottesa.

L'assemblea parlamentare potrebbe essere formata da parlamentari nazionali distaccati e godere, oltre alle competenze già previste per il Parlamento europeo, di un potere di iniziativa legislativa, da esercitare congiuntamente ad altri soggetti. L'organo intergovernativo si riunirebbe in parallelo con il Consiglio/Consiglio europeo, rimanendo però dotato di una propria presidenza (annuale o biennale). L'autorità amministrativa potrebbe avere tra i cinque e i sette membri eletti dall'assemblea parlamentare tra i membri dei governi dei Paesi partecipanti o tra i parlamentari nazionali (!), in carica per un periodo di 6 anni non rinnovabile; circa i compiti, essi potrebbero essere analoghi a quelli della Commissione, con la rilevante

differenza del potere di iniziativa legislativa, che Piris propone di togliere all'autorità amministrativa, per evitare che questa abbia bisogno di troppe risorse umane, e di attribuire ai governi nazionali a rotazione, alla stessa Commissione europea (dietro autorizzazione dei Paesi esclusi e con la conseguenza di una loro, indiretta, partecipazione, posto che l'A. ricorda spesso che i singoli commissari non sono indipendenti dai rispettivi Stati membri) o permettendo che l'autorità amministrativa si faccia aiutare dalle amministrazioni nazionali partecipanti. In ultimo, per quanto riguarda l'istituzione giudiziaria, l'A. suggerisce di mantenere la piena competenza della Corte di giustizia, per evitare conflitti; qualora gli altri Stati membri dell'Unione fossero contrari, si potrebbe costituire un organo saldamente collegato alla giurisprudenza passata e alle pronunce future della Corte di giustizia sul modello della Corte EFTA, composto da un numero di membri inferiore a quello degli Stati partecipanti, ad esempio tra tre e cinque, nominati dai capi di Stato e di governo per un periodo molto lungo (nove anni) non rinnovabile e dietro il parere positivo del "comitato 255".

È evidente che questo sdoppiamento delle istituzioni potrebbe portare a conflitti assai rilevanti: l'A. non entra troppo nel dettaglio, anche in ragione della valenza innanzitutto politica di quest'ultima proposta. Più che questa facile censura, perciò, coglie maggiormente nel segno una critica emersa dal dibattito generato dal volume in esame (cfr. P. Craig, *Two-speed, multi-speed and Europe's future: a review of Jean-Claude Piris on the Future of Europe*, in *European Law Review*, 2012, p. 800), che sottolinea come l'A. non abbia illustrato come un siffatto sdoppiamento – utile e necessario, da un punto di vista teorico e strutturale – sia spiegabile e giustificabile agli occhi di un'opinione pubblica sempre più attenta ai costi della politica e alla trasparenza, chiarezza e coerenza delle istituzioni e dei meccanismi decisionali. Questo sarebbe un problema assai rilevante, da non sottovalutare e che avrebbe meritato qualche riflessione; alla stessa stregua, tuttavia, non è da sottovalutare la capacità di rilancio che potrebbe avere un progetto europeo forte, chiaro nei suoi obiettivi e limitato ad un gruppo di Stati (un poco) meno eterogeneo dell'attuale.

In attesa e in vista della definizione delle nuove cariche istituzionali e degli obiettivi a cui esse verranno chiamate, il volume di Piris costituisce, dunque, una fonte ricchissima di spunti e proposte per delineare e immaginare il futuro dell'Europa.

Jacopo Alberti

G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di)

La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici

Torino, Giappichelli, 2013, pp. XX-244



“La crisi del debito sovrano degli Stati dell’area Euro. Profili giuridici”, curato da Giovanna Adinolfi e Michele Vellano, è il risultato di un Convegno ospitato alla fine del 2012 dalla Facoltà di Scienze politiche, economiche e sociali dell’Università di Milano. Il tema è, chiaramente, di estrema attualità. Il libro contribuisce efficacemente alla dottrina internazionalista in materia, molto ricca perlopiù in lingua inglese – si vedano, *ex multis*, M. Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2011; R. W. Kolb (ed.), *Sovereign Debt. From Safety to Default*, Hoboken (NJ), 2011; O. Hieronymi, C. Stephanou (eds.), *International Debt*, Basingstoke, 2013; nonché i più recenti studi al *Centre for Studies and Research* dell’Accademia di diritto internazionale dell’Aja –, sviseccando differenti ancorché correlati profili della crisi.

