

# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2014 | anno IX



Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 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 3 · 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 Tesauo, 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](http://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](mailto: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](mailto: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

- Ugo VILLANI  
La legge applicabile ai contratti dei consumatori nel regolamento Roma I 425
- Angela DI STASI  
L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'interpretazione dell'articolo 51, paragrafo 1 445
- Concetta BRESCIA MORRA  
From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA 465
- Aurora VIMERCATI  
Teorie e prassi del dialogo sociale europeo 485
- Angela Maria ROMITO  
I provvedimenti inibitori a favore del consumatore nella disciplina dell'Unione europea 503
- Barbara GUASTAFERRO  
La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale 527

## NOTE E COMMENTI

- Ilaria ANRÒ  
Il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nell'ambito del meccanismo del convenuto aggiunto di cui al Progetto di Accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: problemi e prospettive 541

---

Rosita FORASTIERO La tutela giuridica degli animali da esperimento: riflessioni sull'attuazione in Italia della direttiva 2010/63/UE	565
Adriano MAFFEO Conseguenze e rimedi per la violazione del <i>délat rai-sonnable</i> nel processo dinanzi ai giudici dell'Unione: la Corte di giustizia mette un punto fermo?	585
<b>RECENSIONI</b>	
Francesco CAPOTORTI, Meinhard HILF, Francis JACOBS, Jean-Paul JACQUÉ, <i>Le traité instituant l'Union européenne: un projet, une méthode, un agenda</i> , Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, II ed. (L. Daniele)	603
Giandonato CAGGIANO (a cura di), <i>I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano</i> , Torino, Giappichelli, 2014 (I. Ingravallo)	607
Daniele GALLO, Luca PALADINI, Pietro PUSTORINO (eds.), <i>Same Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions</i> , Berlino, Springer, 2014 (C. Ragni)	610
Libri ricevuti	615
Indice degli autori	617
Indice del Volume IX (2014)	619

# Summary



## ARTICLES

- Ugo VILLANI  
The Law Applicable to Consumers Contracts in the Regulation Rome I 425
- Angela DI STASI  
The Field of Application of the Charter of Fundamental Rights for the Member States of the European Union: Again on the Interpretation of Article 51(1) 445
- Concetta BRESCIA MORRA  
From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA 465
- Aurora VIMERCATI  
Theories and Practices of the European Social Dialogue 485
- Angela Maria ROMITO  
The EU Law on Injunctive Collective Redress 503
- Barbara GUASTAFERRO  
The First Time of the President of the Commission ‘Elected’ by the European Parliament. Critical Reflections on Institutional Mimesis 527

## NOTES AND COMMENTS

- Ilaria ANRÒ  
The Prior Involvement of the Court of Justice in the Context of the Co-respondent Mechanism in the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Problems and Perspectives 541

---

Rosita FORASTIERO The Legal Protection of Animals Used for Scientific Purposes: Reflections on the Implementation of Directive 2010/63/EU in Italy	565
Adriano MAFFEO Consequences and Remedies for the Breach of the Reasonable Time ( <i>Délai Raisonnable</i> ) Requirement in Proceedings before EU Courts: Has the Court of Justice Spoken Its Last Word?	585
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Francesco CAPOTORTI, Meinhard HILF, Francis JACOBS, Jean-Paul JACQUÉ, <i>Le traité instituant l'Union européenne: un projet, une méthode, un agenda</i> , Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, II ed. (L. Daniele)	603
Giandonato CAGGIANO (a cura di), <i>I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione inter- nazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano</i> , Torino, Giappichelli, 2014 (I. Ingravallo)	607
Daniele GALLO, Luca PALADINI, Pietro PUSTORINO (eds.), <i>Same Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions</i> , Berlin, Springer, 2014 (C. Ragni)	610
Books received	615
List of contributors	617
Index of Volume IX (2014)	623



# Articoli



Ugo Villani\*

# La legge applicabile ai contratti dei consumatori nel regolamento Roma I\*\*

SOMMARIO: 1. La protezione dei consumatori nell'Unione europea. – 2. Dalla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980 al regolamento Roma I del 2008. – 3. La nozione di contratto del consumatore nel regolamento Roma I. – 4. Contratti esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 6. – 5. Le condizioni di applicazione della legge prescritta dall'art. 6 relative alle modalità di negoziazione del contratto. – 6. La scelta della legge applicabile ad opera delle parti e i suoi limiti. – 7. La legge del Paese di residenza abituale del consumatore.

1. La protezione dei consumatori è espressamente contemplata dall'art. 169 TFUE quale compito dell'Unione europea. Questa, al fine di promuovere i loro interessi ed assicurare un elevato livello di protezione, contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. A sua volta una clausola "orizzontale" dello stesso Trattato, l'art. 12, dispone che nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori; a tale disposizione fa eco l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali, il quale dichiara che nelle politiche europee è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori.

La tutela del consumatore comporta, tra l'altro, la necessità di riequilibrare la relazione negoziale esistente tra il consumatore e l'altra parte contraente – il professionista, l'imprenditore, il commerciante –, relazione nella quale, di regola, il primo rappresenta la "parte debole", situata in una condizione d'inferiorità, per quanto riguarda la sua posizione socio-economica o, quanto meno, la sua competenza e la sua conoscenza del diritto, specie di quello straniero. La protezione del consumatore sul piano contrattuale contribuisce, indirettamente, anche alla realizzazione e al buon funzionamento del mercato interno: provocando nel consumatore maggiore sicurezza e fiducia essa, infatti, lo incoraggia e lo stimola a concludere contratti anche transfrontalieri e quindi, in definitiva, promuove una piena circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

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

\*\* Il presente scritto è destinato anche alla raccolta di studi in onore di Diego Corapi.

Uno strumento tipico di protezione del consumatore è costituito dalle misure di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, adottate ai sensi dell'art. 114 TFUE, misure che, già nella fase di proposta della Commissione, devono basarsi su un livello di protezione elevato<sup>1</sup>. In concreto esse consistono in numerose direttive di diritto "materiale", comportanti una serie di diritti a favore del consumatore.

La protezione del consumatore non si realizza solo nel quadro del diritto materiale, ma coinvolge anche le norme di diritto internazionale privato che, a partire dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, le istituzioni europee hanno la competenza ad adottare al fine di garantire "la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi" (art. 81, par. 2, lett. c), TFUE). Sebbene tali norme si limitino a designare lo Stato la cui legge è applicabile al contratto, anche esse sono idonee a svolgere un ruolo protettivo del contraente considerato debole<sup>2</sup>. Infatti, pur non dettando una disciplina materiale, esse non sono neutrali rispetto agli interessi coinvolti in un determinato rapporto, ma, nella determinazione dei criteri di collegamento per determinare la legge applicabile, compiono una scelta di politica legislativa riguardo ai suddetti interessi<sup>3</sup>. La protezione del consumatore può realizzarsi – sul piano delle norme di conflitto – individuando la legge applicabile o in base a considerazioni materiali relative al suo contenuto<sup>4</sup> o in ragione della sua maggiore vicinanza alla parte debole e, pertanto, a questa più familiare. I due metodi, peraltro, non vanno considerati come necessariamente alternativi, potendosi anzi conciliare al fine della migliore protezione del consumatore. Come si vedrà, il regolamento n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge

<sup>1</sup> Ciò non implica, peraltro, che il diritto dei consumatori debba necessariamente svilupparsi come diritto "speciale"; è stato auspicato che esso cessi "di essere considerato come un'area specialistica rispetto al diritto comune di privati, per diventare invece non solo parte integrante, ma motore fondamentale"; in questo senso cfr. D. CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 654 ss., in specie p. 668 s.

<sup>2</sup> Vedi, in particolare, F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1984, IV, vol. 188, p. 339 ss.; F. LECLEERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux. Étude de conflits des lois*, Bruxelles, 1995; S. M. MAHMOUD, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2005, vol. 315, p. 141 ss.; A. SINAY-CYTERMANN, *La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 737 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010; con riguardo al regolamento n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali cfr. O. BOSKOVIC, *La protection de la partie faible dans le règlement Rome I*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2175 ss.; J. M. CARRUTHERS, *Coherence of Treatment of Disadvantaged Parties under the Brussels I Regulation and the Rome I Regulation*, in I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno. Seminari di alta formazione internazionale, Imperia, ottobre-novembre 2011*, Roma, 2012, p. 15 ss.; P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Padova, 2012.

<sup>3</sup> In questo senso si vedano le sentenze della Corte costituzionale del 5 marzo 1987, n. 71, e del 10 dicembre 1987, n. 477.

<sup>4</sup> Sul metodo delle considerazioni materiali cfr. P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1999, vol. 276, p. 9 ss., in specie p. 84 ss.

applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) sottopone il contratto del consumatore alla legge del Paese della sua residenza abituale, in quanto legge a lui più vicina, consentendo peraltro la scelta di una diversa legge a condizione che non privi il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni imperative della legge di residenza, tenendo conto, quindi, del suo contenuto materiale.

2. Norme di diritto internazionale privato volte a tutelare il consumatore sono state inserite anzitutto nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. L'art. 5, relativo alla legge applicabile alla sostanza del contratto concluso dai consumatori, persegue il suddetto obiettivo individuando tale legge in quella del Paese di residenza abituale del consumatore e limitando la scelta di una diversa legge regolatrice, scelta che non può privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge di residenza abituale. Si tratta di una norma speciale rispetto alla regola generale contenuta nell'art. 4, il quale, in mancanza di una scelta della legge ad opera dei contraenti, dichiara applicabile la legge del Paese col quale il contratto presenta il collegamento più stretto, stabilendo, inoltre, che si presume che tale collegamento sussista con il Paese dove ha la residenza abituale o la propria sede la parte che deve fornire la prestazione caratteristica. Tale disposizione, in principio, se fosse applicata ai contratti del consumatore, non condurrebbe all'applicazione della legge del Paese di residenza di quest'ultimo, ma, al contrario, di quella di residenza dell'altro contraente (il venditore, il professionista, l'imprenditore, la banca, ecc.), dovendosi considerare come caratteristica la sua prestazione.

Si noti che l'applicazione del predetto art. 5 è limitata a determinati tipi di contratto ed è subordinata a una pluralità di condizioni, dallo stesso prescritte, concernenti essenzialmente le modalità di conclusione del contratto, le quali ne circoscrivono l'operatività, in particolare, alla fattispecie del consumatore "passivo", che, in un certo senso, l'altro contraente sia andato a cercare a casa sua.

Nel libro verde del 14 gennaio 2003 sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima<sup>5</sup> la Commissione aveva rilevato vari inconvenienti nella disciplina contenuta nel citato art. 5. Essa risultava inadeguata rispetto alle nuove tecniche di contrattazione a distanza, in specie via Internet; non assicurava una tutela al consumatore "mobile" (o "attivo"), che si sia recato in un Paese diverso da quello di residenza per concludere un contratto (sottoposto, di regola, alle norme generali della Convenzione); non era in armonia con l'art. 15 del regolamento n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I), applicabile a condizione che la controparte abbia diretto le proprie attività commerciali o professionali, con qualsiasi mezzo, verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore (o verso una pluralità di Stati che comprenda tale Stato membro) e il contratto rientri nell'ambito di tali attività. La Commissione dubitava anche della opportunità di consentire un frazionamento della legge applicabile, conseguente alla possibilità di stabilire volontariamente la legge applicabile nei limiti prescritti dall'art. 5.

---

<sup>5</sup> COM(2002)654 def.

Alla luce delle proposte del 15 dicembre 2005 di modifica della disciplina della Convenzione di Roma<sup>6</sup>, peraltro sensibilmente mutate nel regolamento infine adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, gli obiettivi della nuova disciplina consistono nel garantire un elevato livello di tutela del consumatore, in particolare quando il contratto sia interamente localizzato nel territorio dell'Unione (pur salvaguardando l'equilibrio tra gli interessi delle parti, per non scoraggiare il professionista dal contrattare all'estero), assicurare certezza e prevedibilità circa la legge applicabile al contratto e adeguare la normativa alle nuove tecniche di contrattazione a distanza. Tali obiettivi sono condivisi nel regolamento n. 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), il cui preambolo dichiara, in via generale, che “per contribuire al conseguimento dell'obiettivo generale del presente regolamento, che è la certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo, le regole di conflitto di leggi dovrebbero offrire un alto grado di prevedibilità” (16° ‘considerando’); precisa che, “per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali” (23° ‘considerando’), aggiungendo che, “per quanto riguarda più in particolare i contratti conclusi da consumatori, la regola di conflitto di leggi dovrebbe permettere di ridurre le spese per la risoluzione delle controversie, che sono spesso di valore relativamente modesto, e tener conto dell'evoluzione delle tecniche di commercializzazione a distanza” ed essere coerente con il citato art. 15 del regolamento n. 44/2001 (24° ‘considerando’). In conformità del principio secondo il quale “la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali” (11° ‘considerando’), come già accennato, il regolamento n. 593/2008 consente una sia pur limitata *electio iuris* anche rispetto ai contratti del consumatore (mentre tale possibilità era esclusa nella ricordata proposta della Commissione del 15 dicembre 2005).

**3.** Le regole generali del regolamento Roma I relative alla legge applicabile ai contratti sono contenute nell'art. 3, il quale dichiara che il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti, e dall'art. 4, il quale, in mancanza di scelta, per otto tipologie contrattuali individua la legge regolatrice sulla base di una pluralità di criteri stabiliti in via generale e preventiva (par. 1). Al di fuori di tali categorie, o se il contratto rientra in più categorie, esso è sottoposto alla legge del Paese di residenza abituale della parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto.

Riguardo ai contratti più frequentemente suscettibili di conclusione da parte del consumatore, la vendita e la fornitura di servizi, il citato art. 4 stabilisce, rispettivamente, l'applicazione della legge di residenza abituale del venditore e del fornitore di servizi, cioè della controparte rispetto al consumatore. Anche la regola posta per i contratti non rientranti nelle categorie determinate nell'art. 4, par. 1, (o rientranti in più categorie) – l'applicazione della legge di residenza abituale della parte tenuta ad effettuare la prestazione caratteristica (art. 4, par. 2) – condurrebbe a sottoporre il contratto alla legge di residenza della controparte, cioè del “contraente forte”, non

<sup>6</sup> COM(2005)650 def.

già del consumatore, non potendosi considerare “caratteristica” la prestazione di quest’ultimo, solitamente consistente nel pagamento di una somma monetaria.

Al fine di garantire la tutela del consumatore, l’art. 6 sottrae i contratti del consumatore a tali regole generali e li sottopone alla legge del Paese di residenza abituale dello stesso consumatore, così adottando una soluzione opposta a quella che deriverebbe dall’art. 4. Esso, inoltre, come vedremo, limita la scelta della legge da parte dei contraenti.

L’art. 6 definisce il contratto del consumatore come un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale (“il consumatore”) con un’altra persona che agisce nell’esercizio della sua attività commerciale o professionale (“il professionista”). Esso, quindi, non è definito in ragione del suo oggetto, il quale può ricondurlo a varie tipologie contrattuali, come la vendita, il mutuo, la prestazione di servizi ecc., così come a un contratto innominato, ma in base alle parti contraenti che sono, rispettivamente, il professionista e il consumatore (contratto B2C). È quest’ultimo, in definitiva, che costituisce l’elemento unificante di una varietà indifferenziata di contratti, sia tipici che innominati, sebbene, a tal fine, sia rilevante anche la figura della controparte, il professionista.

La nozione di consumatore delineata nell’art. 6<sup>7</sup> corrisponde, sostanzialmente, a quella contenuta nell’art. 15 del regolamento n. 44/2001, del 22 dicembre 2000, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I), ribadita nell’art. 17 del regolamento n. 1215/2012, del 12 dicembre 2012, sullo stesso oggetto (“rifusione”, c.d. Bruxelles I *bis*), applicabile a decorrere dal 10 gennaio 2015. Come si è ricordato, la coerenza del regolamento Roma I con quello n. 44/2001 era un obiettivo della trasformazione della Convenzione di Roma del 1980 in un regolamento e risulta espressamente dal 7° e dal 24° ‘considerando’. Ciò comporta la possibilità di impiegare, per la soluzione dei problemi interpretativi relativi all’art. 6 del regolamento n. 593/2008, la giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi riguardo all’art. 15 del regolamento n. 44/2001 e, ancor prima, rispetto alla corrispondente disposizione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, avente lo stesso oggetto e sostituita dal suddetto regolamento. La continuità interpretativa con tale giurisprudenza concerne, in primo luogo, il carattere autonomo e uniforme della nozione di consumatore, rispetto a quella eventualmente ricavabile dagli ordinamenti degli Stati membri. Infatti, con una giurisprudenza costante<sup>8</sup>, la Corte di giustizia ha affermato che, di regola, le nozioni impiegate nella Convenzione di Bruxelles, in specie quella di consumatore, vanno interpretate autonomamente, alla luce soprattutto del sistema e delle finalità della stessa, così da assicurarne la piena efficacia in tutti gli Stati membri.

La suddetta nozione è analoga anche a quelle presenti nelle numerose direttive di diritto materiale relative ai consumatori, per es., tra le più recenti, la direttiva 2008/122/CE, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le

---

<sup>7</sup> Sulla quale, anche per ulteriori riferimenti, cfr. P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 145 ss.

<sup>8</sup> Si veda, in particolare, la sentenza del 21 giugno 1978, causa 150/77, *Bertrand*.

vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio (art. 2, par. 1, lett. f) e la direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica a varie precedenti direttive comunitarie (art. 2, par. 1), nonché la direttiva 2013/11/UE, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. La sostanziale uniformità così realizzata tra il regolamento Bruxelles I, il regolamento Roma I e le direttive di ravvicinamento delle legislazioni relative ai contratti del consumatore determina un positivo effetto di certezza del diritto, particolarmente apprezzabile ai fini dell'applicabilità delle direttive di diritto materiale (o, più precisamente, delle leggi degli Stati membri di attuazione), la quale presuppone già individuata, alla stregua delle norme di conflitto del regolamento Roma I, la legge regolatrice del contratto in questione.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1, anzitutto la nozione di consumatore è limitata alle persone fisiche. Sono quindi esclusi da tale nozione – e, di conseguenza, dalla disciplina protettrice contenuta nel suddetto articolo – gli enti collettivi, che pure, come un'associazione *non profit* o una cooperativa di consumo, ben possono svolgere un'attività priva di finalità lucrative e quindi – a nostro avviso – apparire meritevoli di tutela al pari delle persone fisiche. È consumatore, inoltre, la parte che abbia concluso il contratto per un uso estraneo alla sua attività commerciale o professionale, cioè per un uso privato e personale, anche se è da ritenere che tale uso comprenda quello familiare o domestico. La formulazione dell'art. 6 implica che il contratto – non necessariamente il bene o servizio oggetto dello stesso – sia destinato a un uso siffatto.

Il riferimento all'uso per il quale il contratto è concluso ha per conseguenza che la qualifica di consumatore non sia un elemento permanente e immutabile del contraente: uno stesso soggetto, infatti, a seconda delle finalità della stipulazione del contratto (personale o professionale) può assumere la veste di consumatore o di professionista. In questo senso, con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, si è pronunciata la Corte di giustizia sin dalla sentenza del 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, nella quale ha dichiarato che, “al fine di stabilire lo *status* di consumatore di una persona, (...) occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale persona”. Pertanto, “un solo e medesimo soggetto può essere considerato un consumatore nell'ambito di determinate operazioni ed un operatore economico nell'ambito di altre”.

Dalla formulazione dell'art. 6, par. 1, del regolamento Roma I si desume che l'uso non professionale, al quale è destinato il contratto, deve risultare in maniera oggettiva dalle circostanze del contratto o dalla situazione di fatto, non dalle semplici intenzioni del consumatore. Tale disposizione, infatti, richiede che il contratto sia concluso per un uso *che possa essere considerato* estraneo alla sua attività commerciale o professionale<sup>9</sup>.

Un delicato problema interpretativo si pone nel caso di uso promiscuo, nel senso, cioè, che il contraente agisca in parte nell'esercizio della sua attività professionale, in parte al di fuori di tale attività. Riguardo all'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980 l'opinione più diffusa, risultante anche dalla Relazione di Mario Giuliano

<sup>9</sup> In questo senso P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 151.

e Paul Lagarde<sup>10</sup>, era nel senso di utilizzare un criterio di prevalenza, escludendo il carattere di contratto del consumatore se l'uso previsto fosse prevalentemente professionale, ammettendolo nell'ipotesi opposta. La Corte di giustizia ha interpretato il corrispondente art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 1968 in maniera particolarmente restrittiva; nella sentenza del 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*, essa ha escluso che un contratto concluso da taluno per un uso in parte relativo alla sua attività professionale e in parte estraneo a quest'ultima potesse rientrare nella norma protettiva avente ad oggetto i contratti dei consumatori, salvo "nell'ipotesi in cui il nesso tra il contratto e l'attività professionale dell'interessato fosse talmente modesto da divenire marginale ed avesse quindi solo un ruolo trascurabile nel contesto dell'operazione, considerata nel suo insieme, per cui il contratto è stato concluso". La posizione della Corte si fonda essenzialmente su due argomenti: sul piano letterale non potrebbe considerarsi "estraneo alla sua attività professionale" un contratto concluso dalla parte per un uso sia pure solo parzialmente ricadente in tale attività; sul piano sistematico la norma relativa ai contratti del consumatore, che consente a quest'ultimo di promuovere l'azione giudiziaria dinanzi al giudice dello Stato nel quale egli è domiciliato, rappresenterebbe un'eccezione alla regola generale della competenza del foro del convenuto e, pertanto, andrebbe interpretata in maniera restrittiva.

La citata direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nel punto 17 del preambolo affronta il problema della qualificazione dei contratti conclusi per un uso promiscuo, offrendone, peraltro, una soluzione alquanto ambigua: secondo tale direttiva la persona che conclude un contratto del genere dovrebbe essere considerata consumatore qualora "lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto". Il riferimento a uno scopo "limitato" sembra evocare la giurisprudenza ora ricordata relativa all'uso professionale "talmente marginale" da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione; ma, per altro verso, la necessità di valutare il carattere "predominante" dello scopo commerciale appare conforme all'orientamento, respinto dalla Corte, secondo il quale la qualificazione di un contratto come "del consumatore" o meno dipende dalla prevalenza dell'uso, rispettivamente, privato o professionale.

Quest'ultimo orientamento, a nostro avviso, va ribadito riguardo all'art. 6, par. 1, del regolamento n. 593/2008. Ci sembra, infatti, che lo scopo protettivo di tale norma sussista pure quando il contratto, sebbene concluso anche per un uso commerciale, sia prevalentemente diretto ad un uso privato, determinandosi anche in questo caso quello squilibrio contrattuale che essa intende rimuovere. In senso contrario non sembrano decisivi gli argomenti addotti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gruber*. Il primo, desunto dalla formulazione letterale, prova troppo, poiché condurrebbe a negare la natura di contratti del consumatore anche in quelli aventi solo un nesso marginale con l'attività professionale del contraente; il secondo, comportante un'interpretazione restrittiva a causa del carattere eccezionale della disposizione in esame, dovrebbe cedere il passo dinanzi ad un'interpretazione teleologica, volta alla tutela del contraente debole, tutela che – come si è detto – riteniamo fondata anche nell'ipotesi

---

<sup>10</sup> *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in GUCE C 282, 31 ottobre 1980, p. 1 ss., in specie p. 23.

in esame. Semmai, la necessità di operare una valutazione di prevalenza nell'uso al quale è rivolto il contratto potrebbe incidere negativamente sui requisiti di certezza e di prevedibilità della legge applicabile<sup>11</sup>; ma si tratta di un rischio che non è escluso neppure dalla soluzione accolta dalla Corte di giustizia, nella quale andrebbe comunque verificato il carattere marginale o meno dell'uso professionale del contratto.

Sebbene l'art. 6, par. 1, riferisca al contratto, oggettivamente considerato, la destinazione a un uso professionale o meno, anche l'atteggiamento delle parti può venire in rilievo al fine di classificare il contratto come "del consumatore". Ci riferiamo all'ipotesi, menzionata nella Relazione Giuliano-Lagarde e ripresa nella ricordata sentenza *Gruber*, in cui un privato, con il suo comportamento, abbia indotto la controparte (il professionista) a credere che il contratto sia stipulato per un uso professionale, per esempio facendo un'ordinazione di beni suscettibili di servire all'esercizio della sua professione su carta con intestazione professionale, o chiedendo la consegna presso il suo studio professionale o la sede della sua attività commerciale, o dichiarando la possibilità di recuperare l'IVA. In questo caso ragioni di tutela della buona fede della controparte, da un lato, e di certezza e di prevedibilità della legge regolatrice, dall'altro, inducono a sottrarre un contratto siffatto all'applicazione dell'art. 6.

L'articolo in esame richiede che il consumatore sia il contraente; la norma non può quindi estendersi all'ipotesi in cui egli sia il destinatario finale di un'operazione commerciale, ma il contratto sia stato concluso da un altro soggetto (avente caratteri professionali). Va sottolineato, inoltre, che l'art. 6 non è applicabile neppure a contratti, stipulati tra "professionisti", ma nei quali sussista, obiettivamente, una palese disuguaglianza economica e negoziale tra le parti. Si pensi al piccolo commerciante al dettaglio che acquisti prodotti da una grande casa industriale, al giovane professionista che, per iniziare la propria attività, concluda un contratto per la fornitura del materiale informatico e, specialmente, a chi debba ricorrere al credito per finanziare l'avvio (o la sopravvivenza) della propria attività economica. In questi casi può apparire ingiustificata la mancata tutela del contraente debole. Inoltre spesso quest'ultimo si trova in un anello intermedio nella catena che va dal produttore al consumatore finale. Sul contraente finale, quindi, finiscono per "scaricarsi" gli effetti di eventuali clausole vessatorie imposte, tramite la scelta della legge applicabile o in base alla legge del proprio Paese di residenza abituale, dal produttore originario all'operatore intermedio, oppure la scarsa protezione del consumatore (per esempio, riguardo alle norme sulla fabbricazione o sulla etichettatura dei prodotti) risultante da tale legge. Deve riconoscersi, peraltro, che, ove si abbandonasse l'ancoraggio dell'uso non professionale per la qualificazione del contratto del consumatore, la prevedibilità della legge applicabile potrebbe essere pregiudicata; e l'incertezza giuridica rischierebbe di scoraggiare la controparte professionista dal concludere contratti transfrontalieri, con nocumento per la realizzazione e il funzionamento del mercato interno.

L'art. 6, par. 1, infine (a differenza della Convenzione di Roma, del regolamento n. 44/2001 e di quello "rifusione" n. 1215/2012) definisce espressamente la controparte del consumatore, il professionista, come una persona "che agisce nell'esercizio

<sup>11</sup> Essi sono sottolineati, a sostegno della propria pronuncia, dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Gruber* (punto 45).

della sua attività commerciale o professionale”. Anche questa definizione corrisponde, sostanzialmente, a quella fornita dalle direttive di diritto materiale relative ai contratti dei consumatori. Più ampia è la definizione contenuta nella ricordata direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, secondo la quale il professionista è “qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale” (art. 2, par. 2). Non c’è dubbio, peraltro, che l’art. 6 del regolamento Roma I si applichi anche alle fattispecie comprese in questa definizione. Invece, se la controparte non è un professionista (cioè nel contratto C2C), ponendosi, sia pure astrattamente, le parti su un piano di eguaglianza economica e giuridica, vengono meno le ragioni di tutela del contraente, alla quale tale disposizione è preordinata.

**4.** Alcune categorie di contratti, pur inquadrabili, concettualmente, tra quelli conclusi tra un consumatore e un professionista, sono esplicitamente esclusi dall’ambito di applicazione dell’art. 6 del regolamento n. 593/2008<sup>12</sup>.

Vengono in rilievo, anzitutto, i contratti di trasporto (di merci o di persone), contemplati dall’art. 5, e quelli di assicurazione, di cui all’art. 7 dello stesso regolamento. Tuttavia, ai sensi dell’art. 6, par. 4, lett. b), rientrano nella disciplina posta dallo stesso art. 6 per i contratti dei consumatori i contratti riguardanti un viaggio “tutto compreso” ai sensi della direttiva 90/314/CEE, del 13 giugno 1990.

Sono esclusi dall’art. 6 anche i contratti di fornitura dei servizi quando questi devono essere forniti al consumatore esclusivamente in un Paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente (art. 6, par. 4, lett. a). Gli esempi tipici sono il contratto alberghiero per trascorrere le vacanze e quello concluso per un soggiorno di studio di una lingua. In questi casi, invero, non appare giustificato che il turista o il corsista facciano affidamento sull’applicazione della legge del Paese della propria residenza; per altro verso, il fornitore del servizio, per esempio l’albergatore, sarebbe posto in una situazione difficilmente sostenibile ove dovesse concludere una pluralità di contratti sottoposti alle differenti leggi di residenza di ciascun cliente.

La disciplina posta dall’art. 6 non si applica neppure, in principio, ai contratti aventi per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione (art. 6, par. 4, lett. c). Tali contratti sono tradizionalmente sottoposti alla *lex rei sitae*, come è confermato dall’art. 4, par. 1, lett. c), dello stesso regolamento n. 593/2008, legge che, tra l’altro, garantisce l’unità tra *ius* e *forum*, essendo prescritta la competenza esclusiva dei giudici dello Stato membro in cui l’immobile è situato (art. 22, par. 1, del regolamento n. 44/2001 e art. 24, par. 1, del regolamento “rifusione” del 12 dicembre 2012). A tale esclusione fanno eccezione i contratti di *time-sharing* o multiproprietà (comportanti un diritto di godimento a tempo parziale), rientranti nell’ambito della direttiva 94/47/CE, del 26 ottobre 1994, modificata dalla direttiva 2008/122/CE, del 14 gennaio 2009, ai quali dunque si applica la legge prevista dall’art. 6 del regolamento.

A meno che non si tratti della prestazione di un servizio finanziario (come le attività di investimento), che rientrano nella disciplina posta dall’art. 6 per i con-

---

<sup>12</sup> In argomento cfr. F. SEATZU, *Contratti con i consumatori e regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 299 ss., in specie p. 330 ss.

tratti dei consumatori, ne sono esclusi, infine, gli strumenti finanziari, così come la loro emissione o offerta al pubblico, la sottoscrizione o il riacquisto di quote di organismi di investimento collettivo (art. 6, par. 4, lett. d). In queste materie appare necessaria la sottoposizione ad un'unica legge delle varie operazioni, che verrebbero invece a frammentarsi in una pluralità di leggi differenti ove si applicasse la legge di residenza del consumatore. Per la stessa ragione sono esclusi dalla disciplina della disposizione in esame i contratti conclusi nell'ambito di un sistema multilaterale di acquisto e vendita di strumenti finanziari, anch'essi regolati da un'unica legge, quella, in principio, dello Stato membro di origine del mercato regolamentato (art. 6, par. 4, lett. e), ed art. 4, par. 1, lett. h)<sup>13</sup>.

5. L'applicazione della legge prescritta dall'art. 6 è subordinata ad alcune condizioni. Ai sensi del par. 1 è necessario che il professionista, in via alternativa, svolga le sue attività commerciali o professionali nel Paese in cui il consumatore ha la residenza abituale (lett. a), o diriga queste attività, con qualsiasi mezzo, verso tale Paese o vari Paesi tra cui quest'ultimo (lett. b); e, in secondo luogo, che il contratto rientri nell'ambito di dette attività.

L'ipotesi prevista dalla lett. a) si realizza, per esempio, quando il professionista sia presente con uno *stand* in una fiera nel Paese di residenza del consumatore, o in tale Paese abbia una sede, o un rappresentante ecc. L'applicazione della legge del Paese in questione è ben giustificata, poiché, per un verso, non può dubitarsi che su tale legge abbia fatto affidamento il consumatore, per altro verso, il professionista si è recato consapevolmente nel Paese del consumatore con l'intento di concludere il contratto.

La fattispecie contemplata dalla lett. b) risponde all'intento di semplificare la corrispondente disposizione dell'art. 5, par. 2, della Convenzione di Roma del 1980 e di aggiornarla, in considerazione delle modalità di conclusione del contratto proprie del commercio elettronico, nonché di favorire l'applicazione della legge dello Stato al quale appartiene il giudice competente. La norma in esame, infatti, è modellata sull'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento Bruxelles I (invariato nell'art. 17, par. 1, lett. c), del regolamento Bruxelles I *bis*), anche se deve notarsi che quest'ultimo dichiara competente il giudice del domicilio del consumatore, mentre la legge applicabile è quella della sua residenza abituale. La disposizione in parola comprende un'ampia varietà di ipotesi, da quelle più tradizionali, quali l'invio di *dépliants* o di lettere per posta all'indirizzo del consumatore, inserzioni su quotidiani o riviste venduti nel Paese di quest'ultimo, pubblicità radiofonica o televisiva che raggiunga il Paese suddetto, telefonate, messaggi telefonici, proposte presentate individualmente al consumatore ad opera di un agente o di un venditore porta a porta, a quelle più moderne, come l'invio di una e-mail e, specialmente, l'apertura di un sito Internet del professionista, accessibile dal Paese di residenza del consumatore o – come normalmente avviene – da un largo numero di Paesi – se non da tutti – compreso quello del consumatore. Specie in quest'ultima ipotesi si apre la possibilità di un'interpretazione molto ampia della nozione di attività dirette verso il consumatore, con il rischio che, in maniera pressoché inconsapevole, il professio-

<sup>13</sup> Cfr. F. VILLATA, *La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 417 ss.

nista veda i contratti conclusi con i consumatori sottoposti a una estrema varietà di leggi straniere, in corrispondenza alla residenza di ciascun consumatore contraente.

Una restrizione a tale nozione eccessiva sarebbe ricavabile, peraltro, dalla condizione che il contratto concluso “rientri nell’ambito di dette attività”, specie qualora fosse interpretata in maniera rigorosa, nel senso che debba sussistere un nesso di causalità tra le attività del professionista dirette al Paese di residenza del consumatore e la conclusione del contratto. Al riguardo il regolamento Roma I, al 24° ‘considerando’, dopo avere sottolineato che la coerenza tra lo stesso regolamento e quello n. 44/2001 richiede che il concetto di “attività diretta” verso il Paese di residenza del consumatore sia interpretato in maniera armoniosa in detti regolamenti, riporta espressamente una dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione relativa all’art. 15 del regolamento n. 44/2001. Questa precisa che l’applicazione del citato par. 1, lett. c), richiede non solo che l’impresa diriga le sue attività verso il Paese di residenza del consumatore (o verso una pluralità di Stati che lo comprenda), “ma anche che il contratto sia stato concluso nell’ambito di dette attività”; aggiunge che la mera accessibilità di un sito Internet non è sufficiente ai fini dell’applicazione della norma in esame, essendo necessario che il sito inviti a concludere “contratti a distanza e che un contratto sia stato effettivamente concluso a distanza, con qualsiasi mezzo”. Il preambolo del regolamento Roma I prosegue dichiarando che l’applicazione della legge del Paese di residenza del consumatore presuppone che, in entrambe le ipotesi previste dall’art. 6, par. 1, “il contratto sia stato concluso quale risultato” delle attività del professionista, in particolare, nel caso della lett. b), delle attività verso il suddetto Paese (25° ‘considerando’).

Alla luce di tali ‘considerando’ (e della richiamata dichiarazione relativa all’art. 15 del regolamento n. 44/2001) la tutela accordata dall’art. 6 al consumatore richiederebbe che il contratto sia stato effettivamente concluso a distanza; che la conclusione sia il “risultato” delle attività del professionista, cioè che sussista un rapporto di causalità fra queste ultime e la conclusione del contratto, non di mera successione temporale o di accidentalità; che, nel caso di un sito Internet del professionista, tale sito inviti a concludere (a distanza) il contratto, essendo insufficiente la mera accessibilità del sito, così come – precisa la citata dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione – la lingua o la valuta caratteristica del sito (anche se coincidente con quelle del Paese di residenza del consumatore).

Le precisazioni suddette, peraltro, non possono considerarsi giuridicamente obbligatorie né, tanto meno, vincolanti per il giudice nazionale e per la Corte di giustizia. Infatti la dichiarazione congiunta relativa all’art. 15 del regolamento Bruxelles I, non traducendosi in un formale atto comunitario, ha il solo valore di uno strumento interpretativo ausiliario. Quanto ai ‘considerando’ del regolamento Roma I, ad essi non può estendersi l’obbligatorietà del dispositivo del regolamento<sup>14</sup>; tali ‘considerando’, oltre a rappresentare un adempimento dell’obbligo di motivazione degli atti

---

<sup>14</sup> Cfr., con particolare riguardo al regolamento in esame, S. LEMAIRE, *Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2157 ss.; su un piano più generale C. HEN, *La motivation des actes des institutions communautaires*, in *Cahiers de droit européen*, 1977, p. 49 ss. Si noti che l’accordo interistituzionale sulle linee direttrici comuni relative alla qualità redazionale della legislazione comunitaria del 22 dicembre 1998 dichiara espressamente che i ‘considerando’ non comportano disposizioni di carattere normativo.

europei oggi sancito dall'art. 296, co. 2, TFUE, hanno anch'essi un valore essenzialmente interpretativo, sia pure autorevole, ai fini dell'individuazione delle finalità del regolamento, nel contesto, in particolare, di una sua interpretazione teleologica. E in effetti la Corte di giustizia, con una giurisprudenza concernente l'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001, estensibile, in principio, all'art. 6, par. 1, del regolamento Roma I, si è sensibilmente discostata dall'orientamento dianzi riferito, per un verso, mostrando maggiore elasticità in merito alle condizioni relative alla conclusione del contratto, per altro verso, valorizzando essenzialmente la condizione che le attività del professionista siano dirette verso il Paese di residenza del consumatore.

La Corte, anzitutto, ha chiarito che il citato art. 15, par. 1, lett. c), non esige che il contratto sia concluso a distanza. Nella sentenza del 6 settembre 2012, causa C-190/11, *Mühlleitner*<sup>15</sup> (che tiene conto anche del citato 24° 'considerando' del regolamento Roma I) essa, in base a una interpretazione letterale della norma in esame, la quale richiede solo due condizioni (l'esercizio delle attività commerciali o professionali nello Stato membro del consumatore o la loro direzione verso tale Stato e, in secondo luogo, che il contratto rientri nell'ambito di dette attività), ai lavori preparatori del regolamento e a un'interpretazione teleologica, nella quale è decisivo il fine di tutela del consumatore, parte debole del contratto, ha dichiarato che l'art 15, par. 1, lett. c), dev'essere interpretato nel senso che non richiede che il contratto tra il consumatore e il professionista sia concluso a distanza. Alla luce di questa sentenza, la tutela consistente nell'applicazione della legge di residenza del consumatore si estende all'ipotesi di contratto non concluso a distanza, ma, per esempio, nel Paese di residenza del professionista. Il consumatore "attivo" o "mobile", nell'ipotesi considerata, non subisce più una discriminazione, ingiustificata e priva di fondamento nel testo dell'art. 6, rispetto al consumatore "passivo", il quale abbia concluso il contratto a distanza. L'irrelevanza delle modalità di conclusione del contratto è da approvare anche in considerazione delle difficoltà probatorie sul luogo di conclusione e del fatto che, come è stato giustamente rilevato<sup>16</sup>, tale luogo appare privo di pertinenza ai fini della protezione del consumatore.

Anche l'esigenza di un nesso di causalità tra le attività del professionista e la conclusione del contratto non ha trovato il riconoscimento della Corte di giustizia. Nella sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-218/12, *Emrek*, la Corte ha rilevato che l'aggiunta di tale requisito ai due espressamente stabiliti dall'art. 15, par. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001 risulterebbe in conflitto con l'obiettivo perseguito da tale norma di tutelare il consumatore. Infatti, in particolare nel caso in cui il professionista diriga le proprie attività verso il Paese del consumatore mediante un sito Internet, ma il contratto non sia concluso a distanza usando tale sito, le difficoltà probatorie relative all'esistenza di un nesso di causalità tra l'impiego del sito e la conclusione del contratto scoraggerebbero il consumatore dall'adire il proprio giudice nazionale, così indebolendo la sua tutela. Si può aggiungere, sul piano generale, che il fatto stesso di esigere condizioni ulteriori, rispetto a quelle espressamente richieste dalla

<sup>15</sup> Nello stesso senso si veda la successiva sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-218/12, *Emrek*.

<sup>16</sup> A. BONOMI, *Autonomia delle parti e protezione dei consumatori nel regolamento "Roma I"*, in N. BOSCHIERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti*, Napoli, 2008, p. 239 ss., in specie p. 249.

disposizione in esame – così come dall’art. 6, par. 1, del regolamento n. 593/2008 –, oltre che ingiustificato sul piano di un’interpretazione letterale, appare contrario alla *ratio* di tali norme, poiché ne restringe il campo di applicazione e, di conseguenza, l’ambito entro il quale il consumatore è tutelato. È quindi sufficiente che il contratto rientri nel tipo di attività, professionale, commerciale, imprenditoriale, svolta dalla controparte del consumatore.

La giurisprudenza ha anche chiarito la nozione di attività diretta verso il Paese del consumatore (o Paesi che lo comprendano) con particolare riguardo all’ipotesi, oggi più diffusa, di uso di un sito Internet, il quale, per sua natura, è consultabile, di regola, a partire da qualsiasi Paese e quindi, apparentemente, diretto verso tutti i Paesi, compreso quello di residenza del consumatore. In proposito di fondamentale importanza è la sentenza del 7 dicembre 2010, cause riunite C-585/08 e 144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof*: la Corte, sulla base sia dei lavori preparatori del regolamento Bruxelles I che della ricordata dichiarazione congiunta riportata nel 24° ‘considerando’ del regolamento Roma I, ha escluso che la mera utilizzazione di un sito Internet, accessibile da qualsiasi Stato, possa rappresentare un’attività diretta verso lo Stato di domicilio del consumatore e ha richiesto, invece, che il professionista abbia manifestato “la propria volontà” di stabilire rapporti commerciali con i consumatori di uno o più Stati. Secondo la Corte, dunque, occorre accertare se, prima della eventuale conclusione del contratto con un consumatore, il professionista intendeva trattare con consumatori residenti in altri Stati, diversi dal proprio, tra i quali quello di residenza dello stesso consumatore, nel senso che era disposto a concludere un contratto con tali consumatori. L’intenzione del professionista va acclarata sulla base di una pluralità di possibili indizi, che la stessa Corte ha cura di indicare, in maniera peraltro esemplificativa. La Corte, nel dispositivo, afferma infatti: “[i] seguenti elementi, il cui elenco non è esaustivo, possono costituire indizi che consentono di ritenere che l’attività del commerciante sia diretta verso lo Stato membro di domicilio del consumatore, vale a dire la natura internazionale dell’attività, l’indicazione di itinerari a partire da altri Stati membri per recarsi presso il luogo in cui il commerciante è stabilito, l’utilizzazione di una lingua o di una moneta diverse dalla lingua o dalla moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro in cui il commerciante è stabilito con la possibilità di prenotare e confermare la prenotazione in tale diversa lingua, l’indicazione di recapiti telefonici unitamente ad un prefisso internazionale, il dispiego di risorse finanziarie per un servizio di posizionamento su Internet al fine di facilitare ai consumatori domiciliati in altri Stati membri l’accesso al sito del commerciante ovvero a quello del suo intermediario, l’utilizzazione di un nome di dominio di primo livello diverso da quello dello Stato membro in cui il commerciante è stabilito e la menzione di una clientela internazionale composta da clienti domiciliati in Stati membri differenti. Spetta al giudice nazionale verificare la sussistenza di tali indizi. Per contro, la semplice accessibilità del sito Internet del commerciante o di quello dell’intermediario nello Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato è insufficiente. Ciò vale anche con riguardo all’indicazione di un indirizzo di posta elettronica o di altre coordinate ovvero all’impiego di una lingua o di una moneta che costituiscano la lingua e/o la moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro nel quale il commerciante è stabilito”.

A tali indizi la Corte, nella citata sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-218/12, ha aggiunto, sempre in via esemplificativa, la sussistenza di un nesso di causalità tra il mezzo – un sito Internet – utilizzato dal professionista per dirigere la propria attività verso lo Stato membro del consumatore e la conclusione del contratto con quest'ultimo (sebbene, come si è visto, tale nesso non sia di per sé una condizione per l'applicazione dell'art. 15, par. 1, lett. c).

6. L'art. 6, par. 1, del regolamento Roma I sottopone il contratto del consumatore (alle condizioni dianzi considerate) alla legge del Paese nel quale quest'ultimo ha la residenza abituale. Da un punto di vista logico-giuridico, peraltro, il criterio di collegamento della sua residenza abituale si pone in via successiva rispetto alla volontà delle parti. Ai sensi del par. 2, infatti, le parti possono scegliere una diversa legge regolatrice in conformità dell'art. 3 del regolamento (sia pure nei limiti che vedremo). Quest'ultimo esprime, quale regola generale dell'intero regolamento, l'applicazione al contratto della legge scelta dalle parti<sup>17</sup>.

Tale regola ben si giustifica sia perché rappresenta la proiezione, sul piano internazionalprivatistico, dell'autonomia privata, che domina la materia contrattuale, sia perché assicura prevedibilità e certezza in merito alla legge regolatrice del contratto. Lo stesso regolamento dichiara che “la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali” (11° ‘considerando’).

Ma nei contratti del consumatore – come, più in generale, nelle tipologie contrattuali nelle quali sussista uno squilibrio tra i contraenti che richieda una tutela della parte ritenuta debole – vi è il rischio che la scelta di una legge, sebbene consensualmente convenuta tra le parti, nella sostanza sia imposta al consumatore dal professionista, al fine di privarlo di garanzie presenti nella legge applicabile in mancanza di scelta o, comunque, per sottoporre il contratto a una legge il cui contenuto sia più favorevole agli interessi del professionista o, se non altro, gli sia più familiare. Per evitare tale rischio la proposta di regolamento originariamente presentata dalla Commissione escludeva radicalmente qualsiasi possibilità di *optio legis*, sottoponendo in ogni caso il contratto del consumatore alla legge del Paese della sua residenza abituale. La proposta apparve eccessivamente rigida, sicché nel testo definitivo del regolamento Roma I l'operare della volontà delle parti è ammessa, ma con dei limiti volti a tutelare il consumatore. In base al par. 2 dell'art. 6, infatti, la scelta della legge applicabile “non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del par. 1”, cioè la legge del Paese di residenza abituale del consumatore. Le disposizioni non derogabili convenzionalmente di tale legge, pertanto, prevalgono su quelle della legge scelta dalle parti, nella misura in cui accordino al consumatore una protezione maggiore.

<sup>17</sup> Al riguardo, anche per ulteriori indicazioni, ci permettiamo di rinviare a U. VILLANI, *Sulla scelta della legge applicabile ai contratti nel regolamento Roma I*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione. Le regole del mercato finanziario*, Padova, 2010, II, p. 731 ss.; adde P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento «Roma I» sulla legge applicabile ai contratti*, in I. QUEIROLO, A. M. BENEDETTI, L. CARPANETO (a cura di), *op. cit.*, p. 29 ss.

Si noti che la prevalenza delle disposizioni della legge di residenza del consumatore, con conseguente applicazione in luogo della legge scelta dalle parti, è circoscritta alle sole disposizioni inderogabili dai privati, quelle, cioè, di carattere cogente. Questa limitazione, da un punto di vista logico, appare giustificata; infatti, se le disposizioni sono derogabili mediante contratto, coerentemente la loro applicazione può essere esclusa anche mediante una clausola contrattuale che stabilisca la legge applicabile (*pactum de lege utenda*). Peraltro, ai fini della tutela del consumatore – che pure costituisce la stessa ragion d’essere di una disposizione speciale nel regolamento Roma I – la salvezza delle sole disposizioni cogenti della sua legge di residenza non risulta soddisfacente. Se questa legge prevede un basso livello di tutela del consumatore, affidandosi a norme derogabili convenzionalmente, tale livello, infatti, può essere ulteriormente abbassato designando una legge ancor meno protettiva.

In base alla norma in esame l’individuazione della disciplina del contratto richiede un raffronto tra le disposizioni (inderogabili) della legge di residenza del consumatore e quelle della legge scelta dalle parti, al fine di verificare quale sia la più protettiva del consumatore. A nostro parere l’art. 6, par. 2, non impone una preferenza *in toto* per l’una o per l’altra delle due leggi, ma richiede una considerazione delle singole disposizioni<sup>18</sup>. L’interprete dovrà sforzarsi di contemperare le disposizioni di tali leggi, applicando quelle (desunte, di volta in volta, dall’una o dall’altra) che su ciascun singolo aspetto del contratto siano più favorevoli al consumatore. In altri termini, l’interprete dovrà procedere a un’applicazione selettiva delle disposizioni delle due leggi, dando la preferenza a quelle che, rispetto a ciascuna questione, forniscano la maggiore tutela al consumatore. In questo senso depono la *ratio* della norma in esame, la quale – come risulta testualmente – consiste nel non privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni (imperative) della legge del suo Paese di residenza. Ciò comporta che la legge scelta dalle parti può operare solo nella misura, e quindi per gli aspetti del contratto, in cui conduca a una protezione del consumatore superiore (o eguale) a quella derivante dalla legge di residenza.

Il rinvio che l’art. 6, par. 2, effettua all’art. 3 del regolamento determina un ulteriore limite all’operare della scelta delle legge regolatrice. Tale limite è prescritto riguardo alle fattispecie interamente “comunitarie”, cioè quando “tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui opera la scelta, in uno o più Stati membri”. In questa ipotesi, in base all’art. 3, par. 4, “la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l’applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”<sup>19</sup>. Tale norma è ispirata alla celebre sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, nella quale la Corte affermò che certe disposizioni della direttiva 86/653/

---

<sup>18</sup> In questo senso, con riguardo all’art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, vedi già U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000, II ed., p. 140. Per una diversa opinione cfr. F. RAGNO, *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 129 ss., in specie p. 151; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 175.

<sup>19</sup> Per un approfondito esame di tale disposizione cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d’autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla “conflict involution” europea in materia contrattuale*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 67 ss., in specie p. 104 ss.

CEE, del 18 dicembre 1986, che garantiscono determinati diritti degli agenti commerciali dopo l'estinzione del contratto di agenzia, devono trovare applicazione anche quando il contratto, in forza di una sua clausola, è sottoposto alla legge di un Paese terzo, qualora l'agente abbia svolto la sua attività in un Paese membro. Si noti, peraltro, che la sentenza *Ingmar* riteneva sufficiente la localizzazione comunitaria dell'attività dell'agente commerciale, mentre il proponente era stabilito in un Paese terzo. Il citato art. 3, par. 4, richiede, invece, che tutti gli elementi pertinenti della situazione (a parte la volontà dei contraenti) siano ubicati in uno o più Stati membri. Esso, se, per un verso, è volto a combattere la frode al diritto dell'Unione, per altro verso, tende a rafforzarne il primato, per quanto riguarda i contratti legati in via esclusiva alla sfera territoriale dell'Unione europea.

La disposizione in esame fa salve le sole disposizioni del diritto dell'Unione alle quali non è permesso derogare convenzionalmente. Tali disposizioni possono rinvenirsi nei Trattati (sull'Unione e sul funzionamento dell'Unione europea) come in atti di diritto derivato, quali regolamenti e direttive. È a queste ultime, in particolare, che va riferito l'inciso "come applicate nello Stato membro del foro": in sostanza, dovranno applicarsi, in luogo delle disposizioni della legge consensualmente designata dalle parti, quelle (inderogabili) poste nello Stato membro del giudice in attuazione di direttive (non già quelle emanate dallo Stato membro la cui legge sarebbe applicabile in mancanza di scelta).

Nel caso di contratti dei consumatori la disposizione in esame può risultare particolarmente idonea a salvaguardare l'applicazione del diritto dell'Unione, dato il considerevole numero di direttive emanate in materia. Di regola, peraltro, essa non dovrebbe determinare una protezione aggiuntiva al consumatore rispetto a quella già derivante dall'art. 6, par. 2. Infatti, considerato che, trattandosi di una fattispecie interamente "comunitaria", il consumatore è residente in un Paese membro, la scelta di una legge esterna all'Unione non può privarlo della tutela derivante dalla legge di tale Paese, cioè dal diritto dell'Unione, applicabile direttamente o in maniera "mediata", attraverso le leggi di attuazione delle direttive. Si noti, tuttavia, che non possono escludersi problemi di coordinamento tra l'art. 3, par. 4, e l'art. 6, par. 2, riguardo all'applicazione di direttive; il primo, infatti, non fa salve le disposizioni inderogabili della legge applicabile in mancanza di scelta (quella di residenza del consumatore), ma quelle, di attuazione delle direttive, dello Stato membro del giudice. Nell'ipotesi, improbabile ma non impossibile, in cui la residenza abituale del consumatore non coincida con il suo domicilio (rilevante al fine di radicare la competenza giurisdizionale e da accertare in base alla *lex fori*<sup>20</sup>) potrebbe sussistere una divergenza tra le leggi, di residenza e del giudice, di attuazione di una direttiva. Ci sembra che l'individuazione di quale "fare salva" rispetto a quella scelta dalle parti dovrebbe essere fatta ispirandosi al principio della più elevata tutela del consumatore, che costituisce la *ratio* della norma speciale sulla legge applicabile ai contratti del consumatore.

7. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, la legge applicabile in mancanza di scelta (e le cui disposizioni imperative prevalgono, se più favorevoli al consumatore, in caso

<sup>20</sup> Art. 59, par. 1, del regolamento Bruxelles I, confermato dall'art. 62, par. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*.

di scelta) è la legge del Paese di residenza abituale del consumatore. Tale residenza va stabilita al momento della conclusione del contratto (art. 19, par. 3); il che, per quanto giustificabile sul piano logico, ripropone le difficoltà, specie nel commercio elettronico, di accertare tale momento.

Detta legge (come, del resto, quella eventualmente convenuta tra le parti) regola la sostanza del contratto. Essa, ai sensi dell'art. 11, par. 4, del regolamento Roma I, disciplina altresì la forma dei contratti del consumatore e, per questo aspetto, non vi è alcuna possibilità di scegliere una legge differente. Tuttavia i contratti aventi per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile sono sottoposti ai requisiti della *lex rei sitae*, sempre che tali requisiti si applichino indipendentemente dal Paese in cui il contratto è concluso e dalla legge che disciplina il contratto e non siano derogabili convenzionalmente (art. 11, par. 5).

Come si è accennato, la sottoposizione dei contratti del consumatore alla legge della residenza abituale del consumatore rappresenta un rovesciamento, motivato dall'intento di tutela del contraente debole, rispetto alla norma generale dell'art. 4, la quale condurrebbe all'applicazione della legge di residenza del professionista, nella veste di venditore (par. 1, lett. a), o di prestatore di servizi (par. 1, lett. b), o di parte tenuta a effettuare la prestazione caratteristica (par. 2). Tale legge presenta il vantaggio, per il consumatore, di essergli più familiare, rispetto ad altre leggi che possano astrattamente venire in considerazione (quale la legge di residenza del professionista) e quindi, quanto meno, di essere conoscibile più facilmente e ... con minore spesa. Di conseguenza il consumatore è messo nelle migliori condizioni per decidere sulla convenienza di stipulare il contratto. Può aggiungersi che al momento di concludere il contratto il consumatore è naturalmente portato a fare affidamento su tale legge.

La designazione della legge di residenza del consumatore, tuttavia, non è priva di possibili inconvenienti<sup>21</sup>. Tale designazione, infatti, prescinde del tutto dal contenuto della legge, la quale, dunque, può risultare scarsamente protettiva del consumatore. In particolare, nei rapporti tra un professionista residente in un Paese industrializzato e un consumatore residente in un Paese del terzo mondo, quest'ultimo trarrebbe maggior vantaggio dall'applicazione della legge del professionista, normalmente più avanzata nella protezione del consumatore di quanto non lo sia la legge di residenza di quest'ultimo. E si noti che, nella prassi, i flussi di beni e servizi si muovono più frequentemente dai Paesi industrializzati verso quelli in via di sviluppo. Inoltre i produttori di un Paese sviluppato possono trovare vantaggioso destinare i propri beni o servizi a consumatori di Paesi con legislazioni scarsamente protettive di questi ultimi, così sfuggendo alle prescrizioni più rigorose della propria legge e ai conseguenti maggiori costi.

I dubbi sulla rispondenza alla tutela del consumatore della legge del suo Paese di residenza sono accresciuti dalla constatazione che la designazione di tale legge ha una rigidità che nessuna altra disposizione del regolamento presenta. Sia pure in via eccezionale, infatti, in luogo della legge prevista per i vari tipi di contratto dall'art. 4, par. 1 (e dal par. 2 per quelli non rientranti in tali tipi), "se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti

---

<sup>21</sup> Con riferimento all'analogia scelta operata dalla Convenzione di Roma cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 141 ss.

manifestamente più stretti con un Paese diverso (...) si applica la legge di tale diverso Paese”. La possibilità di sottoporre il contratto alla legge dello Stato con il quale esso presenta un collegamento più stretto, in luogo di quella designata dal regolamento, è prevista anche da disposizioni volte ad assicurare la protezione del contraente debole, come l’art. 8, par. 4, riguardo ai contratti individuali di lavoro. Se un’analogia clausola di eccezione fosse stata contemplata per i contratti dei consumatori, un’interpretazione teleologica guidata dal *favor* per il consumatore avrebbe potuto condurre a privilegiare, tra i diversi collegamenti che un contratto internazionale può presentare, quello suscettibile di rendere applicabile la legge più protettiva del consumatore, per esempio quella del Paese di residenza del professionista, considerato come il Paese con il quale il contratto è collegato in maniera più significativa. Ma una siffatta possibilità è radicalmente esclusa dal richiamo rigido e privo di qualsiasi eccezione della legge di residenza del consumatore.

Un correttivo all’applicazione di tale legge può rinvenirsi – oltre che nell’eccezionale operare dell’ordine pubblico internazionale della *lex fori* (art. 21) – nelle norme di applicazione necessaria della legge del giudice (art. 9, par. 2). Affinché esse vengano in rilievo, peraltro, occorre che possano qualificarsi come “disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un Paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica”; occorre, cioè, che le norme protettive dei consumatori siano considerate come rispondenti a un interesse pubblico e di tale importanza che il loro rispetto sia “cruciale” per la salvaguardia di tali interessi. Il che è sostenibile<sup>22</sup>, ma, riteniamo, forse solo in situazioni eccezionali. In ogni caso, relativamente ai contratti dei consumatori, non è frequente riconoscere norme di applicazione necessaria, le quali, cioè, non siano soltanto inderogabili dalla volontà dei contraenti, ma – come ben chiarisce l’art. 9, par. 1, del regolamento – debbano applicarsi “qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento”. Del tutto eccezionale, poi, sembra la possibilità che sia data efficacia a disposizioni di applicazione necessaria di un Paese terzo, rispetto sia alla legge designata dal regolamento che alla *lex fori*; tali disposizioni, infatti, sono limitate a quelle del Paese di esecuzione del contratto e a condizione che rendano illecito l’adempimento del contratto (art. 9, par. 3).

Il rischio che la legge di residenza abituale del consumatore, a causa del suo contenuto, tradisca lo scopo, insito nell’art. 6, di garantire la tutela del consumatore, può essere scongiurato, limitatamente, peraltro, ai consumatori residenti in un Paese membro dell’Unione, facendo affidamento sulle direttive di armonizzazione del diritto materiale relativo ai contratti in parola. Queste, pur non realizzando una identità delle legislazioni degli Stati membri (dati i margini di libertà che le direttive lasciano a tali Stati ai fini della loro attuazione), dovrebbero assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, come dichiarano i ricordati articoli 169, par. 1, e 114, par. 3, TFUE, nonché l’art. 38 della Carta dei diritti fondamentali. Un implicito riferimento a tali direttive è fatto dal 40° ‘considerando’ del regolamento Roma I, il quale dichiara che lo stesso regolamento non dovrebbe pregiudicare l’applicazione di altri strumenti contenenti disposizioni intese a contribuire al corretto

<sup>22</sup> Cfr. A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 173 ss., in specie p. 182.

funzionamento del mercato interno nella misura in cui esse non possono essere applicate in collegamento con la legge designata in base al regolamento<sup>23</sup>.

Le tecniche mediante le quali salvaguardare tali strumenti non sono peraltro precisate; per cui, per quanto concerne i contratti dei consumatori, sono le stesse direttive in materia che stabiliscono le condizioni per la loro applicazione. Tali regole di applicazione variano, peraltro, da una direttiva all'altra<sup>24</sup>. Così, le direttive anteriori al regolamento Roma I solitamente si limitano a stabilire che il consumatore non possa essere privato della protezione prevista dalla stessa direttiva a motivo della scelta della legge di un Paese terzo, se il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro. Quelle successive contengono norme differenti, come l'art. 12 della direttiva 2008/122/CE, del 14 gennaio 2009, sui contratti di multiproprietà, quelli relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e quelli di rivendita e di scambio: esso prescrive che, se la legge regolatrice del contratto sia quella di uno Stato membro, gli Stati membri garantiscono che i consumatori non possano rinunciare ai diritti conferiti loro dalla direttiva stessa (par. 1); qualora si tratti, invece, della legge di un Paese terzo, i consumatori non possono essere privati della tutela garantita dalla direttiva, come applicata nello Stato membro del giudice, se uno qualsiasi dei beni immobili interessati è situato nel territorio di uno Stato membro o, nel caso di un contratto non direttamente collegato a beni immobili, se l'operatore svolge attività commerciali o professionali in uno Stato membro o dirige tali attività, con qualsiasi mezzo, verso uno Stato membro e il contratto rientra nell'ambito di dette attività (par. 2). La direttiva 2011/83/UE, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, che modifica o abroga direttive precedenti, si rimette interamente al regolamento Roma I; essa, infatti, si limita a stabilire che, se il diritto applicabile è quello di uno Stato membro, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della direttiva (art. 25), precisando, al 10° 'considerando', che la stessa direttiva non dovrebbe pregiudicare il regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile ai contratti; e che, se la legge regolatrice è quella di un Paese terzo, dovrebbe essere applicato il suddetto regolamento n. 593/2008 al fine di determinare se il consumatore mantiene la protezione concessa dalla direttiva (58° 'considerando').

Non è possibile, in questa sede, un'analisi delle diverse tecniche, e dei diversi ambiti, di applicazione delle direttive relative ai contratti dei consumatori. Il quadro generale, peraltro, non risulta nitido né sempre chiaro. Non giovano, infatti, alla chiarezza la difformità delle disposizioni contenute nelle varie direttive e lo scarso coordinamento tra di loro, così come con il regolamento Roma I. Riguardo ai loro contenuti le direttive, al fine di salvaguardare (peraltro entro limiti tra di loro non coincidenti) i diritti del consumatore, fanno ricorso, di volta in volta (e forse non sempre in maniera consapevole), a categorie differenti, come le norme imperative non derogabili dalla volontà negoziale delle parti, quelle non derogabili mediante la scelta della legge applicabile, in un'ottica, quindi, propria dei conflitti di leggi, e infine quelle di applicazione necessaria, applicabili, appunto, quale che sia la legge

---

<sup>23</sup> Il citato 'considerando' menziona espressamente la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, sul commercio elettronico.

<sup>24</sup> Vedi, ampiamente, P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 175 ss.

regolatrice del contratto. Quanto al coordinamento con il regolamento Roma I basti segnalare l'incongruenza della condizione del legame stretto con il territorio di uno Stato membro, prevista dalle direttive meno recenti, rispetto a una norma, come l'art. 6 del regolamento, che, al contrario, esclude ogni rilevanza della "prossimità" del contratto con lo Stato, stabilendo in maniera rigida e automatica l'applicazione della legge di residenza abituale del consumatore.

Ora, se si rammenta che, in definitiva, la protezione che l'art. 6 assicura al consumatore si esaurisce nella più facile conoscibilità della legge applicabile, perché a lui familiare, l'obiettivo rischia di essere vanificato se l'incertezza e i dubbi si presentano proprio in merito alle possibilità e ai limiti di applicazione del diritto materiale europeo.

Si noti, infine, che anche in materia di forma la sottoposizione del contratto alla legge di residenza del consumatore, senza alternativa alcuna, non sembra giustificabile. In via generale, la forma è sottoposta a una pluralità di leggi, designate dall'art. 11, paragrafi 1, 2 e 3, tra le quali si applica, in concreto, quella più favorevole alla validità formale del contratto. Al contrario, la validità formale del contratto dei consumatori (a parte l'ipotesi di cui all'art. 11, par. 5) dipende esclusivamente dall'osservanza della legge di residenza del consumatore, con rischio più elevato, quindi, di incorrere in cause di invalidità. E tale rischio può danneggiare, non tutelare il consumatore, che ben può avere interesse a che il contratto abbia piena validità e possa essere correttamente eseguito.

## Abstract

### The Law Applicable to Consumers Contracts in the Regulation Rome I

Art. 6 of the 2008 Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I) is directed to protect the consumer, as a weaker party, by establishing a special conflict-of-law rule, which, moreover, aims at taking account of the new distance-selling techniques. First of all that provision gives a definition of the consumer contract, which is concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another acting in the exercise of his trade or profession (the professional). Furthermore it provides for the conditions relating to the negotiation of the consumer contract, which are necessary in order to submit such a contract to the special rule contained in the same Art. 6.

The parties' freedom to choose the applicable law, which as a general rule represents the cornerstone of the Regulation, is strictly limited in order to protect the consumer: it is only allowed if the choice does not deprive the consumer of the protection afforded to him by the provisions (that cannot be derogated from by agreement) of the law which would be applicable in the absence of that choice. In the absence of choice of the law (or in the place of the chosen law, if the latter is less favorable to the consumer) the law applicable to consumer contracts is the law of the country where the consumer has his habitual residence. It may be questioned, however, whether such a solution is always suitable to guarantee the protection of the consumer.

Angela Di Stasi\*

# L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'interpretazione dell'articolo 51, paragrafo 1

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine e considerazioni introduttive. – 2. L'interpretazione logico-sistemica dell'art. 51, par. 1. – 3. Le linee interpretative elaborate nella giurisprudenza della Corte di giustizia prima dell'assunzione di efficacia vincolante della Carta. – 4. *Segue*: dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 5. Osservazioni (provvisoriamente) conclusive.

1. Come è noto fin dalla mera proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ad opera del Parlamento europeo, della Commissione e del Consiglio (Nizza, 7 dicembre 2000)<sup>1</sup> essa recava la delimitazione del suo ambito di applicazione<sup>2</sup>. Nell'ottica di un documento *sui generis* destinato ad operare “come

\* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

<sup>1</sup> La Carta è stata pubblicata, per la prima volta, in *GUCE* C 364, 18 dicembre 2000. In una versione modificata essa è stata nuovamente proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e pubblicata in *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007. V. ora in *GUUE* C 326, 26 ottobre 2012.

<sup>2</sup> Sebbene priva di efficacia vincolante la Carta era stata voluta, dall'inizio, “come se” dovesse essere giuridicamente vincolante in risposta al mandato del Consiglio europeo di Colonia che raccomandava di verificare le modalità secondo le quali essa dovesse essere integrata nei Trattati. V. COM(2000) 644 dell'11 ottobre 2000. La Commissione, nella sua comunicazione, del 13 settembre 2000, sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM(2000) 559 def. (paragrafi 11 e 30) afferma che “la Carta è rivolta alle istituzioni e agli organi dell'Unione, nonché agli *Stati membri nella misura in cui agiscono nella sfera giuridica dell'Unione*. Tutte le misure prese in questo campo potranno quindi essere valutate alla luce del catalogo dei diritti e libertà fissati dalla Carta” e “(...) la Commissione è interamente favorevole alla soluzione proposta (...) di assoggettare al rispetto della Carta le istituzioni e gli organi dell'Unione, nonché *gli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*. Il campo di applicazione della Carta coprirebbe in tal modo, in forma omogenea, tutte le attività condotte (...) dalle autorità nazionali nei tre pilastri dell'Unione” (corsivi aggiunti). Sul piano tecnico-

se” dovesse essere giuridicamente vincolante, nella formulazione dell’art. 51 (ed in particolare del suo par. 1 che sarà oggetto specifico di approfondimento) veniva consacrata<sup>3</sup> l’applicabilità delle sue disposizioni, oltre che “alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà”, anche “agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”<sup>4</sup>.

Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l’assunzione di efficacia vincolante per la Carta, con il rango di diritto primario<sup>5</sup>, ha reso particolarmente utile la definizione dei limiti al “rispetto dei diritti, osservanza dei principi e promozione dell’applicazione della Carta” (art. 51, par. 1) da parte degli Stati membri dell’Unione europea. Tale operazione presenta, tuttavia, significativi profili di problematicità, esplicando oggi la Carta un ruolo chiave all’interno di uno spazio giuridico (e giudiziario) europeo dei diritti fondamentali<sup>6</sup> *multilevel*<sup>7</sup> ancora solo

---

giuridico, tra le varie definizioni relative al valore della Carta, v. A. ROSAS, H. KAILA, *L’application de la Charte de droits fondamentaux de l’Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, p. 1 ss., in part. p. 3.

<sup>3</sup> Si ricorreva, al riguardo, ad un dettato normativo difficilmente comprensibile all’interno di un atto cui non veniva riconosciuta, all’epoca, vincolatività giuridica. D’altra parte la stessa presenza, fin dalla genesi della Carta, delle Disposizioni “orizzontali” (su cui *infra*, nota 13) costituisce indizio o prova di una proiezione della stessa che andava al di là della mera dichiarazione politica. Sull’attenzione particolare tributata alle Disposizioni orizzontali unitamente alla tecnica redazionale utilizzata nella formulazione dei diritti riconosciuti v. J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit fondamentaux: quelle place dans l’architecture de l’Union*, in *Chemins d’Europe: mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 268.

<sup>4</sup> Nelle varie lingue le locuzioni utilizzate rivelano alcune “sfumature” semantiche come testimonia la versione inglese “*are implementing*” rispetto alla versione francese “*mettent en œuvre*” o alla versione tedesca “*bei der Durchführung*”. Si vedano, tra gli altri, J. NUSSE, *Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, Tübingen, 2011, in part. p. 54 ss.; T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *A fresh start for the Charter: Fundamental questions on the application of the European Charter of Fundamental Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1396 ss. e H. KAILA, *The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States*, in *Constitutionalising the EU Judicial system – Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Oxford-Portland, 2012, p. 291 ss. Un’ampia ricognizione della dottrina è effettuata in *Reflets*, 2013, 1, Édition spéciale, D, *Échos de la doctrine*, p. 43 ss., reperibile su [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>5</sup> L’art. 6, par. 1, del TUE, le attribuisce “lo stesso valore giuridico dei trattati”.

<sup>6</sup> Tale spazio, come è noto, incontra la necessità di misurarsi con il rispetto della diversità tra ordinamenti degli Stati membri e tradizioni giuridiche nazionali, perdurante ostacolo alla sua piena costruzione. Con riferimento a tali dinamiche sia consentito richiamare A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, I, pp. 3-54, in part. p. 23 ss.

<sup>7</sup> Sui “rapporti tra ordinamenti, nazionali, dell’Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo ... come rapporti tra giudici” v. U. VILLANI, *La cooperazione tra giudici nazionali, la Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione tra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2012, pp. 1-24. Sulla tutela “multilivellare” dei diritti fondamentali, sulla molteplicità dei meccanismi di garanzia e sull’“attivismo” giudiziario delle Corti nazionali ed internazionali in Europa cfr., *ex multis*, P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004; S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, Bologna, 2007; G. D’IGNAZIO (a cura di), *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011. Cfr., in special modo, G.

parzialmente integrato<sup>8</sup>.

Ne è riprova la varietà di posizioni dottrinali che, fin dalla proclamazione della Carta, oscillano tra il *favor* per un'interpretazione restrittiva della parte della clausola “orizzontale” oggetto del presente contributo (art. 51, par. 1)<sup>9</sup> ed ipotesi di interpretazione “estensiva” o lata<sup>10</sup>, fino ad approdare a recenti configurazioni di

---

BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Corte di Lussemburgo “scopre” la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela “multilevel” dei diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2006, p. 979 ss.; S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra Corte costituzionale e Corte di giustizia: ambiti e limiti di una protezione multilevel*, in *Id.*, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009, p. 53 ss. Si veda anche A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, 2011, p. 335 ss. e Z. BOŠTJAN, *Basic Values, Judicial Dialogues and the Rule of Law in the Light of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *ERA-Forum*, 2013, p. 319 ss.

<sup>8</sup> L'espressione allude ad una sorta di sistema “integrato” di protezione dei diritti fondamentali che, in Europa, coinvolge il livello internazionale (rappresentato dalla CEDU), il livello “sovranzionale” (rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla giurisprudenza sui diritti umani della Corte di giustizia) e il livello nazionale, con specifico riferimento al dettato costituzionale di ciascun Paese. V. 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. Mi permetto di rinviare, per la peculiare declinazione di “sistema” europeo multilevel, ad A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il “sistema” europeo*, Napoli, 2011, II ed. riveduta e ampliata, parte II, ove sono rinvenibili anche pertinenti riferimenti bibliografici. Il processo di integrazione tra sistemi ha subito una significativa battuta di arresto in seguito alla recente adozione del parere 2/13 della Corte di giustizia (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, curia.europa.eu. In particolare, la Corte di giustizia, il cui parere era stato richiesto – ex art 218, par. 11, TFUE – dalla Commissione europea il 4 luglio 2013, si è pronunciata nel senso dell'incompatibilità del progetto di accordo di adesione (del 5 aprile 2013) con il diritto dell'Unione europea per i seguenti motivi: “è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non garantisce il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta, non previene il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel diritto dell'Unione e non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE; è suscettibile di avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non esclude la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, vengano portate dinanzi alla Corte EDU; non prevede modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto e della procedura di previo coinvolgimento della Corte che consentano di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, e lede le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di PESC, in quanto affida il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni od omissioni in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione”. Tra i primissimi commenti al parere, si segnalano: J. P. JACQUÉ, *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, [www.droit-union-europeenne.be](http://www.droit-union-europeenne.be); J. ODERMATT, *Court of Justice of the European Union finds Draft Agreement on EU Accession to ECHR Is Incompatible with EU Law*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, [cjcl.org.uk](http://cjcl.org.uk); L. S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org).

<sup>9</sup> Si vedano, tra gli altri, G. DE BÚRCA, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2001, p. 136 ss., e F. J. JACOBS, *Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, p. 338 ss.

<sup>10</sup> In questo senso R. CLAPHAM, *On Complementarity: Human Rights in the European Legal Orders*, in *Human Rights Law Journal*, 2000, p. 313 ss., in part. p. 313. Più di recente v., per un'interpretazione estensiva, M. CARTABIA, *Art.51-Field of Application*, in W. B. T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, che afferma: “Article 51 (1) is likely to end up being extended to include all State acts which in some way or another come within the compass of Union law” (p. 320). La stessa A., *Art. 51*, cit., p. 347,

una sorta di “processo non reversibile”, da considerare anche con “preoccupate” riserve<sup>11</sup>.

Il presente scritto si concentrerà sull’individuazione dei “confini” dell’ambito di applicazione della Carta per gli Stati membri facendo riferimento alle linee interpretative sia della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, sia di quella più risalente che, da tempo, si è trovata a dover ricostruire la nozione di “campo di applicazione del diritto comunitario” al di là delle mere misure interne di esecuzione del diritto dell’UE con la conseguenziale delimitazione di una serie di “fattori di collegamento”<sup>12</sup>.

2. Come si è anticipato *supra*, l’art. 51, par. 1 – che costituisce la prima delle c.d. clausole orizzontali, ossia le “Disposizioni generali che disciplinano l’interpretazione e l’applicazione della Carta” contenute nel Capo VII della stessa – circo-scrive, per gli Stati membri, l’ambito di applicazione della Carta “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”<sup>13</sup>.

---

riconduce alla dottrina dell’*incorporation* l’applicabilità della Carta anche da parte delle istituzioni nazionali. V., anche per un’ampia ricognizione della dottrina sulla più generale attitudine “estensiva” della Carta, 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. F. SORRENTINO (*I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*), in *Corriere giuridico*, 2010, a p. 148, sottolinea l’attitudine della Carta a “costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio di azione dell’Unione”.

<sup>11</sup> Sul carattere ineludibile di tale orientamento v. G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, in part. p. 67. Per una considerazione “preoccupata” di tale impostazione v. l’editoriale di M. DOUGAN, *The Scope of Application of the General Principles of Union Law: an Ever Expanding Union?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1595. R. MASTROIANNI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 21, parla di applicazione della Carta ogni qualvolta essa ricada nel “cono d’ombra” del diritto comunitario.

<sup>12</sup> Per una sintesi ragionata di tale giurisprudenza a partire dalla sentenza della Corte di giustizia dell’11 luglio 1985, cause riunite 60 e 61/84, *Cinéthèque*, v. N. NAPOLETANO, *La nozione di “campo di applicazione del diritto comunitario” nell’ambito delle competenze della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2004, p. 679 ss. In esso l’A. individua cinque ipotesi in cui la normativa nazionale rientra nel “campo di applicazione” del diritto europeo (in part. v. p. 705).

<sup>13</sup> Nel Trattato di Lisbona l’intitolazione “Disposizioni generali che disciplinano l’interpretazione e l’applicazione della Carta” sostituisce quella pregressa, meno precisa, di “Disposizioni generali”. Sul piano strutturale, come è noto, la Carta è articolata in un ampio Preambolo e in sette Capi dei quali l’ultimo dedicato appunto alle Disposizioni c.d. “orizzontali”. Cfr., per tutti, R. A. GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 1 ss.; A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell’uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 503 ss. V. di recente D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2013, p. 479 ss. Sull’art. 51 della Carta v. M. CARTABIA, *Art. 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, p. 344 ss.; L. FERRARI BRAVO, F.M. DI MAJO, A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell’uomo e con i documenti rilevanti*, Milano, 2001, p. 197 ss.; M. PANEBIANCO (dir.), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001, p. 478 ss.; T. VON DANWITZ, C. LADENBURGER, *Article 51 et suivant*, in P.J. TETTINGER, K. STERN (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta*, München, 2006, p. 759 ss.; G. PISTORIO, *Art. 51*, in G. BISOGNI, G.

L'immediatezza – quasi perentoria – della formula linguistica utilizzata sembra, *prima facie*, sottrarla a questioni interpretative più o meno complesse: la Carta non si applica, evidentemente, alle violazioni di diritti fondamentali che non presentino alcun elemento di collegamento con il diritto dell'Unione. La *ratio* di tale interdizione è ravvisabile nel fatto che, tenuto conto che gli Stati membri dispongono di un proprio sistema di protezione dei diritti fondamentali riconducibile agli organi giurisdizionali nazionali, non avrebbe senso un'applicazione “sostitutiva” della Carta laddove essi sono tenuti ad adottare le misure necessarie per la loro garanzia in conformità delle rispettive leggi nazionali e degli obblighi internazionali. In buona sostanza, trattasi di un corollario del principio di sussidiarietà che conferirebbe a tale limitazione una sorta di “carattere costituzionale”, nella misura in cui traccia la linea di demarcazione tra il campo di applicazione dei diritti fondamentali nell'ambito delle competenze dell'Unione europea e le analoghe competenze proprie degli Stati membri<sup>14</sup>.

Orbene, la definizione di “attuazione del diritto dell'Unione europea” va innanzitutto analizzata alla luce di considerazioni di carattere logico-sistematico che, come vedremo *infra*, trovano alcune conferme nella “lettura” giurisprudenziale operata dalla Corte di giustizia e, ancor prima, nella più ampia prassi giurisprudenziale di quest'ultima (in materia di tutela dei diritti fondamentali) tesa a definire il “campo di applicazione del diritto comunitario” anche rispetto al legislatore nazionale: una prassi che la Carta, nel suo carattere “recettizio”, potrebbe aver assorbito.

---

BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; M. CARTABIA, *Art.51-Field of Application*, in W.B.T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *op. cit.*, p. 315 ss.; F. POCAR, *Art.51-Ambito di applicazione*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., pp. 1790-1791. Mi permetto di richiamare inoltre A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: verso nuovi limiti o “confini” tra ordinamenti?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, I, Napoli, 2014, pp.165-202. Per un'analisi dell'art. 51 della Carta nella chiave di lettura della salvaguardia di spazi di interpretazione per il giudice costituzionale M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2011. Sulla non completa chiarezza dell'art. 51, par. 1, v. J. F. LINDNER, *Zur grundsätzlichen Bedeutung des Protokolls über die Anwendung der Grundrechtecharta auf Polen und das Vereinigte Königreich—zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art 51 EGC*, in *Europarecht*, 2008, p. 783 ss., in part. p. 790 ss., nonché L. F. M. BESSELINK, *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *Maastricht Journal*, 2001, p. 68 ss.; D. CURTIN, R. VAN OOIK, *The Sting is always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 102 ss.; F. PICOD, *Article II-111-Champ d'Application*, in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des Droits fondamentaux de l'Union*, Brussels, 2002, p. 643 ss.; P. BIGLINO CAMPOS, *Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros: El art. 51 de la Carta*, in N. FERNÁNDEZ SOLA (ed.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, 2004, p. 235 ss.; P. CAROZZA, *The Member States*, in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Oxford, 2004, p. 35 ss.; C. LADENBURGER, *Kapitel VII, Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charter*, in P. J. TETTINGER, K. STERN (Hrsg.), *op. cit.*; A. HATJE, *Title VII, Kapitel VII, Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charter*, in J. SCHWARZE, U. BECKER, A. HATJE, J. SCHOO (eds.), *EU Kommentar*, Baden-Baden, 2009; A. MANGAS MARTÍN, *Artículo 51. Ámbito de aplicación*, in ID. (eds.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2009, p. 809 ss.

<sup>14</sup> M. SAFJAN, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 437 ss., in part. p. 439.

Non si può non rilevare in via preliminare che la dilatazione delle sfere di competenza dell'Unione europea, nel ricoprire per buona parte "l'ambito della vita collettiva nazionale"<sup>15</sup>, ha comportato, come conseguenza, un naturale ampliamento dei "confini" della normativa nazionale di attuazione della disciplina di fonte europea. A ciò si aggiunge un'ulteriore potenzialità di estensione dell'ambito applicativo della Carta all'interno di settori di competenza esclusiva delle istituzioni europee che, nondimeno, risultano condizionati o condizionabili da un complesso di materie "trasversali"; trattasi di specifici settori di intervento nei quali si trovano "raccolti e intrecciati *inter se* interessi molteplici che mettono capo a competenze differenziate"<sup>16</sup>. Non si può dimenticare poi che, anche nelle materie di competenza esclusiva degli Stati, il "dogma" eccettuativo della "situazione meramente interna" incontra – in omaggio ad un'esigenza di garantire una più ampia tutela dei singoli e di evitare il rischio di "discriminazioni alla rovescia"<sup>17</sup> – alcune ipotesi di riconsiderazione. Lo testimonia una giurisprudenza della Corte di giustizia affermativa dell'obbligo di rispetto, da parte degli Stati membri, dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione (a cui risultano riconducibili *lato sensu* anche molte previsioni normative contenute nella Carta) che denota una sorta di "attrazione" della controversia interna, anche se relativa a materie di competenza statale, nell'ordinamento europeo<sup>18</sup>.

Occorre considerare, inoltre, che la limitazione *ratione materiae* dell'applicabilità della Carta per i soggetti statuali al – più o meno lato – "ambito di attuazione del diritto dell'Unione" non può non essere letta in stretta correlazione con quanto previsto nel par. 2 dello stesso art. 51 (ma anche con il par. 1 dell'art. 6 del TUE) sulla non estensibilità delle competenze dell'Unione per effetto delle disposizioni della Carta<sup>19</sup>. Inoltre, e sia pure con i limiti connessi a tale tipo di documento, la Dichiarazione n. 1 relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferma la previsione del par. 2 dell'art. 51<sup>20</sup> riaffermando una sorta di "neutralità" della stessa Carta rispetto alle competenze dell'Unione europea, quale logico portato della natura dei diritti in essa consacrati<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> G. GUARINO, *Ratificare Lisbona*, Firenze, 2008, p. 21. Cfr. A. TIZZANO, *The EU Charter of Fundamental Rights. Why a Fudge Won't Work*, in *Open Europe*, 2007, p. 17 ove sottolinea che: "It is difficult now to find a field of national law which is not affected in any way with Union law (...)".

<sup>16</sup> V. Corte cost., sentenza del 28 dicembre 2006, n. 450. Più in generale sulla applicabilità dei principi generali del diritto dell'Unione europea da parte delle corti nazionali "not simply where national authorities act in implementation of a Community rule but in fact when they act in any field touched by Community Law" (corsivo aggiunto), v. J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 692.

<sup>17</sup> M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 2008, Torino, p. 100.

<sup>18</sup> Laddove tale situazione sia in qualche modo ricollegabile all'ordinamento dell'Unione europea. Si pensi alla sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil c. Repubblica Federale di Germania*, o alla sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Rüdiger Helm*.

<sup>19</sup> Sul par. 2 dell'art. 51 della Carta come norma di completamento del par. 1 cfr. F. POCAR-M. C. BARUFFI (a cura di), *op.cit.*, p. 1791.

<sup>20</sup> La Dichiarazione prevede che "La Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati".

<sup>21</sup> Tali collegamenti sono frequenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia. V., tra le altre, l'or-

Orbene è innegabile che la reiterazione dello stesso concetto normativo in più disposizioni “tradisca” le preoccupazioni relative ai possibili effetti che la Carta dei diritti fondamentali potrebbe esplicare sulla rigidità del sistema di attribuzione e di esercizio delle competenze tra istituzioni dell'Unione e Stati membri anche in ragione dell'adozione, da parte delle prime, di una prassi contrassegnata da un notevole coefficiente di flessibilità in tal senso. D'altra parte, non si può non notare che il già richiamato avverbio “esclusivamente”, contenuto nel par. 1 dell'art. 51 della Carta, ricorra anche nel par. 2 dell'art. 5 del TUE relativo alle competenze dell'Unione europea<sup>22</sup>.

È ravvisabile, dunque, una possibile *vis expansiva* del limite previsto dal par. 1 dell'art. 51 con riferimento agli Stati che il par. 2 della stessa disposizione tenderebbe ad attenuare rispetto alle istituzioni dell'Unione europea?<sup>23</sup>

Ne sembrerebbe derivare una sorta di “destinatarietà naturale” degli obblighi derivanti dalla Carta per le istituzioni dell'Unione<sup>24</sup> mentre emergerebbe, viceversa, una “destinatarietà mediata” o “riflessa” – e pertanto legata all'operatività di appositi limiti materiali – rispetto agli Stati membri.

Infine, un elemento ermeneutico *per relationem* nell'interpretazione del segmento normativo dell'art. 51 selezionato, potrebbe essere rinvenuto nella Spiegazione ad esso relativa<sup>25</sup>. In questa lo sforzo di definizione, in senso più ampio, della portata della formula “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”<sup>26</sup> si avvale, senza fattori interruttivi e in una linea di sostanziale continuità, del richiamo ad una giurisprudenza della Corte di giustizia che attiene a fattispecie che vanno anche al di là della mera esecuzione del diritto dell'Unione. La Spiegazione, in ossequio alle regole generali in tema di responsabilità soggettiva nell'attuazione del diritto dell'Unione europea, precisa, inoltre, che l'obbligo di applicazione delle disposizioni della Carta ricade sia sulle autorità centrali, sia sulle autorità regionali

---

dinanza del 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov e al.*, punto 12 e l'ordinanza del 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Charty*, punto 24.

<sup>22</sup> “In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce *esclusivamente* nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti” (corsi-vo aggiunto).

<sup>23</sup> Cfr. R. A. GARCÍA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>24</sup> M. CARTABIA (*Art. 51-Field of Application*, in W. B. T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *op. cit.*, p. 316) sottolinea che “the Charter of Rights is applicable first and foremost to the institutions, bodies, offices and agencies of the European Union”. La stessa A. – *Art. 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, p. 345 – evidenzia il carattere quasi “pleonastico” dell'affermazione relativa all'applicabilità della Carta in primo luogo da parte delle istituzioni.

<sup>25</sup> Vengono richiamati i seguenti *leading cases* rappresentati dalle sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Bundesamt für Ernährung e Forstwirtschaft*; del 18 giugno 1991, causa 260/89, *ERT*; del 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*; nonché, in senso confermativo, del 13 aprile 2000, causa 292/97, *Karlsson*, punto 37, laddove si precisa che: “Per giunta, occorre ricordare che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie (...)”.

<sup>26</sup> Mi riferisco al testo delle c.d. Spiegazioni aggiornate (in *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007) mentre nelle “originarie” Spiegazioni l'espressione utilizzata era quella di “quadro di applicazione”. In tema mi permetto di rinviare ad A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle «spiegazioni» alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, p. 425 ss. ed alla dottrina *ivi* indicata.

e locali riguardando anche gli enti pubblici quando attuano il diritto dell'Unione. E, tuttavia, non si può non ricordare che, a parte i più generali dubbi sulla stessa efficacia delle Spiegazioni<sup>27</sup>, la portata di tali riferimenti vada comunque intesa alla luce di un generale uso “costruttivo” delle stesse operato da parte della Corte di giustizia.

In buona sostanza, emerge come il ricorso alla locuzione “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione” appaia suscettibile di dilatare il raggio di azione degli Stati membri al di là dell'attuazione, *stricto sensu* intesa, del diritto dell'Unione ricomprendendo “ogni comportamento, attivo o omissivo dello Stato che riguardi il diritto dell'Unione e non solo l'applicazione di un atto dell'Unione”<sup>28</sup>. Senza dimenticare che, ai fini della configurazione dello stesso “ambito di applicazione del diritto dell'Unione”, non risultano trascurabili, dopo un periodo – ormai pluridecennale – di influenza se non di integrazione tra ordinamenti, gli effetti del processo “circolare” di progressiva osmosi tra valori statuali, costituzionali e non, e valori europei, frutto a loro volta di una più o meno costante “omogeneizzazione” di valori e principi “nazionali”<sup>29</sup>.

Alla luce di quest'ultima osservazione non si può non evidenziare, fin da ora, che un'indagine sui limiti di applicabilità della Carta per gli Stati membri non intende configurare rigide linee di demarcazione *ad excludendum*. Essa si propone, invece, di porsi nella direzione del raggiungimento del più alto *standard* di tutela possibile (caso *Åklagaren*)<sup>30</sup> in uno spazio europeo di garanzia dei diritti fondamentali, per così dire parzialmente “integrato”<sup>31</sup> che non può più ordinarsi su scale di tipo gerarchico tra fonti nazionali e sovranazionali.

<sup>27</sup> Esse sono sprovviste, come è noto, di valore giuridico, costituendo “prezioso strumento di interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta”. Mi permetto di rinviare ancora a A. DI STASI, *op. ult. cit.*, p. 443.

<sup>28</sup> Così G. STROZZI, *op. cit.*, in part. p. 847.

<sup>29</sup> Si vedano le considerazioni sul punto svolte da A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di Giustizia dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 811 ss., in specie p. 815. Sui valori v. A. PILETTE, E. DE PONCINS, *Valeurs, Objectifs et nature de l'Union*, in G. AMATO, H. BARBOSA, B. DE WITTE (dirs.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2007, p. 302 ss., e U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011.

<sup>30</sup> Mi sembra che questo sia uno dei significati pregnanti della pronuncia nel noto caso *Åklagaren* (sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/11) laddove si afferma che “(...) quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'art. 51 paragrafo 1 della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”. Come si vedrà in prosieguo il richiamo a tale pronuncia ed a suoi principi è particolarmente evidente nella giurisprudenza successiva (v. da ultimo il punto 88 della sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta Dano e Florin Dabo c. Jobcenter Leipzig*).

<sup>31</sup> Nel senso indicato alla nota 8. Sulla costruzione di uno “spazio comune europeo di giustizia” nel quale la promozione di un'autentica cultura giudiziaria europea assurge a strumento essenziale per rafforzare la fiducia reciproca, la cooperazione e il “dialogo” tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri in una crescente convergenza tra sistemi v. A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014 ed i contributi di S. NEGRI e G. D'AVINO, D. FANCIULLO, A. IERMANO, A. MARTONE, R. PALLADINO.

Ne discende, dunque, e ad onta dell'apparente immediatezza della formula linguistica adottata dall'art. 51, par. 1, una potenziale incertezza nella precisazione dei "confini" del diritto dell'Unione che può essere particolarmente rilevante quando il diritto fondamentale "sia soltanto collegato ad un rapporto o ad una situazione regolata dal diritto comunitario"<sup>32</sup>. Essa, nel riverberarsi sulla compiuta individuazione delle azioni degli Stati membri "attuative" dello stesso diritto, fin dalla prima proclamazione di tale *Bill of Rights* europeo, ha fatto intuire la rilevanza del ruolo esercitabile dalla Corte di giustizia nel definire concretamente le questioni controverse<sup>33</sup>: il tutto alla luce di un giusto equilibrio tra un controllo troppo intrusivo e un eventuale "lassismo" potenzialmente pericoloso.

Ciò premesso, quali elementi in merito agli esatti "confini" di applicabilità della Carta, da parte degli Stati membri, sono rinvenibili alla luce di una (necessariamente breve) indagine su di una giurisprudenza della Corte di giustizia che denota elementi di continuità sia prima che dopo l'acquisizione di efficacia vincolante della Carta?<sup>34</sup>

3. Nel segmento temporale ricompreso tra il 2000 e il 2009, in cui la Carta è stata oggetto di una sorta di "applicazione anticipata"<sup>35</sup>, sono rinvenibili le prime linee interpretative della Corte di giustizia – riprese e sviluppate nella più recente giurisprudenza post-Lisbona (di cui nel paragrafo che segue) – utili alla individuazione dell'ambito di applicazione della Carta da parte degli Stati membri.

---

<sup>32</sup> Così – molto prima della proclamazione della Carta – sottolineava E. PAGANO, in *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 180 ss. Sulle difficoltà nella ricerca dei "confini" del diritto dell'Unione, nel quadro di un più ampio piano di indagine, v. R. CONTI, *Gerarchia tra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei confini fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 6 marzo 2013.

<sup>33</sup> Sul ruolo della Corte di Giustizia, nell'ambito di un più ampio contributo, v. A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle corti*, cit., in part. paragrafi II e III. Per un'efficace sintesi del ruolo esercitato dalla Corte di giustizia nell'assicurare il rispetto dei diritti fondamentali nell'Unione europea v. H. ABBOTT, *The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights*, in *Irish Journal of European Law*, 2008, p. 79 ss. A. MANZELLA, in *Dopo Nizza: la Carta dei diritti "proclamata"*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, p. 245 sottolinea il ruolo esercitabile della Corte con riferimento alla definizione della portata delle disposizioni finali della Carta.

<sup>34</sup> Cfr. in questa prospettiva S. I. SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: The Impact of the Entry Into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1565 ss.

<sup>35</sup> Essa è legata, evidentemente, alla circostanza che la Carta si connota non tanto per un carattere innovativo ma, soprattutto, ricognitivo della creazione "pretoriana", operata dalla Corte di giustizia, di uno "statuto" dei diritti fondamentali anticipatorio di quello "statuto" normativo degli stessi, consacrato per la prima volta nel Trattato di Maastricht e poi perfezionato nei Trattati successivi. Sulla particolare connotazione di "statuto" utilizzata e sull'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo mi permetto di rinviare – anche per ulteriori riferimenti bibliografici – alle più ampie considerazioni contenute in A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, cit., p. 239 ss. Peraltro non va dimenticato che alcuni autori, fin dalla mera proclamazione della Carta, le avevano riconosciuto un valore obbligatorio che si traduceva – soprattutto alla luce del suo art. 51 – nella diretta applicabilità (oltre che per le istituzioni dell'Unione anche) per gli Stati membri. Si veda tra gli altri F. POCAR, *Dignità-Giustizia*, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 86. Sull'applicazione "anticipata" mi permetto di rinviare ad A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, cit., pp. 253-257, nonché precedentemente a ID., *Libertà e sicurezza nello spazio giudiziario europeo: mandato di arresto europeo e "statuto" dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 657 ss., in part. p. 681 ss. ed alla bibliografia *ivi* citata.

Nel noto caso *Internationale Handelsgesellschaft*, la Corte era ricorsa ad una formula non particolarmente chiara, statuendo che la protezione dei diritti fondamentali “va garantita nell’ambito della struttura e delle finalità della comunità”<sup>36</sup>. Se l’Avvocato generale Trabucchi, nella causa *Watson e Belmann*, aveva affermato che la tutela dei diritti dell’uomo entra in rilievo nel sistema comunitario “anche nei confronti degli Stati, nella misura in cui il diritto fondamentale invocato si riallaccia a un rapporto o a una situazione giuridica la cui disciplina costituisce l’oggetto specifico del trattato”<sup>37</sup>, tale obbligo sarebbe stato escluso in modo inconfutabile solo allorché si verta in un settore di competenza esclusiva degli Stati membri, il che implica assenza di “alcun elemento di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato”<sup>38</sup>. Siffatto obbligo legittima il sindacato, da parte del giudice comunitario, sulla compatibilità degli atti nazionali con i diritti fondamentali comunitari quando gli Stati membri danno attuazione a normative comunitarie (come testimonia il caso *Wachauf*) ma anche allorché essi invocano una causa di giustificazione prevista dai Trattati per limitare una delle libertà economiche (come accade nel pure già citato caso *ERT*)<sup>39</sup>. Al tempo stesso gli Stati membri allorché danno esecuzione alle discipline comunitarie sono tenuti, per quanto possibile, al rispetto di un complesso di esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario (caso *Karlsson* ma anche caso *Bostock*)<sup>40</sup>; mentre “disposizioni di diritto nazionale che non sono destinate a garantire l’osservanza di norme del diritto comunitario riguardano una situazione che non rientra nel campo di applicazione di quest’ultimo” (caso *Kremzow*)<sup>41</sup>.

Si tratta, come è noto, di linee interpretative seguite dai giudici di Lussemburgo orientate a circoscrivere l’incidenza del diritto dell’Unione europea rispetto alla controversia sottoposta al giudice naturale escludendone, pertanto, la rilevanza al di fuori delle competenze riservate al diritto dell’Unione europea. Quale logico corollario di tale approccio si colloca la posizione della Corte di giustizia assertiva del fatto (caso *Mariano*) che nemmeno la Carta è in grado di modificare i “confini” del diritto dell’Unione<sup>42</sup>, tenuto conto che essa completa gli esistenti sistemi per la protezione dei diritti fondamentali senza sostituirli<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Una compiuta ricostruzione di questa giurisprudenza (fino al Trattato di Maastricht) è effettuata da G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1992, p. 426 ss.

<sup>37</sup> Conclusioni del 2 giugno 1976, causa 118-75, *Watson e Belmann*, punto 5.

<sup>38</sup> V. l’ordinanza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2005, causa 328/04, *Attila Vajnai*, nella quale la Corte dichiara la propria manifesta incompetenza a rispondere alla questione pregiudiziale sottoposta.

<sup>39</sup> V. le già citate sentenze in nota 25.

<sup>40</sup> V. sentenza *Karlsson*, e sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 1994, causa 2/92, *Bostock*.

<sup>41</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 1997, causa 299/95, *Kremzow*.

<sup>42</sup> V. l’ordinanza della Corte di giustizia del 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano c. INAIL*, in cui dopo aver affermato che “il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati devono garantire l’applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario” sottolinea che “nemmeno la Carta di Nizza può modificare la natura puramente interna della questione” (punto 29). Tale affermazione troverà conferma nella giurisprudenza successiva.

<sup>43</sup> Traduzione dell’EUROPEAN COMMISSION-DIRECTORATE GENERAL FOR THE JUSTICE (eds.), *2012 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, Bruxelles, 2013. Vedi, anche suc-

Tuttavia, nel periodo preso in considerazione, dalla casistica della Corte emergono almeno due fattori di “ampliamento” della nozione di “attuazione del diritto dell’Unione europea” e del limite applicativo imposto dalla lettera dell’art. 51, par. 1, della Carta. Il primo, non privo di risvolti problematici che non potranno essere compiutamente affrontati in questa sede, deriva dal rapporto intercorrente tra la Carta dei diritti fondamentali e i principi generali di diritto dell’Unione europea, suscettibili di applicazione più ampia rispetto a quella che l’art. 51 impone alla Carta stessa. In tal senso, degna di nota è la sentenza *Mangold*<sup>44</sup> che, sebbene non faccia riferimento specifico alla Carta, è relativa ad un caso che ha esercitato un notevole impatto sul dibattito in merito alla questione relativa all’ambito di applicazione delle disposizioni in essa contenute. Nella sentenza la Corte individua l’esistenza di un principio di non discriminazione<sup>45</sup> aprendo la strada al possibile dispiegamento di effetti diretti orizzontali connessi ad un principio generale di diritto dell’Unione europea, con tutte le problematiche legate all’incidenza della Carta anche in capo a soggetti privati oltre che agli Stati.

Il secondo fattore deriva da quella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che ravvisa il richiesto “nesso con il diritto comunitario” nell’ipotesi in cui lo Stato invochi delle deroghe ai vincoli derivanti dall’ordinamento europeo<sup>46</sup>.

Se entrambe le questioni risultano indicative del fatto che la varietà della casistica oggetto di cognizione nelle varie sedi giudiziarie possa rendere non pienamente definibile la linea di demarcazione del controllo “comunitarizzato” sul rispetto dei diritti fondamentali, ulteriori sviluppi si rinvergono nella giurisprudenza successiva.

**4.** Come ben fa emergere la Commissione europea nelle sue Relazioni annuali sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali, dopo il 1° dicembre 2009, i richiami ad essa da parte della Corte di Lussemburgo risultano essere in costante crescita<sup>47</sup>.

Nella precisazione degli ambiti di applicabilità della Carta, i giudici della Corte di giustizia continuano a valorizzare lo stretto rapporto (e la parziale identità della *ratio* ispiratrice) intercorrente tra il par. 1 e il par. 2 dell’art. 51 nel senso di obbligo di interpretazione del diritto dell’Unione europea alla luce della Carta “nei limiti delle competenze riconosciute a quest’ultima”<sup>48</sup>. Il limite allo scrutinio della Corte

---

cessivamente, *2013 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights* del 14 aprile 2014, COM(2014)224 final, unitamente all’allegato 1, *Staff Working Document*, SWD(2014) 141 final, che reca informazioni dettagliate sull’applicazione della Carta.

<sup>44</sup> Sentenza *Mangold*.

<sup>45</sup> Il cui rispetto (punto 76 della sentenza) “non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni (...)”.

<sup>46</sup> V., al riguardo, sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familia-press*, cui si riferisce anche G. TESAURO, in *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 132.

<sup>47</sup> In particolare, nell’ultima Relazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 14 aprile 2014 relativa al 2013 – COM(2014)224 def. –, la Commissione europea rileva una triplicazione dei riferimenti alla Carta nelle pronunce della Corte di giustizia rispetto al 2011, nonché un aumento del 65% dei riferimenti ad essa nelle questioni pregiudiziali sollevate dalle giurisdizioni nazionali.

<sup>48</sup> V. sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB c. L.E.*, punto 51; del 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e 1/10, *Gueye e Salmerón Sánchez*, punto 69; del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e al.*, punto 71; dell’8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga e*

rispetto ad una normativa nazionale e l'applicazione delle sue disposizioni risulta saldamente ancorato all'operatività del più volte richiamato inciso (esclusivamente) "nell'attuazione del diritto dell'Unione"<sup>49</sup>. In maniera costante i giudici della Corte ribadiscono che "i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse"<sup>50</sup>. Non mancano, peraltro, in diverse sentenze i richiami al contenuto della Spiegazione all'art. 51, par. 1<sup>51</sup>, da prendere in considerazione per l'interpretazione della norma in oggetto.

Nella prima pronuncia della Corte di giustizia, dopo l'acquisizione ad opera della Carta del *legal value* (caso *Küçükdeveci*<sup>52</sup>), il rilievo ad essa tributato nella motivazione dei giudici appare, per così dire, "minimale". Ma anche nelle successive sentenze la Carta non sempre riesce ad uscire da una sorta di "marginalità", almeno dal punto di vista del rilievo esplicitamente riconosciuto ad essa, con riguardo all'impatto sulle norme nazionali<sup>53</sup> laddove un'ampia argomentazione sulle motivazioni dell'utilizzo della Carta contribuirebbe, invece, alla chiarificazione dei rapporti tra diritti fondamentali nazionali e diritto dell'UE<sup>54</sup>.

Nel caso *Åklagaren* la Corte si sofferma sul fatto che "(...) essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell'ambito del diritto dell'Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto"<sup>55</sup>. Ancora nella medesima pronuncia la

---

*al.*, punto 40, ove si legge: "Per quanto attiene ai diritti fondamentali rilevati dal giudice del rinvio, occorre ricordare che le disposizioni della Carta si rivolgono, ai sensi del suo articolo 51, paragrafo 1, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del paragrafo 2 del medesimo articolo, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima (...)".

<sup>49</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle c. Irlanda*. Sul ruolo della Corte nell'applicazione della Carta v. tra tutti S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2011, p. 595 ss.

<sup>50</sup> V. la sentenza *Åklagaren* (punto 19).

<sup>51</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *Deb*, punto 32, o sentenza *Åklagaren*, punto 20.

<sup>52</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*.

<sup>53</sup> Così C. SALAZAR, *A Lisbon Story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: da un tormentato passato ... a un incerto presente?*, Relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema" (Facoltà di Giurisprudenza, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, 5 novembre 2011).

<sup>54</sup> Cfr. L. WILDHABER, J. CALLEWAERT, *Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux: une vision globale pour une pluralité de droits et de juges*, in N. COLNERIC et al. (eds.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, in part. p. 61.

<sup>55</sup> In tal senso, qualche indicazione è fornita da un passaggio (punto 45) della pronuncia relativa al caso *Åklagaren*, in cui la Corte di giustizia esplicitamente ritiene che al giudice nazionale spetti il compito di disapplicare la norma interna contrastante con la Carta, al pari di quanto la costante giurisprudenza europea ha affermato con riferimento alle norme dell'ordinamento europeo. Vengono richiamati

Corte esplicitamente rimarca che, nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, “dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati (...) non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione”, con la conseguenza che “l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta”<sup>56</sup>.