Nella prima parte, l’attenzione è rivolta ai rimedi alla crisi del debito sovrano in base al diritto dell’Unione europea e, nello specifico, agli attori in gioco. Sul piano internazionale ed europeo si avverte invero la tendenza alla creazione di meccanismi ed “entità” che sfuggono a facili catalogazioni nell’alveo dei soggetti del diritto internazionale e pongono non pochi problemi di legittimità, soprattutto in seno all’Unione europea. Così, Giovanna Adinolfi apre il dibattito riconoscendo che, a seguito della crisi greca quale crisi del debito estero, la risposta “non ha potuto che essere concordata” (p. 5) anche in seno all’Unione europea. La ricostruzione chiara proposta dall’A. delle autorità e dei meccanismi, tra cui il Meccanismo europeo di stabilità (MES) per i Paesi dell’area Euro, messi in campo per fronteggiare la crisi, fa riflettere anche sul necessario coordinamento con il Fondo monetario internazionale (FMI). Un coordinamento che, al momento, è garantito solo dalla prassi della c.d. *troika*, composta da Commissione europea, Banca centrale europea (BCE) e FMI. Continua nell’analisi dei meccanismi europei anche Pietro Manzini, che nel suo articolo peraltro offre un’interessante valutazione della legittimità del MES. L’A. sostiene che l’art. 136 TFUE e l’atto istitutivo del MES integrano e precisano la portata della clausola di “non salvataggio” di cui all’art. 125 TFUE e “danno concretezza al principio di solidarietà tra Stati membri” (p. 40). Sull’art. 125 TFUE, inoltre, Susanna Cafaro, autrice del terzo contributo sull’azione della BCE nella crisi dell’area dell’Euro, si esprime nel senso che esso vada interpretato non tanto come un “divieto di intervenire”, quanto piuttosto come una “facoltà di intervenire”. In altri termini, gli Stati non sono tenuti ad intervenire, ma possono *scegliere* di farlo (p. 52). L’analisi procede poi a interrogarsi sulla legittimità dell’intervento della BCE in

risposta alla crisi finanziaria, rilevando come l'istituzione sia evoluta di fatto come "decisore (all'occorrenza) politico e non meramente tecnocratico" (p. 65). Benché gli Stati abbiano mostrato acquiescenza a questo ruolo, resta la necessità, secondo l'A., di rafforzare le competenze della BCE in corrispondenza tuttavia a una cornice di legittimità democratica rinforzata. Auspicabile pare la creazione di un sistema bancario europeo. Giuseppe Napoletano si inserisce nel dibattito proponendo alcune considerazioni sul ruolo delle banche centrali nella gestione della crisi dell'Eurozona e sul meccanismo di vigilanza unico. La prima parte si chiude con il contributo di Lorenza Mola, relativo alla compatibilità delle misure di austerità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'A. rileva da un lato come un'interpretazione elastica della nozione di campo di applicazione del diritto dell'Unione con riferimento ai diritti umani fondamentali consentirebbe di ricondurre nell'ambito di applicazione della Carta l'operato di Stati membri ed istituzioni in risposta alla crisi, dall'altro lato come le misure di austerità abbiano mostrato profili di incompatibilità con gli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani fondamentali.