In linea generale, si riscontra, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, una sorta di *self-restraint* nell'invocare o nel fare utilizzo della Carta quale parametro di legittimità degli atti nazionali, in un duplice senso. Da una parte, infatti, si segnalano casi in cui, pur a fronte del richiamo alla Carta nella domanda di rinvio pregiudiziale, la Corte omette di dar conto delle disposizioni invocate<sup>57</sup>; dall'altra

---

in tal senso ancora una volta la sentenza *ERT*, cit., punto 42; la sentenza *Kremzow*, cit., punto 15; la sentenza *Annibaldi*, cit., punto 13; la sentenza del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères*, punto 25; la sentenza del 18 dicembre 2008, causa C-349/07, *Sopropé*, punto 34; la sentenza *Dereci e altri*, punto 72, nonché la sentenza del 7 giugno 2012, causa C-27/11, *Vinkov*, punto 58.

<sup>56</sup> Punto 21. Sui criteri adottati dalla recente giurisprudenza europea in relazione alla definizione dell'ambito di applicazione della Carta, si vedano T. VON DANWITZ, K. PARASCHAS, *op. cit.*; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 375 ss.; T. MARGUERY, *The Protection of Fundamental Rights in European Criminal Law after Lisbon. What Role for the Charter of Fundamental Rights?*, in *European Law Review*, 2012, p. 444 ss.; A. ROSAS, *When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?*, in *Jurisprudencia/Jurisprudence*, 2012, pp. 1269-1288; J. P. JACQUÉ, *La Cour de justice face à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Timidité ou perspectives d'ouverture*, in I. GOVAERE, D. HANF (eds.), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law. Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve: liber amicorum Paul Demaret*, I, Bruxelles, 2013, pp. 211-228; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 883-912; S. I. SÁNCHEZ, *op. cit.*; D. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1267-1304; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229 ss.; D. APPANAH, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme: entre coherence et legitimisation*, in *Revue générale de droit international public*, 2014, pp. 333-356; A. BAILLEUX, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, pp. 215-235; B. VAN BOCKEL, P. J. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *European Current Law*, 2014, pp. 273-389; F. FONTANELLI, *La Carta dei diritti fondamentali e l'attuazione del diritto UE: la Corte naviga a vista*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 733-735; M. SZWARC, *Application of the Charter of Fundamental Rights in the Context of Sanctions Imposed by Member States for Infringements of EU Law: Comment on Fransson Case*, in *European Public Law*, 2014, pp. 229-246. V. inoltre A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta*, cit., paragrafi 3 e 4.

<sup>57</sup> Ciò è quanto avvenuto nella pronuncia relativa al caso *Ruiz Zambrano* (sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National de l'emploi (ONEm)*), pur essendo richiamati gli articoli 21, 24 e 34 della Carta nella domanda pregiudiziale sollevata da un tribunale belga. Al contrario, in un caso più recente (sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, in particolare punti 78-82) inerente alla concessione della carta di soggiorno di familiare ad un cittadino dell'Unione, la Corte ha risposto compiutamente al rinvio pregiudiziale che richiedeva di valutare la normativa interna anche alla luce del diritto al rispetto della vita privata e familiare e dei diritti del minore (articoli 7 e 24 della Carta). La Corte ha ricordato che le disposizioni di quest'ultima si applicano, ai sensi dell'art. 51, par. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del par. 2 della stessa disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al

parte, appare frequente il “formale” (più che sostanziale) rinvio della decisione circa l’incompatibilità della norma nazionale rispetto a specifiche disposizioni della Carta<sup>58</sup>. Tali modalità decisionali appaiono strettamente influenzate dalle difficoltà che – specie in alcuni settori “sensibili” nei quali il limite tra competenze europee e prerogative nazionali è di difficile demarcazione – la stessa Corte incontra nella definizione dell’ambito di operatività della Carta<sup>59</sup>. Invero, in alcune ipotesi, il rinvio al giudice nazionale avviene dopo che la Corte ha sostanzialmente già indicato a quest’ultimo il tipo di decisione da adottare, a seguito dell’utilizzo della Carta in funzione interpretativa “accentuata” che la proietta verso l’assunzione di una valenza “integrativa” del dettato legislativo dell’Unione<sup>60</sup>.

Diversamente, il riferimento esplicito alla Carta trova minori “censure” nelle pronunce della Corte allorché il riferirsi a tale atto non determini una incompatibilità della norma interna con l’ordinamento europeo (si vedano, ad esempio, le sentenze *McB*<sup>61</sup> ed *ET Agrokonsulting-04-Velko Stoyanov*<sup>62</sup>) o quando dall’interpretazione della norma, alla luce delle disposizioni della Carta, non derivi uno stretto giudizio di illegittimità delle disposizioni nazionali<sup>63</sup>.

---

di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati.

<sup>58</sup> Sentenza *Dereci e altri*, punto 72.

<sup>59</sup> Nella più recente pronuncia *Åklagaren* la Corte ha operato una sorta di “rivendicazione” dei suoi poteri interpretativi sulla Carta, laddove ha dichiarato contrastante con il diritto dell’Unione una prassi giudiziaria che subordina l’obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima (punto 48 della sentenza).

<sup>60</sup> Il riferimento è, in particolare, alla sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l’Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e a.* In questo caso la Corte riconosce che la definizione delle misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale (con riferimento ai soggiornanti di lungo periodo disciplinati dalla direttiva 2003/109/CE) rientra nella competenza degli Stati membri ma chiarisce altresì che questi ultimi soggiacciono al rispetto del par. 3 dell’art. 34 della Carta. Si veda anche la sentenza *Deb*. In questo caso la Corte ha stabilito che il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito dall’art. 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che “non è escluso che possano invocarlo persone giuridiche oltre che persone fisiche e che l’aiuto concesso in sua applicazione può comprendere l’esonero dal pagamento in anticipo sulle spese giudiziali e/o l’assistenza legale”. La Corte ha poi ritenuto che spetti al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo legittimo (punti 59-60 della pronuncia).

<sup>61</sup> Sentenza *McB*, punto. 53. In tal caso la Corte ha ritenuto che gli articoli 7 e 24 della Carta non hanno ostato ad un’interpretazione del regolamento 2201/2003 tale da creare contrasto con essa da parte di una normativa nazionale.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2013, causa C-93/12, *ET Agrokonsulting-04-Velko Stoyanov c. Izpалnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» – Razplashatelna agentsia*, in cui la Corte ha stabilito che “il diritto dell’Unione, in particolare i principi di equivalenza e di effettività e l’articolo 47 della Carta, non osta a una regola di competenza nazionale, come quella enunciata all’articolo 133, paragrafo 1, dell’APK, che riserva ad un unico organo giurisdizionale tutto il contenzioso relativo alle decisioni di un’autorità nazionale (...)” (punto 61).

<sup>63</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *The*

Tra le più recenti pronunce della Corte utili alla definizione del concetto di “attuazione del diritto dell’Unione”, non può non ricordarsi quella relativa al caso *Siragusa*<sup>64</sup>, laddove la Grande Sezione della Corte di giustizia, richiede a tal fine “l’esistenza di un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell’affinità tra le materie prese in considerazione o dell’influenza indirettamente esercitata da una materia sull’altra”. Per di più, nella stessa sede e, a ulteriore riconferma, nella più recente sentenza *Hernández*<sup>65</sup>, la Corte fornisce le indicazioni per stabilire, in concreto, se una normativa nazionale rientri o meno nell’“attuazione del diritto dell’Unione”: a tal uopo, occorre, dunque, verificare “se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa”<sup>66</sup>.

Peraltro, già nella comunicazione alla Commissione del 19 ottobre 2010 si prevedeva che tale necessario elemento di collegamento della fattispecie con il diritto dell’Unione dovesse ritenersi sussistere nell’ipotesi in cui la legislazione nazionale recepisca una direttiva europea in violazione di diritti fondamentali o quando un’autorità pubblica applichi una norma dell’Unione in violazione di tali diritti, oppure quando una decisione giudiziaria definitiva di uno Stato membro applichi o interpreti il diritto dell’Unione in violazione di diritti fondamentali<sup>67</sup>.

In tutti questi casi la mancata applicazione, da parte degli Stati, delle disposizioni della Carta comporta il rischio di un ricorso per infrazione davanti alla Corte di giustizia o, nei casi più gravi, l’assoggettamento alla procedura di “sorveglianza multilaterale” di cui all’art. 7 TUE<sup>68</sup>.

La giurisprudenza formatasi sull’art. 51, par. 1, della Carta è stata recepita e sviluppata nella recente sentenza *Pfleger*<sup>69</sup>. Stando a quanto sostenuto dai governi

---

*Queen c. Secretary of State for the Home Department*. Nel caso di specie, la Corte è stata chiamata ad interpretare l’art. 6, co. 2, del regolamento n. 343/2003 e a stabilire quale sia lo Stato competente ad esaminare la domanda in ipotesi nelle quali un minore non accompagnato, sprovvisto di familiari che si trovino legalmente nel territorio di uno Stato membro, abbia presentato domanda di asilo in più di uno Stato membro.

<sup>64</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, punto 24.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Victor Manuel Julian Hernández et al. c. Reino de España et al.*, punto 37.

<sup>66</sup> Sentenza *Siragusa*, punto 25.

<sup>67</sup> Par. 3.1 della comunicazione alla Commissione, del 19 ottobre 2010, sulla Strategia per un’attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, COM(2010)573 def. In essa non appare privo di significato, con riferimento all’*enforcement* della Carta, il ricorso ad un’espressione estremamente generica quale quella di *link* tra le norme nazionali e il diritto dell’Unione europea.

<sup>68</sup> Il rispetto delle previsioni della Carta mette in gioco il ruolo della Commissione di “*guardian of the Treaties*”. Si pensi al “caso” Ungheria (sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione europea c. Ungheria*) mentre nel pregresso “caso” Austria (con l’ingresso al governo del partito xenofobo capeggiato da Haider), non riuscendosi ad adottare una posizione comune, fu necessario ricorrere al mero coordinamento di misure di pressione adottate da parte dei singoli Stati. Mi permetto di rinviare in merito alla procedura di “sorveglianza multilaterale” al mio *Diritti umani e sicurezza regionale*, cit., p. 247 ss.

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2014, C-390/12, *Robert Pfleger et al.*

austriaco, belga, dei Paesi Bassi e polacco, nel contesto dei procedimenti principali la Carta non sarebbe applicabile giacché, nel settore non armonizzato del gioco d'azzardo, le normative nazionali in materia non rappresentano un'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta.

Dal canto suo, la Corte di giustizia ha precisato che “quando uno Stato membro invoca ragioni imperative di interesse generale per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, tale giustificazione, prevista dal diritto dell'Unione, deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali ormai garantiti dalla Carta”. Di conseguenza, in applicazione della citata sentenza *ERT*, la normativa nazionale considerata potrà fruire delle eccezioni previste solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto (si veda il punto 35 della pronuncia).

Ciò equivale a dire che la nozione di “attuazione del diritto dell'Unione” ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta ricomprende anche il ricorso, da parte di uno Stato membro, a eccezioni previste dal diritto dell'Unione per giustificare un ostacolo a una libertà fondamentale garantita dai trattati.

Sul differente piano dell'applicabilità della Carta anche ai rapporti “orizzontali” per il tramite della categoria dei “principi generali del diritto dell'Unione europea” (riconducibili ai casi *Mangold* e *Kücükdeveci* già citati), alcuni dubbi sono stati espressi dall'Avvocato generale Trstenjak in relazione al caso *Dominiguez*<sup>70</sup>, proprio in connessione alla previsione – altrimenti priva di significato – di cui all'art. 51, par. 1, della Carta<sup>71</sup>. La problematica si è ripresentata nel più recente caso *Association de Médiation Sociale*<sup>72</sup> con riferimento all'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali. Nel caso di specie, è emerso il limite di invocabilità della Carta quale parametro di legittimità di normative nazionali qualora si tratti di disposizioni contenenti “principi” e non diritti. Ed infatti, la differente conclusione alla quale la Corte perviene rispetto alla citata sentenza *Kücükdeveci* è basata proprio sulla considerazione che il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale, laddove il “Diritto dei

<sup>70</sup> Conclusioni presentate l'8 settembre 2011. Rilevano, in particolare, le osservazioni contenute nel punto 83: “Se si considera, anzitutto, che l'art. 51, n. 1, prima frase, della Carta stabilisce chiaramente la cerchia dei soggetti vincolati dai diritti fondamentali e, in secondo luogo, che la funzione del diritto fondamentale sancito nell'art. 31 della Carta si esaurisce in base alla sua ratio fondando un obbligo di tutela a carico dell'Unione e degli Stati membri, si deve ritenere che tale diritto fondamentale non comporti obblighi direttamente a carico dei soggetti privati (...) [che] possono tutt'al più essere vincolati in modo indiretto mediante provvedimenti di attuazione dell'obbligo di protezione”.

<sup>71</sup> Ad ogni buon conto, nella sentenza resa il 24 gennaio 2012, la Corte non ha affrontato la questione, occupandosi solo della conformità della disciplina nazionale alla direttiva 2003/88/CE. In tema si veda N. LAZZERINI, *Gli effetti diretti orizzontali dei diritti fondamentali in materia sociale: la sentenza Dominguez della Corte di giustizia e la strada del silenzio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 455-461.

<sup>72</sup> Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione), del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de Médiation Sociale c. Union locale des syndicats CGT e al.*, in particolare punti 44-48. Al riguardo, cfr. E. DUBOUT, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, pp. 409-431.

lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa" (art. 27 della Carta) per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. *A contrario*, la sentenza potrebbe aprire la strada all'invocabilità nei rapporti orizzontali di tutte le disposizioni della Carta contenenti "diritti", tenuto conto che la Corte, peraltro, fa espresso riferimento ad essa in quanto tale e non già ai corrispondenti "principi generali di diritto dell'Unione europea".

5. Le brevi considerazioni svolte si proponevano di fornire un modesto contributo alla *quaestio* dei limiti di applicabilità, *ratione materiae*, della Carta ad opera degli Stati membri dell'Unione europea nella prospettiva del più ampio bilanciamento tra la garanzia del massimo livello di tutela dei diritti fondamentali e, al tempo stesso, la salvaguardia delle specificità ordinamentali e costituzionali degli stessi. Una *quaestio* che, mettendo in discussione prospettazioni di tipo dualistico dei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea e investendo delicati problemi che si riverberano sui "confini" interordinamentali, non può non essere al tempo stesso *vetero e nova quaestio*. Il che si traduce nella consapevolezza della necessaria provvisorietà delle osservazioni conclusive che seguono, atte soltanto a riflettere un "orizzonte essenzialmente fluido" per quanto riguarda la ripartizione delle responsabilità tra Unione e Stati membri nella tutela dei diritti fondamentali<sup>73</sup>.

In primo luogo, l'invocabilità della Carta e dei diritti fondamentali in essa contenuti "per gli atti degli Stati membri emanati nell'esecuzione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione o, più in generale che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione", scolpisce in maniera evidente la potenziale "sovrapposizione tra livelli di tutela in forza dei diversi sistemi (diritto dell'Unione, diritto costituzionale nazionale e CEDU)" operanti nello spazio giuridico europeo<sup>74</sup>.

In secondo luogo, in un sistema europeo che, dopo il parere 2/13 della Corte di giustizia continua a rimanere solo tendenzialmente integrato, la stessa ricerca di "confini" tra ordinamenti corre il rischio di diventare parzialmente caduca, laddove il giudice (europeo e nazionale) potrebbe trovarsi di fronte alla non facile individuazione di linee nette di demarcazione, allorché si pensi ai benefici effetti di quel processo di "*mutual enrichment*" – se non di vera e propria "*cross-fertilization*" – intercorso, ad esempio, tra la giurisprudenza della Corte europea e quella della Corte di giustizia<sup>75</sup>. Al tempo stesso, e sia pure nel più generale "dialogo" tra Corti e nella più ampia circolazione possibile delle decisioni giudiziarie, il rispetto di una corretta ripartizione tra competenze statuali e dell'UE – che non può non rilevare anche in

---

<sup>73</sup> V. le conclusioni dell'Avvocato generale Villanón del 12 giugno 2012, causa *Åklagaren*, punto 29.

<sup>74</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre 2010, causa *Zambrano*, punto 156.

<sup>75</sup> Cfr. N. BRATZA, *The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment*, in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, The Hague, 2013, p. 167 ss. Per una più ampia disamina del fenomeno della c.d. "*cross fertilization*" con riferimento al rapporto tra Corte di Strasburgo e Corte interamericana mi permetto di rinviare a A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, in part. parte I.

tema di diritti fondamentali a meno di non voler mettere in discussione il delicato equilibrio tra sovranità nazionale e poteri sovranazionali derivati<sup>76</sup> – significa anche una compiuta definizione dei limiti di applicabilità della Carta.

Ora è indiscutibile che le caratteristiche peculiari di una comunità di diritto – quale costituisce l’Unione europea – implicano una “speciale responsabilità” in capo ai tribunali costituzionali nazionali ed alle corti supreme nell’assicurare l’effettiva applicazione della Carta in sintonia con gli orientamenti interpretativi elaborati dalla Corte di giustizia<sup>77</sup>.

D’altra parte, in merito alla questione dell’applicabilità della Carta da parte dei giudici nazionali, la ben nota sentenza della Corte costituzionale italiana del 7 marzo 2011, n. 80<sup>78</sup> ha ribadito la necessità che la fattispecie ricada nell’ambito di applicazione del diritto europeo. La Consulta, “nell’escludere che essa possa costituire uno strumento di tutela *oltre le competenze dell’Unione europea*, come del resto ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia (...), ha ravvisato, quale presupposto per la sua applicabilità, che la fattispecie sottoposta all’esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo<sup>79</sup> e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto”. Sicuramente le autorità e i giudici nazionali, nelle fattispecie in cui occorra verificare la conformità ai diritti fondamentali “in una situazione in cui l’operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell’Unione” potranno applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali salvo che ciò “non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione” (caso *Åklagaren*)<sup>80</sup>.

Inoltre, “dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientri nel campo di applicazione del diritto dell’Unione, non possono (...) esistere casi rientranti nel diritto dell’Unione

<sup>76</sup> Cfr. A. GUZZAROTTI, in *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2011, pp. 10-12. Si veda al riguardo un passaggio (con riferimento all’art. 6, par. 2, seconda frase, TUE) della presa di posizione dell’Avvocato generale J. Kokott (presentata il 13 giugno 2014 nel procedimento di parere sull’adesione dell’UE alla CEDU), punti 33-34: “In tale norma trova espressione un interesse fondamentale degli Stati membri, che attraversa come un filo conduttore il Trattato di Lisbona: il perfezionamento della tutela dei diritti fondamentali a livello europeo – indipendentemente dal fatto che ciò avvenga mediante la Carta dei diritti fondamentali oppure tramite l’adesione alla CEDU – non deve determinare alcuna alterazione nel delicato equilibrio del sistema di competenze sul quale l’Unione europea si fonda e che caratterizza il suo rapporto con gli Stati membri” (art. 51, par. 2 della Carta).

<sup>77</sup> I dati forniti dall’Association of Councils of States and Supreme Administrative Courts (ACA) definiscono un quadro ampiamente esaustivo della molteplicità dei riferimenti alle previsioni della Carta nei giudizi amministrativi negli Stati membri dell’Unione europea. V. sul sito [www.aca-europe.eu](http://www.aca-europe.eu).

<sup>78</sup> Chiamata a ribattere la tesi della parte privata, costituitasi nel giudizio incidentale di costituzionalità, secondo cui l’equiparazione ai Trattati della Carta di Nizza avrebbe determinato una sorta di “trattatizzazione” indiretta della CEDU, la Corte costituzionale precisa come, “in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l’attribuzione alla Carta di Nizza dello ‘stesso valore giuridico dei trattati’ abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell’Unione”.

<sup>79</sup> In quanto inerente ad atti dell’Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell’Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell’Unione.

<sup>80</sup> In esso risulta richiamata la sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 60.

senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione” con la conseguenza che “l’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta” (ancora caso *Åklagaren*)<sup>81</sup>.

Il tutto al di là di qualsiasi tentazione, discutibile sotto il profilo giuridico, di proiezione di tale *Bill of Rights* oltre i limiti di applicabilità in essa previsti proprio in ragione del suo essere espressivo di valori generalmente sentiti. Una discutibilità che reca in sé il pericolo di assurgere ad elemento di “disintegrazione” all’interno dell’Unione europea laddove, come è noto, l’attribuzione alla Carta di un rango assimilabile a quello del diritto primario ha fatto registrare nel negoziato ante-Lisbona significative resistenze da parte di alcuni Stati<sup>82</sup>. Pertanto un’adeguata – sia pure, come si è visto, non sempre agevole – considerazione del limite previsto dall’art. 51, par. 1, della Carta potrà permetterle di assurgere a strumento di tutela offerto, in primo luogo, al giudice ordinario quale “first judge of the European Union”<sup>83</sup>, mentre la Carta reca in sé l’attitudine a farle assicurare un controllo “diffuso” di legittimità relativo a ogni ambito giuridico investito dal diritto dell’Unione europea.

Non privo di interesse risulta, in tale contesto, l’emersione del concetto del “trasferimento della garanzia dei diritti fondamentali dagli Stati all’Unione” che trova legittimità nella tutela della “*res publica* europea”<sup>84</sup>. Resta, in ogni caso, la difficoltà di individuare, sulla scorta di criteri aprioristici, i casi in cui avviene tale “passaggio” dalla responsabilità originaria degli Stati membri alla responsabilità dell’Unione per quanto concerne la garanzia dei diritti fondamentali: un passaggio che trova un “freno” nella necessità che sia ancorato al presupposto della sussistenza di un sufficiente grado di collegamento tra il diritto dell’Unione e l’esercizio del potere pubblico dello Stato, a sua volta da valutare “caso per caso”.

---

<sup>81</sup> Punto 21.

<sup>82</sup> Esse, nel trovare formale consacrazione nelle parziali deroghe e nei regimi di eccezione previsti nel Trattato di Lisbona ma anche nella stessa articolazione dell’art. 51, par. 1, testimoniano la volontà di siffatti Paesi di “restringere” l’applicazione della Carta da parte della Corte di Giustizia e delle corti nazionali in ragione del carattere “sensibile” dei temi in oggetto. V. il Protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, esteso alla Repubblica Ceca. Si vedano, altresì, le Dichiarazioni n. 61 e n. 62 allegate all’Atto finale relative alla Polonia nonché la Dichiarazione della Repubblica Ceca n. 53. Quanto all’Irlanda, dopo l’esito negativo del primo referendum sulla ratifica del Trattato di Lisbona, il Consiglio europeo del 19 giugno 2009 ha elaborato un testo finalizzato a facilitare la ratifica dello stesso Trattato. Si è previsto, così, di adottare una Decisione dei 27 Paesi membri dotata di effetti giuridici vincolanti e destinata a diventare un Protocollo allegato ai futuri Trattati di adesione con specificazioni di taglio concessorio relative anche ad alcuni diritti consacrati nella Carta. Inoltre il Consiglio europeo ha approvato una Dichiarazione di carattere politico in tema di diritti dei lavoratori e di politica sociale. Per una lettura estesa anche al rapporto tra Protocollo 30 e art. 51, par. 1, cfr. V. BELLING, *Supranational Fundamental Rights or Primacy of Sovereignty? Legal Effects of the So-Called Opt-Out from the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2012, p. 251 ss., par. VI.

<sup>83</sup> N. FENNELLY, *The National Judge as Judge of the European Union*, in *The Court of Justice and the Construction of Europe*, cit., p. 61 ss. V. anche P. CASSIA, P. VON COESTER, *L’application de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne par le juge national*, in *La semaine juridique*, 2012, p. 503 ss.

<sup>84</sup> Esso sottende “l’interesse dell’Unione a lasciare la propria impronta e ad affermare la sua concezione dei diritti fondamentali prevalendo sulla posizione dei singoli Stati membri”. V. ancora le conclusioni dell’Avvocato generale Villanón nella causa *Åklagaren*, in part. punti 37 e 41.

Orbene se tutto ciò rende “relativamente mobili” i confini tra l’ordinamento europeo e quello italiano, è indiscutibile che la parità di rango primario riconosciuta alla Carta comporterà, in ogni caso, un effetto “indotto” con riferimento al più ampio processo di costruzione di un patrimonio costituzionale comune.

## Abstract

### The Field of Application of the Charter of Fundamental Rights for the Member States of the European Union: Again on the Interpretation of Article 51(1)

The growing implementation of the EU Charter of Fundamental Rights in the European national systems makes it useful to define the limits for the Member States’ respect of the rights, observation of the principles and promotion of the application of the Charter, pursuant to Article 51(1).

The immediateness of the conventional phrase, almost peremptory, which limits, for Member States, the application of the Charter only to those situations ‘when they are implementing Union law’ does indeed provoke some interpretative questions, somewhat complex.

Aware of the caducity of an action aimed at defining ‘borders’ among systems, in the context of an ‘essentially fluid horizon’, the present work intends to proceed to a logical and systematic interpretation of Article 51(1) of the Charter, on the basis of the interpretative principles developed by the Court of Justice both before and after the entry into force of the Treaty of Lisbon.

Concetta Brescia Morra\*

# From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA

SUMMARY: 1. Introduction. The Banking Union in Europe: objectives and legal framework. – 2. The structure of the supervisory model. – 3. More authority with the same functions in the European banking single market: insights from a comparison with the US system. – 4. Splitting supervision into regulatory function and controls on the banking activity in order to monitor sound and prudent management (authorizations, collecting and examining data etc.). – 5. The need to concentrate pre-crisis powers in the ECB's competence. – 6. Emergency liquidity assistance (ELA). – 7. Conclusion.

1. The decision to start a process that has as its ultimate goal the creation of a single banking system in Europe is a sign of discontinuity in the history of European banking regulation. The evolution of European legislation until June 2012 had as its primary objective the implementation of the “single market” of banking services in Europe that was initiated in 1993. The Directives on the banking sector, since the first ones in 1977, sought to harmonise rules in order to create a level playing field and to eliminate obstacles to competition within the territory of the European Union.

The European Commission, with the “Road Map towards the Banking Union”, outlined in June 2012<sup>1</sup>, recognizes that further steps in the creation of a system of common rules for banks are important, but no longer sufficient.

As highlighted by the European Central Bank (ECB), there is a fundamental inconsistency in banking supervision being carried out at a national level in a currency area with a single monetary policy<sup>2</sup>. There are macroeconomic rationales for a banking union: the fragmentation of the European banking system and tensions in

---

\* Concetta Brescia Morra is Associate Professor of Financial Market Regulation, University of Sanio and member of the Administrative Board of Review (ABoR) of the Single Supervisory Mechanism of participating EU countries. The opinions expressed in this article are solely those of the Author and do not represent the official policy or position of the ABoR.

<sup>1</sup> Proposal of the European Commission of 12 September 2012 for a Council Regulation conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, COM(2012) 511 final.

<sup>2</sup> European Central Bank, *Financial Stability Review*, December 2012, available online, pp. 119-127; on the importance of the Monetary Union as a key step in European integration see G. L. TOSATO, R. BASSO, *L'Unione economica e monetaria*, Torino, 2007.

bank funding conditions at the national level have impaired the transmission mechanism of monetary policy and could contribute to negative loops between banking problems and sovereign funding. Under the current settings, fragility in national banking systems can be quickly transmitted to the national fiscal side and vice versa, triggering an adverse feedback loop between fiscal and banking problems. Therefore, price stability and financial stability are strongly interconnected<sup>3</sup>.

In order to reduce fragmentation and foster the creation of a unified banking system in Europe, the European Commission approved a reform based on three pillars: a single mechanism of supervision over banks, referred to as the Single Supervisory Mechanism (SSM); a single mechanism for the “resolution” of troubled banks, the Single Resolution Mechanism (SRM); and strengthening the system of the existing national deposit guarantee schemes (DGS).

A strong political compromise on the first pillar has been achieved in a short time also because of the crisis of the Spanish banks and the difficulties of that country, due to the constraints of the public debt in dealing with it. The macroeconomic rationale behind the Banking Union is confirmed by the Regulation approved by the Council on the SSM. Art. 1 and recitals 1*bis*, 2, 3, 4 and 5 of its Regulation No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the ECB concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions underline that the integrity of the single currency and the single market may be threatened by the fragmentation of the financial sector.

There was a deep discussion about the implementation of the second pillar of the Road Map of the Commission: the Single Resolution Mechanism (SRM). On 15 April 2014 the EU Parliament and the Council adopted the EU Regulation No 806/2014 on the Single Resolution Mechanism (SRM) and the Single Resolution Fund (SRF) created by the intermediaries’ contributions. The Fund will not be entirely regulated by the SRM Regulation. Some aspects necessary to set up the Fund, such as the transfer of contributions raised nationally towards the Single Fund and the mutualisation of the national compartments are contained in an inter-governmental agreement established among the participating Member States that was signed on 21 May 2014.

The regulatory construction is currently incomplete, however; the most important weakness is the lack of a binding and comprehensive agreement on sharing the fiscal burden among European Union countries in case of banking crisis<sup>4</sup>.

The SRM and the SRF may allow crises of one or more intermediaries to be dealt with. In the event of a crisis of systemic importance, public intervention would be necessary, but there is no formal commitment by European countries on this point, except as provided in the latest revision of the agreement on the European Stability Mechanism (ESM)<sup>5</sup> that will operate within very strong limits. The agreement of

<sup>3</sup> I. VISCO, *The Aftermath of the Crisis: Regulation, Supervision and the Role of Central Banks*, Lecture Delivered at Harvard Kennedy School, Cambridge MA, 16 October 2013.

<sup>4</sup> Z. DARVAS, S. MERLER, *The European Central Bank in the Age of Banking Union*, in *Bruegel Policy Contribution*, October 2013, available online; S. MICOSI, *Banking Union in the Making*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, pp. 80-98.

<sup>5</sup> The ESM was established with an *ad hoc* treaty between the same countries participating in the Euro Area, signed on 2 February 2012, in order to preserve the financial stability of the Euro Area.

20 June 2013 allows for the direct recapitalisation of banks, but provides stringent eligibility criteria. There is an ex-ante limit for the amount of financial assistance available for a direct recapitalization instrument of EUR 60 billion; this amount may not be sufficient if a systemic crisis occurs. Moreover, a significant part of the cost of the recapitalization mechanism falls on the country of the troubled bank, reducing the possibility of breaking the vicious circle between banks' fragility and the tension in the sovereign debt market.

The lack of an agreement on this crucial issue, however, do not necessarily imply a sceptical judgment about the chances of success of the initial project. As has often happened in European history, the first step towards deeper integration is represented by a compromise limited to just a few topics. A Europe of "different speeds" was always recognized by the EU Treaties<sup>6</sup>. In the genesis of the European Union there were the proposals of 1950 by the French Foreign Minister Robert Schuman in order to prevent the risk of a conflict between France and Germany concerning the coal and steel resources of the Ruhr and Saar. The proposal to place Franco-German coal and steel production under a common High Authority "whose decisions will bind France, Germany and the acceding countries" laid the foundations for economic unification. The agreement was the first concrete tool of a European federation indispensable for the preservation of peace. The Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC) was signed two years later. The large investment pools made necessary by the commitment of member countries in the field of nuclear energy was the rationale for the start of the European Atomic Energy Community (EURATOM) in 1957. That same year the European Economic Community was born.

The past experience in the building of the European Union prompts us to be confident about the possibility of a gradual expansion of the commitments of member countries for the realization of a unified banking system. The project on banking union is based on strong political grounds. It is not a "technical report", produced by a study commission of experts. We do not believe that this phase can be seen in the light of "functionalist" theory. "Functionalism" holds that European integration is driven by "elites" and interest groups without the political consensus of national governments on the progress of European integration. According to this view, transferring some policy functions to the supranational level creates pressure for more integration. Europe integration is boosted by elites of "technocrats", who support proposals that provide for the transfer of certain functions into the hands of European authorities to create pre-conditions, at a later time, for further transfers of sovereignty from Member States to the European institutions ("Jean Monnet's Chain Reaction")<sup>7</sup>.

The project defined by the European Commission in the Road Map in September 2012 stands as an important convergence of the governments of the Euro Area countries. The political agreement preceded the technical solution in the preparation of

---

<sup>6</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 12 ff.

<sup>7</sup> E. SPOLAORE, *What is European Integration Really About? A Political Guide for Economists*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2013, pp. 125-144; on the "functionalist" theory as the basis for the European integration as espoused by Jean Monnet see U. VILLANI, *supra* p. 2 ff.

the SSM regulation as well as in the Regulation on the single mechanism for resolution of banking crises. The signing of the Treaty to set up the European Stability Mechanism shows the strong political interest of governments to support European integration, even if there remain disagreements on technical solutions and on the distribution of the burdens of the banking failures.

We can conclude that the financial crisis has led to a new phase of European integration. The Treaties of Maastricht (1992), initiating the European Monetary Union, and Lisbon (2009) underlined the evolution of the European Community into the European Union<sup>8</sup>. The evolution in the banking sector from the common market to a banking union is a natural consequence of those steps. The decision to create a banking union cannot be explained only in the light of the objectives of safeguarding the soundness of the banking system and financial stability; we regard the banking union as a path towards a more complex programme of reforms aimed at restoring confidence in the euro, which in the long-term seeks the attainment of economic and fiscal integration in Europe.

In this paper we focus on the first pillar, the SSM, as outlined in the Regulation No 1024/2013. We consider two issues that could pose obstacles to the reduction of the fragmentation of European banking and might threaten financial stability. First, the UK has ruled out the possibility of joining the Single Supervisory System; consequently, a significant part of European intermediaries are out of the SSM. Second, although a political compromise on a single system for the management of banking crisis has been reached, some uncertainties concerning the implementation of the new rules still remain.

These two factors led to sub-optimal solutions in the definitions of the new supervisory architecture in Europe. We shall first address the sub-optimal solutions of the current agreement, suggesting some corrections. In more detail, we try to identify the instruments that are already in place in the European Union regulatory system, which could be useful to streamline and strengthen the functioning of the SSM to ensure integration and stability of the banking system.

The paper is organised as follows. Section 2 provides a brief overview of the SSM institutional framework. Section 3 analyses the issue of the coexistence of many supervisory authorities over banks in Europe, comparing the new European institutional framework with the experience of the United States. Section 4 discusses the problems arising from the lack of strong regulatory powers in the ECB. Section 5 deals with the need to concentrate in European institutions the remit for early intervention supervisory powers. Section 6 provides some conclusions.

**2. Council Regulation No 1024/2013 establishes a Single Supervisory Mechanism among Euro Area countries. The mechanism is open to other European Member States wishing to “opt-in” with an agreement of close cooperation. The Euro Area countries have chosen to confer on the ECB prudential supervision tasks as set out in Art. 127(6) TFEU<sup>9</sup> (Treaty on the Functioning of the European**

<sup>8</sup> With the Treaty of Amsterdam of 1997 the mechanism of “enhanced cooperation” was officially enshrined in the Treaties.

<sup>9</sup> With regard to the powers of the ECB according to Art. 127(6) for purposes of financial stabil-

Union)<sup>10</sup>. Despite the fact that this legislative base seems to allow the attribution only of “specific tasks” on supervisory policy, the Regulation conferred on the ECB the entire set of instruments of prudential supervision<sup>11</sup>. In particular, the remit of the ECB will include controls on requirements needed to access the banking sector (authorisation to carry out banking activities and assessment of applications for the acquisition and disposal of qualifying holdings in credit institutions); powers to ensure compliance with prudential requirements (capital adequacy, large exposure limits, liquidity and leverage); powers to ensure compliance with regulation on the internal control system (corporate governance arrangements, including fit and proper requirements for the persons responsible for the management of credit institutions, risk management processes, internal control mechanisms, remuneration policies and practices, and effective internal capital adequacy assessment processes); tasks to carry out supervisory reviews and stress tests in order to determine whether arrangements, strategies and processes put in place by credit institutions ensure a sound management and coverage of their risks; powers to impose on credit institutions specific additional own funds requirements, specific publication requirements, liquidity requirements; investigatory powers (the ECB may require banks to provide all necessary information in order to carry out its tasks and may conduct all necessary on-site inspections); powers to carry out supervision on a consolidated basis and to participate in supplementary supervision of a financial conglomerate; tasks to carry out supervisory reviews in relation to recovery plans and early intervention to prevent financial stress or failure, excluding any resolution powers.

To identify the boundaries of the ECB powers, the central bank has a clear mandate to perform all tasks of prudential regulation in “good times”. It is less clear what the ECB’s powers are in “bad times”, e.g. in a pre-crisis situation. We will examine this problem in more depth in Section 5.

The ECB carries out its tasks within a single supervisory mechanism composed of the ECB and national authorities. It shall be responsible for the effective and consistent functioning of the SSM. Both the ECB and national competent authorities shall be subject to a duty of cooperation in good faith and an obligation to exchange information.

The ECB will not carry out prudential supervision on the entire banking system of the Euro Area. The banks within the participating countries will be divided into two categories: “less significant banks” and “banks of significant relevance”. The

---

ity see R. SMITS, *The Role of ESCB in Banking Supervision*, in *Legal Aspects of the European Central Banks*. Liber Amicorum of Paolo Zamboni Garavelli, Frankfurt, 2005, p. 199 ff.; R. M. LASTRA, *Evolution of the European Central Bank*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, p. 1274 ff.; S. D’ACUNTO, *Commento all’art. 127*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, II ed., pp. 1345-1346; F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, Padova, 2014, II ed., pp. 955-956.

<sup>10</sup> Regarding the problems posed by Art. 127(6) as the legal basis for the SSM see G. L. TOSATO *The Legal Base of the Banking Union*, in E. BARUCCI, M. MESSORI (eds.), *The European Banking Union*, Roma, 2014.

<sup>11</sup> F. CAPRIGLIONE, *European Banking Union. A Challenge for a More United Europe*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, pp. 5-79; F. GUARRACINO, *Role and Powers of the ECB and the EBA in the Perspective of the Forthcoming Single Supervisory Mechanism*, *ivi*, pp. 184-210.

significance is based on certain criteria: the size, the importance for the economy of the EU or any participating Member State, and relevance of cross-border activities. Moreover there will fall within the remit of the ECB banks that have requested or received financial assistance from the ESM and the three most significant credit institutions in each of the participating Member States notwithstanding they do not meet the conditions to be considered “of significant relevance”.

With respect to “less significant banks”, supervisory decisions will be taken by national competent authorities. With respect to “banks of significant relevance”, national competent authorities shall be responsible for assisting the ECB with the preparation and implementation of any acts relating to the ECB tasks.

The ECB has adopted a detailed framework for the practical modalities of supervisory cooperation within the SSM, specifying operational arrangements (SSM Framework Regulation, ECB/2014/17)<sup>12</sup>. There are some risks associated with the structure of the SSM. The most relevant risk comes from the operational structure outlined: in the Council agreement, the ECB’s regulatory powers are limited to operational aspects. As set out in Art. 5 Regulation No 1024/2013, the ECB shall apply all relevant European Union law and where this is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. The ECB shall adopt guidelines and recommendations subject to and in compliance with the relevant European Union law. The ECB may adopt regulations only to the extent necessary to organize or specify the modalities for carrying out those tasks. If the ECB has to apply national legislation there is a risk that the new system would not be able to solve the current fragmentation of the European banking systems. I will deal with these issues in Section 4.

Council Regulation No 1024/2013 establishes detailed supervisory internal governance. It proposes the establishment of a Supervisory Board within the ECB. The Governing Council of the ECB, which is responsible for monetary policy, would remain formally responsible for making decisions prepared by the Supervisory Board. The Supervisory Board carries out preparatory supervisory tasks and proposes draft decisions to the Governing Council which formally adopts these decisions. This complex internal governance has been established because the Council wanted to limit the problem of conflict of interest between the monetary policy task and the banking supervisory task. This is reason why the task of supervision has been delegated to an independent internal body of the ECB. However, the Supervisory Board cannot have “decision-making powers”. Under the Treaty, the Governing Council is the only deciding internal body of the ECB<sup>13</sup>.

As underlined before, the regulation is based on the idea of creating a comprehensive supervisory system for the entire European banking market. The single market for banking services started in 1993, based on the principles of “minimum harmonization”, “mutual recognition” and the “single passport”. This allowed a

<sup>12</sup> Regulation (EU) No 468/2014 of the ECB of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the ECB and national competent authorities and with national designated authorities.

<sup>13</sup> M. PERASSI, *Banca Centrale Europea*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, IV, 2011, p. 160 ff.; D. HODSON, *Managing the Euro: the European Central Bank*, in J. PETERSON, M. SHACKLETON (eds.), *The Institutions of the European Union. The New European Union Series*, Oxford, 2012, pp. 199-218.

“credit institution” legally established in one Member State to establish itself and provide services in other Member States without any further authorization requirements. Therefore home country authorities are responsible for the prudential supervision of foreign established branches (“home country control”). The efficacy of the new SSM could be hampered if some European countries fail to join the mechanism. This is the rationale behind the decision of the Council to allow non-Euro Member States to opt in to the SSM, the “pre-ins”, and to encourage their participation. The Council agreement grants the “pre-ins” participation in the Supervisory Board, through the representatives of their national authorities. Considering that non-Euro countries cannot be represented on the Governing Council, Regulation No 1024 provides pre-ins with some procedural safeguards in case the Governing Council objects to or amends a draft decision of the Supervisory Board. Eventually, in case of disagreement, the Member State can request the ECB to terminate the close cooperation with immediate effect.

Even if most of the European Member States will adhere to the SSM, besides the 18 Euro countries, the decision of the UK to “opt out” could not be considered irrelevant. The UK banking system is of crucial importance<sup>14</sup>. As the location for an important part of the EU’s financial services business, the UK national strategies in the banking supervision field are closely tied up with those that will be adopted by the ECB as the prudential supervisory authority of the Euro Area countries<sup>15</sup>. I will address this problem in Section 3.

**3.** In the new European banking supervision more than one authority will be competent to carry out, for prudential purposes, the same tasks on a different perimeter of intermediaries: banks established in the UK and in other member States outside the euro area will be supervised by the authorities of those countries; “less significant banks” of Euro Area countries will be supervised by national competent authorities; “banks of significant relevance” established in the Euro Area will be supervised directly by the ECB.

This situation is not dissimilar from the one built up in the United States, where there is a system of multiple regulators with tasks partly overlapping<sup>16</sup>. We must of course take into account the differences due to the fact that the US is a federal State; and while Europe can no longer be considered a mere free trade area, but a “community of law”<sup>17</sup>, it is far from being a federal system.

The supervisory system with a plurality of authorities with different tasks has not been abandoned in the US even after the reform approved in 2010 in response to

---

<sup>14</sup> Z. DARVAS, G. B. WOLFF, *Should non Euro Area Countries Join the Single Supervisory Mechanism?*, in *Bruegel Policy Contribution*, March 2013, available online; E. FERRAN, V. BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, in *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge, Faculty of Law, paper No 10/2013, March 2013, available online.

<sup>15</sup> F. CAPRIGLIONE, *supra* at 11.

<sup>16</sup> Using the historical regulatory experience of the United States for a comparative analysis see A. SAUNDERS, *Regulatory Experience in the US and Its Lessons for European Banking Union*, working paper, November 2013, available online.

<sup>17</sup> “A community based on the rule of law”, as indicated by the European Court of Justice in its judgment of 23 April 1986, Case 294/83, *Les Verts v Parliament*.

the financial crisis – the Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act. This reform was not a simplification. It did not reduce the number of financial authorities, but merely entailed a reorganisation of the supervisory system. The only authority abolished was the Office of Thrift Supervision (OTS) whose responsibilities were distributed among other authorities. The OTS was created in 1989 after the savings and loan crisis of the late 1980s and specialised in monitoring the safety and soundness of federal saving associations and their holding companies.

The US system has many weaknesses. Numerous authors have expressed critical opinions on the efficacy of a supervisory system of multiple regulators with overlapping jurisdictions<sup>18</sup>. The US government tried to improve the supervisory architecture but was forced to take into account the strong political objections that would have been raised against a fundamental simplification in the number of authorities. The US reform provides useful suggestions for Europe.

In the US there is a “dual banking system” in which each intermediary is subject to multiple controls. Banks can be state-chartered or federally-chartered (national banks); some special categories of banks, like thrifts or credit unions, can be State or federally chartered. Each credit institution is subject to supervision by its chartering authority, State or federal, and in addition is subject to at least one federal “primary regulator”, a federal authority responsible for prudential purposes and for ensuring compliance with federal banking law. Primary regulators are the Office of the Comptroller of the Currency (OCC), the Board of Governors of the Federal Reserve System (FED) and the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC). An important feature of the system is that all of these institutions, because their deposits are covered by FDIC deposit insurance, are also subject to the FDIC’s regulatory authority (the only credit institutions beyond the remit of FDIC are “credit unions” that have a distinct deposit insurance fund at federal level). The FDIC was created in 1933 to provide insurance to small depositors. It is an independent agency that, as well as insuring the deposits, examines individual institutions and issues regulations for all insured depository institutions to monitor and enforce safety and soundness, manages the receivership and plays an important role in the liquidation process. The fund is used for supporting failing institutions too. The Dodd-Frank Act expanded the FDIC’s powers in liquidating troubled financial institutions, banks and other intermediaries, which are designated as systemically important.

In the US there are also many interagency task forces for coordination and data sharing among different supervisors. These are named the “regulatory umbrella”. Three interagency organizations have permanent status: the Financial Stability Oversight Council (FSOC), the Federal Financial Institution Examinations Council (FFIEC), and the President’s Working Group on Financial Markets (PWG). For our purposes the FSOC is the most interesting, created in 2010 with the Dodd-Frank Act. The Council is chaired by the Secretary of the Treasury. Other voting members are the heads of the agencies competent for regulating and supervising the financial

---

<sup>18</sup> R. MASERA, *Reforming Financial Systems after the Crisis: A Comparison of EU and USA*, in Paolo Sylos Labini (PSL) *Quarterly Review*, 2010, pp. 297-360; E. F. GREEN, *Dodd-Frank and the Future of Financial Regulation*, in *Harvard Business Law Review Online*, 2011, pp. 79-90; G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, in *European Corporate Governance Institute Law Working Paper No 223*, 2013, pp. 26-37, available online.

sector (therefore FED, FDIC and OCC are voting members). The FSOC has no direct supervisory responsibilities of financial institutions, nor regulatory power. Its tasks include identifying and monitoring systemic risks, proposing to Congress regulatory changes to promote stability, competitiveness and efficiency, facilitating the exchange of information between financial authorities, providing a forum for the resolution of jurisdictional disputes among council members. In addition, the FSOC may designate a financial institution (bank or non-bank) as relevant from the systemic point of view, with the consequence that it will be subject to a supervisory regime more stringent than that required for other intermediaries.

From the overview of the US supervisory architecture, after the Dodd-Frank reform, notwithstanding its excessive complexity and cumbersome regulations, we can identify some strong points: the crucial role in the supervisory system of the FDIC having powers of intervention during the crisis and pre-crisis over all systemically relevant financial institutions; and the need for a powerful regulatory umbrella in systems of multiple regulators with overlapping jurisdiction.

We believe that in the European system there is one authority that can exercise a coordination role effectively: the European Banking Authority. The EBA could be considered an “umbrella” authority, due not only to its strong regulatory remit but also to the capacity, provided by the European regulation (Regulation. No 1093/2010 of 24 November 2010), to mediate and settle disagreements in cross-border situations between competent authorities with binding effect (Art. 19); to participate actively in the development and coordination of effective and consistent recovery and resolution plans (Art. 25), procedures in emergency situations and preventive measures to minimise the systemic impact of any failure, especially of cross-border banking groups (Art. 18); and to ensure a coherent functioning of colleges of supervisors (Art. 21)<sup>19</sup>. Moreover, Regulation No 1022/2013, enacted to ensure a balance in the EBA decision-making structures between the Euro Area and other Member States, strengthens its “coordination role”<sup>20</sup>.

Based on the current legislation, the EBA is the most appropriate actor to close the gaps in the banking supervision at European level and to achieve a fruitful negotiation on supervisory practices with British authorities<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> G. L. TOSATO, *The Governance of the Banking Sector in the EU. A Dual System*, in E. BARUCCI, M. MESSORI (eds.), *Towards the European Banking Union*, Bagno a Ripoli, 2014, p. 23 ff. The Author highlights the importance of the EBA powers envisaging the risk of duplication and conflicts with the ECB.

<sup>20</sup> Regulation (EU) No 1022/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (EU) No 1024/2013.

<sup>21</sup> International Monetary Fund (IMF), *A Banking Union for the Euro Area* document prepared by R. Goyal, P. K. Brooks, M. Pradhan, T. Tressel, G. Dell’Ariccia, R. Leckow, C. Pazarbasioglu, and an IMF Staff Team, 13 February 2013, available online. In contrast, highlighting some of the difficulties in the functioning of the complex European system of banking supervision, R. LENER, E. RULLI, *The Reforms of the European Financial Markets Supervision. The Difficult Coordination between EU and Member States*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2013, pp. 99-162; E. FERRAN, *European Banking Union and the EU Single Financial Market: More Differentiated Integration, or Disintegration?*, in *University of Cambridge Legal Studies Research*, Paper Series, No 29, April 2014, available online; P.

4. The scheme proposed by Regulation No 1024/2013 provides a clear distinction between “regulation” and “supervision”; they are intended as different tasks that could be carried out by different subjects<sup>22</sup>. This approach is a novelty that has not been experienced by the legislation of any one country so far. Actually, in some jurisdictions, as in the UK, from a terminological point of view, the word “regulation” is even used as substitute for “supervision”.

The regulation of banks remains essentially a competence of national laws, implementing EU rules, as pointed out in several provisions of Regulation No 1024/2013. According to Art. 4(3), the ECB “(...) shall apply all relevant Union law, and where this Union Law is composed of directives, the national legislation transposing those directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising these options. To that effect, the ECB shall adopt guidelines and recommendations, and take decisions subject to and in compliance with the relevant Union law (...)”.

Moreover the ECB shall be subject to “binding regulatory and implementing standards developed by the EBA”.

Under this rule it is clear that the ECB has no regulatory powers over banking activities. In carrying out its supervisory tasks the ECB shall apply EU laws and national provisions implementing EU rules. The ECB may adopt regulations “only to the extent necessary to organise or specify the modalities for the carrying out of those tasks (...)”. It is therefore a regulatory power limited to “self-organisation” of the exercise of ECB powers. The most important example of “self-organisation” rules is the “framework” that the ECB have adopted in consultation with national authorities “to organise the practical arrangements” relating to the cooperation within the SSM (Art. 6(7)) (SSM Framework Regulation).

The picture is less clear if we continue reading the same Art. 4(3), where it is stated that “before adopting a regulation, the ECB shall conduct open public consultations and analyse the potential related costs and benefits”. The need for a public consultation, normally required for the adoption of rules in the proper sense, i.e. provisions binding on third parties, suggests that in the remit of the ECB there are also regulatory powers. As the first part of the same article (Art. 4(3)) does not seem to assign such powers to the ECB, except to the extent necessary to self-organize the supervisory function, it is unclear what the source of these powers is. Thus we can conclude that Regulation 1024/2013 does not confer on the ECB a formal regulatory power. The central bank may just issue guidelines and other non-binding provisions.

This division between regulation and supervision is particularly dangerous for the proper functioning of the new SSM. Despite the long process of harmonisation and the efforts made by directives and guidelines of the European authorities, especially the EBA, there remain important differences in the rules and supervisory approaches between Member States.

SCHAMMO, *Differentiated Integration and the Single Supervisory Mechanism: Which Way forward for the European Banking Authority?*, working paper, October 2014, available online.

<sup>22</sup> E. WYMEERSCH, *The European Banking Union, a First Analysis*, in *Financial Law Institute, University of Gent*, working paper series, 2012-07, available online.

Up to now the differences were mainly due to the provision of EU directives that left discretionary options to Member States in transposing EU law. On this issue, the recent European legislation on capital requirements introduced important innovations. The new regulatory framework replaces the Capital Requirements Directive with two different legislative instruments (Capital Requirements IV package – CRD IV): a directive governing access to deposit-taking activities (Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council 26 June 2013 – CRD) and a regulation establishing the prudential requirements (Regulation No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 – CRR). The regulation is directly applicable; this means that it will take immediate effect in all Member States without any further action on the part of the national authorities. This should reduce divergences between European legal systems that result from the transposition of directives. The new rules cancel a large number of national options and discretions. They allow Member States to apply stricter requirements only where these are justified by national circumstances, needed on the grounds of financial stability or because of a bank's specific risk profile.

The new rules concerning “prudential supervision” may be regarded as a “single rule book”, but we should consider that even the CRR allows some options to Member States in its implementation. Moreover whatever the letter of the law, different authorities in different EU jurisdictions can adopt different approaches to perform their supervisory duties. The former CEBS (Committee of European Banking Supervisors, which has been replaced by the EBA) in its documents made a clear distinction between “option” and “discretion” in implementing EU directives. An “option” refers to a situation in which “competent authorities or Member States are given the choice on how to comply with a given provision, selecting from a range of alternatives set forth in Community legislation”, whereas a “discretion” refers to a situation in which “competent authorities or Member States are given a choice as to whether to implement, or not implement, a given provision” (Guidelines on Supervisory Disclosure, January 2010). The term “discretion” means that the supervisory authorities have a choice as to how they go about performing their day-to-day supervisory duties. “When directives refer to the need for an institution to obtain a competent authority's approval or authorization for various purposes, such authorization or approval might be discretionary, but it does not constitute a national discretion in the sense described above” (CEBS Guidelines on Supervisory Disclosure, January 2010). The exercise of this discretion (as opposed to a “national discretion”) can lead to different regulatory outcomes notwithstanding the wording of the legislation relied upon being the same or similar in different Member States<sup>23</sup>.

Moreover, studies and research reports on behalf of the EU Commission<sup>24</sup> have shown that in Europe banking authorities have adopted different approaches to

---

<sup>23</sup> This point is recognised by the *CEBS Guidelines on Supervisory Disclosure* – revised, dated January 2010 (Introduction, para. 2) when citing the “The Revised Framework for International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards” (Basel II agreement) to the effect that “the supervision of banks is not an exact science, and therefore, discretionary elements within the supervisory review process are inevitable”.

<sup>24</sup> *Report by the High-Level Group on Financial Supervision*, chaired by Jacques de Larosière, Bruxelles, 25 February 2009 (De Larosière Report), available online; *Report by the High-Level Expert*

banking supervision. One may refer to the regulatory proposals, in response to the global financial crisis, on “structural measures”, i.e. institutional separation between banks that carry out traditional banking business (collecting deposits and lending activity) and intermediaries engaging in proprietary trading and other securities activity<sup>25</sup>. There have been various initiatives in the US and in some European countries. The “Volcker rule” is contained in the Dodd-Frank Act 2010 in the US; the proposals of the Vickers Commission have been implemented in the UK with the Banking Reform Bill of 2013; the Liikanen Report (2012)<sup>26</sup> proposed for banking groups a mandatory separation of certain trading activities from the deposit bank<sup>27</sup>. The rationale for this proposal is to insulate certain types of financial activities, that need a special protection (deposit taking), or are important for the real economy (loans to firms), from risks that could originate in “less important activities”, such as investment banking business. Beyond the basic idea, the reforms present some similarities, but they differ in scope and in the severity of the rules. Moreover the structural reform proposals are far from being considered a common standard for European countries.

The regulatory differences between European countries are not limited to important topics such as those related to structural measures. Member States would like to maintain the styles of supervision they have adopted up to now. The reasons for national resistance to change are various. In some cases, governments would like to protect the competitiveness of their national intermediaries and national financial system; in some other cases, the conservative approach refers to the national regulatory framework (which could even be subject to constitutional limits) and administrative traditional culture.

The different approaches to supervision led to regulatory arbitrage, giving a competitive advantage to intermediaries established in countries with a “light touch approach” in banking supervision (such as the UK, before the financial crisis)<sup>28</sup>.

The regulatory differences could have even more problematic consequences in the perspective of SSM. There may be difficulties for the ECB to adopt a common standard in the exercise of supervision due to the legislative constraint stated in the regulation to implement the “national rules”. This situation could undermine the ECB’s capacity to carry out its task, complying with one of the key principles stated in the first article of the proposed regulation on SSM: “(...) duty of care for the unity and integrity of the internal market based on equal treatment of credit institutions with a view to preventing regulatory arbitrage” (Regulation No 1024/2013, Art. 1(1))<sup>29</sup>.

---

*Group on Reforming the Structure of the EU Banking Sector*, October 2012 (Liikanen Report), available online.

<sup>25</sup> L. GAMBACORTA, A. VAN RIXTEL *Structural Bank Regulation Initiatives: Approaches and Implications*, in *Bank for International Settlements Working Papers*, No 412, April 2013, available online.

<sup>26</sup> Liikanen Report.

<sup>27</sup> On January 2014, the European Commission adopted a proposal for a regulation based on the Liikanen report.

<sup>28</sup> Financial Services Authority (FSA), *The Turner Review: A Regulatory Response to the Global Banking Crisis*, 18 March 2009, available online.

<sup>29</sup> According to Art. 1(1) of the SSM regulation: “This Regulation confers on the ECB specific tasks concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, with a view to contributing to the safety and soundness of credit institutions and the stability of the financial system

Moreover different supervisory approaches could hinder the ECB's oversight of cross-border groups<sup>30</sup>.

Without common supervisory standards the possibility of different treatment of intermediaries is amplified by the complex procedural system adopted for the SSM's functioning. Although the ECB shall be responsible for the effective functioning and consistent supervision mechanism, the SSM is composed by the ECB and national competent authorities. Under Art. 4 of the proposed regulation on SSM, national authorities shall be responsible for assisting the ECB with the preparation and implementation of any acts relating to the ECB's prudential supervisory tasks having regard to credit institutions "of significant relevance". On the contrary, with respect to "less significant banks" supervisory decisions are adopted by national competent authorities. The ECB shall issue regulations, guidelines or general instructions to national competent authorities. If necessary, to ensure consistent application of high supervisory standards, the ECB may decide to exercise directly itself all the relevant powers also with respect to "less significant banks". The decisions have to be taken after consulting with national competent authorities or upon request by a national competent authority (Art. 6(5)(b)).

The relationship between national authorities and the ECB cannot be compared to that between the European Commission and national authorities in the antitrust field<sup>31</sup>. The TFEU established a clear primacy of EU law. National legislation may apply to agreements impeding competition, alleged abuses of dominant position and concentrations that do not fall within the scope of the EU. Moreover in the antitrust field both the European Commission and national authorities apply the same discipline. Under Art. 1(4) of Law 287/90, Italian legal provisions on anti-trust shall be interpreted in accordance with the principles of EU law. The regime for enforcing European competition law provides a decentralized decision-making system, in accordance with the "subsidiarity principle" (Art. 5 TEU). This case is different from that outlined by Regulation No 1024/2013 for the ECB oversight of credit institutions "of significant relevance". In the latter, the law does not provide a "decentralization" of powers enforcing the rules. National authorities have only the duty to carry out the investigation and the implementation phases of the administrative process. National supervisors are considered as an integral part of the SSM in the Regulation No 1024/2013<sup>32</sup>. The decision-making responsibility remains within the remit of the ECB, but the latter has to apply the "national legislation" implementing EU rules.

---

within the Union and each Member State, with full regard and duty of care for the unity and integrity of the internal market based on equal treatment of credit institutions with a view to preventing regulatory arbitrage". E. WYMEERSCH *The Single Supervisory Mechanism or 'SSM'. Part One of the Banking Union*, in *Financial Law Institute*, University of Gent, working paper series, 2014-02, available online; R. D'AMBROSIO, *Due Process and Safeguards of the Persons Subject to SSM Supervisory and Sanctioning Proceedings*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, No 74, December 2013, available online.

<sup>30</sup> G. FERRARINI, L. CHIARELLA, *Common Banking Supervision in the Eurozone: Strengths and Weaknesses*, in *European Corporate Governance Institute*, Working Paper Series in Law, No 223, August 2013, available online.

<sup>31</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, II ed., pp. 762-775.

<sup>32</sup> E. WYMEERSCH, *supra* at 29.

As previously underlined, the absence of a common regulatory framework could lead to undesirable outcomes: different treatment of Euro Area credit institutions and problems in the cooperation between BCE and national authorities.

One way to try to overcome these problems is to support the setting-up of “supervisory teams” of national competent authorities, as provided in Art. 25(2) of the proposed regulation. The teams, taking supervisory actions regarding a credit institution, could lead to a “common culture” in the supervisory field in the long run.

To accelerate convergence in the supervisory approaches we need to confer more powers on the ECB to produce common standards in order to perform its tasks properly and to be independent in its decisions from the influence of national authorities. The legal instruments could be recommendations and guidelines, implementing the new prudential regulation contained in the CRR regulation. Eventually, we should consider that many articles of the new CRR confer discretionary powers in applying the rules; for instance, the CRR gives to competent authorities the power to derogate a rule, to waive a provision or to exercise an option. The ECB, by the end of 2014, will be the “competent authority” for a large number of European banks; the power to exercise these options is in the remit of the ECB if we do not interpret the notion of “competent authorities” as limited to that of the “national authorities”. According to the wording of the CRR (Art. 4(40)), “‘competent authority’ means a public authority or body officially recognised by national law, which is empowered by national law to supervise institutions as part of the supervisory system in operation in the Member State concerned”. The ECB will be the public authority empowered to exercise the supervision over banks “of significant relevance” by the national laws of Member States adhering to the SSM. Such an interpretation is confirmed by recital 34 of Regulation No 1024 which provides that the ECB should apply the material rules relating to the prudential supervision of credit institutions; those rules are composed of the relevant Union law, in particular Regulations or Directives. Where the relevant material rules are laid down in Regulations and in areas where those “Regulations explicitly grant options to member States the ECB should apply the national legislation exercising these options”. The national legislation is not binding on the ECB if options are “available only to competent or designated authorities”. Therefore, the Regulation identifies the ECB as the “competent authority” according to the relevant Union law<sup>33</sup>.

**5.** The split of the supervisory function into different tasks, regulation and controls on the banks’ management, falling within the remit of different authorities, creates serious problems in pre-crisis situations, because the regulatory framework in this field is not well defined. Moreover the misalignment between the European Union supervision of banks and the national treatment of banks in the resolution proceedings could hinder the capacity of the ECB to act promptly to avoid the difficulties of one large bank being transmitted to other intermediaries, affecting the whole financial system<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> R. D’AMBROSIO, *supra* at 29.

<sup>34</sup> P. DE GRAUWE, *Design Failures in the Eurozone: Can They Be fixed?*, in *London School of Economics, “Europe in Question” Discussion Paper Series*, February 2013, available online.

The rules on banking crisis management have been recently harmonized. The EU Directive 2001/24/EC on the reorganisation and winding up of credit institutions that have their headquarters in one Member State and branches in other Member States, while affirming the principles of unity and universality of the procedures, did not harmonise them. The directive established a mutual recognition of national measures that are fully effective throughout the European Union territory without any further formalities. The directive providing a common framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms has been adopted by the EU Parliament and the Council on 15 April 2014 (2014/59/EU). Moreover, at the same time was approved Regulation No 806/2014 on a Single Resolution Mechanism (SRM) and a Single Bank Resolution Fund to complete the banking union among Euro Area countries. Regulation No 806/2014 creates a new European agency designed pursuant to Art. 114 TFEU, the Single Resolution Board<sup>35</sup>. The Board will share the responsibility of resolution tasks with the ECB, the Commission and the Council. The SRM regulation entrusts the ECB with the power to activate the resolution upon assessing “whether a credit institution is failing or likely to fail and whether there is no reasonable prospect that any alternative private sector or supervisory action would prevent its failure within a reasonable timeframe” (recital 16 of the Regulation). The ECB shall communicate that evaluation to the Commission and the Board. The Resolution Board, after assessing if there is a systemic threat and if there is no private alternative solution, will then adopt a “resolution scheme” including the relevant resolution tools and any use of the Fund. Before the Board adopts its decision, the Commission will evaluate its compliance with State aid rules. The Commission is responsible for assessing the discretionary aspects of the decision of the Board and endorsing or objecting to the resolution scheme. The Council could object the Commission’s decision if there is no public interest in resolving the bank or under certain circumstances involving the use of the Single Fund<sup>36</sup>.

In this legal framework two problems may arise. First, the lack of a clear and uniform definition of “early intervention measures” at European level could lead

---

<sup>35</sup> G. L. TOSATO *The Legal Base of the Banking Union*, cit., expresses some doubts about the applicability of Art. 114 TFEU as the legal basis for the SRM.

<sup>36</sup> This complicated system of tasks and responsibilities has been chosen due to the urgency of putting the SRM in place within a reasonable period of time, considering the SSM will start to operate within one year. Other solutions entailed a change of the Treaty. The current proposals have been scrutinised by the legal service of the Council which concludes that some of the provisions conferring resolution powers on the Board “need to be further detailed in order to exclude that a wide margin of discretion is entrusted to the Board, unless the legislator decides to involve in the exercise of those powers an institution of the Union vested with executive competences” according to the *Meroni* doctrine (Court of Justice, judgment of 13 June 1958, Case 9-56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*). About the legal obstacles regarding the delegation of new powers to EU Agencies, R. D. KELEMEN, G. MAJONE, *Managing Europeanization: The European Agencies*, in J. PETERSON, M. SHACKLETON (eds.), *supra* at 13, p. 219 ff. On this point, however, we must take into account the innovative decision of the European Court of Justice of 22 January 2014 (Case C-270/12, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v European Parliament and Council of the European Union*) on the powers conferred on the ESMA under Art. 28 of Regulation No 236/2012, finding that these powers “are precisely delineated and amenable to judicial review in the light of the objectives established by the delegating authority”, thus they “comply with the requirements laid down in *Meroni v High Authority*”.

to different treatments of Euro Area banks. The ECB will not have the same set of tools to react to a bank in distress in all the Euro Area countries, due to the lack of harmonisation in this field. Second, when the legal framework on bank resolution is in place, there will be a plurality of authorities with overlapping powers in some circumstances. This could slow down the reactions of authorities that are needed to prevent panic.

To better understand the first point it is useful to analyse the ECB's "early intervention powers". Regulation No 1024/2013 on SSM assigns to the ECB important tasks in pre-crisis situations with regard to "banks of significant relevance". According to Art. 4(1)(k), the ECB has the exclusive power to carry out "supervisory tasks in relation to recovery plans, and early intervention where a credit institution or group in relation to which the ECB is the consolidating supervisor, does not meet or is likely to breach the applicable prudential requirements and, only in the cases explicitly stipulated by relevant Union law for competent authorities, structural changes required from credit institutions to prevent financial stress or failure".

The only exceptions are the powers of resolution. The ambiguity of the provision is mitigated by Art. 16 of the Regulation which contains a list of measures that the ECB shall have "at an early stage to address relevant problems", where there is a breach of the rule regarding sound and prudent management. Among these measures there is the power to require banks to hold their own funds in excess of the minimum capital requirements, to restrict or limit their business, to require the institution to limit the managers' remuneration, and to remove at any time from the management body of credit institutions members who do not fulfil the requirements set out in the banking supervision regulation.

This list cannot be considered exhaustive. Some useful hints to identify the notion of early intervention measures are given in the Capital Requirements Directive (Capital Requirements – CRD IV package: Directive 2013/36/EU and Regulation (EU) No 575/2013). According to Articles 102-104 of the Directive, competent authorities shall require an institution to take the "necessary measures" at an early stage to address relevant problems when the institution does not meet the requirements of CRD requirements or the competent authorities have evidence that the institution is likely to breach the requirements within the following 12 months. "Necessary measures" are identified through a long list that describes the powers of authorities. The list includes the power to require institutions to hold own funds in excess of the minimum requirements; to require the reinforcement of the arrangements, processes, mechanisms and strategies implemented; to require institutions to present a plan to restore compliance with supervisory requirements; to require institutions to apply a specific provisioning policy or treatment of assets in terms of own funds requirements; to restrict or limit the business, operations or network of institutions or to request the divestment of activities that pose excessive risks to the soundness of an institution; to require institutions to use net profits to strengthen own funds; and to restrict or prohibit distributions or interest payments by an institution to shareholders.

The measures contained in the list established by Art. 104 in large part correspond to those set out in Art. 16 of the SSM Regulation, but one can assume that all the powers described as Articles 102-104 of the CRD directive fall within the

competence of the SSM. None of these powers can be considered as a “resolution power” which, as mentioned, is certainly a power outside the remit of the SSM.

The intervention powers of the ECB, however, cannot be considered confined to measures included in this extensive list. Member States implementing the provision of a directive, such as Articles 102-104 of the CRD IV, may add additional powers to the list of “early intervention powers” and the ECB is granted the same powers that national authorities have. To understand this point better, an example from Italian experience is useful. According to the Italian Banking Law, the Bank of Italy has a wide range of instruments for corrective action, such as to convene the directors, require intermediaries to adopt corrective measures on their organization, risk or capital, impose strengthening of the organisation or restrictions on its operations, and prohibit it from carrying out certain transactions. Furthermore, the Bank of Italy may prohibit banks authorised in Italy from undertaking new transactions or order the closure of branches for violation of laws, regulations or bylaws governing their activities, for management irregularities. As a matter of urgency the Bank of Italy may provide for one of its own officers to take over the provisional management of the bank; this provisional management may not last for more than two months. In Italy the supervisory authority makes the proposal to the Minister of the Treasury to issue a decree of “special administration” of the bank.

The Italian case shows that just a part of the powers granted by Italian law to the supervisory authorities in the phase of “early intervention” reproduces those identified in the regulation in CRD IV. This could lead to a different treatment of the banks subject to supervision by the ECB. Moreover, if the ECB has to apply national rules and the “early intervention powers” are not regulated exhaustively by the specific banking laws, but by commercial or bankruptcy laws too, the ECB could face severe problems in using these powers in an effective manner. The harmonisation of rules regarding “early intervention powers” by the European directive becomes more urgent than it was in the past when this phase was in the remit of national authorities. To some extent the compromise reached on directive establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (2014/59/EU) harmonises some crisis prevention measures, such as the appointment of one or more special managers to a bank with a deteriorating financial situation or that has committed serious irregularities (Art. 24 of directive 2014/59/EU), but we believe it is necessary to make a stronger effort to reach a deeper integration of European laws on this point.

The second problem refers to overlapping powers between the ECB and the Resolution Board set up by the SRM regulation<sup>37</sup>. The Board has to intervene when “a bank is failing or likely to fail” but even the ECB could adopt a broad range of corrective and extraordinary intervention measures in the early intervention phase. In the past experience, in the ordinary supervisory activity carried out by national authorities there is a close link between the evaluation process and the correction phase. The latter is a result of the evaluation and consists of the determination of the

---

<sup>37</sup> S. MICOSI, G. BRUZZONE, J. CARMASSI, *The New European Framework for Managing Banking Crisis*, in *Centre for European Policy Studies. Policy Brief*, No 304, 21 November 2013, pp. 1-20, available online.

measures appropriate to the characteristics of the anomalies found. There is a graduation of the forms of intervention of supervisory authorities; the range of interventions goes from “preventive measures”, such as warnings, to “corrective measures”, such as changes in the internal organisation. “Extraordinary measures”, such as restriction on operations or prohibition from carrying out certain transactions, are usually taken in a subsequent phase. There is a continuous line from “preventive measures”, “corrective measures” and “extraordinary measure”<sup>38</sup>. The extreme form of intervention consists in removing the shareholders’ control over the company (as happens in special administration or liquidation procedures generally regulated by bankruptcy laws).

These considerations suggest that the key role in the bank pre-crisis phase should be played by the supervisory authorities, the ECB or the national competent authorities<sup>39</sup>. This is consistent with the legal framework designed by the SSM regulation. However it is important to avoid the ECB becoming involved in the responsibility for decisions adopted to resolve a failed bank, considering that currently the burden of the crisis still falls at the national level<sup>40</sup>. The solution could be to identify clearly two different phases: the pre-crisis phase and the resolution phase. The latter starts when there is a declaration of the ECB that the bank is no longer viable. This could split the technical responsibilities from those with political features<sup>41</sup>.

**6.** A fundamental instrument to protect financial stability along with oversight, crisis resolution procedures and deposit insurance, is “emergency liquidity assistance” (ELA). The “lender of last resort” is a liquidity support to a solvent firm that can provide good guarantees, but cannot receive credit from the market because the latter is not able to properly assess the situation. It is a form of public intervention grants, as in the case of other bail-outs. This tool, acknowledged among the functions of central banks since the end of the eighteenth century, as described in *Lombard Street* by W. Bagehot, is not mentioned in the regulatory provisions

<sup>38</sup> G. BOCCUZZI, *Towards a New Framework for Banking Crisis Management. The International Debate and the Italian Model*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, No 71, October 2011, available online.

<sup>39</sup> J. CARMASSI, C. DI NOIA, S. MICOSSI, *Banking Union: A Federal Model for the European Union with Prompt Corrective Action*, in *Center for European Policy Studies, Policy Brief*, No 282, 17 September 2012, available online; S. MICOSSI, G. BRUZZONE, J. CARMASSI, *op. cit.*

<sup>40</sup> M. NIETO, G. GARCIA, *The Insufficiency of Traditional Safety Nets: What Bank Resolution fund for Europe*, in “Paolo Baffi” *Centre Research Paper Series*, No 2012-117, Università Luigi Bocconi, Milano, 2012, available online.

<sup>41</sup> During the ECB press conference in October 2013, the president, Mario Draghi, answering a question on the SRM, said that “(...) we view the two phases, namely that of assessing the non-viability of a certain bank in question and that of deciding which action should be undertaken as clearly separate tasks. The SSM would take care of the first phase and the SRM would take care of the second. Also the draft proposal on this very same topic gives the ECB the status of a voting member. The ECB believes that it should only be an observer, just to make sure that two phases are completely separate.”. Opinion of the European Central Bank on a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council, (CON/2013/76), 6 November 2013.

examined. Until the recent financial crisis it was exercised by national central banks in the absence of explicit European provisions<sup>42</sup>. The ELA is a tool to prevent the difficulties of an intermediary from leading to its default and, in certain circumstances, generating a domino effect. The silence of laws regarding this task carried out by central banks is justified to preserve the “constructive ambiguity” necessary to limit moral hazard by intermediaries. The discretion of central banks using this tool prevents intermediaries relying on liquid facilities increasing the risk appetite. Only few years ago, the lender of last resort was explicitly acknowledged in the Italian legislation (Law of 9 October 2008, no 155). In the European context, ELA is mentioned in the European Commission’s decisions in the field of State aid. The lender of last resort is compatible with State aid rules if certain conditions are met (European Commission Communication of 25 October 2008): funding must not be part of a wider package of State aid; the intermediary must be solvent, according to the evaluation of supervisory authorities; funding must be fully guaranteed by appropriate assets; the interest rate should be penalizing; the decision is taken by the central bank; there is not a guarantee of the State.

Until now, as noted by the ECB itself<sup>43</sup>, competent exercise of this power has remained at the national level, because of its close connection with the supervisory function attributed to the national central bank of the State where the bank is incorporated. Considering ELA as a key component of the system of safety net banking and its close connection with the supervisory function<sup>44</sup>, we have to conclude that this power should be exercised by the ECB for banks participating in the SSM<sup>45</sup>. The directive on recovery and resolution of credit institutions confirms that ELA from a central bank to a troubled bank is not a resolution measure; ELA is one of the tools that authorities could adopt when a bank is solvent (see recital 24, directive 2014/59/EU).

However, it is very likely that as long as there is no agreement on how to allocate the burden of banking crises in Europe it will be hard to find a solution to the problem of which authority should offer the ELA.

7. The project of the SSM was developed within a few months to set up a tool to deal with the adverse consequences of the vicious circle between the tensions in the market for public debt and the fragility of some European banks. As often happens when reaching a political compromise among countries with different national interests and various cultural approaches, the solutions show difficulties of implementation. We highlighted three major problems. First, there are possible inconsistencies in applying the new rules resulting from the presence of multiple authorities with different tasks. Second, the supervisory function is split into distinct tasks: the regulatory activity and the oversight activity, assigning the responsibility

---

<sup>42</sup> S. BROYER, A. LEMANGNEN *Special Report. Economic Research*, in *Natixis*, April 2013, No 51, available online; Z. DARVAS, S. MERLER, *supra* at 4.

<sup>43</sup> ECB, *Annual Report*, 1999, p. 102; M. PERASSI, *supra* at 11, p. 164 ff.

<sup>44</sup> G. GORTON, A. METRICK, *The Federal Reserve and Financial Regulation: The First Hundred Years*, in *National Bureau of Economic Research, Working Papers*, No 19292, August 2013, available online.

<sup>45</sup> P. DE GRAUWE, *supra*.

for each of them to different authorities. Third, there are some ambiguities in the legal framework having regard to the early intervention measures.

To limit the negative consequences of the plurality of authorities we believe that it is necessary to assign a strong role of coordination to one of them; the most suitable being the EBA. In order to avoid the supervisory tasks of the ECB failing to work properly due to the lack of regulatory powers, it is necessary to clarify that within the supervisory responsibility of this authority is included the definition of regulatory standards. Having regard to the third problem, we think that it is very important for the ECB to play a crucial role in the early intervention phase.

The inconsistencies in the architecture of the new system could be overcome by assigning broad and discretionary powers to the institutions entrusted with the supervisory tasks, as we learned from the history of central banks<sup>46</sup>. According to general theory<sup>47</sup>, a legal system is not the outcome of just the will of the legislator, but most of the institutional apparatus and instruments that ensure the implementation of rules. The SSM, despite all the weaknesses identified, could strongly contribute to financial stability, if the supervisor has appropriate powers to reassure markets.

## Abstract

### From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA

The agreement on the Single Supervisory Mechanism (SSM) is an important step to create an integrated banking system in Europe. In this paper we look at the powers attributed to the ECB, from a legal perspective, in order to evaluate the SSM in the broader European architecture of banking supervision. We focus on three issues: the coexistence of more authorities with the same functions on a different perimeter of intermediaries in Europe, due to the UK decision to remain outside the SSM; the creation of a supervisory authority with weak regulatory powers (since these remain in the hands of European institutions and national legislators); and ambiguity over the competence to carry out early intervention powers. These issues should be addressed to increase the effectiveness of supervision. To this end, first, we need an “umbrella authority” to coordinate supervision among all European countries (those that do and do not adhere to the SSM); this role could be played by the EBA. Second, it is crucial to strengthen the powers of the ECB, in the regulatory field as well as for dealing with an impending crisis.

<sup>46</sup> C. GIANNINI, *The Age of Central Banks*, Cheltenham, 2011, pp. 255, esp. 258-259, English translation of *L'età delle banche centrali*, Bologna, 2004.

<sup>47</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918 (translated into French, *L'ordre juridique*, Paris, 2002, German, *Die Rechtsordnung*, Berlin, 1975, and Spanish *L'ordinamiento juridico*, Madrid, 2012).

Aurora Vimercati\*

# Teorie e prassi del dialogo sociale europeo\*\*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Teorie e prassi della democrazia industriale; ovvero il dialogo sociale europeo visto in controluce – 3. Le prime forme di istituzionalizzazione del dialogo sociale e l'avvio del processo di allargamento *oltre* l'Europa che finiva al muro di Berlino. – 4. La frammentazione istituzionale degli assetti europei e le ripercussioni sulle tecniche regolative eteronome ed autonome: nuove teorie per nuove prassi? – 5. Il quadro giuridico istituzionale inaugurato dalla riforma di Maastricht, consolidato dal Trattato di Amsterdam e confermato dal Trattato di Lisbona.

1. Il dialogo sociale costituisce un capitolo importante del processo di integrazione europea e della stessa architettura istituzionale che ne governa l'evoluzione, come di recente ridefinita dal Trattato di Lisbona, a seguito di un percorso di crescente complessità e intriso di contraddizioni e, forse, di occasioni mancate.

Nonostante le molte ambiguità che ne hanno contraddistinto il riconoscimento e che tuttora circondano l'insieme di prassi e procedure che ne costituiscono l'essenza, il dialogo sociale (comunitario e, oggi) euro-unitario riveste un ruolo significativo nell'articolato sistema di competenze e di processi decisionali delle istituzioni dell'Unione europea in materia sociale e di occupazione; ma questo ruolo rileva anche in una dimensione più ampia e che, nel tempo, ha assunto rilievo crescente: la democratizzazione e la stessa legittimazione (politica e sociale) di quello che, oramai, appare come un apparato burocratico-istituzionale che impone regole e condizionamenti, peraltro recepiti con crescente ostilità dall'opinione pubblica e, sempre di più, da taluni governi nazionali.

In questa prospettiva, il successo del dialogo fra le parti sociali a livello europeo – incontestabile dal punto di vista della mole di disposizioni dello stesso diritto primario e di prassi ad esso riconducibili – non cessa di sollevare dubbi e perplessità sulla sua effettiva consistenza e sulla sua (reale) funzione, tanto da potersi ipotizzare che il suo rilievo, in definitiva, sia volto a riempire il vuoto di identità socio-politica dell'edificio europeo e, dunque, a coprire – sovrastandole – le tante e diffuse avvisaglie di una crisi grave e di sistema. In quanto tale, sono scossi i sistemi giuridici nazionali, ma anche quelli sovra-nazionale e infra-nazionali, con conseguenti ripercussioni nel rapporto tra questi e nei delicati equilibri interni. In altre parole, la crisi

\* Ricamatore di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

\*\* Questo scritto, parte di una riflessione più ampia e a carattere monografico, in una versione parzialmente diversa è destinato anche alla raccolta di *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*.

può ritenersi espressione di quella “convergenza al declino per le istituzioni della regolazione collettiva del lavoro e l’azione sindacale” ampiamente denunciata dagli scienziati sociali; almeno da quelli più accorti<sup>1</sup>.

Se questo è il quadro teorico di riferimento per una lettura del dialogo sociale nel complessivo scenario europeo dell’attualità, vale la pena ripercorrerne brevemente l’evoluzione e, in uno sforzo di analisi anche critico-funzionale, provare ad affrontare le difficoltà di tipo ricognitivo legate al contesto politico-istituzionale ampio e variegato che occorre considerare.

2. Sono molte e copiose le analisi condotte su forme, funzioni e implicazioni del dialogo sociale europeo e tutte consentono di individuare almeno una caratteristica di comune acquisizione: la difficoltà di classificare in maniera chiara la stessa espressione *dialogo sociale*<sup>2</sup>.

In realtà, dietro questa tipica polisemia si può cogliere – almeno questa è la tesi che si vuole qui riprendere e sostenere – la tendenziale vocazione del dialogo sociale e delle sue declinazioni a integrare o a compensare i vuoti o i limiti di natura istituzionale e/o di identità socio-politica del processo di integrazione europea, sino a proporsi quale surrogato funzionale dei principi di democrazia sociale, economica e politica. Sono, questi, principi delicati e dal carattere controverso – almeno quanto ai loro contenuti tipici e alle diverse forme di riconoscimento o di realizzazione – ma, intorno ad essi, si sono via via definiti e consolidati i sistemi giuridici e di relazioni industriali dei Paesi del c.d. occidente europeo. Soprattutto, i principi di democrazia sociale, economica e politica, la necessità di un loro approfondimento e/o la revisione critica degli stessi<sup>3</sup> hanno animato il dibattito che, negli anni Settanta del secolo passato, ha raggiunto picchi elevati di intensità politica e raffinatezza intellettuale. Un dibattito che aveva come baricentro il tema della democrazia

<sup>1</sup> Tra i tanti, anche per l’efficace richiamo alle più raffinate analisi condotte in materia, si rinvia ai contributi del seminario su “Le relazioni industriali di fronte alla crisi”, pubblicati in *Stato e mercato*, 2012 e, in particolare, cfr. G. P. CELLA, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali italiane ed europee*, p. 29; C. CROUCH, *Il declino delle relazioni industriali nell’odierno capitalismo*, p. 55. Inoltre, anche per la citazione in testo (p. 76), v. L. BORDOGNA, *Gli alberi e la foresta: le relazioni industriali nella globalizzazione*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, pp. 65-80. Da ultimo, v. l’acuta proposta critico/ricostruttiva di S. SCIARRA, *Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, p. 237.

<sup>2</sup> Per tutti, A. LO FARO *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999, *passim*; più di recente, A. BOGG, R. DUKES, *The European Social Dialogue: From Autonomy to Here*, in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, 2013, p. 466 ss.

<sup>3</sup> Il tema è molto ampio. Ai fini di questa trattazione, si rinvia alla riflessione comparata raccolta in K. W. WEDDERBURN *et al.* (a cura di), *Democrazia politica e democrazia industriale*, Bari, 1978. Una riflessione svolta a ridosso del c.d. Rapporto Bullock (1977) e, cioè, di quella proposta di legge inglese sulla democrazia industriale – elaborata secondo un metodo di lavoro attento alle esperienze di altri Paesi europei – che aveva fortemente contribuito ad alimentare il dibattito – già acceso e ricco di profili di grande raffinatezza intellettuale – sul rapporto tra democrazia industriale e democrazia politica. Vale la pena ricordare, a questo proposito, lo spiccato valore ideologico dello stesso Rapporto Bullock, che lasciava trasparire il fine di “collegare talune trasformazioni nel sistema delle imprese ad un più vasto obiettivo di cambiamento della società e miglioramento delle condizioni della classe lavoratrice” (lo sottolinea S. SCIARRA, nell’*Introduzione* al volume, p. 9).

industriale, il “nuovo spettro che si aggira(va) nelle economie miste capitaliste dell’Europa occidentale”, come tuonava Lord Wedderburn, all’epoca, proprio per sottolinearne la carica profondamente innovativa e, dunque, l’alone di inquietudine che lo circondava. D’altronde, era chiaro che la democrazia industriale, termine “che assomma(va) in sé molti significati”, costituiva “solo una parte del ben più vasto dibattito sulla democratizzazione della società; un aspetto del bisogno di una democrazia sociale più estesa della democrazia formale, propria delle istituzioni parlamentari”<sup>4</sup>.

Un tema, insomma, intriso di teorie e di ideologie, al centro non solo della riflessione di quegli anni, ma anche di significative sperimentazioni di tipo sia legislativo sia negoziale che da quella riflessione erano ispirate e che, al tempo stesso, quella riflessione contribuivano ad arricchire e a corroborare. Sempre Lord Wedderburn preconizzava (quasi invocandolo) l’avvio di una “terza fase” di trasformazione, tesa “al miglioramento e al rafforzamento dell’influenza e del potere dei lavoratori organizzati sui posti di lavoro”<sup>5</sup>. Non può certo dirsi che questo sia avvenuto, ma rimane tutta la valenza politica, oltre che simbolica, dell’affiorare di una tensione profonda. Una tensione non più contenibile o risolvibile all’interno dei tradizionali schemi di teorie e prassi – tra le diverse (e sempre più confliggenti) istanze che, a livello di impresa come a livello di governo dell’economia e dei processi produttivi, invocavano la elaborazione di (nuove) risposte alla (allora già emergente) crisi industriale e, più in generale, alla questione riguardante la composizione o ricomposizione tra interesse pubblico e interesse privato, quale efficacemente espressa, appunto, dalla formula “democrazia industriale”.

Un’eco significativa di questi fermenti di trasformazione si fa sentire anche a livello comunitario e ne sono una traccia importante – benché ambivalente –, da un lato, il Programma di azione sociale del 1974, che dà “nuovo impulso alla creazione ed al rafforzamento delle forze sociali nella prospettiva di un inserimento a pieno titolo delle politiche sociali tra le materie di rilevanza comunitaria”<sup>6</sup>; dall’altro, il tentativo (che dal 1974 trova nuovo e diverso impulso pure nel Programma di azione sociale) di estendere l’armonizzazione normativa oltre il pacchetto di direttive sociali c.d. settoriali – e, in particolare, quelle più direttamente sollecitate dalle emergenze occupazionali di quegli anni<sup>7</sup> –, per incidere sulle forme organizzative

---

<sup>4</sup> K. W. WEDDERBURN, *Democrazia politica e democrazia industriale*, nel volume citato alla nota precedente, p. 73.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 74. Vale la pena ricordare che questa riflessione traeva particolare spunto proprio dalle vicende del Regno Unito e dell’Italia.

<sup>6</sup> F. GUARIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva*, Milano, 1992, p. 29.

<sup>7</sup> E, dunque, essenzialmente ispirate alla logica c.d. funzionalista. Si pensi alle direttive in materia di trasferimenti di azienda (direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977) e di licenziamenti collettivi (direttiva 75/129/CEE del Consiglio, del 17 febbraio 1975), poi modificate e confluite in testi unici di risistemazione organica della materia (rispettivamente, direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, e direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998). In ogni caso, anche in coerenza con il Programma di azione sociale del 1974, queste direttive predispongono tutele di tipo prevalentemente procedurale, incentrate sull’attribuzione ai rappresentanti dei lavoratori di diritti di informazione e di consultazione in un contesto, peraltro, nel quale non vi era ancora stato alcun formale riconoscimento dei diritti di associazione e di negoziazione collettiva a livello comunitario. Questo sarà il frutto – tuttora acerbo e ambiguo nelle sue prospettive di maturazione – di una combi-

delle imprese e, dunque, sul diritto societario, ma – almeno nei tentativi originari – al fine di dare piena attuazione al principio di libertà di stabilimento per le società<sup>8</sup>.

Questi progetti, come è noto, non hanno avuto esiti significativi<sup>9</sup>, se non nelle forme edulcorate elaborate a partire dagli anni Novanta, a seguito del c.d. sdoppiamento delle questioni legate alla struttura della società (europea o di rilievo comunitario) rispetto a quelle, ben più delicate e complesse, relative alle forme di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa. Queste ultime, a loro volta, hanno via via trovato ampio riconoscimento in quanto diritti sociali e sono divenuti parte integrante del c.d. sistema di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa

---

nazione di interventi dal valore dapprima prettamente politico e, a partire dal Trattato di Amsterdam, anche con effetti ed implicazioni di tipo giuridico. Peraltro, ciò contribuisce a spiegare come l'attuale riconoscimento dei diritti di tutela collettiva presenti profili incerti in ordine all'effettivo radicamento sui principi di libertà e di autonomia sindacale e, dunque, all'effettivo rilievo della dimensione prettamente sindacale (c.d. esterna) delle tutele del lavoro (diversa, anche se collegata, rispetto a quella della c.d. rappresentanza diretta dei lavoratori). Cfr. G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, II, Milano, 2001, p. 299 ss.

<sup>8</sup> Si tratta della proposta di regolamento relativa allo statuto di società per azioni europea (*Societas Europaea*) del 1970 e della proposta di V direttiva relativa alla struttura delle società per azioni, del 1972. Ma v. anche il Libro Verde del 1975 sulla partecipazione dei lavoratori e sulla struttura delle società nella Comunità europea.

<sup>9</sup> Con la prima linea di intervento (la proposta di statuto di società europea), si intendeva aggirare il problema della diversità di regimi nazionali in materia di struttura di società e, per quanto riguardava l'aspetto nevralgico delle diverse e/o eventuali forme di partecipazione dei lavoratori, si optava per una soluzione che condizionava la costituzione della società europea all'adozione di modelli di partecipazione (dei lavoratori) commisurati a standard minimi, con chiara ispirazione al modello tedesco di cogestione. Con la seconda linea di intervento, si perseguiva la più tradizionale logica della uniformazione delle legislazioni nazionali, peraltro con prescrizioni rese, nel tempo, sempre più elastiche, soprattutto attraverso la tecniche del rinvio alla fonte negoziale anche per la specificazione di molti dei punti nodali della disciplina mirata a garantire forme di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese. Quest'ultima linea di azione, dopo un percorso lungo e tortuoso, risulterà essere quella prevalente, ma in una prospettiva molto diversa da quella iniziale. Più in particolare, la proposta di statuto sarà abbandonata, almeno nella formulazione originaria, e sarà sdoppiata lungo due differenti tronconi di intervento, alla fine approdati nel regolamento (CE) 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE) e nella direttiva 2001/86/CE del Consiglio, adottata in pari data, sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE. Quanto alla linea di intervento risalente alla proposta di V direttiva, negli anni Ottanta si registrano diverse modifiche, sino all'abbandono della prospettiva dell'armonizzazione "verso l'alto" dei sistemi nazionali di diritto societario e delle forme di coinvolgimento dei lavoratori. Solo nel 1994 si giunge ad approvare la direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (poi modificata dalla direttiva di rifusione 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009), la quale è stata da molti – inclusa la Commissione – intesa quale contributo a costruire nuove pratiche transnazionali di relazioni industriali. Tra i tanti, v. almeno R. DEL PUNTA, *Contrattazione e partecipazione*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, p. 481; G. ARRIGO, *La partecipazione dei lavoratori nel diritto comunitario tra armonizzazione normativa e competizione di modelli*, in *Diritto del lavoro*, 2000, I, p. 427; L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva e partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2005, p. 373-480; più di recente, A. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione e partecipazione*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2009, p. 644, p. 641. Complessivamente, la normativa, frutto di difficili compromessi, si caratterizza come mera misura "antidumping". Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2009, p. 500.

(transnazionale, ma anche solo nazionale, entro determinati limiti dimensionali), formula onnicomprensiva alla quale vanno ricondotti i più recenti interventi di diritto secondario e di trasposizione nazionale<sup>10</sup>.

Pare opportuno, tuttavia, accantonare queste più specifiche evoluzioni (o involuzioni) dei grandi fermenti che hanno segnato gli anni '70 e sottolineare, piuttosto, come quel dibattito – e la sperimentazione che lo accompagnava – si sia gradualmente avviato verso un declino che, oggi, ha il sapore di sconfitta politica e culturale, oltre a rappresentare il fallimento di quei tentativi di riformismo sociale ed economico che, tenacemente ancorati ai capisaldi del costituzionalismo novecentesco, si sono dipanati per circa mezzo secolo lungo il delicato crinale del rapporto, appunto, tra democrazia industriale e democrazia politica<sup>11</sup>.

Un crinale, insomma, che ha smesso di reggere con l'avanzare degli anni Ottanta, proprio quando si assiste all'ingresso del dialogo sociale nel lessico e nelle prassi delle istituzioni comunitarie e, più in generale, al crescente protagonismo di una varietà di soggetti la cui organizzazione e la cui azione si sono andate via via definendo secondo dimensioni non sempre riconducibili a categorie concettuali o interessi di natura omogenea, tantomeno di semplice identificazione. Non certo categorie concettuali e interessi corrispondenti alle logiche di azione e di organizzazione che – a ridosso della rivoluzione industriale e nell'ambito del processo di affermazione e consolidamento della nozione di Stato nazionale in senso moderno<sup>12</sup> – hanno caratterizzato la nascita e lo sviluppo dei grandi movimenti di massa<sup>13</sup> e, in qualche modo, hanno fornito la grammatica di base per la coniugazione di quell'endemica tensione tra dimensione privatistica e pubblicistica degli interessi che animano il conflitto industriale e che aveva costituito la sfida più impegnativa celata nel dibattito sulla democrazia industriale.

Come è noto, quella tensione era stata affrontata e, per certi versi, istituzionalizzata nell'ambito degli ordinamenti (nazionali) del lavoro e dei sistemi di relazioni industriali, attraverso la combinazione di interventi e di istituti latamente riconducibili al principio di redistribuzione tipico del *welfare State* europeo e individuabili nel riconoscimento (anche) costituzionale, più o meno intenso e più o meno formale,

---

<sup>10</sup> Sistemi incentrati sul riconoscimento di diritti di informazione/consultazione e partecipazione dei lavoratori da intendere, sempre più, in senso pragmatico e sganciato dalle originarie connotazioni, come “strumenti finalizzati, *insieme ad altri*, ‘a facilitare’ il processo di ‘responsabilizzazione sociale’ dell’impresa”; così A. ALAIMO, *op. cit.*, p. 644.

<sup>11</sup> Aspetti inestricabilmente collegati, ma pur sempre basati su presupposti teorici e categorie di riferimento differenti, come dimostra l'antica questione del rapporto tra rappresentanza politica e rappresentanza sindacale: la prima tradizionalmente fondata sull'astrazione del formalismo giuridico, la seconda intrisa delle complesse dinamiche di potere tra interessi organizzati.

<sup>12</sup> Sulle complesse questioni coinvolte nella costruzione e, oggi, nella crisi dello Stato c.d. moderno o, per meglio dire, della dissoluzione in senso pluralistico dello Stato, nella tradizionale contrapposizione alla critica marxiana della democrazia politica come “forma finalmente disvelata” della natura di classe dello Stato e, ancora, all'influenza controversa del pensiero schmittiano sulla complessa articolazione della discussione giuridico-costituzionale tedesca ed europea nel primo novecento, ma con ripercussioni ancora oggi di grande attualità, cfr. A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità*, Roma, 2002, spec. p. 18.

<sup>13</sup> Nonché la costruzione di quello che può definirsi il modello europeo di istituzionalizzazione del conflitto di classe. Cfr. M. REGINI, *Tre fasi, due modelli, una crisi generalizzata*, in *Stato e mercato*, 2012, p. 83.

di un nucleo di diritti e libertà fondamentali, ma anche nella organizzazione di un robusto apparato di servizi di natura sociale e/o assistenziale.

È noto, infatti, come sia stato forte nelle c.d. democrazie occidentali europee – pur nella varietà dei capitalismi<sup>14</sup> – il legame tra questi aspetti dei processi di sviluppo. Per grandi linee, può dirsi che questo legame sia stato veicolato, da un lato, dall’insieme di tutele individuali e collettive del lavoro protese a sottrarre le forme di utilizzo del lavoro nell’impresa alla pura e semplice regolazione attraverso il mercato<sup>15</sup>; dall’altro, da poderosi interventi in materia di sicurezza e/o previdenza sociale (e, dunque, di matrice prevalentemente pubblicistica), mirati a coprire le situazioni di bisogno derivanti dalla mancanza o dall’impossibilità di lavoro o di occupazione.

Ebbene, tutto questo è oggi investito da un processo di profonda revisione, se non proprio di ripensamento complessivo, legato al venir meno delle condizioni che ne avevano favorito o assecondato lo sviluppo<sup>16</sup>: la crisi (fiscale) dei regimi di protezione sociale e, in generale, i mutamenti delle condizioni di tipo economico, ma anche del quadro politico-istituzionale.

Aspetti questi – insieme ad altri – dagli effetti destrutturanti rispetto agli assetti istituzionali e al quadro teorico-concettuale appena richiamati e che costituiscono, appunto, lo scenario che fa da sfondo al dialogo sociale europeo e al progressivo spostamento dell’angolo di visuale e di azione regolativa che lo contraddistinguono, come peraltro acutamente osservato dai primi commentatori<sup>17</sup>.

Ma – come si è detto – già in tempi che oggi appaiono remoti, non solo le avvisaglie dell’incipiente declino erano chiare, ma era altresì avvertita la necessità di interventi di ingegneria anche istituzionale che tenessero conto dei profondi mutamenti che investivano il lavoro, i processi produttivi e le filosofie organizzative<sup>18</sup>, specie lì dove più forte appariva in crisi quella visione complessiva del sistema economico di cui la *fabbrica* rappresentava una parte centrale<sup>19</sup>. Erano già evidenti, in altre

<sup>14</sup> P. HALL, D. SOSKICE (eds.), *Varieties of Capitalism*, Oxford, 2001. Ma vedi, per gli opportuni richiami anche critici, G. P. CELLA, *op. cit.*

<sup>15</sup> Le citazioni in proposito dovrebbero essere troppo ampie. Basti, qui, rinviare a G. P. CELLA, *spec. op. ult. cit.*, il quale si interroga, appunto, sul “destino delle relazioni industriali come metodo di regolazione dei rapporti di lavoro e come strumento di realizzazione della cittadinanza industriale complementare alle pratiche di *welfare*” (p. 29).

<sup>16</sup> Sono molte le analisi che hanno approfondito questi aspetti. In questa sede, oltre che per gli opportuni riferimenti bibliografici, anche per un’ampia ricostruzione del dibattito italiano ed europeo sulla crisi del *welfare State* e sulle sfide della competizione globale, specie alla luce delle ricadute in termini di competizione tra regimi regolativi, può essere esaustivo rinviare a B. HEPPLER, *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, p. 392 ss., e, più di recente, T. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi*, *ivi*, 2013, p. 597 ss.

<sup>17</sup> B. BERCUSSON, *Democratic Legitimacy and European Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, 1999, p. 153 ss.; A. LO FARO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>18</sup> Cfr. V. BORGHI, *Il lavoro tra economia e società*, Bologna, 1998.

<sup>19</sup> Anche se essenzialmente concentrata sull’esperienza britannica, appare di generale efficacia, oltre che di rimarchevole lungimiranza, l’analisi di O. KAHN-FREUND, *Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1980, p. 413 ss. ed il monito sulla “necessità di adeguare i rapporti sindacali ad un cambiamento economico e sociale sempre più rapido”, pur nella consapevolezza che la storia e la struttura delle relazioni industriali tale adeguamento potevano (e possono) ostacolare.

parole, i sintomi della crisi anche regolativa che attanaglia gli ordinamenti giuridici del lavoro e i sistemi di relazioni industriali dell'attualità. Una crisi, peraltro, che si intreccia, con enfasi crescente, con la tendenziale de-territorializzazione dei processi di formazione delle decisioni e delle norme e, dunque, con la ri-territorializzazione della politica economica e sociale, con le conseguenti ripercussioni, in particolare, sul lavoro e sulle relazioni di lavoro.

Forse per non casuale coincidenza, con l'incedere degli anni Ottanta, la Comunità europea torna ad occuparsi di un problema che, sin dalle origini, aveva preferito accantonare o rinviare e, cioè, quello di un più coraggioso riassetto istituzionale, capace di risolvere l'endemico dilemma tra due principali opzioni: quella in senso federale e quella – rimasta sostanzialmente prevalente – incentrata sulla integrazione dei mercati e sul coordinamento delle politiche negli ambiti più sensibili per i sistemi nazionali come, appunto, quello delle politiche sociali e di quel corollario costituito dalle politiche occupazionali, così problematicamente intrise di *mercato*.

**3.** Orbene, in questo periodo così delicato per la sopravvivenza degli ordinamenti giuridici del lavoro e dei sistemi di relazioni industriali nazionali si consuma la “prima vera riforma del Trattato di Roma” – quella dell'Atto unico europeo (AUE) del 1986 – e, con questa, si giunge al primo importante riconoscimento del dialogo sociale, che “trova il proprio perno giuridico nell'art. 118b Tce”<sup>20</sup>. Risultato misero, secondo molti, ma salutato con un certo favore da chi intravedeva proprio nella novità introdotta con l'art. 118b TCEE la possibilità di “un'inversione di tendenza” rispetto all'originaria frigidità sociale<sup>21</sup> e politica del Trattato di Roma.

In effetti, questa innovazione rivela il senso di un cambiamento che non riguarda solo l'architettura istituzionale della Comunità europea, ma che appare destinato ad incidere sulle stesse teorie e prassi che tanta parte hanno avuto nei processi di costruzione dei rapporti collettivi e individuali di lavoro nelle esperienze nazionali.

Il “dialogo tra le parti sociali”, che “può sfociare in relazioni convenzionali” (art. 118b TCEE), sin dalle origini risulta, infatti, inserito in un quadro di forte istituzionalizzazione e debolmente ancorato alle tradizionali fondamenta dei sistemi di contrattazione collettiva nazionali o delle ben più complesse prassi di relazioni trilaterali che hanno caratterizzato le politiche macroeconomiche di buona parte dei Paesi europei nella controversa stagione del neo-corporativismo o della concertazione sociale.

Nel lessico italiano, tali fondamenta hanno trovato un'efficace traduzione nel sintagma autonomia collettiva, quale espressione del tipico *contropotere* negoziale

---

<sup>20</sup> Così G. F. Mancini, come ricorda M. PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011, p. 8, al quale ultimo si rinvia per una più ampia analisi dell'evoluzione del dialogo sociale europeo. Sulle caratteristiche di organizzazione e di azione delle parti sociali, v. G. ZILIO-GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Torino, 1997; R. NUNIN, *Sindacato in Europa. La Confederazione Europea dei Sindacati di fronte alle sfide della moneta unica e dell'allargamento ad Est dell'UE*, Milano, 2001.

<sup>21</sup> È la famosa definizione di G. F. Mancini. Tra le molteplici riflessioni critiche sulle origini e sulla evoluzione del diritto dell'Unione europea, v. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Milano, 2010.

delle organizzazioni sindacali nei confronti, da un lato, degli imprenditori e, dall'altro, dei poteri pubblici<sup>22</sup>. Un potere, cioè, che rileva in quanto forza rappresentativa e capacità di mediazione del consenso da parte delle organizzazioni sindacali e che, per la Comunità europea, diventa oggetto delle attenzioni – della cura? – della Commissione, alla quale è affidato, appunto, il compito – *rectius*, lo *sforzo* – di stimolare e sostenere qualcosa che ancora non c'è o che stenta ad affermarsi secondo i tradizionali parametri dell'autonomia. Ed infatti, ai sensi dell'art. 118b TCEE, questo compito si concretizza nell'impegno a “sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali”: quelle che, nella versione inglese del Trattato, sono latamente ricondotte alle icone di *management* e *labour*.

Come ha già illustrato la più attenta dottrina, questo riconoscimento del ruolo delle parti sociali e, in particolare, della possibilità che il dialogo sociale conduca a relazioni convenzionali (che, sempre nel testo inglese, sono definite *relations based on agreement*), ha caratteristiche ben distinte rispetto alle esperienze di contrattazione che, in molte esperienze nazionali (non solo) europee sono riconducibili allo schema dell'autonomia collettiva<sup>23</sup> e, cioè, a dinamiche di azione e di legittimazione dei gruppi di interesse secondo parametri di appartenenza e/o di identità collettiva radicate nel concreto dei contesti economico-produttivo e protese, per intima vocazione, alla riduzione o istituzionalizzazione del conflitto industriale, ovvero dei conflitti sociali, secondo la nota revisione critica proposta da Dahrendorf<sup>24</sup>.