La seconda parte è intitolata "La ristrutturazione del debito sovrano nella prassi giurisprudenziale" e si apre con il contributo di Francesca Villata, che affronta un tema poco esplorato quale la legge applicabile alle emissioni di debito sovrano alla luce dei regolamenti europei Roma I e Roma II. L'A. conclude affermando che l'*optio legis* risulti l'unico strumento in grado di "predeterminare univocamente il regime di responsabilità dell'emittente" (p. 127). Qualche nota è rivolta ai *credit default swaps* e al regolamento (UE) n. 236 del 2012 in materia. Si torna a parlare di compatibilità di misure in risposta alla crisi con gli obblighi in capo agli Stati di tutela dei diritti umani nel contributo di Manlio Frigo, che si sofferma nello specifico su operazioni di ristrutturazione e diritto di proprietà come garantito dal Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). L'A. dimostra come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non consenta al momento di dare una risposta univoca al quesito della liceità o meno di siffatte operazioni alla luce del sistema CEDU. La crisi del debito sovrano pone poi questioni di diritto internazionale "classico", quali l'immunità degli Stati. In proposito Ilaria Queirolo ricostruisce la teoria sulle immunità per poi calarla nella realtà contemporanea del collocamento dei titoli di Stato sul mercato. Interessante, in particolare, risulta il paragrafo sull'immunità dalla giurisdizione esecutiva con riferimento al recente caso della prassi che ha visto coinvolto l'*hedge fund* NML Capital Ltd contro l'Argentina. Alla giurisprudenza dei tribunali ICSID sono dedicati infine i due contributi di Mara Valenti e Anna De Luca, che analizzano la vicenda dei "tango bonds" alla luce dei casi *Abaclat* e *Ambiente Ufficio*. Critica nei confronti dell'ammissibilità dell'azione collettiva degli obbligazionisti italiani in arbitrato ICSID, decisa dal tribunale del caso *Abaclat*, è De Luca, la quale sottolinea (p. 223) come l'obiettivo di offrire tutela giurisdizionale a piccoli e medi investitori non giustificerebbe la decisione, posto che gli stessi avrebbero potuto presentare ricorsi davanti a più fori nazionali.

Le conclusioni sono affidate a Michele Vellano, il quale lucidamente coglie la complessità della crisi cipriota, in risposta alla quale era stata attivata l'assistenza finanziaria del MES proprio nelle more della pubblicazione del volume.

Sara De Vido

Libri ricevuti

Roberto Adam, Antonio Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. XX-969.

M. Eugenia Bartoloni, Andrea Caligiuri, Benedetta Ubertazzi (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona euro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. XII-235.

M. Cherif Bassiouni, Joanna Gomula, Paolo Mengozzi, John G. Merrills, Rafael Nieto Navia, Anna Oriolo, William Schabas, Anna Vigorito (eds.), *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence. Global Trends: Law, Policy & Justice. Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. XXI-655.

Lorenzo Bini Smaghi, *33 false verità sull'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 188.

Giandonato Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 175.

Giuseppe Cataldi, Valentina Grado (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. XVI-461.

Alessandro Colombo (a cura di), *L'Europa in seconda fila*, Milano, EGEA, 2014, pp. 162.

Bernardo Cortese, Fabio Ferraro, Pietro Manzini, *Il diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. XIV-340.

Antonietta Damato, Patrizia De Pasquale, Nicoletta Parisi, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2014, II ed., pp. XLIV-338.

Michele D'Avino (a cura di), *Immigrazione: sfida per una nuova Italia*, Roma, AVE, 2014, pp. 157.

Rosita Del Coco, Emanuela Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, Cacucci, 2014, pp. IX-356.

Angela Del Vecchio (ed.), *International Law of the Sea. Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, pp. 434.

Saverio Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. XV-250.

Angela Di Stasi, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 2014, pp. XXVI-375.

Serena Forlati, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, Springer, 2014, pp. XIII-235.

Marco Frigessi di Rattalma, Patrizia De Cesari (a cura di), *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea. Problemi sostanziali e equo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. XII-187.

Oscar Garavello (a cura di), *Il modello sociale europeo*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 126.

Giacomo Gattinara, Fabio Pappalardo (a cura di), *L'Europa dei diritti. La Corte di giustizia e i cittadini dell'Unione*, Roma, Donzelli, 2014, pp. XII-274.

Serena Gianfaldoni (a cura di), *Lessico interculturale*, Milano, Franco Angeli, 2014, pp. 258.

Silvia Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 264.

Angela Lupone, Carola Ricci, Andrea Santini (eds.), *The right to save food towards a global governance*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. XVI-511.

Pamela Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross) fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, pp. 166.