Al contrario, il dialogo sociale europeo tende ad apparire come calato *dall'alto*, secondo logiche che evocano quel *capitalism by democratic design* prospettato da Claus Offe per spiegare le specificità e il carattere inedito della c.d. transizione alla democrazia<sup>25</sup> nei Paesi dell'Europa centrale ed orientale dopo la caduta del Muro di Berlino. A differenza dei processi di democratizzazione che, in diverse fasi e con diverse modalità, si sono consumati a partire dalla fine del Secondo conflitto mondiale in altre parti del mondo, Offe individua nella forte connotazione politica (nel senso di direzione politica) l'aspetto peculiare di queste “rivoluzioni senza modelli storici, e senza una teoria rivoluzionaria”<sup>26</sup>. Soprattutto, almeno per quanto rileva

<sup>22</sup> Sinteticamente, v. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014, p. 249.

<sup>23</sup> Per tutti, cfr. A. LO FARO, *op. cit.*, il quale mette in giusta allerta contro “l'equivoco metodologico” consistente nell'applicare alla analisi della contrattazione collettiva europea “le medesime categorie concettuali utilizzate con riferimento ai sistemi nazionali di negoziazione”, p. 8 e diffusamente nella trattazione. V. anche B. BERCUSSON, *op. cit.*, nota 17.

<sup>24</sup> R. DAHRENDORF, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1992.

<sup>25</sup> C. OFFE, *Capitalism by Democratic Design? Democratic Theory Facing Triple Transition in East Central Europe*, in *Social Research: An International Quarterly*, 2004, pp. 501-528. Con tale formula, l'A. riprende quel filone di ricerca delle scienze sociali che si è occupato, in chiave comparata, dei processi di modernizzazione – di carattere strettamente politico e costituzionale – che, a partire dal secondo dopoguerra, hanno riguardato, principalmente, tre gruppi di Paesi: le democrazie post-belliche (Italia, Giappone e Germania Ovest), i processi democratici dell'area mediterranea negli anni '70 (Portogallo, Spagna, Grecia) e il collasso dei regimi autoritari del Sud America (Argentina, Brasile, Uruguay, Cile). Il dato di partenza, in questa analisi, è l'inversione della tradizionale sequenza storica che hanno conosciuto i paesi dell'Occidente: dallo Stato liberale, allo Stato democratico, allo Stato sociale.

<sup>26</sup> C. OFFE, *Il tunnel*, Roma, 1993, p. 30, il quale insiste, appunto, sulla “mancanza di elaborate ipotesi teoriche e di argomenti normativi circa una serie di questioni: chi deve fare che cosa in quali circostanze e con quali scopi, quali problemi sono da prevedere lungo la strada, come costituire la nuova sintesi di un ordine postrivoluzionario, che significato dare al significato di *progresso*” (corsivo dell'A.).

in questa sede, avverte come “la fine del comunismo” abbia messo all’ordine del giorno “il compito aggiuntivo di riformare l’economia”, il che implica occuparsi di un problema, appunto, inedito, quello di creare “una nuova classe di imprenditori e di proprietari”, cioè “una categoria prima inesistente di agenti che adesso devono partecipare alla competizione di mercato in base a diritti di proprietà: un’impresa che nessuna delle transizioni precedenti ha dovuto affrontare”<sup>27</sup>. Insomma, nel *capitalismo senza capitalisti* (nel senso specifico di soggetti capaci di essere promotori attivi del loro interesse di classe), la nuova classe di imprenditori (e, corrispondentemente, la nuova classe di lavoratori) sarebbe il prodotto di una creazione artificiale delle *élites* riformatrici (politiche e burocratiche) e non il risultato di dinamiche reali: “privatizzazione e mercatizzazione non sono promosse in nome di certi diritti, ma in vista di certi risultati”<sup>28</sup>.

Ed è appunto il raggiungimento di determinati risultati – o parametri o, ancora, condizioni – che appare come il volano propulsore e, al tempo stesso, il principale criterio di governo dell’imponente processo di allargamento che prende avvio nell’Europa comunitaria di fine secolo.

Senza poter qui approfondire i singoli passaggi e le suggestive analogie tra processi di ingegneria istituzionale così complessi e, ovviamente, differenti, se ne intende rimarcare la reciproca interferenza ed il peculiare riverbero sulle forme e sulla funzione del dialogo sociale nel processo di integrazione europea.

Sono molteplici, infatti, i profili di concomitanza tra teorie e prassi dell’integrazione e affermazione del dialogo sociale europeo. Proprio negli anni Ottanta, infatti, alle soglie del Vertice di Maastricht (dicembre 1991), torna alla ribalta il “*conceptual enigma*”<sup>29</sup> dell’integrazione e, con questo, il problema di come conciliare obiettivi contraddittori quali allargamento e approfondimento dell’Unione. Al tempo stesso, si assiste al rinnovato interesse per i temi della partecipazione e, soprattutto, del dialogo tra *partners* sociali. Risalgono a questo periodo, infatti, gli incontri di Val Duchesse<sup>30</sup> e, in particolare, l’attivismo della Commissione nel sostenere queste esperienze di confronto diretto tra le parti sociali. Preludio delle novità concordate a Maastricht, queste prassi rivelano l’interesse della Commissione a promuoverne lo sviluppo in una duplice dimensione: quella macroeconomica, collegata all’attuazione delle strategie per la crescita e l’occupazione; quella microeconomica, relativa alle problematiche connesse all’introduzione di nuove tecnologie nelle imprese,

---

Anche per questo, i Paesi interessati da questo sovvertimento “(e)conomicamente e politicamente non hanno altra scelta che quella di cercare di emulare la struttura istituzionale delle democrazie capitalistiche” (p. 171).

<sup>27</sup> C. OFFE, *Il tunnel*, cit., p. 33.

<sup>28</sup> *Ibidem*,

<sup>29</sup> M. BURGESS, *Federalism and European Union. Political Idea, Influences and Strategies in the European Community, 1972-1987*, London, 1989, p. 20.

<sup>30</sup> Si tratta di pratiche di dialogo sociale che si svolgono durante la fase di approvazione dell’AUE e che traggono origine dalla iniziativa assunta dalla Commissione di invitare i rappresentanti delle organizzazioni europee dei lavoratori e degli imprenditori, privati e pubblici (Ces, Unice e Ceep) ad aprire un dibattito e a pronunciarsi in merito alle grandi linee di orientamento contenute, appunto, nel suo documento sulle Strategie di cooperazione per la crescita e l’occupazione, comunicazione della Commissione al Consiglio, del 5 dicembre 1986, Relazione economica annuale 1986-1987, COM(86)530 def. Lo ricorda F. GUARIELLO, *op. cit.*, p. 78, alla quale si rinvia per approfondimenti.

nonché alla flessibilità interna. Un interesse, pertanto, strumentale alla realizzazione di “una vera negoziazione sociale, che consenta di progredire più concretamente nel controllo e nella gestione dei cambiamenti qualitativi e dei mutamenti sociali in atto”<sup>31</sup>. Un interesse, dunque, funzionale alla stessa realizzazione dell’Unione economica e monetaria e al rilievo che, da quel momento in poi, avrebbe assunto il coordinamento delle politiche nazionali e infra-nazionali, come peraltro efficacemente preconizzato nel Rapporto Delors<sup>32</sup>.

Si potrebbe dire che si tesse una ragnatela destinata a divenire sempre più fitta e invasiva degli spazi della sovranità (politica e legislativa) nazionale (e infra-nazionale), ma anche del tipico potere sociale dei gruppi intermedi, destinati a essere invischiati nelle maglie del coordinamento delle politiche. Questo, per le parti sociali – e, in particolare, per le organizzazioni sindacali – significava attrezzarsi per rispondere alle sollecitazioni delle istituzioni comunitarie – della Commissione, *in primis* –, sempre più inclini ad avviare e sostenere quel “processo dinamico tendente a favorire, mediante l’incontro delle parti e la discussione e il confronto dei rispettivi punti di vista, la nascita di un sistema negoziale di livello europeo”<sup>33</sup>, ovvero di un sistema di relazioni industriali, che si (ri)propone quale snodo cruciale per la (ri)composizione del conflitto capitale-lavoro in questo nuovo e complesso scenario.

4. Ma come *nasce* un sistema di relazioni industriali? La domanda, per quanto retorica, consente di mettere in rilievo come, oltre alle caratteristiche dei settori produttivi e delle imprese, i pubblici poteri giochino un ruolo decisivo sulla strutturazione delle relazioni industriali in sistema<sup>34</sup>. Tuttavia, la stessa nozione di poteri pubblici non trova una chiara definizione nel quadro ordinamentale dell’Unione europea; anzi, presenta una articolazione tanto complessa quanto ibrida, per il peculiare smembramento della sovranità, endemicamente improntata a quella che la dottrina definisce *betweenees*, proprio per indicare l’originale combinazione tra caratteristiche tipiche di un’organizzazione internazionale e dello Stato<sup>35</sup>. Questa

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 79.

<sup>32</sup> È ciò che si legge, appunto, nel Report on Economic and Monetary Union in the European Community (17 aprile 1989), che pone chiaramente l’accento sulla necessità di “a more intensive and effective policy coordination”. D’altronde, ai fini della convergenza monetaria, appariva fondamentale che tutti gli attori in qualche modo coinvolti nell’elaborazione e/o nell’attuazione di questa complessa operazione fossero convinti dell’obiettivo perseguito e, dunque, della necessità di contribuire alla realizzazione dello stesso attraverso, appunto, il coordinamento delle politiche: “(t)he pace with which these developments took place would depend critically on the extent to which firms households, labour unions and other economic agents were convinced that the decision to lock exchange rates would not be reversed. Both coherent monetary management and convincing evidence of an effective coordination of non-monetary policies would be crucial” (p. 15, par. 23).

<sup>33</sup> F. GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 52.

<sup>34</sup> È noto, infatti, che solo la strutturazione in sistema consente di configurare le relazioni industriali come tecnica regolativa e, dunque, come oggetto di studio, in particolare, di uno specifico ramo delle scienze sociali. Sull’antica disputa a riguardo, v. L. CLARKE *et al.*, *A che serve lo studio delle relazioni industriali?*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, pp. 517-535, e, *ivi*, G. P. CELLA, T. TREU, *Per una difesa delle relazioni industriali*, p. 537-547.

<sup>35</sup> S. BATTINI, *L’Unione europea quale originale potere pubblico*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 15.

condizione, nonostante le molte spinte nella direzione di una maggiore concentrazione istituzionale, offre una sponda sostanziosa a favore della teoria che sostiene che le istituzioni europee costituiscano (nonostante le più recenti evoluzioni) un potere pubblico “regolatore”; concetto che la stessa teoria<sup>36</sup> collega alla crisi dello Stato gestore di attività produttive, dispensatore di beni, ingegnere sociale: un potere, cioè, “privo di una propria capacità di imposizione fiscale e tendenzialmente neutro rispetto alle scelte redistributive che sono connesse alla gestione dei sistemi del welfare, posti interamente a carico dei bilanci nazionali: ‘rules, not money’”<sup>37</sup>.

Ecco, dunque, spiegata e confermata l’esigenza di (nuove) regole, mirate a superare limiti già ben chiari alla vigilia della riforma di Maastricht, così emblematicamente a ridosso del fallimento del *progetto Spinelli*, notoriamente “l’ultimo tentativo di conferire alla Comunità europea una configurazione istituzionale di tipo propriamente federale”<sup>38</sup> e, forse, l’unica possibilità di risolvere l’endemico dilemma tra *approfondimento* ed *allargamento* del processo di integrazione europea.

Tra i più significativi esempi del rilievo del dilemma, già all’epoca, si può ricordare come il recente ingresso nella Comunità di Paesi quali il Regno Unito e le c.d. giovani democrazie (Grecia, Spagna e Portogallo) aveva restituito vigore alla questione delle riforme istituzionali e, in particolare, al nodo cruciale dell’identità politica, oltre che sociale ed economica, del processo di integrazione europea. In ambito più propriamente sociale, poi, la grande stagione dell’armonizzazione normativa degli anni Settanta aveva finito per impantanarsi in un imbarazzante stallo decisionale che, a sua volta, avrebbe potuto (dovuto?) dare maggiore impulso all’adozione di più coraggiose riforme istituzionali, capaci di affrontare la questione che, per brevità, si può definire del rapporto tra poteri: pubblico/privato; politico/sociale.

Ma, soprattutto col senno di poi, la riforma di Maastricht pare rappresentare il preludio di soluzioni del *deficit* democratico che tutt’ora hanno il sapore di ibridazioni o di ambiguità, prevalentemente incentrate sull’investimento, da un lato, nelle forme di democrazia diretta e, dall’altro, nei meccanismi di (maggiore) partecipazione sociale ai processi decisionali istituzionali; quella mediata, appunto, dalle grandi organizzazioni di interessi.

Infatti, anche se era ed è chiaro che gli ostacoli di fatto e di diritto all’azione sovranazionale degli attori collettivi prescindono dal riconoscimento formale della loro azione, con la riforma concordata a Maastricht (1992) sembra che si proceda proprio nella direzione del crescente riconoscimento del loro ruolo e nella predeterminazione di forme o di occasioni di intervento a forte carattere di istituzionalizzazione, benché le innovazioni siano relegate in un Protocollo allegato al Trattato<sup>39</sup> e

<sup>36</sup> G. MAJONE, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, pp. 77-101, ma v. anche ID., *Dilemmas of European Integration*, Oxford, 2005.

<sup>37</sup> S. BATTINI, *op. cit.*, p. 11 (virgolette dell’A.).

<sup>38</sup> Un progetto che “in una fase ascendente degli entusiasmi europeistici” non riuscì, tuttavia, a superare le forti obiezioni da più parti manifestate, “arenandosi sullo scoglio del Consiglio europeo di Fontainebleau del giugno 1984”. Così A. LO FARO, *Integrazione europea*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *op. cit.*, p. 55.

<sup>39</sup> Per l’ostilità del Regno Unito, gli 11 degli allora 12 Stati membri ricorrono all’*escamotage* dell’*opting out*, così che le nuove e più ampie politiche comuni in materia sociale concordate sono raccolte nell’Accordo sulla politica sociale che, allegato al Trattato, mira a promuovere l’occupazione, a migliorare le condizioni di vita e di lavoro, a garantire un’adeguata protezione sociale, a promuovere

solo con l'adozione del Trattato di Amsterdam il c.d. capitolo sociale vi farà pieno ingresso<sup>40</sup>.

Ma, come in parte ho anticipato, queste pur importanti innovazioni non consentono di sciogliere l'enigma della natura giuridica del dialogo sociale e, soprattutto, del suo ambiguo rapporto con i postulati classici del diritto sindacale (libertà sindacale, contrattazione collettiva e sciopero) e delle relazioni industriali (istituzionalizzazione del conflitto collettivo e regolazione del mercato del lavoro).

Natura enigmatica che permane anche a seguito della più recente riforma del Trattato – quella concordata a Lisbona<sup>41</sup> – in occasione della quale sono state recepite “la maggior parte delle modifiche sostanziali e non solo formali della fallita costituzione europea”<sup>42</sup> e, per quello che più rileva in questa sede, è stata introdotta una nuova disposizione – l'art. 152 TFUE – che, da un lato, ridefinisce il ruolo delle parti sociali a livello dell'Unione europea (co. 1), in una dimensione di espressa attenzione per “la diversità dei sistemi nazionali” e per la loro “autonomia” e, dall'altro, istituzionalizza il vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione, il quale è chiamato a contribuire al dialogo sociale (co. 2).

Queste innovazioni sono state salutate con un certo favore dalla dottrina ed è vero che costituiscono una conferma importante della attenzione delle istituzioni europee per prassi e procedure che, di per se stesse, sono espressione del bisogno di democratizzazione sociale del processo di integrazione europea e, dunque, dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Soprattutto, la stessa Carta dei diritti fondamentali, ora integrata nel Trattato (art. 6 TUE), consacra all'art. 28 il diritto di negoziazione e di azione collettiva “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali” e, in questo modo, rafforza lo spazio di azione di ruolo e di azione autonoma delle più importanti forme di rappresentanza degli interessi del lavoro<sup>43</sup>. Tuttavia, è anche vero che – per le ragioni già in parte illustrate e per le altre che si cercherà di esaminare – queste innovazioni rischiano di rappresentare una scatola ben confezionata e, pertanto, foriera di più incoraggianti prospettive di sviluppo dei destini comuni ma che, in realtà, finisce per deludere per il contenuto. Non vi si trovano, infatti, strumenti adeguati a (ri)attivare e garantire quelle dinamiche socio-istituzionali che, sole, possono rimediare o sopperire al *deficit* sociale e politico di un processo – quello dell'integrazione europea – che continua ad essere (ad apparire?) calato dall'alto, progettato a tavolino o, comunque, privo di quella linfa vitale che può derivare solo da attori mossi da interessi reali e dotati di forte legittimazione sociale. Attori, in altre parole, che potrebbero anche fare a meno del ponderoso

---

il dialogo sociale, a sviluppare le risorse umane per garantire un livello elevato e sostenibile d'occupazione nonché a integrare le persone escluse dal mercato del lavoro.

<sup>40</sup> Raccolte nel Titolo XI, articoli 136-145 TCE. Ora, con modifiche e integrazioni, Titolo X, articoli 151-161 TFUE.

<sup>41</sup> Trattato che, come recita la sua denominazione ufficiale, “modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea”.

<sup>42</sup> B. VENEZIANI, *L'art. 152 del Trattato di Lisbona: quale futuro per i social partners?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2011, p. 249, con particolare riferimento al Trattato costituzionale firmato a Roma nel 2004, ma mai entrato in vigore a causa dell'esito negativo, in sede di ratifica, del *referendum* francese e di quello olandese.

<sup>43</sup> C. BARNARD, *Art. 28*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 777.

riconoscimento di ruolo – e, oggi, persino di garanzie – riscontrabile nel progetto europeo accattivante e complesso partorito a Lisbona.

Questo, almeno, è quello che tramanda la *storia* del diritto del lavoro “nella sua più vasta accezione di sottoinsieme normativo che assume a baricentro i rapporti individuali e collettivi di lavoro e il *welfare*”<sup>44</sup>. Un sottoinsieme normativo conquistato con la fatica della lotta e con il crisma delle garanzie costituzionali e indissolubilmente legato all’esistenza di pubblici servizi, ma che (paradossalmente?) ha iniziato a rivelare tutta la sua fragilità proprio in prossimità del suo apice di sviluppo in termini di capacità di *civilizzazione*<sup>45</sup>.

5. Se tra gli anni Settanta ed Ottanta ci si interrogava sul problema della individuazione di una “base giuridica idonea a permettere la formazione e l’efficacia del contratto collettivo a livello comunitario” e sulla possibilità di configurare una contrattazione collettiva comunitaria<sup>46</sup>, questa è oramai pienamente ammessa e persino sostenuta nel quadro istituzionale sovranazionale; anzi, con la “costituzionalizzazione” operata dal Trattato di Amsterdam, le parti sociali “varcano la seconda fase di sviluppo del dialogo sociale (1992-2001), quella che parte della dottrina definisce di ‘consolidamento’”<sup>47</sup>, sino a doversi preoccupare della *rigenerazione* dello stesso in quella nuova fase di sviluppo che, sempre secondo la dottrina<sup>48</sup>, avrebbe preso avvio con il Vertice di Laeken del 2001.

È in questo periodo, infatti, che le stesse parti sociali riconoscono l’importanza di una maggiore autonomia e, al tempo stesso, il dialogo sociale si afferma quale “forza di modernizzazione economica e sociale”<sup>49</sup>, nel quadro del progressivo spostamento del baricentro delle politiche sociali dal c.d. *hard law* agli interventi di *soft law*. Insomma, posto l’accento sull’autonomia, il dialogo sociale si presta sempre più ad essere declinato nel lessico che ai diritti e alle regole sostituisce principi e linee guida, al fine di accompagnare e sostenere i processi di adattamento, a loro

<sup>44</sup> B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 243.

<sup>45</sup> Sulla funzione civilizzatrice del diritto, per tutti, v. A. SUPLOT, *Homo Juridicus*, Paris, 2005, spec. p. 130.

<sup>46</sup> B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge, 2009, capitoli 5, 17-19; E. TRIGGIANI, *Il contratto collettivo di diritto comunitario*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1979, pp. 227-244, spec. p. 230, il quale già sulla base del debole spiraglio offerto dall’art 118 TCEE (“la Commissione ha il compito di promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri nel campo sociale”) collega il raggiungimento di fini sociali al “concorso offerto da contratti collettivi stipulati su scala europea dai sindacati dei vari paesi membri nell’esercizio della loro autonomia privata collettiva” (p. 230). Come meglio precisato: “il ricorso alla convenzione collettiva europea è implicitamente prescritto ogni volta che il trattato impone agli Stati membri un obbligo di risultato (‘gli Stati membri assicurano’) o di mezzo (‘gli Stati membri si prefiggono’)”: p. 231, nota 16.

<sup>47</sup> M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 26, anche per i riferimenti bibliografici su un tema oramai di ampia trattazione nella dottrina.

<sup>48</sup> Cfr. ancora M. PERUZZI, *op. cit.*, p. 33. Vertice che avrebbe avviato il dialogo sociale c.d. di nuova generazione; A. BOGG, R. DUKES, *op. cit.*, p. 471. *Amplius*, A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell’ordinamento europeo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, p. 1123 ss., e 2013, p. 32 ss.

<sup>49</sup> È, appunto, il titolo della comunicazione della Commissione, del 26 febbraio 2002, COM(2002)341 def., che contiene la proposta di decisione del Consiglio che istituisce un Vertice sociale trilaterale per la crescita e l’occupazione.

volta integrati nel complesso schema di organizzazione e di azione incentrato sul metodo del *coordinamento* delle politiche: dapprima quelle occupazionali (nell'ambito della c.d. strategia di Lisbona) e, via via, quelle più generali<sup>50</sup>. Il Trattato di Lisbona rappresenta, forse, il punto di approdo più rilevante in termini di riconoscimento del ruolo delle parti sociali e della loro autonomia, ma, al tempo stesso, lascia presagire l'avvio di una nuova fase, benché non sia ancora chiaro se di ulteriore sviluppo o di lento declino.

Allo stato, limitando l'analisi al quadro istituzionale offerto dal Trattato di Lisbona, la contrattazione collettiva europea continua ad apparire "il prodotto di una costruzione normativa", come hanno sostenuto i primi commentatori<sup>51</sup>. Essa, infatti, è inserita all'interno di un circuito istituzionale affidato al potere, ma anche all'onere, di iniziativa della Commissione e, al tempo stesso, da questo circuito continua ad attingere buona parte della sua forza regolativa; insomma, come ha efficacemente avvertito Brian Bercusson, questa contrattazione è destinata a svolgersi *all'ombra della legge*<sup>52</sup>, sia pure nella varietà di forme che può assumere e nei diversi ambiti di intervento.

Almeno nella prima fase di sviluppo, infatti, è noto che le istituzioni europee hanno contribuito a creare un microclima favorevole alla negoziazione soprattutto per le organizzazioni imprenditoriali, riottose rispetto all'eventualità di un intervento legislativo tradizionale. Segnale tra i tanti dell'anomalia delle logiche che muovono le parti sociali all'organizzazione e all'azione nell'ordinamento giuridico europeo. D'altronde, anche sul piano delle prassi più propriamente negoziali che si svolgono a livello di settore e/o di impresa – si pensi alle forme di coinvolgimento (*supra*) dei lavoratori nelle strategie aziendali, almeno in quelle con più immediate ricadute occupazionali –, pure si registrano interventi istituzionali di natura promozionale dagli esiti ancora incerti o, comunque, con tratti peculiari rispetto alle logiche e alle forme di organizzazione e di azione riscontrate nei sistemi di relazioni industriali nazionali e questo, naturalmente, pone delicati problemi di raccordo tra i diversi piani di regolazione.

Ma, tornando al circuito istituzionale definito dal Trattato, la Commissione ha il compito di "promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni decisione utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti" (art. 154, par. 1, TFUE, ex art. 138 TCE). Inoltre, al fine di rendere stringente l'impegno della Commissione – e, dunque, effettivo il diritto<sup>53</sup> delle parti

<sup>50</sup> Diffusamente, si rinvia a E. ALES, M. BARBERA, F. GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Milano, 2010, e, con più ampio riferimento alle questioni del lavoro nel contesto delle c.d. politiche di crescita, a S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*, Roma-Bari, 2013.

<sup>51</sup> A. LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 281.

<sup>52</sup> B. BERCUSSON, *European Labour Law*, London, 1996, pp. 538-552.

<sup>53</sup> Almeno, in questi termini si esprime una parte della dottrina. Rimangono, tuttavia, molti dubbi sulle effettiva configurazione di un diritto in capo alle parti sociali. Quale sarebbe la *giustiziabilità* di un tale diritto? Si potrebbe dire quella di invalidare (bloccare?) una procedura decisionale e, in questo modo, parrebbe confermata la natura di norma promozionale della previsione in commento, a sua volta rivelatrice di quella proceduralizzazione del diritto che tanta parte della dottrina ha iniziato a studiare e a denunciare per gli effetti di sistema che implicherebbe. Poiché questa analisi condurrebbe troppo oltre i confini di questo lavoro, ci si limita a rinviare a CH. MOULY, *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1985, p. 895, spec. p. 945.; e C. JOERGES,

sociali ad avere un ruolo attivo in questo circuito – il par. 2 dell’art. 154 TFUE prevede che “prima di presentare proposte nel settore della politica sociale”, la Commissione le consulti “sul possibile orientamento di un’azione dell’Unione”. In questo modo, la Commissione può ricavare nuove o più fondate ragioni per intervenire, nel qual caso è chiamata ad operare una nuova consultazione ma, questa volta, sul contenuto della proposta prevista. È a questo punto che le parti sociali possono esercitare il loro potere più forte, informando la Commissione della loro volontà di procedere esse stesse alla elaborazione di una proposta, ai sensi dall’art. 155 TFUE (ex art. 139 TCE), nell’ambito del loro autonomo potere negoziale. Questa iniziativa “autonoma”, anche se sollecitata dalla Commissione, ha la capacità di esautorare (*melius*, sospendere) il potere della stessa, sia pure per un periodo limitato (almeno nove mesi).

Sin qui, in definitiva, il Trattato stigmatizza – formalizzandone i diversi passaggi – una prassi di coinvolgimento delle organizzazioni di interessi nell’elaborazione e attuazione delle politiche legislative e/o negli stessi processi legislativi<sup>54</sup> diffusa in molte esperienze nazionali (e, in particolare, si ispira fortemente al modello belga). Ma questo avviene in maniera avulsa da preesistenti tradizioni di rappresentanza e/o di azione concertata con attori capaci di esprimere un effettivo collegamento con sistemi negoziali che siano radicati nei settori produttivi o nelle imprese. Basti ricordare che l’ETUC (*European Trade Union Institute*) è una imponente istanza rappresentativa di un insieme cospicuo di sindacati europei (*a single European umbrella organisation*, secondo la definizione corrente), nella quale il collegamento con la base è interamente affidato alle organizzazioni affiliate le quali, a loro volta, sono espressione di differenti modalità organizzative e di rappresentanza. Anche per queste ragioni, l’azione sindacale a livello europeo appare di complessa costruzione e di non sempre efficace impatto perché sganciata dal suo più tradizionale strumento di autotutela: il ricorso al conflitto collettivo e la gestione dello stesso sono diluiti all’interno di un quadro di condizionamenti e di costrizioni di ordine sia organizzativo, sia giuridico<sup>55</sup>. A questo quadro di complessità e di *differenza*, rispetto alle più tradizionali logiche dell’azione sindacale, si aggiunge la questione del finanziamento, che rappresenta una posta di bilancio importante per l’Unione europea e che contribuisce ad alimentare i dubbi sulla concreta possibilità per lo stesso dialogo sociale di svilupparsi su basi di genuina autonomia<sup>56</sup>.

---

C. SCHMID, *Towards Proceduralization of Private Law in the European Multi-Level System*, in A. S. HARTKAMP *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, The Hague, 2011, p. 277.

<sup>54</sup> Sotto varie denominazioni (in genere, si parla di negoziazione legislativa o di leggi negoziate) e con diverse connotazioni (che, spesso, dipendono dalle risorse a disposizione degli attori), si fa riferimento a un modo di formazione e di attuazione delle politiche regolative e, in particolare, alla combinazione tra fonte legislativa e fonte contrattuale, come di solito declinate nell’ambito del c.d. scambio politico e/o di prassi concertative. Pur rinviando, in generale, almeno, a G. GIUGNI, *op. cit.*, e, *amplius*, L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione*, Bari, 1999, si vuole qui fare riferimento alle pratiche di “scambio centralizzato di risorse materiali e simboliche (cioè di consenso e di legittimazione) fra lo stato e le grandi organizzazioni degli interessi”, ovvero, a quel “metodo decisionale nel quale il Governo determina con le parti sociali gli obiettivi economico-sociali fondamentali e delega ad esse una quota di autorità e di responsabilità per la concreta realizzazione delle relative politiche di intervento”.

<sup>55</sup> Sul quadro giuridico, specialmente alla luce di una serie di interventi della Corte di giustizia dell’Unione europea, per tutti cfr. U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009.

<sup>56</sup> Cfr. A. BOGG, R. DUKES, *op. cit.*, p. 483.

Ma più in generale – e riassuntivamente – sembra mancare quello che, sempre nelle esperienze nazionali, costituisce un presupposto – istituzionale o solo naturale – delle prassi di negoziazione trilaterale e, cioè, il collegamento con la definizione (o, meglio, condivisione) delle politiche pubbliche, con riferimento sia alla individuazione degli obiettivi perseguiti, sia al metodo di azione. Al contrario, in ambito sovranazionale sembra che le parti sociali possano, al più, partecipare all’attuazione di politiche predefinite, alle quali sono chiamate a conferire il sigillo della democraticità (sociale)<sup>57</sup>. Un sigillo, beninteso, dalla dubbia efficacia, perché questo preteso *scambio* di consenso e di legittimazione reciproca non solo solleva dubbi in ordine alla sua effettiva praticabilità – per molte ragioni, non ultima la rara corrispondenza tra i soggetti che partecipano allo scambio e la titolarità del relativo potere, pubblico o sociale che sia, così variamente distribuito tra il livello sovranazionale e quello nazionale o infranazionale –, ma espone gli stessi soggetti che ne sono coinvolti a pesanti responsabilità di tipo politico, oltre che sindacale, e queste rischiano di ripercuotersi sulla loro già debole capacità di rappresentanza e sul loro ruolo di attori sociali.

Anche per queste ragioni non è vana la ricerca di nuovi paradigmi interpretativi – *rectius*, teorie – da applicare all’insieme di prassi e istituzioni riconducibili all’espressione dialogo sociale europeo. In questa prospettiva pare opportuna, oltre che condivisibile, una lettura sistematica degli interventi delle istituzioni comunitarie in materia mirata ad esplorarne – valorizzandola – la dimensione di *governance*. Il dialogo sociale, in questo modo, rivela una connotazione diversa da quella, apparentemente più tradizionale, delle origini: si propone quale “declinazione del principio di democrazia partecipativa” o, ancora, come “meccanismo alternativo alla regolamentazione tradizionale, nel contesto d’azione volto al miglioramento del legiferare (*better regulation* ovvero, come da ultimo riqualficato nell’Agenda 2020, *smart regulation*)”<sup>58</sup>.

Appare, insomma, più chiaramente proiettato in una “realtà costituita dal sistema giuridico comunitario, dove si registra sia la mancanza di uno stato sovrano (...) sia la difformità degli strumenti di intervento rispetto a quelli che storicamente hanno caratterizzato l’azione degli stati nazionali”<sup>59</sup>. D’altronde, oramai superate le soglie della c.d. post-modernità, le classiche attribuzioni dello Stato sono messe in discussione e si coglie una sorta di tendenziale disimpegno dello stesso a favore di una moltitudine di attori espressione (diretta) della società civile. In questo contesto, si pone il fondamentale problema di ridefinire le relazioni tra autorità pubblica e gruppi sociali e lo Stato stesso si trova a dover concorrere con centri di produzione normativa sovranazionale e infranazionale<sup>60</sup>. A fronte della moltiplicazione dei livelli di produzione di norme, il pluralismo giuridico diviene il concetto chiave di

<sup>57</sup> Paradossalmente, il rafforzamento del dialogo sociale europeo o – come avvertito da un’attenta dottrina (M. SCHMITT, *La dimension sociale du Traité de Lisbonne*, in *Droit social*, 2010, p. 692) – la generalizzazione implicita del principio di sussidiarietà sociale, sono mutamenti (conquiste?) importanti che, tuttavia, hanno lasciato irrisolta la questione della *autonomia* a livello transnazionale e di UE.

<sup>58</sup> M. PERUZZI, *L’autonomia del dialogo sociale europeo*, in *Lavoro e diritto*, 2010, p. 514.

<sup>59</sup> A. LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 55.

<sup>60</sup> Per un’analisi accurata, v. M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l’ordre juridique communautaire*, Aix-en-Provence, 2009, spec. 37 ss.

una visione, appunto, post-moderna del diritto<sup>61</sup>, nella quale la legge è il prodotto di una deliberazione collettiva, così che il contratto diviene lo strumento principale della regolazione sociale e lo Stato, a sua volta, assume le vesti dello stratega, ovvero del negoziatore<sup>62</sup>.

Rimane, tuttavia, l'antica questione del lavoro e della vasta fenomenologia sociale che, come già a cavallo dei due secoli passati, pone sfide alla Politica e, più in generale, ad una più ricca platea di attori sociali, chiamati ad elaborare nuove risposte a quella questione, ma con una strumentazione che, almeno allo stato, appare povera. Appare povera anche la strumentazione a disposizione del giurista, al quale è affidato il delicato compito di ricondurre a sistema ciò che appare irrimediabilmente frammentato e, soprattutto, di elaborare soluzioni giuridiche capaci di correggere – contrastare? – direttrici di sviluppo che tendono a procedere in preoccupante sinergia: la diluizione dei diritti fondamentali nello spazio sociale europeo e una modernizzazione sociale troppo tarata su standard economici e costretta da rigidi vincoli finanziari, nonché condita da una burocrazia pressoché asfissiante.

Nuove prassi all'orizzonte, ma la riflessione teorica e la definizione condivisa di chiari paradigmi di riferimento possono assolvere ad una funzione essenziale nella ricerca di più equilibrate prospettive di sviluppo: quella di *illuminare*, come i lampioni di Fitoussi<sup>63</sup>.

## Abstract

### Theories and Practices of the European Social Dialogue

This paper focuses on social dialogue at the level of the European Union and compares its theories and practices, from the very origin to the latest developments, with concepts and experiments of industrial democracy as developed in the seventies. This analysis aims at stressing some ambiguities still undermining the making of social regulation in the European Union and their implications on national legal and industrial relations systems.

---

<sup>61</sup> E che A. SUPLOT, *op. cit.*, (ri)legge in termini di rifeudalizzazione del diritto.

<sup>62</sup> M. SCHMITT, *op. cit.*, p. 39, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici.

<sup>63</sup> J. P. FITOUSSI, *Il Teorema del lampione*, Torino, 2013.



Angela Maria Romito\*

# I provvedimenti inibitori a favore del consumatore nella disciplina dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fonti normative di riferimento: alcune precisazioni terminologiche. – 3. *Segue*: la direttiva 2009/22. – 4. Le recenti modifiche alla direttiva 2009/22. – 5. La relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2009/22: i rilevi critici. – 6. La raccomandazione del giugno 2013: prospettive evolutive e conclusioni.

1. La tutela dei consumatori, sebbene sia nata quale autonoma politica comunitaria ormai oltre vent'anni fa<sup>1</sup>, è ancora oggi un settore in continuo sviluppo che impegna le istituzioni dell'Unione nell'affannosa ricerca di soluzioni normative al passo con la rapida evoluzione del mercato.

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Nel Trattato di Maastricht, all'art. 3, lett. s), e di rimando nel neo istituito XI titolo, all'art. 129 A, per la prima volta la materia della tutela del consumatore è considerata una competenza specifica della Comunità. Prima di allora, infatti, l'attenzione delle istituzioni europee per il settore che ci occupa non aveva una determinata base giuridica: il Trattato di Roma, contesto giuridico favorevole agli interessi delle imprese in un mercato liberista, non conteneva alcuna specifica disposizione riferita alla figura e allo *status* giuridico del consumatore. Questi era considerato solo di riflesso dalle norme sulla agricoltura (articoli 39, n. 1, lett. e, e 49, n. 3, TCEE) e sulla concorrenza (articoli 85, n. 3, e 86 TCEE); nel corso degli anni Settanta le prime direttive settoriali, prive di preciso appiglio normativo, furono adottate sulla base degli articoli 100 e 235 TCEE, quali norme volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che avessero una incidenza diretta sulla instaurazione o sul funzionamento del mercato comune; bisognerà attendere l'adozione dell'Atto unico europeo perché la tutela del consumatore goda di maggiore attenzione in ambito comunitario, allorquando, cioè, in base all'art. 100, si prescrive che la Commissione nelle sue proposte legislative in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori si fondasse "su un livello di protezione elevato". Oggi, nel Trattato di Lisbona, nell'apposito titolo XV, la norma di riferimento per l'attuazione di una autonoma politica comunitaria è l'art. 169 TFUE (che riprende la prima parte del precedente art. 153 in vigore dal Trattato di Amsterdam); di particolare rilievo è, inoltre, l'art. 12 TFUE (che riproduce il par. 2 dell'abrogato art. 153 TCE) dove è prescritto che nella definizione ed attuazione delle altre politiche o attività economiche debbano essere prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori. Per una precisa e dettagliata ricostruzione storica nell'ordinamento europeo si rinvia a C. VERARDI, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XXVI, Torino, 2000, p. 1331 ss., nonché all'ampio contributo di G. F. CARTEI, S. FARO, *Consumatore e utente*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 199 ss., spec. pp. 921-936.

È un dato incontrovertibile e di semplice rilevazione che i progressi ottenuti nel tempo in materia di tutela del consumatore sul piano del diritto sostanziale non siano andati di pari passo con i risultati raggiunti sul piano processuale<sup>2</sup>. E tuttavia “i diritti, in senso giuridico, hanno denti per mordere”<sup>3</sup>, essendo tali in quanto interessi giuridicamente protetti; le semplici pretese individuali o collettive assurgono a rango di diritti solo se ricevono un’effettiva soddisfazione, quando, cioè, l’ordinamento giuridico di riferimento non si limita ad un mero riconoscimento, ma prevede anche specifiche forme di tutela.

Di conseguenza, al fine di fornire tanto ai cittadini quanto alle imprese strumenti di tutela effettivi, a completamento della copiosa e stratificata produzione normativa a tutela del consumatore, a livello sovrastatale si è dovuto affrontare in modo organico e sistematico il problema dell’accesso alla giustizia della categoria<sup>4</sup>. Sotto la spinta inarrestabile dell’evoluzione della società moderna, caratterizzata dal crescente fenomeno dei consumi di massa<sup>5</sup>, è ben presto emerso che la concezione del processo improntata al rapporto giudice/ricorrente individuale fosse ormai obsoleta, dovendosi, invece, fare spazio anche all’accoglimento di ricorsi a tutela di interessi di dimensione diffusa<sup>6</sup>. L’Unione europea quindi ha affiancato ai mezzi

<sup>2</sup> Basti considerare che nell’ambito della copiosa produzione normativa sui consumatori, per lungo tempo l’accesso alla giustizia è stato considerato in modo settoriale solo da alcune direttive: così ad esempio l’art. 4 della direttiva sulla pubblicità ingannevole (84/450/CEE del 10 settembre 1984), l’art. 7 di quella sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (93/13/CEE del 5 aprile 1993), l’art. 12 di quella sulla pubblicità di medicinali destinati all’uso umano (94/47/CE del 26 ottobre 1994), l’art. 11 di quella sui contratti negoziati a distanza (97/7/CE del 17 febbraio 1997). Sul fronte nazionale l’evoluzione della tutela del consumatore ha avuto un percorso particolare: è interessante ricordare, seguendo i suggerimenti rivenienti dalla nostra autorevole dottrina, che i diritti dei consumatori nell’esperienza italiana si sono evoluti in quattro fasi, segnate da altrettanti “diritti”: in una prima fase i consumatori sono stati considerati non come un polo organizzato di interessi, ma come “metro” per commisurare la liceità di singoli atti di concorrenza compiuti dagli imprenditori (essi trovavano tutela nel diritto corporativo); in una seconda fase, corrispondente all’avvento della Costituzione repubblicana ed alla modernizzazione economica del Paese, i consumatori, stretti tra i temi del lavoro e della produzione, non sono stati considerati né interlocutori politici, né come controparti delle associazioni degli imprenditori; la terza fase corrisponde alla progressiva piena consapevolezza dei consumatori, grazie all’impulso derivante dalla creazione della CEE; l’ultima fase, segnata dalla globalizzazione dei mercati, è caratterizzata dalla esplosione dei consumi di massa e dalle transazioni *on line*. V. *amplius* G. ALPA, *I diritti dei consumatori ed il Codice del Consumo nell’esperienza italiana*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, p. 1 ss., spec. p. 7.

<sup>3</sup> Così S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999 (trad. it. di Elisabetta Caglieri, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, p. 17).

<sup>4</sup> Sull’argomento per tutti si rinvia a C. VERARDI, *op. cit.*, p. 1331 ss., il quale offre una succinta ma dettagliata panoramica sulle possibili vie di accesso alla giustizia per i consumatori, nonché al lavoro (relativamente recente ma non aggiornato) di A. LAMORGESE, *Lineamenti della tutela processuale dei consumatori nell’Unione europea*, in *Giustizia civile*, 2008, p. 159 ss.

<sup>5</sup> V. *amplius* M. BESSONE, *Interesse collettivo dei consumatori e regolazione giuridica del mercato. I lineamenti di una politica del diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, p. 294 ss., nonché B. CAPPONI, M. GASPARINETTI, C. VERARDI (a cura di), *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995, con ampi richiami.

<sup>6</sup> Proprio sul versante processuale nel contenzioso che coinvolge i consumatori, le azioni individuali sovente si sono dimostrate non essere un rimedio efficace per conseguire il risarcimento dei danni subiti o per far cessare (o impedire il ripetersi di) una certa condotta illecita, per molteplici fattori che variano dalla efficacia e sostenibilità economica del giudizio a causa dei costi elevati dei contenziosi,

di tutela spendibili a livello individuale un sistema di garanzia per le istanze di tipo superindividuale<sup>7</sup>.

Inizialmente gli ostacoli ad una effettiva tutela giurisdizionale collettiva erano riconducibili alla diffidenza (dei Paesi di tradizione francese) a riconoscere la protezione alla categoria degli interessi diffusi nonché al costo della giustizia troppo elevato per controversie per lo più di valore modesto<sup>8</sup>.

Il primo degli ostacoli è caduto per ragioni “storiche” e sociali, atteso l’emergere in modo sempre più dirompente di forme di associazionismo impegnate nella tutela di interessi estesi a gruppi e ad intere categorie di soggetti<sup>9</sup>. Per via legislativa, invece, si è cercato se non di superare, quantomeno di correggere il secondo limite indicato: esempio tangibile dell’impegno profuso dall’Unione sono il regolamento (CE) n. 861/2007, che istituisce il procedimento europeo nelle controversie transfrontaliere di modesta entità<sup>10</sup> ed il regolamento (CE) n. 1896/2006/

---

alla pressione psicologica cui il singolo è esposto, alla lunghezza e complessità delle procedure e alla mancanza, in genere, di informazioni dettagliate sui mezzi di ricorso esperibili.

<sup>7</sup> In una visione più ampia e completa non va trascurato l’impegno profuso dall’Unione per rendere giustizia anche al di fuori dei tribunali: ed infatti, essa ha favorito il ricorso a mezzi alternativi di risoluzione consensuale e collettiva delle controversie (nella forma di *Alternative Dispute Resolution*, acronimo *ADR*) soprattutto rispetto a controversie di natura transfrontaliera, in caso di denunce multiple, come via complementare (più veloce ed economica) al ricorso giudiziario, con o senza l’intervento di un terzo abilitato (arbitro o mediatore). Il riferimento è alla 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, recepita in Italia tramite il d.lgs. 28/10, poi parzialmente dichiarato incostituzionale per eccesso di delega. Nel campo della politica per i consumatori, i recentissimi interventi normativi datati 11 giugno 2013, oggetto in seguito di analisi, vanno oltre imponendo agli Stati membri di assicurare che le controversie contrattuali tra un consumatore e un professionista derivanti dalla vendita di beni o dalla prestazione di servizi possano essere presentate a un organismo di risoluzione alternativa delle controversie.

<sup>8</sup> In relazione al problema del “costo di giustizia”, C. WINDER, *The Cost of Commercial Litigation in England – A European Perspective, and a Look to the Future*, in *European Review of Private Law*, 1996, p. 339 ss.

<sup>9</sup> Si pensi ad esempio alle associazioni impegnate nella difesa dell’ambiente e del paesaggio, della sicurezza sociale, della protezione. In relazione al fenomeno degli interessi diffusi cfr. *ex multis*, M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 50; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 406. V. anche nota 2.

<sup>10</sup> Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modeste entità. V. in argomento C. ASPRELLA, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Giurisprudenza del merito*, 2008, p. 29 ss.; M. MELLONE, A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, p. 282 ss.; V. C. POZZI, *Il rito bagattellare europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2008, p. 611 ss.; A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 65; A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009, nonché A. M. ROMITO, *Il procedimento europeo per le controversie transfrontaliere di modesta entità*, in *Sud in Europa*, aprile 2009, reperibile *online*. È necessario precisare che si tratta di una normativa non destinata esclusivamente alla protezione dei consumatori, ma più in generale alla semplificazione del recupero del credito vantato da un cittadino comunitario nelle controversie transfrontaliere. Tuttavia, poiché statisticamente sono i consumatori i soggetti maggiormente coinvolti in controversie c.d. bagattellari, è ovvio che la disciplina processuale ivi indicata sia naturalmente destinata ad un largo impiego da parte della categoria. Non è questa la sede per dilungarsi sul tema, ma basti qui rinviare al libro verde, del 20 dicembre 2002, sul procedimento europeo d’ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare e accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità, COM(2002)746 def., nel quale la Commissione

CE<sup>11</sup>, che ha istituito un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento nelle controversie in materia di crediti pecuniari non contestati. Trattasi di rimedi classici di carattere risarcitorio, efficaci per la tutela individuale, certamente inadatti a garantire protezione agli interessi di gruppo (non sempre monetizzabili) e tuttavia testimonianza del costante impegno delle istituzioni alla ricerca di soluzioni in grado di rendere più semplice e agevole l'accesso ad un ricorso effettivo.

In sintesi, a livello europeo (e di rimando anche a livello nazionale<sup>12</sup>) il quadro giuridico complessivo riferito alle garanzie giurisdizionali dei consumatori risulta essere costituito da un doppio binario di tutela: quello in cui il soggetto consumatore agisce *uti singulus*, per far valere in via successiva il proprio diritto, e quello collettivo, che si attua attraverso l'azione preventiva delle associazioni dei consumatori o delle organizzazioni legittimate ai sensi di legge. Anticipando le considerazioni svolte nella parte conclusiva del presente lavoro, va segnalato che il tema "bollente", attualmente sul tavolo di discussione e che segna la tendenza evolutiva dei prossimi interventi legislativi dell'UE, è l'instaurazione a livello sovranazionale di azioni collettive uniformi di tipo risarcitorio.

Il legislatore sovranazionale, ben comprendendo la ontologica debolezza della posizione individuale del consumatore nel rapporto con le imprese, è intervenuto rafforzando la tutela degli interessi collettivi garantendo agli enti associativi preordinati alla difesa degli stessi l'accesso a strumenti di tutela processuale più adeguati: l'azione inibitoria è l'istituto cardine nella tutela dei consumatori. La disciplina di seguito esaminata si inserisce, quindi, specificamente nel quadro della tutela processuale posta a corredo delle ormai numerosissime direttive che disciplinano il settore dal punto di vista sostanziale. La strategia legislativa dell'Unione si è del resto evoluta nel corso degli anni. Le prime iniziative, infatti, hanno interessato violazioni di natura strettamente settoriale; oggi, invece, si procede speditamente sulla strada dell'armonizzazione delle procedure giudiziarie interne, secondo un disegno quanto più possibile omnicomprensivo.

---

europea ha illustrato gli obiettivi perseguiti in vista della creazione di un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e dell'attuazione delle programmate misure di semplificazione del contenzioso in materia di controversie di modesta entità.

<sup>11</sup> Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, anch'esso non riferito esclusivamente ai consumatori. Tra i numerosi commenti si rinvia a: M. MONTINARI, *Note minime intorno alla istituzione di una procedura europea d'ingiunzione di pagamento*, in P. DE CESARI, M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 41; A. M. ROMITO, *Il nuovo procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, in *Sud in Europa*, febbraio 2007, reperibile *on line*; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un "ordinamento comunitario" del processo civile*, Napoli, 2008, p. 132 ss.; P. BIAVATI, *Reg. Ce n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 387.

<sup>12</sup> In Italia il "doppio binario" di tutela è stato ripreso sia dalla legge 30 luglio 1998, n. 281, recante la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, sia dal d.lgs del 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo (in seguito cod. cons.). Per una visione d'insieme della norma interna oggi in vigore, v. il dibattito a *Sei voci sul "codice del consumo" italiano*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2006, p. 1 ss., ed in particolare si segnala L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni tra critiche e consensi*, spec. p. 33 ss.

Del resto, in generale, il processo è lo strumento volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela e l'intero sistema rimediabile va letto in chiave funzionale e flessibile alla ricerca della misura più adeguata alla tutela degli interessi in gioco, alla luce dei principi di proporzionalità, effettività, e dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza<sup>13</sup>. Sono, quindi, ben comprensibili le ragioni per le quali la scelta del legislatore europeo diretta a risolvere il problema di offrire uno strumento di tutela per gli interessi di carattere collettivo sia caduta su uno strumento quale è appunto l'azione inibitoria; questa per le sue caratteristiche, sembra esser la risposta più calzante giacché permette di esercitare un controllo non sul singolo rapporto contrattuale, ma sulla intera attività imprenditoriale<sup>14</sup>.

2. La fonte normativa di riferimento a livello europeo, che specificamente si occupa della tutela inibitoria collettiva a favore dei consumatori, è la direttiva 2009/22/CE<sup>15</sup>, integrata da ultimo dalla direttiva 2013/11/UE<sup>16</sup> e dal regolamento (UE) n. 524/2013<sup>17</sup>. Illustrarne brevemente il contenuto è utile tanto al fine di cogliere i limiti della tutela apprestata dall'Unione europea quanto, e soprattutto, per tracciare le linee di tendenza dei futuri sviluppi.

Preliminarmente, tuttavia, è necessaria una precisazione terminologica per fugare ogni equivoco che può facilmente sorgere dalla consultazione di documenti giuridici tradotti, spesso in modo approssimativo, nelle lingue ufficiali dell'Unione: la direttiva del 2009 forgia uno strumento di tutela di interessi collettivi, riconoscendone la titolarità in capo ad enti esponenziali. Per ben comprendere cosa debba intendersi per "interessi collettivi", secondo una definizione europea che trascenda cioè dalle definizioni rivenienti dagli ordinamenti nazionali, non aiuta certo quanto indicato nel 3° 'considerando' della direttiva, laddove laconicamente si legge che "per interessi collettivi si intendono gli interessi che non sono la mera sommatoria degli interessi dei singoli lesi da una violazione".

Gli interessi "collettivi", così come gli interessi "diffusi", riguardano una pluralità di soggetti. Il *discrimen* è dato dall'individuazione del portatore: i secondi sarebbero interessi cosiddetti "adespoti" privi, cioè, di un portatore individuato, mentre i primi sarebbero caratterizzati dal fatto che il portatore è espressione di un gruppo di persone (associazione, sindacato, partito ecc.)<sup>18</sup>. Gli interessi dei consumatori sono *ex lege* interessi collettivi.

---

<sup>13</sup> Così P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss.

<sup>14</sup> Per più ampi spunti di riflessione circa la natura dei rimedi inibitori in contrapposizione con quelli repressivi o risarcitori v. C. M. BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in A. BELLELLI (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati*, Napoli, 2007, p. 13 ss.

<sup>15</sup> Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

<sup>16</sup> 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 (direttiva sull'ADR per i consumatori).

<sup>17</sup> Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori).

<sup>18</sup> C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 647.

Utile, anche al fine di valutare gli effetti dei provvedimenti inibitori, è porre un distinguo tra azioni di carattere inibitorio intentate per la tutela di interessi collettivi e azioni collettive di carattere risarcitorio (c.d. *classactions*)<sup>19</sup>. Le prime sono quelle instaurate da associazioni nate e affermatesi come “centri di imputazione” di interessi che fanno capo ad una collettività sovente più ampia rispetto agli associati, e comprendente individui non legati tra loro da alcun rapporto giuridico. L’azione, di cui questi c.d. enti esponenziali sono titolari esclusivi, tende ad ottenere la tutela giurisdizionale degli interessi comuni, sopraindividuali, attraverso provvedimenti che accertino l’illegittimità di comportamenti dell’impresa convenuta pregiudizievole a quegli interessi ed eventualmente ne ordinino la cessazione. Il provvedimento reso ha effetto solo tra le parti del giudizio.

Diversamente, per azioni di classe devono intendersi quelle, tese al risarcimento, instaurate da un singolo individuo nell’interesse anche di una pluralità di soggetti (la classe, appunto) che si trovano in una comune situazione giuridica bisognosa di tutela giurisdizionale. Ogni componente della classe può agire, anche mediante associazioni cui dà il mandato e comitati dei quali fa parte, per l’accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Si tratta dunque dell’esercizio di un’azione collettiva a tutela di diritti individuali, in cui gli enti esponenziali sono declassati a meri comprimari legittimati a rappresentare la classe solo in presenza di uno specifico mandato conferito da almeno un danneggiato. Di conseguenza il risultato finale della *classaction* (sia che si tratti di un provvedimento di accoglimento o di rigetto, sia che si tratti di una conciliazione, sia che si tratti di una sentenza di puro accertamento, quanto se si tratti di una sentenza di condanna<sup>20</sup>), vincola, a certe condizioni, tutti gli appartenenti alla classe<sup>21</sup>.

La direttiva europea 2009/22 si riferisce esclusivamente alla prima ipotesi descritta.

<sup>19</sup> La dottrina sul punto è copiosa: *in primis* si rinvia a A. GIUSSANI, *Class actions*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 2007, p. 166. Riferendoci agli studi più recenti si segnalano: A. RESTA, *Azioni popolari, azioni nell’interesse collettivo, classactions: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, p. 331; il volume del 2008 della rivista *Analisi giuridica dell’economia*, a cura di R. LENER, M. G. RESCIGNO, *Class Action! (?)*; N. TROCKER, *Class actions negli Usa – e in Europa?*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, p. 178; nonché AA. VV., *Interrogativi sulla classaction: le risposte di alcuni giuristi europei*, *ivi*, 2011, p. 1 ss.; D. CORAPI, *Class actions/actions collective*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2011, II, p. 379; gli interventi a più voci, *Le classactions nel diritto comparato*, pubblicate in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 1109 ss.; F. BENATTI, *Note in tema di classactions transfrontaliere*, in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 5.

<sup>20</sup> Che può anche portare alla creazione di un fondo in denaro destinato alla soddisfazione, sotto controllo di un “amministratore”, di crediti riconosciuti ai singoli membri della classe.

<sup>21</sup> In linea assolutamente riassuntiva nell’ambito dell’Unione europea, rispetto ai ricorsi di natura collettiva (c.d. *collectiveredressactions*), siano essi inibitori che risarcitori, lo scenario giuridico è tutt’altro che omogeneo. In linea generale, esistono due modelli di azione: le *groupactions* (o azioni di gruppo) e le *representativeactions* (o azioni rappresentative). Alle prime, che rappresentano lo schema di tutela collettiva più diffuso, si riconducono le ipotesi di azioni individuali raggruppate in un unico procedimento o di azioni promosse da un gruppo di singole vittime o, infine, di azioni proposte da un’organizzazione di consumatori, da un *leadingplaintiff* o da un difensore civico (c.d. *ombudsman*). Diversamente le azioni rappresentative sono azioni nelle quali una persona agisce per conto di altre vittime della medesima violazione di massa; in esse la decisione resa all’esito del procedimento può essere eseguita dallo stesso soggetto rappresentante a nome dell’intero gruppo (mentre le decisioni pronunciate a seguito di azioni di gruppo devono essere eseguite separatamente dai singoli membri).

Altresì utile al fine di cogliere il significato profondo della direttiva sul tema è intendersi sul significato di azione inibitoria. Non si tratta di una futile indagine terminologica, giacché sovente nei documenti, tradotti in modo poco puntuale dalla lingua inglese, si fa riferimento ad azioni o provvedimenti ingiuntivi (*injunctions*), per riferirsi a provvedimenti inibitori, senza tener conto che nella nostra tradizione giuridica le due locuzioni non sono sinonime ma rinviano a differenti istituti giuridici.

Giova allora ricordare che l'inibitoria<sup>22</sup> (di tipo generale<sup>23</sup>) è una tecnica di tutela con valenza generalizzata, in quanto è finalizzata a prevenire il danno e a far cessare un pregiudizio che è destinato a propagarsi tra più persone; si tratta di un rimedio rivolto, per definizione, al futuro, per evitare che la stessa attività illecita, ovvero l'attività in contrasto con il diritto oggettivo, lesiva di posizioni soggettive che l'ordinamento giuridico considera meritevoli di protezione, venga in futuro commessa o, se già realizzata, che possa essere ripetuta o continuata nel tempo. Il rimedio si caratterizza per l'apprestare una tutela giurisdizionale preventiva<sup>24</sup>, con la precisa finalità di ottenere un provvedimento il cui contenuto consiste nell'ordine rivolto al professionista di astenersi in futuro dal ripetere determinati atti commessi in violazione degli obblighi di non fare<sup>25</sup>. Essa è un rimedio flessibile che opera ad ampio raggio, capace di arrestare con immediatezza ed efficacemente tutte le fattispecie lesive scaturenti da atti o comportamenti posti in essere dal professionista che abbiano una potenziale ricaduta dannosa sulla collettività dei consumatori. Oltre al comando rivolto al convenuto di cessare un determinato comportamento illecito, la condanna è accompagnata da misure correttive volte a limitare o eliminare, per il futuro, i danni che possono derivare dalle violazioni accertate. Tali misure, pur incidendo a livello collettivo sugli effetti dannosi ancora da prodursi, non possono valere a riparare per il passato il danno individualmente subito dai singoli consumatori.

---

<sup>22</sup> V. ex multis G. ARMONE, *tutela inibitoria*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, IV, Padova, 2003, p. 718 ss.; e gli atti del convegno *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, tenutosi a Perugia il 10 aprile 2008, reperibile *online*, par. 1.

<sup>23</sup> In passato la dottrina nazionale sulla scia della giurisprudenza (v. ad es. Consiglio di Stato, sentenza del 15 dicembre 1998, n. 1884, in *Il Foro italiano*, 1999, I, c. 74; Tribunale di Torino, sentenza del 7 giugno 1999, *ivi*, 2000, I, c. 304; così anche Tribunale di Roma, sentenza del 21 gennaio 2000, *ivi*, c. 2054, con note di V. MARICONDA, *Il provvedimento del tribunale di Roma sulla clausole vessatorie nei contratti bancari*, in *Contratti*, 2000, p. 561; A. ORESTANO, *L'inibitoria ordinaria delle condizioni generali utilizzate dalle banche nei contratti con i consumatori*, in *Il Corriere giuridico*, 2000, p. 496, e A. DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nella clausole vessatorie*, *ivi*, p. 527 ss.) distingueva tra inibitoria generale ed inibitoria contrattuale o "speciale" riferendosi in questo secondo caso all'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie, un rimedio inerente al fenomeno della contrattazione standard nella sua dimensione astratta e collettiva di carattere preventivo, che, cioè, si svolge in una fase antecedente alla conclusione di un singolo contratto, ovvero a prescindere dalla sua conclusione. Tale distinguo, non presente a livello europeo, è da considerarsi ormai superato a livello locale con l'inclusione, nel cod. cons., di tutta la disciplina sulle clausole vessatorie.

<sup>24</sup> Non si richiede che l'illecito si sia già verificato, ma che si profili il pericolo dell'illecito, così come insegnato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 24 maggio 2002, causa C-372/99, *Commissione c. Repubblica italiana*, in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori.

<sup>25</sup> Così E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 635.

Alla luce di siffatti caratteri distintivi l'azione inibitoria si è rivelata il rimedio più rispondente alle nuove esigenze scaturenti dalla accresciuta sensibilità nei confronti di interessi di natura collettiva.

3. La direttiva del 2009 abroga la precedente 98/27/CE<sup>26</sup>; benché la disciplina ivi indicata sia pressoché identica, la riformulazione in un atto normativo diverso si è resa necessaria per porre ordine rispetto all'ambito di applicazione dei precetti normativi ivi disposti. Era accaduto infatti che la direttiva 98/27/CE<sup>27</sup> fosse stata modificata a più riprese, ampliandone in modo occasionale e disordinato l'ambito di applicazione attraverso l'aggiunta, nell'allegato I, di nuove direttive relative ai consumatori. A fini di maggiore chiarezza e razionalità, nel 2009 la previgente disciplina sui provvedimenti inibitori è stata trasfusa e ricodificata nella direttiva

<sup>26</sup> Direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori. Per approfondimenti si rinvia a G. BETLEM, C. JOUSTRA, *The Draft Consumer Injunctions Directive*, in *Consumer Law Journal*, 1995, p. 141 ss.; M. BOGDAN, *Some Reflections Regarding the New EU Directive on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests*, ivi, 1998, p. 369 ss.; J. NORMAND, *Il riavvicinamento delle procedure civili nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto processuale*, 1998, II, p. 683 ss.; P. ROTT, *The Protection of Consumers' Interests after the Implementation of the EC Injunctions Directive into German and English Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2001, p. 401 ss.; F. CAFAGGI, H.-W. MICKLITZ, *Collective Enforcement of Consumer Law: a Framework for Comparative Assessment*, in *European Review of Private Law*, 2008, p. 391 ss. Adde L. CARPANETO, *La tutela comunitaria del consumatore: il problema dell'accesso alla giustizia, con particolare riferimento all'Italia e all'Inghilterra*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2000, p. 729 ss., ed alla bibliografia ivi richiamata. Ai fini ricostruttivi si rinvia anche ai lavori preparatori ed in particolare alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 maggio 2003, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, posizione comune, COM(2003)241 def., ampiamente annotata dalla nostra dottrina: v. G. ALPA, *La proposta di direttiva comunitaria sull'azione inibitoria promossa dalle associazioni dei consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, IV, p. 153 ss.; B. CAPPONI, *La proposta di direttiva sulle azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Documenti e giustizia*, 1996, p. 753 ss.; C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Clause abusive e processo*, in *Il Corriere giuridico*, 1997, p. 468 ss.

<sup>27</sup> Il recepimento della direttiva nel nostro Paese è avvenuto in due fasi con la legge n. 281 del 1998, e, a completamento, con il d.lgs. 23 aprile 2001, n. 224. Ad oggi il riferimento normativo interno sono gli articoli 139 e 140 cod. cons. Il primo è norma generale sia sulla legittimazione che sull'oggetto dell'azione; il secondo, che ha sostanzialmente mutuato la formulazione dell'art. 3 della legge del 1998, ormai abrogato, disciplina esclusivamente gli aspetti procedurali dell'inibitoria. Succintamente, e per completezza, si ricorda che il nuovo codice ha istituito un sistema "bipolare": da una parte gli articoli su indicati che, nella logica della direttiva europea, disciplinano l'azione inibitoria nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie normate dal medesimo codice (c.d. inibitoria "generale"); dall'altra vi è l'art. 37 cod. cons. (trasfusione del precedente art. 1469 *sexies* c.c.) che contiene la disciplina dell'azione inibitoria per l'ipotesi particolare di inserimento di clausole abusive o vessatorie nelle "condizioni generali di contratto" da parte del professionista. Tuttavia, poiché l'azione inibitoria, cautelare (art. 140, co. 8, cod. cons.) e di merito, è lo strumento elettivo di tutela differenziata ed effettiva degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, nell'universo dei contratti dei consumatori (per la tutela dei loro "interessi collettivi") e non solo ai fini dell'accertamento e inibitoria delle clausole contrattuali vessatorie (art. 37 cod. cons.), anche nelle azioni inibitorie contrattuali troveranno applicazione le disposizioni del cod. cons. sulla legittimazione ad agire e sulla relativa procedura. Per una attenta analisi della disciplina dell'azione inibitoria all'interno del cod. cons. si rinvia a L. ROSSI CARLEO, *L'azione inibitoria collettiva: dalla norma sulle clausole abusive al nuovo codice dei consumatori*, in A. BELLELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 101 ss.; nonché a G. ARMONE, *Sub artt. 139 e 140 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012, p. 720 ss.

2009/22/CE, che provvede a fornire un quadro omnicomprensivo ed esaustivo dell'ambito di sua applicazione: risulta così che i provvedimenti inibitori a tutela dei consumatori sono rimedi invocabili in tutti i settori di intervento di altrettante direttive europee indicate nell'allegato I, ritenute di particolare rilievo per assicurare il buon funzionamento del mercato unico. Secondo la scelta operata dal legislatore europeo, peraltro, non vi è un diritto di azione generale, ma l'inibitoria collettiva è circoscritta alla violazione delle disposizioni interne che hanno recepito le direttive tassativamente indicate<sup>28</sup>.

In estrema sintesi, la direttiva è tesa a riavvicinare le disposizioni nazionali (siano esse legislative, regolamentari o amministrative) volte alla cessazione di pratiche illecite perpetrate a danno dei consumatori<sup>29</sup>, senza prevedere alcun intervento di carattere sostanziale. Essa stabilisce le condizioni affinché degli organismi qualificati in un Paese dell'Unione – si tratta di organismi pubblici indipendenti, specificamente preposti alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori o di organizzazioni per la tutela dei consumatori riconosciuti dagli Stati membri<sup>30</sup> – pos-

---

<sup>28</sup> Lo spettro d'azione appare capace di ricomprendere non solo le condotte illecite dei professionisti in grado di determinare a danno del consumatore un significativo squilibrio del sinallagma contrattuale, ma anche tutte quelle situazioni in cui il professionista ha posto in essere una serie di attività che hanno una potenziale ricaduta dannosa sulla collettività dei consumatori. In modo dettagliato le tredici direttive elencate nell'allegato I e richiamate nell'art. 1 sono: 1) direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; 2) direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo; 3) direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive: articoli da 10 a 21; 4) direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso"; 5) direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 6) direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda i contratti negoziati a distanza; 7) direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; 8) 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 ("direttiva sul commercio elettronico"); 9) direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano: articoli da 86 a 100; 10) direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; 11) 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; 12) direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno; 13) direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di cambio. A queste vanno aggiunti l'art. 13 della direttiva 2013/11 e l'art. 14 del regolamento 524/2013, su cui v. oltre.

<sup>29</sup> La base giuridica dell'atto è l'art. 95 TCE, oggi art. 114 TFUE.

<sup>30</sup> Restano a monte le divergenze tra gli Stati membri circa la scelta dei criteri in base ai quali sono selezionate le entità rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori, in ottemperanza dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. In alcuni Paesi, tra cui il nostro, la difesa in giudizio è affidata a determinate categorie sociali, in altri, come ad esempio nel Regno Unito, alla pubblica autorità, in altri ancora la tutela giurisdizionale dell'interesse collettivo dei consumatori è stata riconosciuta sia alle organizzazioni dei consumatori, che ad un'autorità amministrativa.

sano agire in un altro Stato membro per ottenere un provvedimento inibitorio (c.d. *injunction*), volto a far cessare o a interdire una qualsiasi violazione contraria agli interessi collettivi dei consumatori.

Essa istituisce un quadro generale che impone agli Stati membri di predisporre al proprio interno una procedura che consenta ai soggetti legittimati di richiedere ed ottenere dei provvedimenti di condanna a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori anche al di fuori delle frontiere del singolo Paese membro. È facile intuire come, in questo caso, vi sia stato un superamento della logica tradizionale della cooperazione giudiziaria: non è il provvedimento inibitorio ottenuto nel Paese dove ha sede l'associazione a dover essere riconosciuto ed eseguito in forma semplificata presso lo Stato dove materialmente si è verificata la violazione, ma è il soggetto ricorrente (rappresentativo di interessi diffusi) a poter liberamente accedere alla giustizia sui territori dell'UE<sup>31</sup>.

In sostanza il contenuto precettivo del provvedimento si risolve nel riconoscere rilevanza giuridica agli interessi collettivi e nell'attribuire legittimazione processuale ad agire anche oltre i confini nazionali a soggetti dei quali venga appositamente certificata la rappresentatività<sup>32</sup>, evitando così complicazioni processuali in ordine all'ammissibilità dell'azione<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Così C. VERARDI, *op. cit.*, p. 1361, nonché G. ARMONE, *tutela inibitoria*, cit., p. 740; M. CARRATTA, *I profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p.135.

<sup>32</sup> La Commissione redige un elenco degli enti legittimati a proporre un'azione tesa ad ottenere un provvedimento inibitorio in caso di violazioni intracomunitarie. Tale elenco da ultimo aggiornato è stato pubblicato nella *GUUE* C 84, 22 marzo 2013, p. 1, Informazioni provenienti dagli Stati membri Comunicazione della Commissione concernente l'articolo 4, paragrafo 3 della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, che codifica la direttiva 98/27/CE, riguardante gli enti legittimati a presentare ricorsi o azioni a norma dell'articolo 2 di tale direttiva. Sebbene i criteri della rappresentatività delle associazioni siano dettati dalla normativa interna degli Stati membri, l'obiettivo del "mutuo riconoscimento" della loro legittimazione ad agire dinanzi l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa dello Stato membro in cui è avvenuta la violazione, è raggiunto per via dell'iscrizione nell'elenco su indicato che viene aggiornato semestralmente, che pertanto è elemento costitutivo della legittimazione ad agire.

<sup>33</sup> Il risultato raggiunto in termini di legittimazione *ad processum* è frutto di un lungo dibattito già avviato con il libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato Unico, COM(93)576 def., spec. par. IV. A, nel quale viene per la prima volta preso in considerazione quale problema crescente la soluzione delle "controversie transfrontaliere". Il limite invalicabile ad una tutela oltre frontiera era costituito dal paradosso che, in applicazione dell'allora art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968, da un lato le organizzazioni del luogo in cui il pregiudizio era subito non erano legittimate ad agire, in ragione del fatto che il *locus standi* era riservato, in forza della *lex fori*, alle sole organizzazioni nazionali; e dall'altro che le organizzazioni del luogo, in cui il provvedimento avrebbe dovuto trovare esecuzione, non avevano interesse ad agire, in quanto, ai sensi del diritto processuale, gli interessi dei consumatori "nazionali" non subivano pregiudizio per effetto della prassi illecita, che colpiva unicamente gli interessi dei consumatori "stranieri" (casi esemplificativi sono riportati nel par. III.b.2, p. 590 ss.). La Commissione in quella sede, pur prefigurando il raggiungimento del "reciproco riconoscimento" delle azioni inibitorie nell'interesse collettivo dei consumatori, rilevava che si dovessero preliminarmente risolvere i problemi riferiti alla determinazione dei criteri per l'individuazione delle associazioni rappresentative dell'interesse collettivo e alla determinazione del tipo di azione che le stesse avrebbero potuto svolgere, nonché delle modalità di estensione oltre frontiera degli effetti del provvedimento. Nella parte riferita alle azioni inibitorie, tre erano le possibili vie percorribili alla luce del principio di sussidiarietà: l'istituzione di una procedura

In particolare ai sensi dell'art. 2 della direttiva i ricorsi o le azioni proposte dagli enti legittimati possono sfociare in un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa adita che ordini l'immediata cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione; ovvero che elimini gli effetti perduranti di una violazione, soprattutto tramite la pubblicazione della decisione; o ancora, se previsto dall'ordinamento nazionale dello Stato del giudice o dell'autorità adita, che condanni la parte soccombente ad eseguire la decisione assoggettandola al versamento di una penale per ogni giorno di ritardo, o più genericamente una sanzione<sup>34</sup>.

Si tratta, dunque, di un provvedimento di condanna mirante non solo a far cessare un'attività o uno stato lesivo del diritto dei consumatori, o a inibire la con-

---

comunitaria; l'armonizzazione delle disposizioni nazionali; oppure il riconoscimento reciproco delle disposizioni nazionali. È prevalsa la via dell'armonizzazione. Per una dettagliata ricostruzione storica v. C. VERARDI, *op. cit.*, p. 1352 ss.; per più ampi commenti si rinvia a B. CAPPONI, *Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti Giustizia*, 1994, p. 361 ss.; M. GASPARINETTI, *Consumatori utenti e giustizia civile nel Mercato unico. Un dibattito aperto*, *ivi*, p. 329; P. MARTINELLO, *Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia: appunti per una analisi critica*, *ivi*, p. 347 ss.

<sup>34</sup> Il contenuto dell'art. 2 della direttiva è stato recepito in modo sostanzialmente uguale nel nostro ordinamento nell'art. 140 cod. cons. E tuttavia, il legislatore nazionale ha riformulato la norma in modo parzialmente differente. Al co. 1, infatti, si dispone: "I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate". Alla previsione normativa dell'Unione riferita alla sanzione pecuniaria – art. 2, par. 1, lett. c), della direttiva – fa eco l'art. 140, co. 7, cod. cons. (che altro non è che la trasposizione del precedente co. 5 dell'art. 3 della l. 281/1998) il quale prescrive che, trascorso inutilmente il termine assegnato per l'adempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento, il giudice, anche su domanda di parte, disponga il pagamento di una somma di denaro da € 516 a € 1.032, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. La medesima sanzione è valida ai fini interni, anche per le ipotesi di inadempimento degli obblighi derivanti da verbali di conciliazione di cui al co. 3 dello stesso art. 140 cod. cons. Degno di nota, per le problematiche conseguenze applicative nel nostro ordinamento, è il fatto che le ipotesi di provvedimento inibitorio d'urgenza, indicato in un inciso dell'art. 2, par. 1, lett. a) (la norma testualmente recita: "ordinare con debita sollecitudine e, se del caso con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione"), sia stato recepito rispettivamente nell'art. 37, co. 2, cod. cons., per le azioni inibitorie riferite alle clausole abusive nei contratti, e nell'art. 140, co. 8, cod. cons., per la tutela inibitoria ordinaria, fondando così in modo specifico l'istituto della inibitoria cautelare o provvisoria. Quest'ultima potrà essere concessa, quando ricorrono "giusti motivi di urgenza", a norma degli articoli da 669-bis a 669-quaterdecies c.p.c. Sull'interpretazione della locuzione "giusti motivi di urgenza" il più recente orientamento giurisprudenziale, allineandosi con le posizioni già da tempo espresse dalla dottrina prevalente, ritiene che l'inibitoria urgente, si configura come rimedio tipico e differente da quello previsto dall'art. 700 c.p.c., giacché la necessità di salvaguardare gli interessi dei consumatori ha portato ad un abbassamento della soglia di accesso all'azione cautelare rispetto al limite tradizionale del pregiudizio imminente ed irreparabile. In particolare, si afferma che "nell'azione collettiva inibitoria promossa in sede cautelare, la valutazione in ordine alla sussistenza del pregiudizio non è subordinata alla verifica della sua imminenza ed irreparabilità, sicché il *periculum in mora* si configura diversamente che nelle controversie individuali" (Tribunale di Roma, sentenza del 23 maggio 2008, con note di A. D. DE SANTIS, in *Il Foro italiano*, 2008, I, c. 2674, di I. NASTI, in *Il Corriere giuridico*, 2008, p. 1006, e di P. FIORIO, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 2751). In senso adesivo v. anche Tribunale di Roma, sentenza del 30 aprile 2008, Tribunale di Roma, sentenza del 28 giugno 2003, Tribunale di Roma, sentenza dell'11 marzo 2003, Tribunale di Torino, sentenza del 3 ottobre 2000.

tinuazione o anche solo la commissione di un comportamento reiterato nel tempo, ma anche finalizzato a comminare una misura coercitiva prevedendo un puntuale e specifico adempimento in positivo da parte del professionista soccombente, a decorrere dal giorno in cui l'ordine di non fare viene trasgredito e per tutto il tempo in cui la trasgressione durerà.

Il contenuto del provvedimento, dunque, non è solo negativo (l'inibizione di un comportamento), ma anche positivo, potendosi sostanziare nell'adozione di misure idonee a correggere, limitare o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Le misure coercitive indicate, entrambe strumentali al raggiungimento dello scopo perseguito dall'azione inibitoria, operano in modo differente giacché la condanna alla pubblicazione del provvedimento ha il fine di amplificarne gli effetti, pubblicizzando un comportamento scorretto del professionista, con conseguente discredito commerciale. Per converso la condanna pecuniaria per l'imprenditore che non osservi la pronuncia inibitoria altro non è che una misura coercitiva di esecuzione forzata indiretta, un mezzo cioè per indurre il professionista all'esecuzione di decisioni difficilmente coercibili, perché aventi ad oggetto obblighi (quale quello di cessare una condotta lesiva illegittima ed eliminare gli effetti e/o astenersi in futuro da tale condotta) per loro natura infungibili<sup>35</sup>.

Fatte salve le regole di diritto internazionale privato, la legge applicabile è normalmente quella dello Stato membro nel quale ha origine la violazione o la legge dello Stato membro in cui la violazione produce i suoi effetti; trattandosi di azioni tese ad ottenere la condanna del convenuto a cessare il suo comportamento o ad evitare che questo si ripeta in futuro, competenti a decidere sono il giudice o l'autorità amministrativa del luogo del domicilio o dello stabilimento del convenuto/professionista<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Nella dottrina italiana per osservazioni circa la misura civilista pecuniaria, anche se riferite al precedente co. 5 dell'art. 3 della l. 281/1998, si rinvia a D. AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori*, in *Giustizia civile*, 2002, II, p. 385 ss.; E. MINERVINI, *Tutela collettiva dei consumatori e misure coercitive indirette*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, p. 509 ss.

<sup>36</sup> Trattandosi di un'azione di carattere puramente preventivo, che tende esclusivamente ad evitare il verificarsi di un danno futuro, l'associazione per la tutela dei consumatori che propone un'azione inibitoria agisce sulla base di un diritto conferitole dalla legge al fine di far inibire l'uso di clausole ritenute dal legislatore illecite nei rapporti tra un professionista ed un consumatore finale privato. Non si tratta quindi di un'azione contrattuale così come espressamente indicato dalla sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel*, punti 38 e 39. È d'obbligo segnalare in argomento il giudizio ex art. 267 TFUE, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, causa C-413/12, nel quale si pone alla attenzione della Corte la compatibilità sia con l'obiettivo di un elevato livello di protezione dei consumatori, sia dei principi di equivalenza ed effettività di una norma interna (spagnola) che impedisce di interporre appello contro la decisione di incompetenza del giudice adito da una associazione di tutela dei consumatori per ottenere provvedimento inibitorio. Era accaduto, infatti, che l'associazione ricorreva anziché rivolgersi al giudice del luogo di stabilimento del convenuto, si fosse rivolta al giudice del luogo dove essa stessa aveva sede. Nelle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Mengozzi, si affronta il delicato tema dell'equilibrio tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale: da un lato, infatti, in ossequio alla sovranità statale in materia processuale, né la direttiva 98/27, né la direttiva 2009/22 hanno disciplinato dettagliatamente la questione del numero di gradi di giurisdizione che gli Stati membri dovrebbero prevedere per quanto riguarda le decisioni d'incompetenza territoriale opposte alle associazioni di tutela dei consumatori, e dall'altro si vuol evitare che norme processuali interne, rendendo di fatto eccessivamente difficile o addirittura impossibile l'accesso alla giustizia da parte delle associazioni, svuotino di significato l'obiettivo di tutela dell'UE.

Allo scopo di fronteggiare le “violazioni intracomunitarie”, l’art. 4, poi, dispone che ogni Stato preveda le misure necessarie a garantire che, in caso di violazione avente origine nel proprio territorio, ogni ente legittimato di un altro Stato possa adire l’organo giudiziario o l’autorità amministrativa, previa presentazione dell’elenco.

La direttiva guarda con favore ed incentiva la prevenzione del conflitto giudiziale atteso che ai sensi dell’art. 5, nel pieno rispetto del principio dell’autonomia processuale, è rimessa ad ogni Stato la scelta se introdurre o lasciare nel proprio ordinamento norme che impongano un preventivo ed obbligatorio tentativo di conciliazione da esperire singolarmente tra le parti, o sia con la parte convenuta che con un ente legittimato nazionale *ex art.* 3<sup>37</sup>. Qualora, dopo la consultazione preliminare non venisse posto termine al comportamento illecito entro le due settimane successive al ricevimento della richiesta di consultazione, la direttiva dispone che il provvedimento inibitorio potrà essere intentato immediatamente<sup>38</sup>. Si prevede, infine, che la Commissione presenti annualmente un rapporto sull’applicazione della stessa al Consiglio<sup>39</sup>; si precisa altresì che la normativa contenuta costituisce un *minimum*, senza cioè che sia ostacolato il mantenimento o l’adozione da parte

---

La Corte, con sentenza resa il 5 dicembre 2013, condividendo la posizione dell’Avvocato generale, si è pronunciata nel senso di escludere la incompatibilità della legge nazionale oggetto di ricorso con il diritto dell’Unione atteso che non vi sarebbe stato un diniego (assoluto) di giustizia, perché le norme processuali di cui al procedimento principale non rendono praticamente impossibile né eccessivamente difficile l’esercizio di un’azione inibitoria intentata da un’associazione di tutela dei consumatori, quale l’ACICL, e non mettono in pericolo il conseguimento dell’obiettivo perseguito dalla direttiva 93/13 (punto 52). In particolare essa argomenta che il *favor* riconosciuto al consumatore dalla direttiva 93/13 rispetto al foro preferenziale dove incardinare i giudizi non è esteso a benefici della associazione di consumatori, atteso che un procedimento che vede opposta una tale associazione a un professionista non presenta affatto il medesimo grado di squilibrio dell’azione intentata dal singolo consumatore (punti 48-51). Trattandosi di un’azione inibitoria questi dunque avrebbe dovuto adire esclusivamente il giudice del luogo della sede del convenuto.

<sup>37</sup> Ai sensi del 14° e 15° ‘considerando’, gli Stati membri possono scegliere di prevedere o confermare l’obbligo di “informazione preventiva” o “consultazione preliminare” della parte convenuta, da parte dell’attrice che intenda promuovere l’inibitoria. Si precisa però che, al fine di non ostacolare l’esercizio dell’azione inibitoria, l’obbligo di informazione deve essere assolto entro un periodo di due settimane. Anche in questo ambito la direttiva lascia libertà di disciplina agli Stati membri, prevedendo unicamente che le modalità di consultazione preliminare decise dagli Stati membri siano notificate alla Commissione e quindi pubblicate nella GUUE. Al riguardo nulla ad oggi sembra essere cambiato rispetto alle modalità di consultazione preliminare decise dagli Stati membri ai sensi dell’articolo 5 della direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, pubblicate in *GUCE C* 181, del 4 agosto 2009, p. 6.

<sup>38</sup> La disposizione è stata recepita nel nostro ordinamento nel co. 5 dell’art. 140 cod. cons., il quale pone a carico delle associazioni dei consumatori e degli utenti l’onere di indirizzare a mezzo raccomandata e con avviso di ricevimento una formale diffida al professionista. Tale adempimento costituisce una condizione di procedibilità della domanda. Per interessanti spunti di riflessione circa la *ratio* della norma europea, ed i problemi connessi alla sua attuazione nel nostro ordinamento, si rinvia a G. GUELLI, *Azione collettiva ex art. 140 cod. cons. e condizione di procedibilità della domanda*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, p. 563 ss. Irrisolto resta il dubbio se la diffida debba essere effettuata anche nell’ipotesi in cui si richieda un provvedimento inibitorio d’urgenza, ponendosi tale attività in contrasto con l’esigenza di celerità. La dottrina italiana e la giurisprudenza di merito propendono per l’obbligo di preavviso solo in caso di inibitoria ordinaria.

<sup>39</sup> Così art. 6.

degli Stati membri di norme che consentano una più ampia legittimazione ad agire agli enti qualificati o a qualsiasi interessato<sup>40</sup>.

4. Per completezza va segnalato che da ultimo la direttiva del 2009 è stata modificata: più precisamente nel maggio 2013 è stato integrato il suo contenuto aggiungendo all'allegato I contenente gli atti dell'Unione, il riferimento alla direttiva 2013/11, art. 13, e al regolamento 524/2013, art. 14<sup>41</sup>.

In sostanza nulla è cambiato nel contenuto della disciplina sulle azioni inibitorie, se non che si è provveduto ad ampliarne ulteriormente il campo di applicazione. Il tratto comune delle recenti norme è che esse spostano, in senso fisico, il contenzioso per la tutela degli interessi dei consumatori dal mondo delle Corti ad una sede stragiudiziale e financo ad una sede virtuale.

La direttiva, infatti, la cui attuazione è prevista al massimo per il 9 luglio 2015, si applica ai procedimenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie, sia nazionali sia transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole. Essa quindi è destinata alle vertenze tra consumatori e imprese, che potranno essere risolte attraverso un ampio numero di procedure, dalla mediazione all'arbitrato, fino alle negoziazioni paritetiche.

Nello stesso giorno in cui veniva approvata la direttiva 11/2013 è stato emanato il regolamento 524/2013 sull'ODR (*Online Dispute Resolution*): lo scopo del provvedimento è di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori, grazie alla piattaforma ODR europea, che dovrà aiutare a trovare la risoluzione stragiudiziale, facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da contratti di vendita o di servizi *online*. Il regolamento si applica alla risoluzione extragiudiziale delle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi *online* tra un consumatore residente nell'Unione e un professionista ivi stabilito attraverso l'intervento di un organismo ADR inserito in un elenco a norma dell'art. 20, par. 2, della direttiva 2013/11 e che comporta l'utilizzo della piattaforma ODR; questa consiste in un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti i quali desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online.

Nella sostanza il rinvio operato dall'art. 13 della direttiva e dall'art. 14 del regolamento alla norma del 2009 fa sì che, ove sia violato l'obbligo di una adeguata informazione dei consumatori, sarebbe possibile da parte degli enti rappresentativi

<sup>40</sup> Così art. 7.

<sup>41</sup> Si specifica che la modifica all'allegato I della direttiva del 2009 è avvenuta tramite l'art. 20 della direttiva 2013/11 e l'art. 20 del regolamento 524/2013. Più in generale entrambi i provvedimenti dello scorso anno integrano nello stesso modo e negli stessi termini anche il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori ("regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori"). Per un primo commento si veda S. BERNHEIM-DESVAUX, *Litiges de consommation: règlement extrajudiciaire et règlement en ligne*, in *La semaine juridique entreprises et affaires*, 2013, p. 25 ss.

degli interessi dei consumatori procedere con un'azione inibitoria, secondo il disposto della direttiva 2009/22<sup>42</sup>.

Definito allo stato attuale l'ambito di applicazione della norma, è necessario domandarsi quale impatto abbia avuto la direttiva esaminata nella prassi applicativa degli Stati membri.

5. Utili e preziosi, al fine di meglio apprezzare le eventuali future modifiche della disciplina attualmente in vigore, sono i rilevati critici emersi in occasione delle rilevazioni svolte dalla Commissione sulla applicazione della direttiva 2009/22<sup>43</sup>. Come è noto, gli atti normativi europei, trascorso un po' di tempo dalla loro entrata in vigore, sono sottoposti al monitoraggio da parte della Commissione che verifica la "risposta" dei soggetti coinvolti nell'applicazione della norma. E così è avvenuto anche per la direttiva del 2009: dopo tre anni dalla sua entrata in vigore, attraverso la somministrazione di questionari inviati alle autorità pubbliche e alle organizzazioni dei consumatori nazionali, si è proceduto ad un primo bilancio che, peraltro, non è del tutto positivo.

Invero anche la precedente direttiva 98/27 era stata oggetto di valutazione da parte della Commissione<sup>44</sup> e già in quella occasione era emerso uno scarso uso delle azioni inibitorie per combattere le infrazioni transfrontaliere in ragione dei costi elevati della procedura, della complessità dei procedimenti in un Paese diverso dal proprio, degli effetti limitati delle decisioni e conseguentemente delle difficoltà di poterle porre in esecuzione.

A distanza di quattro anni dalla prima valutazione, dalla consultazione avviata con le autorità pubbliche e le associazioni dei consumatori di nove Stati membri<sup>45</sup>,

---

<sup>42</sup> In particolare secondo quanto indicato dall'art. 13 della direttiva: "1. Gli Stati membri garantiscono che i professionisti stabiliti nei loro territori informino i consumatori in merito all'organismo o agli organismi ADR competenti per tali professionisti, quando detti professionisti si impegnano o sono tenuti a ricorrere a tali organismi per risolvere controversie con i consumatori. Tali informazioni includono l'indirizzo del sito web dell'organismo ADR pertinente o degli organismi ADR pertinenti. 2. Le informazioni di cui al paragrafo 1 sono fornite in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile sul sito web del professionista, ove esista, e se del caso nelle condizioni generali applicabili al contratto di vendita o di servizi tra questo e un consumatore. 3. Gli Stati membri provvedono affinché, nel caso in cui non sia possibile risolvere una controversia tra un consumatore e un professionista stabilito nel rispettivo territorio in seguito a un reclamo presentato direttamente dal consumatore al professionista, quest'ultimo fornisca al consumatore le informazioni di cui al paragrafo 1, precisando se intenda avvalersi dei pertinenti organismi ADR per risolvere la controversia stessa. Tali informazioni sono fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole". Secondo quanto indicato dal regolamento, i professionisti che operano mediante contratti di vendita o servizi online e i mercati online stabiliti nell'Unione, dovranno fornire in modo chiaro, semplice e facilmente accessibile, nei propri siti web, un link elettronico alla piattaforma ODR, informando i consumatori e le organizzazioni della possibilità di risolvere le vertenze ricorrendo agli organismi ADR competenti, il cui elenco dovrà essere pubblicato sulla piattaforma ODR.

<sup>43</sup> V. relazione della Commissione, del 6 novembre 2012, concernente l'applicazione della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, COM(2012)635 def.

<sup>44</sup> V. relazione della Commissione, del 18 novembre 2008, sull'applicazione della direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, COM(2008)756 def.

<sup>45</sup> La relazione presentata dalla Commissione nel 2012 si basa su una indagine condotta tra le associazioni dei consumatori in Austria, Bulgaria, Francia, Germania, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna,

è emerso che l'utilizzo delle azioni inibitorie si è rivelato un prezioso strumento di tutela per le infrazioni che si compiono a livello nazionale, e per queste largamente usato, mentre sia ancora scarsamente adoperato per le infrazioni di carattere transfrontaliero<sup>46</sup>. Inoltre, parte delle difficoltà e perplessità già segnalate nel 2008 risultano ancora sussistere.

Malgrado il limitato campione di soggetti coinvolti, e la conseguente non completezza dei dati statistici rilevati<sup>47</sup>, i risultati raggiunti sembrano comunque attendibili circa la situazione in tutto il territorio dell'Unione e, soprattutto, spingono ad ulteriori riflessioni critiche sul tema.

Dalla relazione della Commissione il primo dato di rilievo è la frammentarietà della realtà europea con la conseguente presa d'atto che si è ancora ben lontani dal raggiungere uno standard omogeneo di tutela: ad iniziare dal numero dei soggetti legittimati a proporre tali azioni (alcuni Paesi, come la Svezia, l'Irlanda e la Romania, ne hanno indicato uno solo, mentre altri, quali la Germania e la Grecia, oltre settanta<sup>48</sup>), ai soggetti competenti ad emanare tali provvedimenti (un tribunale *ad hoc* in Svezia, una autorità amministrativa a Malta<sup>49</sup>).

Ed ancora, gli elementi che denotano la grande varietà delle soluzioni giuridiche applicate a livello interno si riferiscono alla procedura da dover avviare (in Finlandia e nei Paesi Bassi, ad esempio, esistono diversi tipi di procedimenti inibitori a seconda del diritto applicabile), ai tempi per espletare l'intera procedura (dalla media di dodici mesi in Svezia agli oltre cinque anni in altri Stati), agli effetti di tali provvedimenti ai fini risarcitori (nella maggior parte dei Paesi europei le due azioni sono scisse, ma ad esempio in Spagna il provvedimento inibitorio può essere allegato alla domanda risarcitoria collettiva, ed in Bulgaria la domanda di indennizzo e l'azione inibitoria possono essere presentate in modo congiunto).

Accertato che a livello municipale lo strumento inibitorio ha avuto un larghissimo utilizzo, a livello transfrontaliero solo la Germania e l'Austria risultano aver avviato delle procedure in controversie che presentano un elemento di transnazionalità<sup>50</sup>. E poiché la direttiva è stata concepita per far cessare le pratiche illecite che possano nuocere al corretto funzionamento del mercato interno, a prescindere dallo Stato membro in cui la pratica illecita ha prodotto i suoi effetti, allora risulta evidente che la norma ad oggi non ha conseguito il suo scopo.

---

Svezia e Regno Unito, Paesi nei quali la procedura relativa ai provvedimenti inibitori è affiancata anche da un sistema di ricorso risarcitorio collettivo.

<sup>46</sup> Risalendo indietro nel tempo, nel libro verde del 1993 la locuzione "controversia transfrontaliera" era stata adoperata per riferirsi a due specifici casi: a) allorquando l'attore (persona fisica) è domiciliato in un Paese diverso da quello in cui è legalmente stabilito il convenuto (operatore economico), ovvero b) nell'ipotesi inversa.

<sup>47</sup> Incompletezza acuita dal fatto che non esiste alcun obbligo formale per i Paesi dell'Unione di raccogliere i provvedimenti emessi nel proprio territorio, né di comunicarli alla Commissione.

<sup>48</sup> Per l'Italia risultano essere diciotto gli enti legittimati ad agire per la tutela inibitoria collettiva.

<sup>49</sup> Nel nostro Paese il giudice competente per l'azione inibitoria è, *ex art.* 140 cod. cons., il giudice ordinario (il tribunale in composizione monocratica), mentre resta nella esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo la materia dei servizi pubblici.

<sup>50</sup> Si precisa che da una indagine svolta ai fini del presente lavoro tra tutti gli enti legittimati del nostro Paese, è risultato che non sono in corso, né sono state concluse azioni inibitorie di carattere transnazionale.

Nel disegno del legislatore europeo la direttiva avrebbe dovuto imporre ai Paesi dell'Unione l'adozione delle misure necessarie affinché “in caso di violazione avente origine nel proprio territorio, ogni ente legittimato di un altro Stato membro, qualora gli interessi che esso tutela risultino lesi da detta violazione”, potesse “adire l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa di cui all'articolo 2, previa presentazione dell'elenco di cui al paragrafo 3 del presente articolo”. La direttiva, cioè, è stata concepita per consentire ad enti legittimati di uno Stato membro di perseguire in un altro Stato membro gli operatori commerciali qualora questi ultimi, nell'ambito di relazioni commerciali con consumatori del primo Stato, commettano una violazione della legislazione posta a loro tutela. Per rendere possibile la persecuzione delle pratiche illecite oltre frontiera le associazioni e gli organismi a tutela del consumatore sono stati dotati della legittimazione necessaria per agire presso tribunali o autorità amministrative stranieri: pertanto, l'autorità adita, quando riceve una richiesta di emettere un provvedimento inibitorio nei confronti di un operatore commerciale stabilito all'interno della propria giurisdizione, dovrebbe semplicemente esaminare il caso e pronunciarsi in merito senza dubitare della legittimazione ad agire del soggetto ricorrente. Per richiedere la cessazione del comportamento illecito gli enti legittimati sono soggetti abilitati a rivolgersi al giudice “straniero” dello Stato dove ha sede il professionista.

Nella prassi applicativa rari sono i casi nei quali risultano essere stati richiesti i provvedimenti inibitori secondo lo schema appena indicato<sup>51</sup>. Vero è, invece, che nella pratica le associazioni dei consumatori o gli organismi preposti alla loro tutela collettiva hanno inteso “caso transfrontaliero” in una accezione più domestica, incardinando il giudizio inibitorio nel Paese verso il quale è orientata la attività commerciale illecita, e cioè il Paese dove risiede il consumatore. La scelta di “giocare in casa” è senza dubbio la strategia difensiva più facile da percorrere e presenta indubbi vantaggi atteso che, convenendo l'operatore commerciale anche se stabilito all'estero dinanzi alla “propria giurisdizione”, l'ente legittimato già conosce e applica le norme procedurali più familiari. Se, oltre a ciò, sulla scorta del principio *lex loci damni*, il diritto applicabile è quello dello Stato dove risiede il consumatore<sup>52</sup>, l'unica difficoltà (facilmente superabile) è quella della notifica degli atti giudiziari all'estero.

In questa ipotesi, tutta interna ad un unico ordinamento, l'elemento di transnazionalità è solo la “nazionalità” del professionista, cioè la sede legale dell'operatore commerciale.

Occorre dunque interrogarsi sulle ragioni di una così scarsa applicazione della direttiva nell'ambito di controversie transfrontaliere, intese in senso proprio. Indubbiamente affrontare un contenzioso al di fuori del confine nazionale presenta delle difficoltà maggiori rispetto all'analogo giudizio interno. Superato il problema del *locus standi* (l'autorità adita da un ente contemplato nell'elenco dovrà solo

---

<sup>51</sup> L'esperienza ha dimostrato che, dall'entrata in vigore del regolamento 2006/2004, la maggior parte delle autorità pubbliche, per via dei costi inferiori, ha scelto di avvalersi dei meccanismi di assistenza reciproca ivi indicati per contrastare le pratiche illecite di un operatore commerciale in un altro Stato membro, anziché chiedere direttamente un provvedimento inibitorio ai tribunali di tale Stato membro.

<sup>52</sup> V. l'art. 6 del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (“Roma II”).

verificare la sussistenza del presupposto dell'interesse ad agire, e non la rappresentatività), le questioni aperte restano la legge applicabile e il foro competente (che necessariamente richiedono l'assistenza di un avvocato che affianchi il difensore di fiducia), la traduzione degli atti, la notifica degli stessi all'estero, la raccolta delle prove e l'esecuzione della sentenza, se la parte soccombente è domiciliata in un Paese diverso da quello dell'autorità adita. Sebbene la fase processuale della notifica e quella istruttoria siano state semplificate a livello europeo grazie ai regolamenti 1393/2007<sup>53</sup> e 1206/2001<sup>54</sup>, forti resistenze sono state espresse dalle associazioni dei consumatori e dalle organizzazioni che ne tutelano gli interessi.

Le ragioni dell'esiguo numero di azioni proposte in un altro Stato membro sono in parte quelle già lamentate in occasione della valutazione dell'applicazione delle direttive del 1998, il che denota la difficoltà dell'Unione europea nel compiere passi in avanti nel settore.

In primo luogo le parti interessate evidenziano che l'ostacolo principale all'utilizzo più ampio delle azioni inibitorie transfrontaliere è dato dai costi finanziari dei procedimenti. Non si tratta solo delle spese processuali riferite agli onorari degli avvocati, spese che pur variando da Stato a Stato sono generalmente contenute, ma più in generale di costi amministrativi dell'accesso alla giustizia nonché dei costi di traduzione. A questi poi vanno aggiunte le spese di soccombenza, che non tutte le associazioni di consumatori possono sostenere<sup>55</sup>. Anzi, a ben vedere, è l'applicazione del principio di soccombenza, previsto nella maggior parte degli Stati membri, il maggiore disincentivo ad avviare tale tipo di azione, giacché prima ancora di iniziare il giudizio il soggetto ricorrente deve essere certo delle proprie ragioni<sup>56</sup>.

Il secondo ostacolo è dato dalla complessità e dalla durata del procedimento: il margine di autonomia di cui gode ogni Stato nel recepire la direttiva ha di fatto creato un quadro variegato e composito circa le scelte processuali compiute. Tali diversità procedurali – sommate alla incertezza circa la legge applicabile<sup>57</sup>, agli

<sup>53</sup> Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale ("notificazione o comunicazione degli atti") e che abroga il regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000.

<sup>54</sup> Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, con l'avvertenza però che esso si applica solo nell'ambito dei procedimenti giudiziari e non quelli di tipo amministrativo.

<sup>55</sup> È interessante apprendere che in modo differente alcuni ordinamenti abbiano previsto forme di sostegno per le organizzazioni che difendono gli interessi della categoria dei consumatori: è il caso della Spagna, dove ad esempio le associazioni dei consumatori sono esonerate dalle spese processuali e possono addirittura chiedere una sovvenzione nel quadro del sistema generale di assistenza giuridica, o della Bulgaria, dove invece, le stesse godono di finanziamenti pubblici in base all'attività svolta a favore dei consumatori nell'anno precedente.

<sup>56</sup> Vi è poi la situazione paradossale denunciata dalle associazioni di consumatori che sinanche l'esito vittorioso del giudizio non mantiene indenni i ricorrenti dai costi, perché spesso accade che il convenuto non sia capiente.

<sup>57</sup> L'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato a livello europeo ha senza dubbio migliorato la certezza del diritto, e tuttavia le associazioni di consumatori lamentano la persistenza di dubbi circa l'interpretazione delle norme del regolamento 864/2007, in ragione di una ancora non copiosa giurisprudenza.

ostacoli linguistici, alle difficoltà ad assumere all'estero informazioni sull'operatore commerciale e alla durata del procedimento – costituiscono un importante fattore di incertezza, che disincentiva la richiesta di provvedimenti inibitori nei rapporti transfrontalieri<sup>58</sup>.

Oltre alle difficoltà appena segnalate, il *punctum dolens* rimarcato dalle associazioni dei consumatori e le organizzazioni interpellate si riferisce ai limitati effetti dei provvedimenti inibitori.

Sotto il profilo dell'efficacia soggettiva, questi, infatti, in molti Stati producono effetti obbligatori solo per le parti del giudizio, vale a dire l'ente legittimato che ha presentato il ricorso e l'impresa convenuta, con l'ovvia conseguenza che le condanne, accompagnate da sanzioni non realmente punitive, non costituiscono affatto valido deterrente per il professionista; questo potrebbe perseverare nel comportamento inibito, senza che la statuizione dia vita ad un giudicato vincolante in altro giudizio.

Irrisolto non resta solo il nodo sugli effetti che il provvedimento inibitorio produce nei confronti dei terzi o delle altre associazioni legittimate a proporre azioni collettive<sup>59</sup>,

---

<sup>58</sup> Con riferimento al fattore temporale, risultano interessanti le considerazioni dello studio comparato svolto da M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, p. 243, il quale considera il valore tempo come un costo della giustizia.

<sup>59</sup> Sul tema a livello nazionale si è molto discusso ed in dottrina si registrano voci contrastanti. In estrema sintesi, secondo alcuni il provvedimento farebbe stato solo nei rapporti tra le parti e non produrrebbe effetti verso i colegittimati all'azione estranei al giudizio (così C. FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexties c.c.*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 936); altri, invece, sostengono l'efficacia *ultra partes* della pronuncia inibitoria, sia di rigetto che di accoglimento: così F. DANOVÌ, *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*, *ivi*, p. 1046 ss., spec. p. 1069; G. TARZIA, *Latutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, *ivi*, 1997, p. 639 ss.; A. CARRATTA, *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino 2001, p. 130 ss. L'orientamento prevalente ritiene che, in considerazione del fatto che la sentenza collettiva è stata resa con la partecipazione del professionista al giudizio e nel rispetto del suo diritto di difesa, il convenuto, risultato soccombente nel giudizio collettivo, può vedersi opporre dai terzi l'efficacia della decisione, mentre non può valersi dell'accertamento a lui favorevole per contrastare l'identica azione collettiva o l'azione individuale nella quale è sempre consentito eccepire che si tratta di decisione *inter aliosactae*, in quanto tale, non vincolante. Tale interpretazione si fonda principalmente sul rilievo per cui l'efficacia della sentenza *secundumventum litis* rappresenta un principio sancito nel nostro ordinamento in materia di obbligazioni solidali (art. 1306 c.c.) e di obbligazioni indivisibili (art. 1317 c.c.), applicabile anche alla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. Così cfr. S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, in C. BELLÌ (a cura di), *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, Milano, 2007, p. 36 (ed anche in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 567 ss.); I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate. L'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, I, 349 ss. In tal senso, in termini generali e già in tempi remoti A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice ordinario*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 285. Con riferimento alle azioni inibitorie e ripristinatorie introdotte dalla l. 281/1998 ed oggi contenute nell'art. 140 cod.cons., v. C. PUNZI, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 34; S. CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in S. CHIARLONI, P. FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, p. 392 ss.; R. MARENGO, *Garanzia processuale e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 151 ss.; S. MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, p. 55.

ma anche quello relativo agli effetti che si irradiano sui singoli consumatori titolari dell'azione individuale<sup>60</sup>.

Al proposito la relazione fotografa un panorama variegato: in generale le azioni inibitorie introdotte dalla direttiva del 2009 non consentono ai consumatori di ottenere il risarcimento per i danni subiti a causa di una pratica illecita, sia che essi agiscano individualmente sia collettivamente. E tuttavia alcuni Paesi quali, Lussemburgo, Irlanda e Malta, fanno eccezione, essendo previsto nell'ordinamento interno che l'accertamento svolto nella causa inibitoria collettiva costituisca elemento pregiudiziale alla causa promossa dal singolo consumatore per ottenere il risarcimento dei danni subiti.

In altri Stati, quali ad esempio la Spagna, i Paesi Bassi, la Bulgaria o la Svezia, secondo differenti modalità, la richiesta collettiva di risarcimento dei danni può essere proposta nel procedimento inibitorio, con la conseguenza che il provvedimento reso non solo ingiungerà la cessazione della pratica illecita ma indicherà anche un importo da versare a titolo di risarcimento<sup>61</sup>.

Ulteriore limite dell'azione inibitoria a tutela degli interessi collettivi dei consumatori si riscontra nella fase dell'esecuzione. Il provvedimento reso, non avendo effetti pan europei potrà essere "speso" solo a livello nazionale, sicché per sottrarsi ad azioni dirette a far cessare il comportamento illecito è sufficiente, per l'operatore economico, spostare il punto di partenza della pratica illecita. Non è raro, infatti, il caso che, anche a seguito di condanna, gli operatori commerciali perpetrino comportamenti scorretti a danno dei consumatori semplicemente dirottando le proprie attività illegali in un altro mercato europeo, e in quel luogo lucrando finché un ente legittimato non proponga lì un'azione inibitoria. Ciò in palese violazione dell'obiettivo di uniformità che l'Unione si prefigge di raggiungere, e del principio di non discriminazione.