Rosario Milano, *L'ENI e l'Iran (1962-1970)*, Napoli, Giannini Editore, 2013, pp. 264.

Claudia Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, Giappichelli, 2014, II ed., pp. XIX-325.

Luigi Pannarale (a cura di), *Passaggi di frontiera. Osservatorio sulla detenzione amministrativa degli immigrati e l'accoglienza dei richiedenti asilo in Puglia*, Pisa, Pacini, 2014, pp. 112.

Francesco Pesce, *Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale privato e diritto dell'Unione europea*, Roma, Aracne, 2013, pp. 408.

Concetta Pontecorvo, *Climate Change Mitigation and International Trade. Conflicts and Resolution Mechanisms*, Napoli, Satura Editrice, 2013, pp. XVI-466.

Ilaria Queirolo, Alberto Maria Benedetti, Laura Carpaneto (a cura di), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali. Seminario di alta formazione, Imperia 10 maggio 2013*, Roma, Aracne, 2014, pp. 431.

Indice degli autori



Paolo MENGOZZI

Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea

Silvana SCIARRA

ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Firenze

Luciano GAROFALO

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Patrizia DE PASQUALE

ordinario di Diritto dell'Unione europea nella LUM "Jean Monnet" di Casamassima-Bari

Davide DIVERIO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Andrea GRATTERI

ricercatore di Diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Teramo

Gianluigi PASSARELLI

assegnista di ricerca in Diritto privato nella Seconda Università degli studi di Napoli

Monica SPATTI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Celeste PESCE

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università telematica "Pegaso" di Napoli

Giuliano VOSA

dottorando in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ha tuttora un significato l'idea di un'Europa unita? In un momento di crisi economica generalizzato, sembrano vacillare le fondamenta stesse del progetto di solidarietà e collaborazione alla base del disegno di unificazione continentale.

La risposta è sì, a condizione però di tornare all'Europa della gente.

C'è ancora un'Europa possibile, quella dei popoli, delle libertà e della pace, non l'attuale, sotto il tallone della finanza internazionale. Un'Europa avvilita da una congiuntura che sembra interminabile, mentre il dirigismo della Banca Comune Europea impone sacrifici a tutti i Paesi, sforzi dei quali i cittadini stentano a riconoscere gli obiettivi.

L'idea europea ha tuttora un futuro, ma deve tornare al sogno originario, quello di una grande unione, fondata sulla coesione sociale e civile. Occorre quanto prima rinsaldare un nuovo patto tra le Istituzioni e i cittadini, per sostituire al rigore dell'Europa dell'economia un rinnovato fervore per l'Europa della politica.

Dobbiamo riprendere a tracciare i lineamenti di un continente nel quale i cittadini di ogni area, anche la più remota, possano riconoscersi coprotagonisti di una vicenda comune importante. È la storia dei Paesi d'Europa, eredi delle generazioni che hanno lottato per il progresso del Vecchio Continente, un cammino che ha dato vita allo stato sociale, ha garantito i diritti dei lavoratori, ha fatto nascere un welfare avanzato.

È questa l'Europa dalla quale ripartire, riprendendo il sogno di Ventotene, quello di intere generazioni, ora tenuto in ostaggio dai mercati finanziari.

Anche per le Regioni il futuro è in una logica di coesione. Unirsi, rafforzarsi, fare sistema.

Davanti alle realtà locali dei Paesi dell'Unione sarebbe corretto riproporre una strategia di cooperazione territoriale ad ampio raggio. Siamo proiettati verso le macroaree, per resistere alla concorrenza internazionale e aiutare la crescita dei territori.

Il Consiglio regionale crede in questa programmazione strategica, la considera un'opportunità straordinaria per la Puglia e ne segue gli sviluppi. Auspicando per le realtà territoriali un processo di integrazione transnazionale, puntiamo ad un'aggregazione ampia e partecipata, forte della spinta alla crescita che può venire dalla valorizzazione delle diversità culturali, storiche e religiose.