Alla luce dei rilievi emersi nella relazione del 2012, emerge con chiarezza la fragile struttura della disciplina e la inadeguatezza a raggiungere l'obiettivo della più intensa tutela dei consumatori oltre i confini nazionali. Le parti interessate avevano avanzato proposte tese a migliorare l'efficacia di tali provvedimenti e di conseguenza ad incrementarne l'utilizzo: puntando sulla comunicazione e l'informazione si intendeva sensibilizzare maggiormente i consumatori e meglio formare gli enti legittimati, attraverso la istituzione di un sito web che raccogliesse e diffondesse non solo informazioni sulle norme procedurali dei Paesi dell'Unione, ma anche i provvedimenti inibitori resi negli Stati<sup>62</sup>. Operando a livello legislativo, invece, al fine di

<sup>60</sup> Nella dottrina interna si segnala S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee*, cit., spec. p. 576, il quale invita a riflettere che sarebbe opportuno escogitare uno strumento tecnico che consenta al singolo consumatore di avvalersi dell'accertamento sul comportamento illecito del professionista compiuto in sede di azione inibitoria, giacché non pare ragionevole pensare ad esempio che il professionista, convenuto per il risarcimento dei danni provocati da un prodotto dichiarato dannoso all'esito di un processo collettivo, sia legittimato a rimetterne in discussione la astratta dannosità, potendo al massimo sostenere e dimostrare la mancanza di un danno risarcibile o del nesso di causalità.

<sup>61</sup> Secondo la nostra recente giurisprudenza di legittimità le decisioni rese ai sensi dell'art. 140 cod. cons. si possono spingere fino all'accertamento delle questioni comuni a tutta la classe relative al diritto al risarcimento del danno ed alla ripetizione dell'indebito; tale accertamento avrà efficacia di giudicato nelle controversie individuali nelle quali il convenuto non potrà rimettere in discussione la sentenza collettiva. Così Cassazione civile, sentenza del 18 agosto 2012, n. 17351.

<sup>62</sup> Un progetto analogo era già stato lanciato dalla Commissione negli anni 2000 istituendo *online*

ridurre il divario esistente tra Stato e Stato in tema di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, era stata auspicata, almeno per i casi transfrontalieri, l'adozione di una nuova disciplina (preferibilmente in un regolamento) che imponesse a tutti i Paesi dell'Unione regole comuni mutate da disposizioni interne già in vigore.

Nessuna delle proposte avanzate sembra essere stata accolta con particolare entusiasmo, avendo la Commissione deciso di non apportare degli emendamenti alla normativa attualmente in vigore, ma di posticipare eventuali modifiche al termine del prossimo biennio, all'esito cioè della prossima relazione sulla sua applicazione.

6. Accantonata l'idea di adottare un nuovo atto legislativo, l'Unione non ha lasciato cadere nel nulla i risultati dell'indagine svolta e, sommando gli spunti critici raccolti alle riflessioni più ampie da tempo in corso circa l'elaborazione di meccanismi uniformi di tutela collettiva (c.d. *collectiveredressactions*) è intervenuta nel giugno 2013 adottando una raccomandazione, ex art. 292 TFUE, indirizzata a tutti gli Stati membri. In essa, per facilitare l'accesso alla giustizia, si puntualizzano i principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria a tutela del consumatore<sup>63</sup>. Il ricorso collettivo è un meccanismo processuale che, per

---

una banca dati sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori (il c.d. *CLAB Europe*), con il preciso scopo non solo di monitorare sistematicamente l'applicazione nel diritto nazionale della direttiva europea 93/13, ma anche per rendere le informazioni direttamente a disposizione del pubblico. Il progetto pilota non ha riscosso tuttavia grande successo per una molteplicità di motivi legati per lo più alle difficoltà linguistiche di traduzione dei provvedimenti e per la consultazione accessibile solo in lingua inglese. Per una analisi dettagliata dei limiti della banca dati, nonché delle sue potenzialità si rinvia a H.-M. MICKLITZ, M. RADEIDEH, *CLAB Europa – The European Database on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *Journal of Consumer Policy*, 2005, p. 325 ss.

<sup>63</sup> V. raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, 2013/396/UE. La raccomandazione, che integra la coeva proposta di direttiva sulle azioni di risarcimento del danno per la violazione di norme antitrust, si fonda su uno studio decennale sullo sviluppo di norme europee per i ricorsi collettivi nel settore della protezione dei consumatori e della concorrenza: si ricorda, infatti, che nel 2005 la Commissione ha adottato un libro verde, del 19 febbraio, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def., seguito nel 2008 da un libro bianco, del 2 aprile, sulle azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme antitrust, COM(2008)165 def., nei quali un capitolo è dedicato ai ricorsi collettivi. Nel 2012 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione legislativa intitolata verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi – (2011/2089(INI) –, nella quale ha accolto favorevolmente l'iniziativa della creazione di un futuro meccanismo di *collectiveredressactions* europeo, secondo un approccio a carattere "orizzontale" e non settoriale, rimarcando la necessità, nella futura disciplina uniforme, di predisporre garanzie volte a prevenire la proposizione di ricorsi infondati o pretestuosi per evitare abusi. Infine la Commissione ha adottato la comunicazione, dell'11 giugno 2013, Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi, COM(2013)401 def., che rappresenta un quadro orizzontale dotato di principi comuni, che dovrebbe assicurare un accesso uniforme alla giustizia all'interno dell'Unione europea mediante il ricorso collettivo. Per aver contezza del vivace dibattito scientifico in corso *ex multis* v. H. SMITH, *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress – More Questions than Answers?*, in *Business Law Review*, 2011, p. 204 ss.; D. P. TZAKAS, *Effective Collective Redress in Antitrust and Consumer Protection Matters: A Panacea or a Chimera?*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1125 ss., spec. pp. 1135-1152; R. MONEY-KIRLE, C. HODGES, *European Collective Action: Towards Coherence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, p. 477 ss.; in una prospettiva particolare riferita ai problemi sottesi all'individuazione del giudice competente, della legge applicabile e al riconoscimento ed esecuzione delle

ragioni di economia dei mezzi processuali e/o di efficienza dell'applicazione delle norme, consente di riunire in un'unica azione in giudizio varie controversie simili. Il "raggruppamento" delle richieste in un unico procedimento di ricorso collettivo o la facoltà che la domanda sia promossa da un ente o da un organismo rappresentativo agente nel pubblico interesse, facilita l'accesso alla giustizia in particolare nei casi in cui, sul presupposto che vi sia un danno diffuso, il pregiudizio subito dal singolo ha un valore così limitato che i potenziali ricorrenti non lo ritengono tale da giustificare un'azione individuale. Esso presenta l'ulteriore vantaggio di rafforzare il potere negoziale dei potenziali ricorrenti e di contribuire all'efficiente amministrazione della giustizia, evitando il moltiplicarsi di procedimenti riguardanti controversie sorte dalla stessa violazione di norme giuridiche<sup>64</sup>.

La raccomandazione e la comunicazione che l'accompagna esaminano entrambe le tipologie di ricorso collettivo, senza interferire con i mezzi di natura inibitoria già in vigore negli Stati membri in virtù del diritto dell'Unione.

Pur trattandosi di una norma di *soft law*, quindi non vincolante, essa non è un atto privo di effetti giuridici, tanto che dovrà essere tenuta in debita considerazione dai legislatori statali i quali, secondo gli auspici della Commissione, entro il prossimo biennio, dovranno dotarsi a livello nazionale di meccanismi di ricorso collettivo (di natura inibitoria e risarcitoria), che rispettino i principi di base comuni a tutta l'Unione, nel rispetto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri: i procedimenti di ricorso collettivo dovranno essere giusti, equi, tempestivi e non eccessivamente onerosi.

L'obiettivo della raccomandazione è garantire un approccio "orizzontale" coerente ai ricorsi collettivi nell'Unione europea, senza voler armonizzare gli ordinamenti degli Stati membri: i meccanismi di ricorso nazionali dovrebbero, infatti, essere accessibili in vari settori in cui il diritto dell'Unione conferisce diritti ai cittadini e alle imprese, in particolare nel campo della protezione dei consumatori, della concorrenza, della tutela dell'ambiente e dei servizi finanziari. Essa, pertanto, si limita a promuovere l'elaborazione di normative nazionali in tema di azioni collettive che siano tra loro coerenti, ed in linea con le tradizioni giuridiche europee<sup>65</sup>. La raccomandazione elenca anzitutto i principi generali comuni a tutti i tipi di ricorso collettivo (siano essi di natura inibitoria o di natura risarcitoria)<sup>66</sup>, per permettere

---

decisioni straniere, si rinvia a O. FERACI, *Questioni internazionalprivatistiche in tema di cross-border-collectiveredress nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 913 ss.; con riferimento all'ordinamento italiano v. R. CAPONI, *The CollectiveRedressAction in the ItalianLegal System*, in *ERA Forum*, 2009, p. 63 ss.

<sup>64</sup> Così O. FERACI, *op. cit.*, p. 914.

<sup>65</sup> Alla raccomandazione è connessa anche una comunicazione, anch'essa dell'11 giugno 2013, in cui la Commissione ha riportato inoltre le principali questioni emerse nel corso della consultazione pubblica, esprimendo il proprio parere su alcuni aspetti essenziali della tutela collettiva in Europa: v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, dell'11 giugno 2013, Verso un quadro orizzontale europeo delle azioni collettive, COM(2013)401def. Per un primo commento si rinvia al *FOCUS: Recommendation on collectiveredress (PART II)*, Trento, del 28 giugno 2013, reperibile *online*, preceduto dallo *SPECIAL ISSUE FOCUS: Proposal Directive on actions for damages (PART I)*, del 14 giugno 2013.

<sup>66</sup> Gli articoli da 4 a 18 indicano i principi riferiti in generale alla legittimazione ad intentare un'azione rappresentativa sia inibitoria che risarcitoria: i soggetti che rappresentano i ricorrenti, ad esempio,

così a cittadini e imprese di far valere i diritti loro conferiti dall'Unione in caso di violazioni diffuse (c.d. *mass harmsituations*). Essa, poi, indica due principi-guida specifici per i ricorsi collettivi di natura inibitoria in tutto il territorio europeo: la celerità e l'efficienza. Si auspica, infatti, che i giudici o le autorità competenti trattino in modo celere le azioni per l'ottenimento dei provvedimenti inibitori e che nella fase dell'esecuzione il provvedimento sia accompagnato da sanzioni atte ad evitare il protrarsi o il verificarsi in futuro di tali eventi<sup>67</sup>.

Interessante notare che nella sezione finale della raccomandazione viene coltivata l'idea di un registro delle azioni di ricorso collettivo accessibile a tutti gratuitamente, anche mediante mezzi elettronici.

Rispetto al procedimento introdotto dalla direttiva 2009/22, la raccomandazione e la comunicazione che l'accompagnano sono da considerarsi un tassello importante per la futura elaborazione normativa che dovrà colmare il vuoto dato dalla attuale impossibilità, per coloro che pretendono di aver subito un danno in conseguenza di una pratica illecita, di ottenere un risarcimento collettivo.

La raccomandazione, quindi, non incide sulla direttiva relativa ai provvedimenti inibitori, ma si affianca ad essa e si pone quale cornice per la prossima attività legislativa di completamento ed implementazione di quella già esistente, al fine di arricchire e rafforzare il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva enunciato nell'art. 19, par. 1, TUE e quale garantito dall'art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In ogni caso i lavori svolti a livello europeo appaiono, tuttavia, ancora lontani dal raggiungere un tale obiettivo.

---

non devono avere scopo di lucro, al fine di assicurare che il loro intervento sia dettato dagli interessi di coloro che sono stati lesi in situazioni di danno collettivo; alla ricevibilità del ricorso, alle informazioni che dovrebbero essere raccolte e circolare in merito ad un ricorso collettivo, al principio di soccombenza, alle modalità di finanziamento del contenzioso, alle controversie transfrontaliere.

<sup>67</sup> Più articolata è la sezione relativa ai principi specifici per le azioni collettive risarcitorie: come regola generale, i sistemi di ricorso collettivo dovrebbero fondarsi sul principio di *opt-in*, secondo il quale la parte ricorrente si costituisce mediante assenso direttamente espresso dai partecipanti. Qualunque eccezione a detto principio, *ex lege* o prevista dal giudice, dovrebbe essere debitamente giustificata da motivi di buona amministrazione della giustizia; al contempo, la raccomandazione insiste sull'importanza di informare i potenziali ricorrenti che volessero aderire all'azione collettiva. La Commissione raccomanda, inoltre, garanzie processuali solide che assicurino l'assenza di incentivi all'uso abusivo dei sistemi di ricorso collettivo. Gli Stati membri dovrebbero, per evitare l'abuso ad avviare contenziosi, vietare i c.d. *contingencyfees* (ossia il riconoscimento di onorari in percentuale all'importo recuperato nella causa) e anche il riconoscimento di risarcimenti detti "punitivi" che solitamente fanno lievitare gli interessi economici in gioco in questo tipo di azioni. Il risarcimento dovrebbe invece essere assegnato ai singoli una volta che il giudice abbia accertato la fondatezza della loro pretesa; la raccomandazione promuove anche la risoluzione alternativa delle controversie, chiedendo che questa possibilità sia offerta alle parti su base consensuale. In dottrina per il riferimento alle azioni collettive risarcitorie si rinvia a: P. BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, p. 1373 ss.; F. CAFAGGI, H. W. MICKLITZ, *op. cit.*, p. 391 ss.; J. STUYCK, *Class Actions in Europe? To Opt-in or to Opt-out, That is the Question*, in *European Business Law Review*, 2009, p. 483 ss.; E. WERLAUFF, *Class Action and Class Settlement in a European Perspective*, *ivi*, 2013, p. 173 ss.

## Abstract

### The EU Law on Injunctive Collective Redress

The article aims to illustrate the EU policy on consumers specifically facing with the injunctions for the protection of consumers' interests. According to EU legislation (as well as to national legislation), the current mechanism available for ensuring the effective judicial protection is twofold: consumers can bring an action before the judges either personally (individual redress) or through consumer associations (collective redress). Due to the ontological weakness of the individual consumer against the infringement, the EU strengthened the protection of collective interests. The legal ground is Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers' interests, which, for the sake of clarity and rationality, codifies Directive 98/27/EC which has been amended several times. An in-depth analysis of the 'injunctions' shows that this procedural instrument aims at terminating or prohibiting infringements which are contrary to the collective interests of consumers. The approximation of legislation performed by this Directive allows an increase of the effectiveness of these injunctions and a smoother functioning of the internal market.

In addition, the research illustrates the two new legislative acts which, since 2013, implemented and partially amended the Directive in force, i.e. Directive 2013/11/EU (Directive on consumer ADR), and Regulation (EU) 524/2013 (Regulation on consumer ODR), as well as the critical remarks about the application of Directive 2009/22 resulting from the Report of the Commission to the European Parliament and the Council COM(2012)635. The analysis focuses on the obstacles that prevent the injunctive actions to be effective, and on the future trends drafted by the Commission Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under EU Law (2013/396/EU).

Barbara Guastafarro\*

# La prima volta del Presidente della Commissione “eletto” dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale

SOMMARIO: 1. La nuova procedura di designazione del Presidente della Commissione prevista dal Trattato di Lisbona. – 2. La selezione dei candidati alla presidenza da parte delle famiglie politiche europee e l'inasprirsi del conflitto istituzionale tra Consiglio europeo e Parlamento europeo. – 3. Verso una forma di governo parlamentare europea? I limiti del mimetismo istituzionale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il popolare Jean Claude Juncker, ex *premier* lussemburghese, è il primo Presidente della Commissione europea ad esser stato designato attraverso la nuova procedura introdotta dall'art. 17, par. 7, TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona. Ai sensi del Trattato: “Tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di presidente della Commissione. Tale candidato è eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono. Se il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura”.

Le novità contemplate dal Trattato di Lisbona sono molteplici. In primo luogo, vi è un cambiamento semantico di non poco conto: il Presidente della Commissione deve essere “eletto” dal Parlamento europeo<sup>1</sup>, e non semplicemente “approvato” dallo stesso, come prevedeva la disciplina contenuta nel precedente Trattato di Nizza. Il ruolo del Parlamento europeo risulta determinante in quanto, nel caso

\* Ricercatore a tempo determinato in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università telematica Pegaso.

<sup>1</sup> Il Presidente-designato Jean Claude Juncker è stato eletto in Parlamento il 15 luglio 2014 con 422 voti favorevoli (dunque più dei 376 necessari, promananti dai socialisti, dai popolari e dai liberali), 250 contrari e 57 astenuti.

in cui il candidato proposto non ottenesse la maggioranza, il Consiglio europeo è costretto a proporre un nuovo candidato. In secondo luogo, la designazione del candidato alla Presidenza della Commissione europea deve muoversi all'interno della cornice politica fornita dagli esiti delle elezioni europee. Il Consiglio europeo, infatti, nel proporre al Parlamento un candidato alla presidenza, deve “tenere conto delle elezioni europee”. In terzo luogo, fermo restando in capo al Consiglio europeo il potere di proposta, questo deve essere esercitato “dopo aver effettuato le consultazioni appropriate”.

In via generale, l'articolo 17, par. 7, TUE rappresenta una delle tante disposizioni del Trattato volte a rafforzare la democrazia “rappresentativa”, tentando non di accantonare le strade alternative che hanno permesso la democratizzazione del processo europeo (tra cui la trasparenza, la partecipazione della società civile, il dialogo con le parti sociali, gli equilibri istituzionali anti-maggioritari in grado di accomodare le diversità)<sup>2</sup>, ma semplicemente di considerare queste strategie di legittimazione non alternative, ma complementari ai canali della rappresentanza<sup>3</sup>. Così, anche la Commissione, la cui genesi, funzionamento e struttura sono stati legittimati attraverso argomentazioni *non-maggioritarie* che sublimano tecnica, imparzialità ed *expertise*, viene parzialmente ricondotta a meccanismi di responsabilità e *accountability* tipici della democrazia rappresentativa.

Più in particolare, il Trattato di Lisbona rappresenta l'apice di un processo, cominciato con il Trattato di Maastricht<sup>4</sup>, volto a rafforzare il coinvolgimento

<sup>2</sup> Sugli argomenti talvolta “anti-maggioritari”, talvolta “non-maggioritari” che sono stati sostenuti per fornire una connotazione democratica all'ordinamento dell'Unione europea si veda R. BELLAMY, *Democracy without Democracy? Can the EU's Democratic “Output” Be Separated from the Democratic “Inputs” Provided by Competitive Parties and Majority Rule?*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, pp. 2-19.

<sup>3</sup> Per una trattazione su quanto il Trattato di Lisbona abbia posto un argine all'argomento anti-maggioritario ed a quello non-maggioritario in qualità di surrogati della democrazia, prediligendo, invece, i canali della rappresentanza (ed in particular modo il ruolo dei Parlamenti), sia concesso rinviare a B. GUASTAFERRO, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in A. ARGENIO (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Napoli, 2012, pp. 173-190. È sufficiente qui ricordare che, mentre il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel titolo VI dedicato alla “vita democratica dell'Unione”, concepiva la democrazia come fondata su due pilastri (dedicando l'art. I-46 al “principio della democrazia rappresentativa” e l'art. I-47 al “principio di democrazia partecipativa”), il Trattato di Lisbona stabilisce che “il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa” (art. 10, par. 1, TUE), che si esplicita in forma diretta attraverso il Parlamento europeo ed in forma indiretta attraverso il controllo dei Parlamenti nazionali sui rispettivi esecutivi presenti nel Consiglio e nel Consiglio europeo (art. 10, par. 2, TUE). Sui principi democratici contemplati dal Trattato di Lisbona, si veda U. VILLANI, *Les principes démocratiques et l'initiative citoyenne européenne dans le Traité de Lisbonne*, in M. T. D'ALESSIO, V. KRONENBERGER, V. PLACCO (dirs.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des Chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 193 ss. Con particolare riferimento al ruolo dei Parlamenti, dello stesso A., cfr. *L'impatto del Trattato di Lisbona sul ruolo dei Parlamenti nazionali*, in C. DECARO, N. LUPO (a cura di), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009, p. 407 ss.

<sup>4</sup> In realtà, i prodromi di quanto sarà inserito nei Trattati possono ravvisarsi nell'art. 16 del cosiddetto “Progetto Spinelli” (“Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea”, del 14 febbraio 1984), che autorizzava il Parlamento ad investire la Commissione, sottoscrivendone il programma politico, e ad approvare una mozione di censura che avrebbe obbligato i membri della Commissione alle dimissioni collettive; cfr. R. MASTROIANNI, *Le riforme sul funzionamento dell'Unione Europea dal “Progetto*

dell'“unica istituzione direttamente eletta dai cittadini nelle procedure di formazione dell'“esecutivo” comunitario<sup>5</sup>. Già dotato di un potere di controllo *ex post* volto a censurare l'operato della Commissione sino a determinarne le dimissioni collettive dei suoi membri<sup>6</sup>, il Parlamento europeo ha acquisito sempre più poteri nella fase *ex ante* relativa alla configurazione del Collegio ed alla designazione del suo Presidente. Si ritiene, tuttavia, che, nonostante le novità introdotte dal Trattato di Lisbona siano inequivocabilmente ascrivibili al desiderio di “parlamentarizzare” la scelta del Presidente della Commissione, la prassi inaugurata dal Parlamento per implementare queste novità procedurali, di seguito analizzata, presenta alcuni risvolti problematici, relativi tanto alle dinamiche interistituzionali tra Consiglio europeo e Parlamento quanto al ruolo storicamente attribuito alla Commissione nell'architettura istituzionale dell'Unione. La stessa prassi, inoltre, non ha, a parere di chi scrive, sortito gli effetti sperati in merito ad un maggiore avvicinamento del cittadino all'Unione europea.

2. Alla luce delle novità introdotte dall'articolo 17, par. 7, TUE, in occasione delle elezioni europee del 2014 si è sviluppata un'interessante prassi<sup>7</sup> che, se da un lato è stata presentata come l'implementazione dei Trattati, dall'altro ne costituisce, per certi versi, una forzatura. Mentre il Trattato di Lisbona prevede che il Consiglio europeo, nel proporre un candidato alla Presidenza della Commissione, effettui appropriate consultazioni tenendo conto delle elezioni europee, il Parlamento europeo ha deciso, con una risoluzione<sup>8</sup>, di condurre la campagna elettorale del 2014 rendendo noto in anticipo il nome della persona che ciascuna famiglia politica avrebbe indicato come Presidente della Commissione in caso di vittoria. Per la prima volta, dunque, le famiglie politiche europee si sono presentate agli elettori palesando quelli che sono stati chiamati *Spitzenkandidaten*, termine che in tedesco indica i candidati-guida che i partiti selezionano come loro favoriti, ad esempio per diventare Cancelliere<sup>9</sup>.

---

*Spinelli” del 1984 al Trattato di Lisbona: dall'utopia alla realtà*, Relazione presentata al convegno “Da Alcide De Gasperi ad Altiero Spinelli – Dalla Comunità economica all'Unione europea”, tenutosi presso la Camera dei Deputati il 28 gennaio 2013, [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>5</sup> Prima dei Trattati di Maastricht, i governi degli Stati membri nominavano di comune accordo i membri della Commissione europea, e poi tra essi il Presidente, senza alcun coinvolgimento del Parlamento europeo. Il Trattato di Maastricht introduce invece un obbligo di consultazione del Parlamento europeo nella designazione del Presidente della Commissione, oltre ad un potere di approvazione del PE sull'intero collegio. Il Trattato di Amsterdam prevede l'approvazione (e non la mera consultazione) del candidato alla Presidenza anche da parte del PE.

<sup>6</sup> La mozione di censura nei confronti della Commissione deve essere approvata a maggioranza di due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri che compongono il Parlamento europeo. Essa comporta le dimissioni collettive dei membri della Commissione ed è attualmente prevista dall'art. 234 TFUE (ex art. 201 TCE).

<sup>7</sup> Per un primo commento alla prassi, M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 715-718, e C. CURTI GIALDINO, *Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla presidenza della Commissione europea. I primi passi della procedura*, in *federalismi.it*, 28 maggio 2014.

<sup>8</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle elezioni del Parlamento europeo 2014, [www.europarl.eu](http://www.europarl.eu).

<sup>9</sup> La maggioranza del Partito socialista europeo ha accettato l'autocandidatura di Martin Schulz, la

Questa prassi, nonostante dal punto di vista politico potrebbe incoraggiare l'affluenza al voto "personalizzando" la campagna elettorale per le elezioni al Parlamento europeo, presenta risvolti problematici in punto di diritto. In primo luogo, essa sembra spostare il potere di "proporre" il candidato alla Presidenza dal Consiglio europeo (che ne è titolare ai sensi del Trattato) al Parlamento europeo. Quest'ultima istituzione, forte del potere conferitogli dal Trattato di "eleggere" a maggioranza il Presidente della Commissione europea, ha per certi versi circoscritto, o quasi svuotato, il potere di nomina del Consiglio europeo. Già durante i dibattiti tra i candidati alla Presidenza della Commissione susseguitisì in campagna elettorale, tutti i candidati (a prescindere dal loro orientamento politico) hanno reso noto che il Parlamento europeo avrebbe rigettato un qualunque candidato proposto dal Consiglio europeo che non fosse quello che, all'interno della rosa degli *Spitzenkandidaten*, avesse ottenuto più consensi.

In tal modo, il Parlamento europeo sembrerebbe aver usato in modo "aspro" il proprio potere di veto nell'approvare il candidato alla Presidenza della Commissione, che è quasi sconfinato nel potere di proposta riservato al Consiglio europeo. Il fatto che quest'ultimo debba tener conto delle elezioni europee nel proporre un candidato, lo obbliga a consultare il Parlamento europeo affinché sia scelta una personalità in grado di raccogliere la necessaria maggioranza in Parlamento, ma non necessariamente a proporre il candidato designato dalla famiglia politica europea che abbia ottenuto più voti<sup>10</sup>. Del resto, lo stesso Trattato richiede che il Presidente raccolga in Parlamento consensi pari alla maggioranza dei suoi componenti e non ad una semplice maggioranza relativa, che è invece quella ottenuta dal Partito popolare europeo e dal suo candidato Juncker.

Oltre ad un potenziale svuotamento del potere di nomina riservato al Consiglio europeo, la prassi di individuare in anticipo gli *Spitzenkandidaten* sembrerebbe anche essere lesiva del principio di leale collaborazione, cui i rapporti interistituzionali dovrebbero essere improntati<sup>11</sup>. Nell'implementare le novità introdotte dal Trattato di Lisbona si sarebbe dovuto tener conto della dichiarazione n. 11 allegata al Trattato e dedicata proprio all'articolo 17, par. 7, TUE. Tale dichiarazione prevede che "il Parlamento europeo e il Consiglio europeo siano congiuntamente responsabili del buono svolgimento del processo che porta all'elezione del presidente della Commissione europea. Pertanto, rappresentanti del Parlamento

---

Sinistra unitaria europea quella di Alexis Tsipras, i Verdi hanno scelto José Bové e Ska Keller, i Liberali Guy Verhofstadt ed il Partito popolare europeo Jean-Claude Juncker (nonostante la maggioranza dei congressisti si sia astenuta e parte del partito abbia espresso la propria preferenza per Michel Barnier).

<sup>10</sup> Per rendere ancor più stringente il legame tra gli esiti delle elezioni europee e la nomina del Presidente della Commissione, durante la Convenzione europea alcuni membri proposero un emendamento al testo che invitava il Consiglio europeo a "tener conto dei *risultati* delle elezioni europee" e non, genericamente a "tener conto delle elezioni europee" (si veda il Doc. CONV. 709/03 del 29 maggio 2003, p. 26, european-convention.europa.eu). È sintomatico che vi sia, in tal senso, una discrepanza tra le diverse versioni linguistiche del Trattato di Lisbona. A differenza della versione italiana e inglese, ad esempio, la versione spagnola contiene un riferimento ai "risultati" delle elezioni, così come proposto in sede di Convenzione dal Ministro degli Esteri spagnolo Ana Palacio.

<sup>11</sup> Ai sensi dell'art. 13, par. 2, TUE: "Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione".

europeo e del Consiglio europeo procederanno, preliminarmente alla decisione del Consiglio europeo, alle consultazioni necessarie nel quadro ritenuto più appropriato. Conformemente all’articolo 17, par. 7, co. 1, tali consultazioni riguarderanno il profilo dei candidati alla carica di presidente della Commissione, tenendo conto delle elezioni del Parlamento europeo. Le modalità di tali consultazioni potranno essere precisate, a tempo debito, di comune accordo tra il Parlamento europeo e il Consiglio europeo”.

Questi suggerimenti sembrerebbero esser stati disattesi dalla prassi istituzionale descritta. La precisazione delle modalità attraverso le quali Consiglio europeo e Parlamento avrebbero dovuto consultarsi sul profilo più idoneo alla carica di Presidente della Commissione non è avvenuta in quanto il Parlamento ha non solo giocato d’anticipo con la designazione degli *Spitzenkandidaten*, ma ha preso una posizione abbastanza netta all’indomani del voto, ritenendo un affronto alla democrazia in Europa la designazione di un qualunque altro candidato che non corrispondesse al *leader* indicato dal primo partito in base all’esito delle urne<sup>12</sup>. Il altri termini, la consultazione post-elettorale tra le due istituzioni, che pure la dichiarazione n. 11 prevedeva, è stata resa quasi superflua, o meglio scontata negli esiti, in seguito all’irrigidimento delle posizioni, anche pre-elettorali, del Parlamento europeo.

Tale tempistica sembrerebbe aver realizzato, *de facto*, una delle proposte avanzate durante la Convenzione europea, ma poi non confluite né nel testo definitivo della Costituzione europea, né nel Trattato di Lisbona. È interessante ricordare che, in sede di Convenzione, alcuni membri del Parlamento, tra cui Andrew Duff, proposero di investire questa istituzione del potere di scegliere il candidato alla Presidenza, lasciando al Consiglio europeo la facoltà di eleggerlo a maggioranza qualificata<sup>13</sup>, quasi invertendo le funzioni attualmente attribuite alle due istituzioni dal Trattato di Lisbona.

**3.** Oltre ad aver inasprito il conflitto interistituzionale tra Parlamento europeo e Consiglio europeo, la designazione dei candidati ad opera delle famiglie politiche europee presenta risvolti problematici anche perché ingenera nell’opinione pubblica la sensazione, in realtà ingannevole, che nell’Unione europea si stia delineando una sorta di forma di governo parlamentare, nella quale l’“esecutivo” comunitario, o quanto meno il suo Presidente, sia una promanazione del Parlamento che lo “elege”. Se è innegabile che il Trattato di Lisbona ha voluto “parlamentarizzare” la procedura di nomina del Presidente della Commissione, è pur vero che le due anime dell’Unione europea (quella intergovernativa rappresentata da Consiglio e Consiglio europeo e quella rappresentativa dei cittadini identificata nel Parlamento

---

<sup>12</sup> Il Parlamento è stato per certi versi sostenuto anche da un analogo appello di molti intellettuali, intitolato “Europe’s Democratic Moment” e lanciato da Stefan Collignon, Simon Hix e Clause Offe. L’appello, che inquadra nel Parlamento europeo il custode della volontà dei cittadini dell’Unione, chiedeva espressamente al Consiglio europeo di designare Jean-Claude Juncker alla carica di Presidente della Commissione. Esso criticava espressamente la posizione del Consiglio europeo, che, nel chiedere al proprio presidente Van-Rompuy di effettuare le opportune consultazioni, aveva per certi versi rinviato la decisione, a differenza del Parlamento, che aveva espresso una posizione chiara su Juncker immediatamente dopo il voto ed in modo quasi compatto (con cinque gruppi parlamentari su sette).

<sup>13</sup> Doc. CONV 709/03, 9 maggio 2003, p. 26.

europeo) coabitano nella designazione del Presidente della Commissione. Le stesse due anime, del resto, coesistono anche nella formazione dell'intero Collegio, spettando al Consiglio il potere di adottare l'elenco dei membri della Commissione proposti dagli Stati membri, ma al Parlamento il potere di sottoporre collettivamente il Collegio ad un voto di approvazione (art. 17, par. 7, TUE).

Dai lavori preparatori che hanno dato vita alla nuova formulazione dell'art. 17, par. 7, TUE, infatti, emerge che la soluzione ivi contemplata rappresentò un compromesso tra quanti avrebbero voluto una nomina presidenziale di mero appannaggio delle dinamiche intergovernative e quanti, attraverso una fuga in avanti eccessivamente federalista, avrebbero voluto far sentire la voce dei cittadini europei attraverso l'elezione diretta del Presidente della Commissione.

Oltre ad essere designato in seguito ad una concertazione tra il Parlamento europeo (che lo "elegge") ed il Consiglio europeo (che lo "propone"), il Presidente della Commissione europea non è paragonabile ad un Presidente del Consiglio che rappresenta una determinata (e politicamente connotata) maggioranza parlamentare. E questo non soltanto per la natura relativamente limitata dei propri poteri<sup>14</sup>, quanto per il fatto di essere a capo di un'istituzione che non è, e non dovrebbe essere, espressione di una maggioranza parlamentare, la cui faziosità minerebbe alle fondamenta il ruolo imparziale di guardiana dei Trattati e custode dell'interesse generale dell'Unione storicamente riservato alla Commissione europea<sup>15</sup>.

È importante a mio avviso sottolineare che il Trattato di Lisbona non scalfisce in alcun modo la natura indipendente della Commissione, né la sua legittimità funzional-tecnocratica. Ai sensi dell'art. 17, par. 3, TUE, la Commissione "esercita le sue responsabilità *in piena indipendenza*". Inoltre, "i membri della Commissione sono scelti in base alla loro *competenza generale* e al loro *impegno europeo* e tra personalità che offrono tutte le *garanzie di indipendenza*". Se, dunque, l'art. 17 TUE si apre ribadendo che la Commissione "promuove l'interesse generale dell'Unione" (par. 1), sarebbe fuorviante immaginare che l'"elezione" del Presidente della Commissione da parte di una maggioranza parlamentare (pur prevista dallo stesso art. 17 TUE) comporti una responsabilità dello stesso, o del collegio nel suo insieme, nei confronti di una determinata famiglia politica europea, alla stregua di ciò che accade nei regimi caratterizzati da una forma di governo parlamentare.

Non è un caso, infatti, che un rapporto rilasciato dal Bureau of European Policy advisors ha messo in guardia da un potenziale rischio di "politicizzazione" della Commissione insito nel tentativo di vincolare la scelta del suo Presidente ai risultati delle elezioni del Parlamento europeo. L'"institutional accountability" nei confronti

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 17, par. 6, TUE il Presidente della Commissione definisce gli orientamenti nel cui quadro la Commissione esercita i suoi compiti; decide l'organizzazione interna della Commissione per assicurare la coerenza, l'efficacia e la collegialità della sua azione; nomina i vicepresidenti, fatta eccezione per l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, tra i membri della Commissione. Ai sensi dell'art. 17, par. 7, TUE, inoltre, gli altri membri della Commissione sono scelti dal Consiglio di comune accordo con il Presidente eletto.

<sup>15</sup> Le funzioni storicamente attribuite alla Commissione (che si trova sia a monte che a valle del processo legislativo) richiedono infatti indipendenza: il diritto di iniziativa fu concepito per controbilanciare le asimmetrie di potere tra Stati membri e il ruolo di guardiana dei Trattati fu concepito per fare in modo che gli Stati applicassero il diritto dell'Unione, svincolandosi dal principio di reciprocità che caratterizza il diritto internazionale.

del Parlamento non dovrebbe in alcun modo essere confusa con la “political responsiveness” nei confronti di una maggioranza parlamentare, in quanto questo potrebbe minare la legittimazione della Commissione, fortemente incentrata su argomentazioni *non-maggioritarie*, che esaltano la neutralità e la funzionalità dei meccanismi non elettivi<sup>16</sup>. La garanzia di imparzialità e di indipendenza sarebbe ancor più un dato da preservare qualora venissero incrementati i poteri della Commissione in aree cruciali per la sovranità statale<sup>17</sup>.

In sintesi, questa sorta di “mimetismo istituzionale”<sup>18</sup> che, tramite l’elezione del Presidente della Commissione in Parlamento, sembrerebbe fare del primo un’“emanazione permanente” del secondo, tipica della forma di governo parlamentare<sup>19</sup>, unita alla prassi degli *Spitzenkandidaten* che sembra rievocare il “cancellierato” tedesco<sup>20</sup>, contribuisce a fornire una rappresentazione parzialmente ingannevole della realtà istituzionale. L’art. 17, par. 7, TUE non consegna all’Unione europea una sorta di parlamentarismo che attribuisce particolare risalto al ruolo del capo del Governo. Il nesso, pur importante, tra gli esiti delle elezioni europee e la nomina del Presidente della Commissione, non colora politicamente un Collegio sulla cui composizione il Presidente incide solo relativamente, muovendo dagli Stati membri le proposte per la nomina degli altri membri della Commissione.

Cosa ancor più importante, il Presidente della Commissione, a capo di un’istituzione nata per essere indipendente, non godrà in Parlamento di una maggioranza

---

<sup>16</sup> La delega alle istituzioni non maggioritarie viene giustificata in base alla logica dei “credible commitments”, secondo cui solo un’istituzione terza ed imparziale riesce ad assicurare la credibilità degli impegni previamente sottoscritti tra le parti; viene giustificata in base alla possibilità di svincolare le cosiddette *regulatory policies* dal consenso elettorale, alla riduzione di costi di transazione nell’affidare ad esperti la gestione di alcune politiche dotate di un certo grado di complessità, alla potenziale neutralità degli esperti rispetto ad organi elettivi spesso rappresentativi di una particolare maggioranza politica, all’*expertise* come garanzia di efficienza nella produzione di *outputs* desiderabili. Si veda, in tal senso, A. MORAVCSIK, *In Defense of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 603 ss. Per una recente critica alla delega alle istituzioni non maggioritarie si rinvia a R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE, *Democracy by Delegation. Who Represents Whom and how in European Governance*, in *Government and Opposition*, 2011, pp. 101-125.

<sup>17</sup> E. BEST, S. LANGE, *European Elections and Questions of Legitimacy*, in *Bepa Monthly Brief*, May 2014, p. 4 ss. Nello stesso *report* si legge che non sarebbe visto di buon occhio uno sbilanciamento della Commissione verso opzioni politiche più vicine al colore di alcuni governi di alcuni Stati membri.

<sup>18</sup> L’espressione è stata usata da Paul Margette per indicare un accostamento tra parlamentarismo e democrazia incapace di svincolare la democratizzazione del sistema europeo dagli *standards* derivati dalle esperienze democratiche degli Stati nazionali, sui quali si veda anche G. MAJONE, *Europe’s “Democratic Deficit”: The Question of Standards*, in *European Law Journal*, 1998, p. 5 ss. Sulle complesse declinazioni della democrazia post-nazionale si rinvia a B. DE GIOVANNI, *L’ambigua potenza dell’Europa*, Napoli, 2002, e *L’Europa oggi*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 9 ss.

<sup>19</sup> “La forma di governo parlamentare si caratterizza per l’esistenza di un rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento: il primo costituisce *emanazione permanente* del secondo, il quale può costringerlo alle dimissioni votandogli contro la sfiducia”. Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, II ed., p. 134.

<sup>20</sup> La prassi inaugurata dal Parlamento presenta notevoli similitudini con la forma di governo parlamentare a forte razionalizzazione offerta dalla Costituzione tedesca del 1949, secondo cui il Cancelliere federale viene proposto dal Presidente federale per poi essere eletto dalla Camera politica (il *Bundestag*) a maggioranza dei suoi membri. Se il candidato non ottiene questa maggioranza, la Camera può eleggere un altro Cancelliere nei quattordici giorni successivi (sul cancellierato tedesco v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 135).

(espressione di un orientamento politico ben definito) che si aggrega intorno ad un determinato indirizzo politico<sup>21</sup>. La prassi successiva al voto, difatti, problematizza eventuali analogie con la forma di governo parlamentare.

In primo luogo, le dinamiche che hanno preceduto la designazione del popolare Jean Claude Juncker in seno al Consiglio europeo hanno visto il *leader* dei popolari sostenuto, paradossalmente e quasi unanimemente, dai *leaders* di governo socialisti, e fortemente osteggiato da molti dei *leaders* che invece ne condividono l'orientamento politico<sup>22</sup>.

In secondo luogo, non avendo il Partito popolare, benché primo partito, una maggioranza necessaria ad eleggere il Presidente della Commissione, Jean Claude Juncker ha necessariamente aperto ad altri partiti politici, tra cui socialisti e liberali, ciascuno con le proprie rivendicazioni, per ottenere l'appoggio di almeno 376 euro-parlamentari su 751. È evidente che questa ampia compagine a sostegno del Presidente sarà riflessa in un programma non fortemente caratterizzato dal punto di vista politico.

In terzo luogo, sia nelle dinamiche pre-elettorali che post-elettorali è stato chiaro che il *cleavage* istituzionale (e dunque l'opposizione Parlamento europeo-Consiglio europeo) ha prevalso sul *cleavage* politico, che si è stemperato nel momento in cui cinque famiglie politiche su sette, a partire dal Partito socialista europeo che ne era il principale *competitor*, si sono aggregate intorno al popolare Juncker, che pure aveva raggiunto una semplice maggioranza relativa, affinché potesse essere sostenuto in modo coeso dal Parlamento europeo contro eventuali tentennamenti del Consiglio europeo. In sintesi, in un Parlamento europeo sempre caratterizzato dalle logiche compromissorio-consensuali tra le varie forze politiche europee, si è innestata una fuorviante prassi tipica, al contrario, del "parlamentarismo maggioritario"<sup>23</sup>.

4. La scelta dei partiti politici europei di nominare i candidati alla presidenza della Commissione è stata dettata da una serie di considerazioni, tutte ascrivibili alla volontà di avvicinare il cittadino all'Unione europea, spesso percepita come una distante tecnocrazia. In primo luogo, il Parlamento ha cercato di porre un freno alla scarsa affluenza al voto per le elezioni europee, in costante calo a par-

<sup>21</sup> È noto, invece, che nella forma di governo italiana il rapporto di fiducia si sostanzia in un legame tra il Governo e la "maggioranza politica" e non tra il Governo e l'intero Parlamento. Come è stato osservato, la nostra Costituzione, "imponendo la *motivazione della mozione di fiducia*, richiede che il Governo trovi non tanto un generico sostegno parlamentare, quanto l'accordo con quella parte di Parlamento che si impegna a realizzare un *indirizzo politico* definito". Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 165.

<sup>22</sup> Il Consiglio europeo ha proceduto ad una votazione formale che ha visto l'opposizione formale di Regno Unito e Ungheria alla designazione di Jean-Claude Juncker, che aveva bisogno della maggioranza qualificata ai sensi del Trattato.

<sup>23</sup> Non è infatti nei sistemi a parlamentarismo compromissorio, ma nei sistemi a parlamentarismo maggioritario caratterizzati dalla presenza di un sistema politico bipolare, che l'elettore, pur non votando formalmente per il Primo ministro, ma per i candidati al Parlamento nel suo collegio elettorale, riesce ad esprimere la sua preferenza per la persona che dovrà assumere la carica di Primo ministro. Ciò in quanto ciascun partito si presenta alla competizione elettorale con un *leader* che in caso di vittoria della coalizione assumerà la carica di Primo ministro. Sulle differenze tra parlamentarismo maggioritario (o a prevalenza di Governo) e parlamentarismo compromissorio (o a prevalenza del Parlamento) si vedano R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pp. 136-138.

tire dalla prima elezione a suffragio universale diretto del 1979 (che portò al voto il 90% degli europei) sino ad arrivare al minimo storico raggiunto nelle scorse elezioni del 2009 (che hanno portato al voto il 43% degli europei). In secondo luogo, l'esortazione ai candidati alla Presidenza a presentare personalmente il loro programma in tutti gli Stati membri dell'Unione, avrebbe dovuto stimolare un dibattito pan-europeo, attraverso una campagna elettorale incentrata su temi squisitamente europei e non sull'aggregazione, spesso dissonante, dei diversi dibattiti nazionali<sup>24</sup>. In terzo luogo, come si legge nella risoluzione del novembre 2012, la scelta avrebbe potuto “rafforzare la legittimità politica sia del Parlamento che della Commissione instaurando un collegamento più diretto tra le rispettive elezioni e la scelta dei votanti”.

Ad elezioni europee concluse è possibile svolgere qualche breve considerazione per capire se, e quanto, il sistema degli *Spitzenkandidaten* abbia sortito gli effetti sperati. Con riferimento al possibile valore aggiunto che la personalizzazione della campagna elettorale avrebbe potuto fornire all'affluenza al voto, nonostante le prime stime marcassero un incremento percentuale dello 0,99% rispetto al 43% delle elezioni del 2009, i dati definitivi consegnano un'affluenza in calo, che ha visto la partecipazione al voto assestarsi al 42,54%<sup>25</sup>. Pertanto, anche se la previa indicazione dei candidati alla Presidenza della Commissione ha consegnato agli elettori l'immagine di un Parlamento europeo più forte, dotato di un nuovo e sostanziale potere di “eleggere” il *leader* dell'esecutivo comunitario, nemmeno con le elezioni del 2014 si è riusciti a superare il paradosso secondo il quale il coinvolgimento (sempre decrescente) dei cittadini nelle elezioni europee è inversamente proporzionale ai poteri (sempre crescenti) attribuiti al Parlamento europeo nel corso della storia istituzionale dell'Unione europea<sup>26</sup>.

Va ricordato, inoltre, che se l'obiettivo dell'affluenza al voto era strettamente connesso a quello dell'avvicinamento del cittadino all'Unione europea, nelle elezioni del 2014 molti cittadini euroscettici hanno votato contro l'Europa, consegnando un “Parlamento (un po' meno) europeo” che ha istituzionalizzato il fronte degli “euro-ostili”, prospettando un'alleanza parlamentare tra i gruppi di opposizione “istituzionale”, pur di diversa matrice ideologica<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il contributo che il sistema degli *Spitzenkandidaten* avrebbe dovuto dare ad un dibattito pubblico squisitamente europeo, la campagna elettorale è sembrata, invece, ancorata ad una configurazione squisitamente nazionale dello spazio pubblico. Sintomatica, in tal senso, la dichiarazione del Presidente della

---

<sup>24</sup> Nota quanto il risultato finale delle elezioni europee, determinato su scala nazionale, rappresenti spesso un “ottimo sondaggio ufficiale” sullo stato dei rapporti di forza tra i partiti all'interno dei singoli Stati nazionali. E. TRIGGIANI, *Un Parlamento per quale Europa?*, in *Sud In Europa*, 2009, n. 1, p. 1 ss.

<sup>25</sup> È stato tuttavia osservato che nei Paesi dove c'è stata forte visibilità dei candidati (come ad esempio la Germania), l'affluenza è aumentata in modo significativo. Così M. INCERTI, *Never Mind the Spitzenkandidaten: It Is All about Politics*, CEPS Commentary, 6 June 2014.

<sup>26</sup> Come nota J. H. H. WEILER, *European Parliament Elections 2014: Europe's Fateful Choices*, in *European Journal of International Law*, 2013, p. 247, c'è una sorta di “ironic parallel” secondo il quale più crescono i poteri del Parlamento europeo, più aumenta l'indifferenza dei cittadini nei confronti della stessa istituzione.

<sup>27</sup> A. MANZELLA, *Prima lettura di un Parlamento (un po' meno) europeo*, in *federalismi.it*, 28 maggio 2014.

Commissione Barroso all'indomani del voto di maggio, nella quale si evidenzia che i risultati delle elezioni europee differiscono in modo significativo da Stato a Stato, invitando i *leaders* europei e nazionali a riflettere sulle proprie responsabilità in merito ad una continua (e deprecabile) commistione tra il dibattito politico pan-europeo e le specificità delle singole agende nazionali<sup>28</sup>.

Anche uno studio comparato sui dibattiti che hanno accompagnato le elezioni europee del 2014 in molti Paesi membri dell'Unione dimostra che la visibilità dei candidati alla Presidenza è stata molto limitata e che i temi sul futuro dell'Unione europea sono stati canalizzati nel dibattito domestico soltanto laddove funzionali al sostegno di determinate candidature nazionali. Inoltre, l'Unione europea ha intercettato il dibattito nazionale delineando un *cleavage*, e non solo nei Paesi più colpiti dalla crisi economico-finanziaria, tra sostenitori e detrattori dell'Unione europea<sup>29</sup>. Il dibattito su *quanta Europa* ha dunque, per certi versi, offuscato il dibattito su *quale Europa*, che avrebbe potuto essere potenzialmente trainato dalle diverse visioni di Europa incarnate dai rispettivi candidati alla Presidenza della Commissione.

Quanto, infine, all'ultimo degli effetti che l'indicazione degli aspiranti candidati alla Presidenza della Commissione avrebbe potuto sortire, ossia un rafforzamento della legittimità politica sia del Parlamento che della Commissione, è possibile che le nuove modalità di "elezione" del Presidente della Commissione dotino la Commissione di una maggiore legittimazione democratica che la rafforzi nelle dinamiche infra-istituzionali. Nel proprio discorso al Parlamento il 15 luglio Jean-Claude Juncker ha dichiarato di non voler essere, da Presidente della Commissione, "né il segretario del Consiglio, né l'aiutante di campo del Parlamento".

È tuttavia il Parlamento europeo il vero vincitore della prassi istituzionale che ha implementato le novità di cui all'art. 17, par. 7. TUE. Il Parlamento ha infatti utilizzato il potere (legittimo) di "eleggere" il Presidente della Commissione europea (con obbligo del Consiglio europeo di proporre un nuovo candidato in caso di rifiuto da parte del Parlamento) per "sconfinare" nel potere di proposta che i Trattati riservano al Consiglio europeo, anche per la tempistica prescelta<sup>30</sup>. Il sistema degli *Spitzenkandidaten* ha, di fatto, ridotto i margini di manovra del Consiglio europeo la cui scelta è stata, per certi versi, quasi "obbligata". Non è un caso che nelle conclusioni del Consiglio europeo del 26 e del 27 giugno, che ufficialmente designano Juncker, non vi è alcuna menzione (quasi a volerlo delegittimare) del sistema degli *Spitzenkandidaten*. Vi è, anzi, la volontà di discostarsene o quanto meno di mettere

<sup>28</sup> European Commission, Statement/14/171, *Statement of the President Barroso on the outcome of the 2014 European Parliament elections* (Bruxelles, 26 maggio 2014), dove si legge: "The outcomes differ significantly between Member States. These differences reflect our Union's mix of a pan-European political debate with specific national agendas. As a consequence, all political leaders at national and European level must reflect on their responsibilities following this election".

<sup>29</sup> S. PIEDRAFITA, A. LAUENROTH (eds.), *Between Apathy and Anger Challenges to the Union from the 2014 Elections to the EP in Member States*, EPIN Paper No. 39, May 2014. Questo è accaduto specialmente in Francia, Grecia, Italia, Olanda e Regno Unito.

<sup>30</sup> Mentre il consenso elettorale del Parlamento dovrebbe essere successivo alla designazione del candidato da parte del Consiglio europeo, a sua volta successiva alle elezioni, la designazione dei candidati da parte del Parlamento europeo ed i relativi moniti al Consiglio ad attenersi hanno invece scandito la fase pre-elettorale.

a punto, *pro futuro*, le modalità attraverso le quali designare il Presidente della Commissione europea nel rispetto dei Trattati<sup>31</sup>.

In conclusione, quest'analisi sulla novità introdotte dal Trattato di Lisbona in merito alla designazione del Presidente della Commissione e sulla prassi che ne è scaturita, dimostra che una battaglia concepita e condotta in nome della democrazia si è in realtà rivelata un “regolamento di conti” sul peso specifico di ciascuna istituzione. Il Parlamento europeo ha sicuramente fatto tesoro della “svolta rappresentativa” voluta dal Trattato, quasi strumentalizzandola a proprio vantaggio nel conflitto inter-istituzionale con il Consiglio europeo. Volgendo, invece, lo sguardo al cittadino, le novità procedurali volute dal Trattato hanno disatteso le aspettative in merito ad un potenziale incremento dell'affluenza al voto. È possibile dunque concludere che il mimetismo istituzionale che ha provato a collegare la nomina del Presidente dell'“esecutivo” comunitario alle elezioni del Parlamento europeo, alla stregua di quanto accade nella forma di governo parlamentare, ha sicuramente rafforzato l'*accountability* istituzionale della Commissione di fronte all'assemblea rappresentativa, superando il “*deficit* parlamentare” dell'Unione europea. Lo stesso mimetismo, tuttavia, non è riuscito a creare un legame di “*political responsiveness*” dell'esecutivo comunitario nei confronti di una determinata maggioranza parlamentare, lasciando persistere il “*deficit* politico”, inteso come incapacità del cittadino di tramutare il proprio voto in un *policy output* che abbia una determinata connotazione politica<sup>32</sup>. Pertanto, volendo concepire la legittimità come un “*claim made by the rulers*”, l'analisi sin qui condotta tratteggia una storia di successo, in cui la prossima Commissione europea potrebbe uscire rafforzata dalla forte legittimazione parlamentare. Se, invece, ci si aspetta che la legittimità costituisca un “*belief held by subjects*”<sup>33</sup>, persiste qualche ombra in merito alla possibilità che le novità introdotte dal Trattato di Lisbona possano superare la disaffezione dei cittadini europei nei confronti della tecnocrazia di Bruxelles.