Una regione è tanto più forte quanto più riesce a mettere insieme: dalle potenzialità turistiche di un Salento in pieno boom alle attrattive del Gargano, dal polo agroalimentare dauno a quelli industriali barese, brindisino e tarantino. Tutti insieme, con i loro moderni aeroporti e con i sistemi portuali integrati fanno della Puglia la piattaforma avanzata dell'Europa nel Mediterraneo.

Sommando potenzialità diverse su una scala tanto più ampia come quella della macro area adriatica e ionica, non si può che concludere a favore di una scelta di unione, che possa coagulare aree omogenee.

Tante piccole Europa nella grande Europa, ma una sola identità delle genti, quella di cittadini del continente più antico e allo stesso tempo più moderno del mondo.

Onofrio Introna

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia



TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l'intento di avvicinare l'utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L'ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all'accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.



CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTEGRAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
ABBONAMENTI	ITALIA	ESTERO
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014
	€ 80,00	€ 120,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2014).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

Leonardo Quesi (seconda metà sec. XVII), attribuito

Ratto d'Europa (particolare) – quadro a fili incollati di sete policrome, fili d'argento, raso di seta dipinto a tempera, cartone, cera, cm 53 x 80 – Scorrano (Lecce), collezione privata

Il rapimento della bella Europa, figlia di Agenore re di Tiro, da parte di Giove presentatosi nelle sembianze di un inoffensivo toro incline ad assecondare gli ingenui giochi di un gruppo di fanciulle, è qui messo in scena attraverso la rara tecnica della *broderie à fils collés*, un procedimento artistico che ebbe grande sviluppo in Italia a cominciare dalla seconda metà del XVII secolo, in particolare nel leccese e a Napoli, diffondendosi anche in Francia e in Spagna, per poi cessare del tutto nel corso dell'Ottocento. Non si tratta di un ricamo, come a prima vista potrebbe apparire, dato che non è previsto l'uso dell'ago o di un attrezzo simile che trapunga il tessuto, bensì di una tecnica specifica, che in origine ebbe come fine quello di riutilizzare in maniera economica, ma d'effetto, materiali vari avanzati (fili di seta di vario colore, pezzettini di stoffa, altro). Il supporto utilizzato è un cartoncino, sul quale si tracciava il disegno preparatorio. In una seconda fase su di esso veniva steso un sottile strato di cera vergine d'api, incolore, che veniva riscaldato a zone, prevedendo la quantità di lavoro che sarebbe stata realizzata. Si procedeva quindi, nelle zone via via scaldate, a stendere, secondo percorsi lineari ma anche molto complessi, fili di seta di varie tonalità, seguendo il disegno e completando quindi la composizione della scena. Gli incarnati erano realizzati mediante l'applicazione di pezzettini sagomati di seta dipinta. Non è escluso che per guidare il filo sulla superficie si usasse un qualche attrezzo, anche l'ago, ma comunque esso non trapassa mai il supporto, si da differenziarsi nettamente dalla normale tecnica ricamatrice.

Nel suo quadretto il Quesi coglie il momento quasi arcadico in cui Europa, seduta sul toro accovacciato e inghirlandato, gli tiene dolcemente una mano sulla testa, quasi a proteggerlo, mentre le sue compagne, disposte in vari atteggiamenti intorno all'animale, arrecano corone di fiori.

È quasi certo che Leonardo Quesi non sia l'*inventor* della scena, ambientata in un leggiadro paesaggio marino e con una composizione piuttosto ricca, quanto piuttosto il traduttore, in una tecnica inusuale, di una composizione altrui. L'autore del dipinto da cui trae spunto il quadretto non è peraltro stato identificato, ma probabilmente va ricercato nell'ambito della pittura del Seicento romano.

Quanto al Quesi, egli fu certamente nativo di Lecce, come si deduce dalla firma apposta su un quadro a fili incollati del Museo di San Martino di Napoli, datato 1699, in cui si definisce *Licyens(sis)*. Eccezionale artigiano nella *broderie à fils collés*, egli risulta attivo a Lecce anche come maestro di cembalo.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2014, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2014, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2014).



COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*³, 2013.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.



ISBN 978-88-6611-382-9



9 788866 113829

€ 28,00