---

<sup>31</sup> Al punto 27 delle conclusioni si legge: “Once the new European Commission is effectively in place, the European Council will consider the process for the appointment of the President of the European Commission for the future, respecting the European Treaties”, EUCO 79/14, del 27 giugno 2014.

<sup>32</sup> È proprio questa incapacità che è stata più volte additata come causa della disaffezione dei cittadini alle elezioni europee e come causa del “*deficit* politico”, espressione coniata da Renaud Dehousse e recentemente ripresa da J. H. H. Weiler, *op. cit.*

<sup>33</sup> La duplice qualificazione della legittimità, concepita sia come “*belief held by the subjects*” che come “*claim by the rulers*” è attribuibile a E. BARKER, *Political Legitimacy and the State*, Oxford, 1990, p. 202. Il corsivo è mio.

## Abstract

### The First Time of the President of the Commission ‘Elected’ by the European Parliament. Critical Reflections on Institutional Mimesis

After exploring the new procedure for the selection of the President of the Commission provided by the Treaty of Lisbon, which requires him/her to be elected by the European Parliament upon a proposal by the European Council, this article criticizes the way in which the legal novelty has been for the first time implemented in practice. It is submitted that the European Parliament major political parties’ choice to disclose in advance their respective candidates to the presidency of the Commission presents two problematic aspects. On the one hand, it might alter the institutional balance between the European Council and the European Parliament envisaged by Article 17 TEU. On the other hand, it might evocate the misleading idea that the parliamentary form of government which characterizes many domestic legal orders is emerging at the EU level.



# Note e Commenti



Ilaria Anrò\*

# Il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nell'ambito del meccanismo del convenuto aggiunto di cui al Progetto di Accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: problemi e prospettive\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini e la *ratio* dell'istituto del previo coinvolgimento della Corte di giustizia. – 3. Le condizioni di applicabilità dell'istituto. – 4. La procedura. – 5.

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano.

\*\* Nelle more della pubblicazione di questo lavoro, il 18 dicembre 2014, la Corte di giustizia ha emesso l'atteso parere 2/13 circa la compatibilità del Progetto di Accordo con i Trattati. Nella medesima data, è stata altresì resa pubblica la Presa di posizione dell'Avvocato Generale Kokott. L'articolo, redatto precedentemente, non tiene conto di tali documenti. Si segnala, ad ogni modo, che il Parere affronta il tema del previo coinvolgimento ai punti 236-248, censurando l'istituto per due profili. In primo luogo, la Corte ha sottolineato che la procedura rimette alla Corte EDU il potere di decidere se la Corte di giustizia si sia già pronunciata su una questione di diritto identica a quella costituente l'oggetto del procedimento dinanzi alla Corte EDU e siffatta scelta finirebbe per attribuire a quest'ultima la competenza ad interpretare la giurisprudenza della Corte di giustizia. Al contrario, secondo la Corte di Lussemburgo, la procedura dovrebbe essere articolata "in modo tale che, per ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU, venga trasmessa un'informazione completa e sistematica all'Unione, affinché la competente istituzione di quest'ultima sia messa in condizione di valutare se la Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l'attivazione di detta procedura" (punto 241). In secondo luogo, l'istituto è stato censurato perché incide sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni della Corte, nella misura in cui la procedura del previo coinvolgimento è applicabile solo in caso di giudizio di validità del diritto derivato o di interpretazione del diritto primario, escludendo le ipotesi di giudizio di interpretazione del diritto derivato. Nel parere viene infatti sottolineato che "se non fosse permesso alla Corte [di giustizia di] fornire l'interpretazione definitiva del diritto derivato e se la Corte EDU, nel suo esame della conformità di tale diritto alla CEDU, dovesse fornire essa stessa un'interpretazione determinata tra quelle che sono plausibili, il principio della competenza esclusiva della Corte quanto all'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione verrebbe senz'altro violato" (punto 246).

I possibili esiti dell'incidente di procedura dinanzi alla Corte di giustizia e gli effetti sul processo dinanzi alla Corte di Strasburgo. – 6. Sulla reale utilità del previo coinvolgimento della Corte di giustizia.

1. Il 5 aprile 2013 è ormai considerato una data “storica”<sup>1</sup> nell'evoluzione del sistema di tutela multilivello in Europa, in quanto segna l'adozione del testo finale del Progetto di Accordo per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>2</sup> all'esito dell'ultima fase dei negoziati, formalmente avviati nel luglio 2010.

Il tema dell'adesione dell'Unione (prima Comunità) alla CEDU è stato, infatti, discusso in seno all'Unione stessa e al Consiglio d'Europa a partire dagli anni Settanta<sup>3</sup>. Già nel 1976, il Parlamento europeo invitava la Commissione a presentare una relazione “sul modo in cui, al momento della creazione e dello sviluppo del diritto europeo, essa intende prevenire ogni inosservanza dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento costituzionale degli Stati membri ed i cui principi rappresentano la base filosofica, politica e giuridica comune agli Stati membri della Comunità”<sup>4</sup>. In tale relazione la Commissione riteneva l'adesione della Comunità in quanto tale alla CEDU “non necessaria”<sup>5</sup>. Secondo la Commissione, infatti, “ai diritti fondamentali sanciti nelle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta efficacia obbligatoria generale nel diritto comunitario, indipendentemente dall'adozione di ulteriori atti costitutivi”<sup>6</sup>.

Nel 1979 la posizione della Commissione in tema di adesione appariva del tutto ribaltata, come espresso nel famoso Memorandum<sup>7</sup> di quell'anno, ove detta

<sup>1</sup> *Milestone reached in negotiations on accession of EU to the European Convention on Human Rights*, Press Release, DC041(2013), 5 aprile 2013.

<sup>2</sup> Cfr. *Fifth meeting, Final Report to the CDDH*, Strasbourg, 5 April 2013, 47+1(2013)008.

<sup>3</sup> Uno studio della prof.ssa De Burca (G. DE BURCA, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 649 ss.) ha messo in luce che della questione della tutela dei diritti fondamentali, nonché dell'adesione dell'Unione alla CEDU, si discute, in realtà, sin dagli albori della Comunità europea, in particolare nell'ambito del *Comité d'études pour la constitution européenne* costituito nel 1952 dai membri del *Mouvement européen* un gruppo politico costituito nel 1948 per la promozione dell'integrazione comunitaria. Il presidente del Comitato, di cui tra gli altri faceva parte anche Altiero Spinelli, era Paul Henri Spaak, già presidente della prima assemblea consultiva del Consiglio d'Europa. Detto Comitato collaborò con l'assemblea *ad hoc* costituita per l'istituzione di una Comunità politica europea, progetto portato avanti parallelamente all'elaborazione del Trattato istitutivo della Comunità europea di difesa (CED). Sebbene sia raramente ricordato, è nell'ambito del Comitato che venne per la prima volta presa in esame la proposta di adesione delle Comunità alla CEDU. Fin da subito, tuttavia, apparve chiaro che sarebbe stato difficile modificare il testo della CEDU in modo tale da consentire l'adesione ad essa di un'organizzazione internazionale come la Comunità europea. Come noto, tuttavia, il fallimento della CED per le difficoltà politiche insorte nei negoziati portò all'abbandono anche del progetto di una Comunità politica europea. Il tema della tutela dei diritti fondamentali e, conseguentemente, dell'adesione alla CEDU vennero quindi (almeno temporaneamente) abbandonati per seguire un approccio più pragmatico, volto ad un'integrazione essenzialmente economica, il quale si tradusse nel Trattato di Roma, che non disponeva alcunché in tema di adesione.

<sup>4</sup> Cfr. Relazione della Commissione del 4 febbraio 1976, in *Boll. CE*, Suppl. 5/76, p. 7.

<sup>5</sup> Cfr. Relazione, cit., p. 15.

<sup>6</sup> Cfr. Relazione, cit., p. 16.

<sup>7</sup> *Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms*, 4 aprile 1979, *Boll. CE*, Suppl. 2/79.

istituzione dichiarava, sin dalle prime battute, che “la via migliore” per rispondere al bisogno di rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali consisteva nell’adesione alla CEDU. A soli tre anni di distanza dalla precedente dichiarazione sul punto, la prospettiva appariva, dunque, diametralmente opposta. Sorprendentemente, la Commissione esplicitava che, sempre al medesimo fine di accrescere la tutela dei diritti fondamentali, sarebbe stato necessario completare i Trattati con un catalogo comunitario, ma che tale percorso appariva troppo complesso, per le differenti posizioni e livelli di tutela degli Stati in merito ai diritti civili, politici, economici e sociali e che, dunque, l’elaborazione di un siffatto catalogo costituiva un obiettivo a lungo termine, mentre quello dell’adesione appariva più rapidamente raggiungibile. Come noto, tuttavia, nonostante il costante studio della questione e l’attenzione su di essa posta in sede dottrinale<sup>8</sup> e non solo, la strada per l’adesione è stata particolarmente lunga ed è ancora lontana dal dirsi conclusa, con diverse battute d’arresto<sup>9</sup> e problemi via via sorti nel corso degli anni, mentre il traguardo dell’adozione di

---

<sup>8</sup> Cfr. L. FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell’adesione delle Comunità europee alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, p. 347 ss.; F. CAPOTORTI, *Sull’eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 5 ss.; K. ECONOMIDES, J. H. H. WEILER, *Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 883 ss.; G. COHEN JONATHAN, *La problematique de l’adhésion des Communautés Européennes à la Convention européenne de droits de l’homme*, in *Mélanges Teitgen*, Parigi, 1984, p. 62 ss.; B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 508 ss.; P. PESCATORE, *La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l’Homme*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension*, Köln, 1988, p. 441 ss.; F. JACOBS, *European Community Law and the European Convention on Human Rights*, in D. M. CURTIN, T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry Schermers*, The Hague, 1994, p. 561 ss.; G. GAJA, *L’adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo: obiettivi e problemi*, in P. UNGARI, M. P. PIETROSANTI MALINTOPPI (a cura di), *L’Unione europea e i diritti dell’uomo, L’adesione dell’Unione europea alla Convenzione di Roma*, 1995, p. 29 ss. Per la dottrina più recente in tema di adesione v. nota 16.

<sup>9</sup> Il riferimento è, in particolare, al fatto che nel 1996 la Corte di giustizia bloccò sul nascere l’avvio del processo per l’adesione ritenendo assente un’idonea base giuridica nel sistema comunitario: cfr. Parere della Corte di giustizia del 28 marzo 1996, 2/94, *Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*. Sull’adesione e il parere della Corte cfr. O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, *L’adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l’homme a propos de l’avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés*, in *Chaiers de Droit Européen*, 1996, p. 555 ss.; G. GAJA, *Opinion 2/94*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 973 ss.; S. O’LEARY, *Current Topic: Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights – the Opinion of the ECJ*, in *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 362 ss.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull’adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1996, p. 839 ss.; P. WACHSMANN, *L’avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, in *Revue trimestrielle de Droit européen*, 1996, p. 467 ss.; A. BULTRINI, *La questione dell’adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto privato internazionale e processuale*, 1997, p. 97 ss.; G. TIBERI, *La questione dell’adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, p. 437 ss.; C. ZANGHÌ, *Un’altra critica al parere 2/94 della Corte sull’adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, p. 1101 ss.

un catalogo di diritti fondamentali per l'Unione è stato raggiunto nel 2000 con la Carta di Nizza<sup>10</sup>.

L'avvio dei negoziati è stato reso possibile nel 2010, solo mediante l'introduzione delle basi giuridiche a tal fine necessarie nell'ambito sia dell'ordinamento dell'Unione europea sia in quello del Consiglio d'Europa, rappresentate, rispettivamente, dall'art. 6 TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, e dall'art. 17 del Protocollo 14 alla CEDU<sup>11</sup>: il primo prevede, al par. 2, che “[l]’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”; il secondo modifica l’art. 59 CEDU introducendo il secondo paragrafo che attualmente statuisce che “[l]’Unione europea può aderire alla presente Convenzione”. Il Trattato di Lisbona ha dettato anche alcune disposizioni in tema di adesione dell’Unione alla CEDU nel Protocollo n. 8<sup>12</sup> allegato al TUE e al TFUE. Tale Protocollo prevede, all’art. 1, che il futuro accordo di adesione dovrà “garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell’eventuale partecipazione dell’Unione agli organi di controllo della convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all’Unione” e prescrive, all’art. 2, che l’adesione non incida né sulle competenze dell’Unione, né sulle attribuzioni delle sue istituzioni.

La prima fase di negoziati è stata condotta da un gruppo di lavoro composto da rappresentanti del *Comité Directeur des Droits de l’Homme* e dell’Unione europea (“CDDH-UE”), incaricato di redigere gli strumenti di lavoro necessari per l’adesione in cooperazione con la Commissione europea. Questo gruppo informale era composto da quattordici membri: sette provenienti dagli Stati membri e sette dagli Stati non membri dell’Unione europea, scelti sulla base di un criterio di competenza, insieme ai rappresentanti della Commissione. Ai lavori erano autorizzati a partecipare anche un rappresentante del *Committee of Legal Advisers on Public International Law* (CAHDI) e della Cancelleria della Corte di Strasburgo. Questo Gruppo informale ha tenuto otto sessioni di lavoro tra luglio 2010 e giugno 2011. Il testo finale della bozza di accordo è stato adottato nel luglio 2011 e finalizzato il 14 ottobre 2011<sup>13</sup>, cui è seguita una fase di riflessione separata, all’interno di ciascuna organizzazione, per verificare la tenuta e la compatibilità con il proprio sistema normativo/ordinamentale.

<sup>10</sup> Pubblicata in *GUUE* C 364, 18 dicembre 2000, p. 1. Il 12 dicembre 2007 la Carta è stata nuovamente proclamata dai presidenti della Commissione europea, del Parlamento e del Consiglio a Strasburgo in previsione della firma del Trattato di Lisbona ed il testo, modificato ed aggiornato per renderlo coerente con il Trattato di Lisbona, è stato pubblicato in *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007, p. 1.

<sup>11</sup> Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il quale emenda il sistema di controllo della Convenzione, STCE n. 194, reperibile su [conventions.coe.int](http://conventions.coe.int).

<sup>12</sup> Protocollo n. 8 relativo all’art. 6, par. 2 del Trattato sull’Unione europea sull’adesione dell’Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>13</sup> Cfr. Steering Committee for Human Rights, *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 14 ottobre 2011, CDDH(2011)009.

Il 13 giugno 2012 è stata avviata la seconda fase di negoziazioni, con la decisione del Comitato dei Ministri nell'ambito del 1145° meeting di istituire un secondo gruppo di lavoro per proseguire il negoziato con l'Unione europea. Secondo le indicazioni del Comitato dei Ministri, tale gruppo di lavoro aveva una composizione differente dal precedente, essendo formato da un rappresentante per ogni Stato parte della Convenzione, insieme ad un rappresentante dell'Unione europea (c.d. Gruppo "47+1"). Dunque, mentre in precedenza i quattordici membri del gruppo *ad hoc* si riunivano in qualità di esperti, senza un potere di rappresentanza del proprio Stato, i membri del nuovo gruppo "47+1" erano dotati dei poteri di rappresentare e vincolare il proprio Stato di appartenenza, in modo da evitare successive negoziazioni. La decisione del Comitato dei Ministri prevedeva anche l'impegno, per il CDDH, di riferire direttamente e regolarmente al Comitato stesso circa la negoziazione con l'Unione europea. Le ragioni di una tale differente composizione devono essere ricercate nella volontà di ottenere il consenso più ampio da parte di tutti gli Stati coinvolti, ovvero gli Stati membri dell'Unione e gli Stati terzi. In tal modo, si poteva prevenire l'insorgere di ostacoli durante il processo di ratifica, raggiungendo l'accordo già nella fase di negoziazione.

Come anticipato, l'esito di questa seconda fase di negoziazioni è rappresentato dalla formalizzazione del Progetto di accordo del 5 aprile 2013.

La strada per l'adesione è, tuttavia, ancora piuttosto lunga. Infatti, sulla base dell'art. 218, par. 11, TFUE, è stato richiesto dalla Commissione alla Corte di giustizia un parere circa la compatibilità del Progetto di accordo di adesione con i Trattati<sup>14</sup>: la procedura è attualmente pendente e non si concluderà, con ogni probabilità, prima della fine del 2014. Ove il parere fosse positivo<sup>15</sup>, saranno ancora necessarie la decisione unanime del Consiglio e la ratifica di tutti gli Stati membri dell'Unione europea, nonché di quelli parte del Consiglio d'Europa.

Non ci si può tuttavia non interrogare sin da ora sull'impatto che l'adesione dell'Unione alla CEDU potrà avere sull'attuale ordinamento europeo<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. Richiesta della Commissione, Parere 2/13, in *GUUE* C 260, 7 settembre 2013, p. 19.

<sup>15</sup> Nel caso in cui il parere sia negativo, occorrerà riaprire i negoziati per modificare il testo dell'Accordo nel senso indicato dalla Corte.

<sup>16</sup> Sull'adesione, senza pretesa di completezza, cfr. A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 700 ss.; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 678 ss.; J. MALENOVSKY, *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et de Strasbourg*, in *Revue General de Droit International Public*, 2009, p. 753 ss.; B. CONFORTI, *Comments on the Accession of the European Union to the ECHR*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2010, p. 83 ss.; O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, Paper 10 aprile 2010, reperibile su [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu); T. LOCK, *EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 2010, p. 777 ss.; P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 231 ss.; J. M. CORTES MARTIN, *Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme du codéfendeur*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2011, p. 615 ss.; G. GAJA, *Accession to the ECHR*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU after*

L'Accordo per l'adesione, nella bozza del 5 aprile 2013, nella sua sinteticità (si tratta di soli 12 articoli), lascia, infatti, aperte numerose questioni sulla futura relazione dei due sistemi, talune di ordine più pratico quali, ad esempio, le modalità di partecipazione dell'Unione europea ai processi presso la Corte di Strasburgo, sia in qualità di convenuto principale che di convenuto aggiunto, nonché agli organi del Consiglio d'Europa, nell'esercizio delle funzioni relative al sistema CEDU, altre di più ampio significato teorico, quali il rango che la CEDU assumerà nell'Unione europea e negli Stati membri a seguito dell'adesione ed il futuro del principio della presunzione di equivalenza tra il livello di tutela assicurato nei due ordinamenti<sup>17</sup>. Tra le questioni più dibattute, e a cui intendiamo dedicare attenzione in questo lavoro, vi è quella del ruolo della Corte di giustizia nel sistema giurisdizionale dell'Unione nel quadro post adesione ed in particolare, l'evoluzione del suo rapporto con la Corte di Strasburgo<sup>18</sup>.

Lisbon, Oxford, 2011, p. 155 ss.; X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme: analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011*, [www.robert-schuman.eu/doc.](http://www.robert-schuman.eu/doc.); J. JACQUÉ, *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 995 ss.; M. JAEGER, *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea nella prospettiva di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carte dei diritti e standards internazionali*, Napoli, 2011, p. 319 ss.; T. LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1025 ss.; A. POTTEAU, *Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, p. 77 ss.; A. TIZZANO, *Les cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 29 ss.; F. TULKENS, *L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Pour et vers une organisation harmonieuse*, in *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2011, p. 27 ss.; V. ZAGREBELSKI, «Sussidiarietà» e vie interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 313 ss.; R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ'S Prior Involvement Mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1305 ss.; P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2013; J. ILIOPOULOS-STRANGAS, V. PEREIRA DA SILVA, M. POTACS (Hrsg.), *Der Beitritt des Europäischen Union zur EMRK/The Accession of the European Union to the ECHR/L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Baden-Baden, 2013; C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 487 ss.; A. TIZZANO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU e il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Il Trattato di Lisbona: due anni di applicazione, Atti della giornata di studio in ricordo di Francesco Caruso*, Napoli, 2013, p. 441 ss.; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasburgo 2014; V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. P. TZEVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Oxford-Portland, 2014.

<sup>17</sup> La dottrina della protezione equivalente è stata sviluppata a partire dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, e del 30 giugno 2005, *Bosphorus Airways c. Irlanda*. In dottrina v. F. BENOIT-ROHMER, *À propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines: l'adhésion contrainte de L'union à la Convention?*, in *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2005, p. 827 ss.; B. CONFORTI, *Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in S. BREITENMOSE, B. EHRENZELLER, M. SASSOLI, W. STOFFEL, B. WAGNER PFEIFER (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, 2007, p. 173 ss.

<sup>18</sup> Sul rapporto tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo cfr., senza alcuna pretesa di completezza, I. CANOR, *Primus Inter Pares. Who Is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in*

In particolare, l'attenzione verrà focalizzata su una specifica disposizione dell'Accordo di adesione, l'art. 3, par. 6, che prevede una peculiare forma di intervento per la Corte di giustizia nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Strasburgo nei casi in cui l'Unione europea è convenuto aggiunto, ovvero nei casi in cui un ricorso sia diretto nei confronti di uno Stato membro, ma metta in discussione la compatibilità con la CEDU di una norma di diritto dell'Unione europea, richiedendo l'intervento nel processo dell'Unione stessa: si tratta del c.d. previo coinvolgimento (*prior involvement* o *implication préalable* nelle versioni inglese e francese del Rapporto esplicativo<sup>19</sup>) della Corte di giustizia.

Tale meccanismo, che pone la Corte di giustizia in una posizione indubbiamente peculiare rispetto alle altre autorità giurisdizionali in Europa, suscita di per sé numerosi interrogativi con riguardo allo svolgimento della procedura e al rapporto con la Corte di Strasburgo, nonché con riferimento alla sua reale utilità.

Nel seguito tali profili problematici verranno esaminati alla luce del più generale contesto dell'Accordo, nonché dei contributi già forniti dalla dottrina sul punto, con particolare attenzione quanto all'individuazione delle modifiche che potranno rendersi necessarie del regolamento di procedura della Corte di giustizia, nonché degli stessi Trattati, per la concreta attivazione di tale meccanismo di previo coinvolgimento del supremo giudice dell'Unione.

2. L'art. 3, par. 6, dell'Accordo di adesione prevede, come accennato, un meccanismo, del tutto inedito, di cooperazione tra le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. La norma, infatti, sancisce che, nei procedimenti in cui l'Unione europea è parte in

---

Europe?, in *European Law Review*, 2000, p. 3 ss.; D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «Je t'aime, moi non plus?»*, in *Pourvoi*, 2001, p. 31 ss.; H. KRÜGER, J. POLAKIEWICZ, *Proposal for a Coherent Human Rights Protection System in Europe*, in *Human Rights Law Journal*, 2001, p. 1 ss.; J. CALLEWART, F. TULKENS, *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (dirs.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 177 ss.; P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte Costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003; F. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-fertilisation of Legal Systems: the European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, p. 547 ss.; K. LENAERTS, *The Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights – An Old Couple in a New Setting*, in *La Cour de Justice des Communautés européennes 1952-2002: bilan et perspectives*, Bruxelles, 2004, p. 84 ss.; F. LICHERE, L. POTVIN- SOLIS, A. RAYNOUARD (dirs.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruxelles, 2004; S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; G. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006; S. DOUGLAS- SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 629 ss.; M. BRONCKERS, *The Relationship of the EC Courts with Other International Tribunals: Non Committal, Respectful or Submissive?*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 601 ss.; M. CARTABIA, "Taking Dialogue Seriously". *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07, [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org); A. ROSAS, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 1 ss.; L. GARLICKI, *Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdiction in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 509 ss.; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 3 ss.

<sup>19</sup> Explanatory Report, 47+1(2013)008, par. 65 ss.

qualità di convenuto aggiunto<sup>20</sup>, se la Corte di giustizia non si è già pronunciata sulla compatibilità, con i diritti previsti dalla CEDU o dai suoi Protocolli rilevanti nel caso di specie, delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui al par. 2 (ovvero, di diritto derivato o primario), deve essere concesso un tempo sufficiente alla stessa per effettuare tale valutazione, nonché alle parti in causa dinanzi alla Corte EDU, per presentare le proprie osservazioni.

La necessità del previo coinvolgimento della Corte di giustizia, così come attualmente strutturato nell'Accordo di adesione, è emersa solo in tempi recenti nell'ambito del dibattito sull'adesione. Nel *Memorandum* della Commissione del 1979 era stata, invece, ipotizzata una particolare procedura, completamente interna all'Unione europea, secondo la quale l'istituzione presente nel procedimento di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe dovuto chiedere un parere alla Corte di giustizia, prima di presentare le proprie osservazioni nel giudizio pendente a Strasburgo<sup>21</sup>.

Il previo coinvolgimento non è menzionato neppure nell'*Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*<sup>22</sup>, documento redatto nel 2002 dal Comitato direttivo dei diritti dell'uomo, su mandato del Consiglio dei Ministri, contenente uno studio delle questioni giuridiche e tecniche che il Consiglio d'Europa avrebbe dovuto affrontare in caso di adesione dell'Unione europea alla CEDU, utilizzato come punto di partenza nei negoziati per l'adesione avviati nel 2010. Curiosamente, in tale documento, il CDDH proponeva, invece, di introdurre, a completamento del sistema di ricorsi individuali, una sorta di procedura non contenziosa dinanzi alla Corte di Strasburgo, in virtù della quale la Corte di giustizia dell'Unione, ed eventualmente il Tribunale, avrebbero potuto richiedere un parere interpretativo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di evitare le divergenze tra la giurisprudenza CEDU e quella della Corte di giustizia<sup>23</sup>. Nel documento, venivano, al tempo

<sup>20</sup> Nella versione finale dell'Accordo, l'art. 3, interamente dedicato al meccanismo del convenuto aggiunto (co-respondent) si compone di otto paragrafi, i quali, da un lato, contengono le modifiche apportate al testo della CEDU, all'art. 36 in tema di intervento di terzo, e, dall'altro lato, descrivono i presupposti di applicazione ed il funzionamento di tale meccanismo. L'art. 3, par. 2, prevede che, quando un ricorso è proposto contro uno o più Stati membri, l'Unione europea può partecipare al procedimento in qualità di convenuto aggiunto se appare che la violazione contestata metta in discussione la compatibilità con la CEDU di una norma del diritto dell'Unione europea, comprese le decisioni adottate ai sensi del TUE e del TFUE, soprattutto quando detta violazione avrebbe potuto essere evitata dai sistemi nazionali unicamente mediante l'inosservanza della norma dell'Unione. Specularmente, l'art. 3, par. 3, prevede che, quando un ricorso è proposto nei confronti dell'Unione europea, gli Stati membri possono intervenire in qualità di convenuto aggiunto se appare che la violazione contestata metta in discussione una norma del TUE, del TFUE o di ogni altra disposizione con il medesimo valore giuridico, soprattutto quando detta violazione avrebbe potuto essere evitata unicamente mediante l'inosservanza di tali disposizioni.

<sup>21</sup> Cfr. Commission Memorandum, cit., par. 42. Cfr. J. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1019.

<sup>22</sup> Cfr. *Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH), 53 réunion (25-28 juin 2002), DG-II(2002)006, [CDDH(2002)010, Addendum 2], du 28 juin 2002.

<sup>23</sup> Cfr. *Etudes*, cit., par. 77 ss. In verità in dottrina, l'opportunità di un sistema di rinvio pregiudiziale dalla Corte di giustizia alla Corte di Strasburgo in caso di adesione era stata ipotizzata già da G. SPERDUTI, *Le rattachement des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des*

stesso, sottolineati gli inconvenienti di tale procedura: il disequilibrio tra l'Unione e le altre Parti contraenti, le cui Corti supreme non possono beneficiare di un simile sistema di rinvio, l'allungamento dei tempi della procedura, l'impatto negativo sul funzionamento della Corte EDU, nel caso di fissazione di termini perentori entro i quali pronunciarsi. Tale ipotesi di lavoro sembra, invece, alla base dell'elaborazione del Protocollo 16<sup>24</sup>, che riconosce la facoltà alle più alte giurisdizioni nazionali di effettuare un rinvio incidentale interpretativo alla Corte di Strasburgo<sup>25</sup>.

Un riferimento al meccanismo del previo coinvolgimento è presente, invece, nella Raccomandazione mediante la quale la Commissione, in data 17 marzo 2010, proponeva al Consiglio dell'Unione alcune direttive per il mandato relativo alla negoziazione in vista dell'adesione<sup>26</sup>: la Commissione, tuttavia, si limitava a sottolineare la necessità che la questione venisse debitamente considerata in fase di negoziazione, lasciando aperto il dibattito sulle possibili soluzioni.

Nel 2010 il giudice della Corte di giustizia Timmermans<sup>27</sup> suggeriva l'elaborazione di un meccanismo in virtù del quale la Commissione potesse richiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità di un atto, ogni qual volta essa venisse in discussione davanti alla Corte di Strasburgo prima, evidentemente, che su di essa si fossero già pronunciati i giudici di Lussemburgo. In alternativa, considerava l'opzione di ritenere compiuto il previo esaurimento delle vie di ricorso interne, ai fini della ricevibilità ai sensi dell'art. 35 CEDU, soltanto dopo l'espletamento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, anche se tale soluzione non appariva del tutto convincente.

La Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari interni del Parlamento europeo, nel suo parere del 27 aprile 2010<sup>28</sup>, optava, invece, per evitare un'eccessiva formalizzazione dei rapporti tra le Corti, ritenendo preferibile un rafforzamento del dialogo, in continuità con il passato.

La necessità del previo coinvolgimento della Corte di giustizia venne, dunque, espressa, in maniera esplicita, dalla stessa Corte di Lussemburgo, nel documento di

---

*droits de l'homme et des libertés fondamentale*, in *Revue du Marché commun*, 1980, p. 170 ss., e G. GAJA, *L'adesione*, cit., p. 34.

<sup>24</sup> Protocollo N. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà dell'uomo, CETS No.: 214, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>25</sup> Molte le critiche e i dubbi della dottrina con riferimento a tale Protocollo. Sul punto vedi: E. CRIVELLI, *I Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, p. 1021 ss.; E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.; O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>26</sup> Cfr. Memo/10/84, Bruxelles, 17 marzo 2010 su [europa.eu](http://europa.eu); *Recommendation for a Council decision authorising the Commission to negotiate the Accession Agreement of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Brussels, SEC(2010)305, Annex, punto 11.

<sup>27</sup> J. TIMMERMANS, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, audizione, 18 marzo 2010, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>28</sup> Avis de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures à l'intention de la commission des affaires constitutionnelles sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), (2009/2241(INI))

riflessione del 5 maggio 2010, elaborato al fine di contribuire al dibattito svoltosi in seno all'Unione precedentemente all'avvio dei negoziati<sup>29</sup>. In tale sede, la Corte sviluppava il proprio ragionamento partendo dalla constatazione dell'efficacia dello strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, quale sistema di controllo "decentralizzato" di legalità e corretta interpretazione del diritto dell'Unione. La Corte osservava che, per quanto il rinvio pregiudiziale debba ritenersi uno strumento efficace, la sua attivazione sfugge alle parti, essendo rimessa al giudice nazionale ogni decisione sul punto, tanto da non poter essere considerato quale rimedio interno da esperire necessariamente per assicurare la ricevibilità del ricorso presso la Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 35 CEDU. Sebbene il ricorso al giudice di ultimo grado negli ordinamenti interni non sia considerato condizione di ricevibilità in base a tale ultima disposizione, l'intervento della Corte di giustizia prima del giudizio dinanzi ai giudici di Strasburgo dovrebbe essere sempre garantito, non tanto perché questa Corte debba essere considerata quale giudice di ultimo grado, quanto in ragione della peculiare strutturazione del sistema giurisdizionale dell'Unione, che rende indispensabile un controllo al suo interno prima di un controllo esterno. La Corte concludeva, dunque, che "occorre disporre, al fine di rispettare il principio di sussidiarietà inerente alla Convenzione e di assicurare al tempo stesso il buon funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione, [...] un meccanismo idoneo a garantire che alla Corte di giustizia possa essere sottoposta, in maniera effettiva, la questione della validità di un atto dell'Unione prima che la Corte europea dei diritti dell'uomo statuisca sulla conformità di questo atto con la Convenzione".

Anche i presidenti delle due Corti, Costa e Skouris, nella propria dichiarazione del 17 gennaio 2011, sottolineavano l'importanza di tale meccanismo, osservando che "[i]n order that the principle of subsidiarity may be respected also in that situation, a procedure should be put in place, in connection with the accession of the EU to the Convention, which is flexible and would ensure that the CJEU may carry out an internal review before the ECHR carries out external review"<sup>30</sup>.

Il Rapporto esplicativo della bozza di Accordo di adesione riprende quanto sancito dalla Corte di giustizia e dai presidenti, spiegando la necessità della previsione del *prior involvement*<sup>31</sup>. In particolare, viene, ancora una volta, messo in luce come, non essendo nel potere delle parti l'esperimento del rinvio pregiudiziale, può accadere che la Corte di Strasburgo sia chiamata a giudicare della compatibilità con la Convenzione di una norma di diritto primario o derivato dell'Unione, senza che la Corte di giustizia abbia previamente avuto la possibilità di pronunciarsi, rispettivamente, sulla sua interpretazione o sulla sua validità. Il Rapporto sottolinea che, anche se questa situazione è suscettibile di verificarsi raramente, "it was considered desirable that an internal EU procedure be put in place to ensure that the CJEU has the opportunity to assess the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of EU law which has triggered the participation of the EU as co-respondent".

<sup>29</sup> Cfr. Documento di riflessione della Corte di giustizia, 5 maggio 2010, curia.europa.eu.

<sup>30</sup> Cfr. Joint communication from Presidents Costa and Skouris, Appendix III, Fifth Working Meeting Report, cit.

<sup>31</sup> Cfr. Explanatory Report, cit., paragrafi 65-66.

Il Rapporto esplicativo sottolinea poi che questa procedura è ispirata al principio di sussidiarietà, consentendo il giudizio alla Corte meglio posizionata per la corretta valutazione dell'atto rilevante.

3. La disposizione sul previo coinvolgimento della Corte di giustizia nel *draft* finale del 2013 sancisce, innanzitutto, le ipotesi in cui tale procedura potrà avere luogo, ovvero, come anticipato, i procedimenti in cui l'Unione europea è presente in qualità di convenuto aggiunto. Come specificato nel testo dell'Accordo, si tratta dei casi in cui il ricorrente agisce nei confronti di atti od omissioni degli Stati membri per violazioni che implicano una questione di compatibilità, con i diritti garantiti dalla CEDU o dai suoi Protocolli, delle disposizioni di diritto dell'Unione europea, ove dette violazioni non avrebbero potuto essere evitate se non ignorando le obbligazioni derivanti da quest'ultimo ordinamento.

Si tratta di una prima delimitazione, che elimina del tutto il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nei casi in cui l'Unione riveste la qualità/ruolo di convenuto principale. In tali casi, infatti, il ricorrente deve esperire previamente i ricorsi interni: dunque, in linea teorica, la Corte di giustizia dovrebbe avere già avuto la possibilità di pronunciarsi sulla compatibilità delle norme dell'Unione con la Convenzione e i suoi Protocolli.

In realtà, nonostante questa scelta "processuale", non può escludersi completamente che, anche nelle ipotesi in cui l'Unione europea è convenuto principale, possa accadere che la Corte di giustizia dell'Unione non abbia avuto l'occasione di pronunciarsi in merito a detta compatibilità. Infatti, possono esservi casi in cui il singolo non ha la possibilità di impugnare un atto dinanzi al Tribunale per chiederne l'annullamento, trattandosi, ad esempio, di un atto a portata generale che non lo riguarda direttamente o individualmente<sup>32</sup>, o di una direttiva non trasposta dallo Stato che pur produce effetti diretti. A fronte delle limitazioni della legittimazione attiva del singolo che caratterizzano l'ordinamento processuale dell'Unione, infatti, non è possibile affermare, in modo assoluto, che la Corte di giustizia venga sempre coinvolta prima che si giunga ad un giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo. E del resto, la stessa giurisprudenza della Corte EDU ammette che possano presentare ricorso le c.d. vittime potenziali di una violazione, ovvero coloro che sono direttamente pregiudicati da una normativa nazionale senza poter avvalersi di alcun rimedio interno per reagire al pregiudizio subito<sup>33</sup>: dunque, anche ai sensi di questa giurisprudenza, è possibile ipotizzare che un soggetto possa ricorrere direttamente alla Corte di Strasburgo per sostenere l'illegittimità di un regolamento o di una direttiva che lo pregiudicano e che non ha la possibilità di impugnare in base al diritto dell'Unione, senza pertanto che vi sia stata la possibilità di alcun intervento "preventivo" della Corte di giustizia. Inoltre, la prassi di Strasburgo ha ripetutamente messo in luce che, ove vi fosse un consolidato orientamento giuris-

---

<sup>32</sup> Sulla legittimazione ad agire del singolo nell'ambito dei ricorsi per annullamento cfr. M. CON-DINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 109 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 342 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A. SACCUCCL, *Art. 34*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 638. In giurisprudenza v. per tutti sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 aprile 2010, GC, *Tanase c. Moldova*, par. 104.

prudenziale contrario alla posizione del ricorrente, non è richiesto a quest'ultimo l'esperimento della via di ricorso presso l'organo giurisdizionale da cui proveniva tale orientamento<sup>34</sup> ai fini della ricevibilità del ricorso a Strasburgo. Dunque, ove la Corte di giustizia sviluppasse un determinato orientamento tale da rendere irrilevante l'esperimento di un rimedio da parte di un soggetto, questi potrebbe ricorrere direttamente dinanzi alla Corte di Strasburgo, anche se è probabile che in una tale ipotesi il previo coinvolgimento della Corte di giustizia potrebbe forse essere comunque escluso, proprio in ragione del fatto che la questione è già stata affrontata dalla Corte di giustizia. Non è del tutto chiara, quindi, almeno con riferimento alle ipotesi appena ricordate, la ragione per cui i casi di previo coinvolgimento della Corte di giustizia siano stati ristretti unicamente a quelli in cui l'Unione europea è convenuto aggiunto<sup>35</sup>, creando una disparità di trattamento per i ricorrenti e rendendo in ultima analisi meno efficace lo stesso strumento. Infatti, non potendo essere utilizzato in tutti i casi in cui la Corte di giustizia non si sia previamente pronunciata su una questione di compatibilità tra le norme dell'Unione e i diritti sanciti nella CEDU e nei suoi Protocolli, non vi è alcuna garanzia di completa salvaguardia dell'ordinamento dell'Unione europea, in contrasto con la *ratio* che giustifica, come visto, l'istituzione di tale meccanismo.

La disposizione restringe ulteriormente l'ambito di applicazione del previo coinvolgimento, specificando che, oltre a trattarsi di procedimenti in cui l'Unione europea è convenuto aggiunto, devono essere casi in cui la Corte di giustizia non abbia avuto, in precedenza, l'occasione di accertare la compatibilità delle disposizioni di cui al par. 2 dell'art. 3 dell'Accordo con i diritti previsti dalla Convenzione o dai Protocolli. La formulazione in questo senso non è del tutto esaustiva e non sarà facile, per la Corte di Strasburgo, isolare i casi in cui la Corte di giustizia "*has not yet assessed*" detta compatibilità. Infatti, tale meccanismo sarà facilmente applicabile nei casi in cui la Corte di giustizia non si sia pronunciata sulla previsione rilevante/controversa in senso assoluto, ovvero non vi sia alcuna sentenza o ordinanza sulla questione in discussione a Strasburgo. Nei casi in cui, invece, la Corte di giustizia si sia pronunciata sulla disposizione di diritto dell'Unione ivi in discussione, occorrerà verificare se, in detta pronuncia, la Corte abbia esaminato (tutti) i profili di compatibilità con la CEDU, circostanza non del tutto scontata, perché nell'ambito del rinvio pregiudiziale la pronuncia della Corte è, nella sostanza, vincolata al quesito del giudice<sup>36</sup>.

Da un punto di vista formale, occorre rilevare che, nella versione del 2011, il *draft* menzionava solo la CEDU come parametro di legittimità per la Corte di giustizia: più opportunamente, è stato inserito anche il riferimento ai Protocolli, i quali contengono, al pari della CEDU, diritti fondamentali di cui deve essere garantita

<sup>34</sup> Cfr. decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2004, *Di Sante c. Italia*, e del 12 giugno 2001, *Giummarra e a. c. Francia*.

<sup>35</sup> Dubbi sul punto sono stati espressi anche in dottrina. Cfr. M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Remarques sur la «valeur ajoutée» de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des Droits de l'Homme pour la protection des droits fondamentaux des particuliers en Europe*, in J. ILIOPOULOS-STRANGAS, V. PEREIRA DA SILVA, M. POTACS (Hrsg.), *op. cit.*, p. 277 ss.

<sup>36</sup> Sul punto v. X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, *op. cit.*, p. 15.

la tutela. Dovrà, tuttavia, trattarsi dei Protocolli cui l'Unione avrà aderito<sup>37</sup>, non essendo la stessa, altrimenti, tenuta a tale garanzia, come del resto precisato nel Rapporto esplicativo.

Il Rapporto specifica, altresì, che accertare la compatibilità con la Convenzione significa decidere sulla validità della norma giuridica contenuta negli atti delle istituzioni, organi, organismi o agenzie dell'Unione oppure sull'interpretazione delle disposizioni del TUE, del TFUE o di ogni altra norma avente pari valore giuridico. La Corte di giustizia dovrà, quindi, pronunciarsi sulla validità del diritto derivato o sull'interpretazione del diritto primario<sup>38</sup>, tra cui deve essere annoverata la Carta di Nizza<sup>39</sup>, verificandone la tenuta ai sensi della Convenzione.

**4.** La disposizione dell'Accordo dedicata al previo coinvolgimento non contiene alcuna indicazione in merito alla procedura che dovrà essere svolta dinanzi alla Corte di giustizia per consentirle di pronunciarsi, in tempi – come si vedrà – rapidi, prima della prosecuzione del giudizio a Strasburgo.

Il testo dell'art. 3, par. 6, infatti, si limita a sancire che “sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court”. Anche nel Rapporto esplicativo, l'unica precisazione riguarda la tempistica, in quanto viene sottolineata l'importanza di evitare che lo svolgimento del processo a Strasburgo sia prolungato eccessivamente e, dunque, la necessità per la Corte di giustizia di pronunciarsi rapidamente: “in order not to delay unduly the proceedings before the Court, the EU shall ensure that the ruling is delivered quickly”<sup>40</sup>. A tal proposito, viene evidenziato che, nel giudizio dinanzi alla Corte di giustizia, una procedura accelerata esiste già e la stessa consente di concludere il procedimento entro sei-otto mesi<sup>41</sup>. Il riferimento è, dunque, al rinvio pregiudiziale accelerato<sup>42</sup>, il quale è previ-

---

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 1, par. 1, dell'Accordo di adesione, l'Unione europea aderisce ai Protocolli n. 1 e 6, ovvero quelli cui hanno attualmente già aderito tutti gli Stati membri. L'Accordo lascia però, aperta la possibilità di aderire, in futuro, agli altri Protocolli.

<sup>38</sup> Come noto, la Corte giustizia non è competente a pronunciarsi sulla validità del diritto primario, spettando unicamente agli Stati la possibilità di modificare i Trattati secondo la procedura prevista all'art. 48 TUE. Al contrario, la Corte di Strasburgo avrà una competenza unica in Europa, ovvero quella di pronunciarsi sul diritto primario dell'Unione europea nonché sugli atti in materia di Politica estera di sicurezza comune (PESC), cosa che non spetta neppure alla Corte di giustizia stessa (con eccezione delle misure di sicurezza personali e delle disposizioni di delimitazione della PESC rispetto alle altre materie). La criticità di tale opzione è stata fortemente evidenziata da autorevole dottrina: cfr. 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.; M. J. RANGEL DE MESQUITA, *op. cit.*, p. 277 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Explanatory Report, cit., par. 66.

<sup>40</sup> Cfr. Explanatory Report, cit., par. 69.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Sul procedimento pregiudiziale accelerato cfr.: M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 435 ss.; C. NAÔMÉ, *La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal de droit européenne*, 2009, p. 237 ss.; K. LENAERTS, *Accelerated and Urgency Procedures in the Area of Freedom, Security and Justice*, in T. BAUMÉ, E. OUDE ELFERINK, P. PHOA, D. THIAVILLE (eds.), *Today's Multilateral Legal Order: Current Issues and Perspectives. Liber Amicorum in Honour of Arjen W.H. Meij*, Paris, 2011, p. 155 ss.

sto e disciplinato dall'art. 23 *bis* dello Statuto della Corte di giustizia<sup>43</sup> e dall'art. 105 del suo Regolamento di procedura, quando la natura della causa richiede un "rapido trattamento", su richiesta del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio. La scelta di trattare un determinato procedimento in via accelerata spetta al Presidente, su richiesta del giudice relatore, sentito, se del caso, l'Avvocato generale. Ove tale richiesta venga accolta, il Presidente fissa immediatamente la data dell'udienza, indicando un breve termine alle parti, non inferiore a quindici giorni, per presentare eventuali memorie o osservazioni scritte. Il Presidente può anche richiedere alle parti di concentrarsi su determinate questioni, sempre al fine di ridurre i tempi del procedimento e giungere prima alla decisione. Tali memorie sono comunicate alle parti prima dell'udienza. La sentenza della Corte viene resa senza le conclusioni dell'Avvocato generale, il quale viene soltanto sentito.

Il riferimento del Rapporto esplicativo potrebbe, però, ben adattarsi anche alla procedura pregiudiziale d'urgenza (PPU)<sup>44</sup>, istituita per i rinvii pregiudiziali nel settore dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di cui al Titolo V del TFUE. Come specificato dal punto 39 delle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale<sup>45</sup>, la PPU è prevista in situazioni particolarmente delicate, quali, ad esempio, quelle relative a cause dove si discuta dell'affidamento di minori o vi siano persone in stato di detenzione, ove la risposta al giudice nazionale deve essere data con

<sup>43</sup> Statuto della Corte di giustizia, Protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, allegato ai Trattati, come modificato dal regolamento (UE, Euratom) n. 741/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 agosto 2012 (GUUE L 228, 23 agosto 2012, p. 1 ss.) e dall'articolo 9 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del Trattato sull'Unione europea, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (GUUE L 112, 24 aprile 2012, p. 21 ss.).

<sup>44</sup> Sulla procedura pregiudiziale d'urgenza, v. in dottrina: V. SKOURIS, *L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels*, in E. BARBIER DE LA SERRE, C. BAUDENBACHER, E. COULON, C. GULMANN, K. LENAERTS (dirs.), *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 59 ss.; S. VAN DER JEUGHT, I. KOLOWCA, *La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal de Droit Européen*, 2008, p. 175 ss.; C. BARNARD, *The PPU: Is it Worth the Candle? An Early Assessment*, in *European Law Review*, 2009, p. 281 ss.; B. CHEVALIER, *Les nouveaux développements de la procédure préjudicielle dans le domaine de l'espace judiciaire européen: la procédure préjudicielle d'urgence et les réformes principales prévues par le traité de Lisbonne*, in *ERA Forum*, 2009, p. 591 ss.; A. ŁAZOWSKI, *Towards the Reform of the Preliminary Ruling Procedure in JHA Area*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (dirs.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace penal européen*, Bruxelles, 2009, p. 211 ss.; A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 923 ss.; M. BORRACCETTI, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: esigenza di celerità e diritti fondamentali delle persone*, in A. ODDENINO, E. RUOZZI, A. VITERBO, F. COSTAMAGNA, L. MOLA, L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010, p. 99 ss.; L. COUTRON, *Urgence et renvoi préjudiciel*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2012, p. 385 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia: oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 169 ss.; A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice: premier bilan et nouvelles questions*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 107 ss.; L. DANIELE, Art. 267, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2013 ss.

<sup>45</sup> *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, in GUUE C 338, 6 novembre 2012, p. 1 ss.

urgenza<sup>46</sup>. Lo stesso art. 267, co. 4, TFUE specifica che quando una questione di interpretazione o validità del diritto dell'Unione europea è sollevata di fronte a una giurisdizione nazionale e riguarda “una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”<sup>47</sup>. Il regolamento di procedura della Corte, agli articoli 107 ss., detta regole speciali per lo svolgimento della PPU. Il giudice *a quo*, nel rivolgersi alla Corte, può richiedere che la questione sia trattata secondo tale procedura speciale esponendo “le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e giustificano l'applicazione di tale procedimento derogatorio”, indicando, altresì, per quanto possibile “la risposta che esso propone alle questioni pregiudiziali”, secondo quanto sancito dall'art. 107 reg. proc. al par. 2. Lo stesso articolo, al par. 3, prevede che il procedimento possa anche essere chiesto, d'ufficio, dal presidente della Corte “qualora il ricorso a tale procedimento sembri imporsi *prima facie*”. Il procedimento è assegnato ad una apposita sezione della Corte, designata, a rotazione, ai sensi dell'art. 108 reg. proc. Tale sezione decide sia sull'ammissibilità della richiesta di procedimento speciale, sia nel merito, a meno che non scelga di rinviare la questione ad una formazione più ampia ai sensi dell'art. 113. Il medesimo regolamento prevede, poi, regole specifiche per abbreviare le tempistiche che caratterizzano lo svolgimento della procedimento pregiudiziale “ordinario”: è, infatti, possibile eliminare la fase scritta, concentrando il procedimento nella fase orale. Gli interessati di cui all'art. 23 Statuto (diversi da parti principali nel giudizio *a quo*, Commissione e istituzioni/organismi il cui atto è “in causa”) possono partecipare solo alla fase orale e anche in questo caso, come nel pregiudiziale accelerato, l'Avvocato generale viene solo sentito.

Ad ogni modo, il ricorso necessario a una di queste due procedure per la pronuncia in via incidentale della Corte di giustizia in pendenza del processo a Strasburgo non è privo di controindicazioni. Infatti, pur essendo comprensibile l'esigenza di contenere i tempi processuali, vincolare la Corte di giustizia a rendere una pronuncia entro un termine di pochi mesi avrebbe l'effetto di dover garantire a tale procedura una trattazione prioritaria, il che potrebbe creare un pregiudizio al regolare funzionamento della Corte, conferendo un carattere di urgenza in via sistematica a questioni che potrebbero esserne, di per sé, prive, quantomeno rispetto alle altre procedure pendenti.

Certamente, non è escluso che la Corte di giustizia possa prevedere una procedura *ad hoc* per tali casi, eventualmente istituendo una sezione competente a giudicare delle stesse, su modello di quanto accaduto, come detto, rispetto alla PPU. Del resto, come sostenuto da più autori<sup>48</sup>, l'adesione renderà necessarie diverse modifiche dei Trattati, nonché, con ogni probabilità, dello Statuto e del regolamento di procedura della Corte di giustizia, tra cui potrà essere annoverata anche l'istituzione di una procedura *ad*

---

<sup>46</sup> Cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 437 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 353 ss.

<sup>47</sup> In dottrina, tale norma viene riconosciuta come avente una portata più ampia rispetto all'ambito di applicazione della PPU designato dall'art. 23 *bis* dello Statuto: cfr. M. BORRACCETTI, *Il dialogo tra Corte di giustizia dell'UE e giudici degli Stati membri: novità e conferme dopo Lisbona*, [www.europe-anrights.it](http://www.europe-anrights.it).

<sup>48</sup> G. GAJA, *Accession to the ECHR*, cit., p. 194; M. J. RANGEL DE MESQUITA, *op. cit.*, p. 290.

*hoc* o la modifica delle disposizioni attualmente esistenti per il rinvio pregiudiziale accelerato o d'urgenza. Altra dottrina ha, invece, evidenziato che non sarà necessario, per l'Unione, modificare i Trattati ai fini del previo coinvolgimento<sup>49</sup>, ritenendo che sebbene l'art. 267 TFUE preveda soltanto l'indicazione delle corti nazionali quali competenti ad effettuare il rinvio pregiudiziale, anche ove fosse la Corte di Strasburgo ad effettuare tale rinvio, la Corte di giustizia si troverebbe comunque ad esercitare gli stessi poteri già attribuiti ad essa dal Trattato, trattandosi sempre di giudizio di interpretazione o validità delle norme di diritto dell'Unione europea. La stesa dottrina non manca di sottolineare, peraltro, che, ove le corti nazionali avessero agito correttamente, tale rinvio pregiudiziale sarebbe già stato effettuato nell'ambito dei giudizi nazionali, senza dover attendere l'avvio del processo dinanzi alla Corte di Strasburgo. Sostenere, dunque, la necessità di modificare i Trattati per inserire la menzione di questa nuova procedura nell'ambito del meccanismo del convenuto aggiunto discenderebbe da un approccio eccessivamente formalistico, che avrebbe come effetto solo quello di ostacolare l'entrata in vigore dell'Accordo di adesione<sup>50</sup>.

Con riferimento alla procedura, al di là della necessità della celerità espressa dal Rapporto esplicativo, l'unica ulteriore indicazione riguarda il rispetto del principio del contraddittorio. Lo stesso art. 3, par. 6, dell'Accordo specifica, infatti, che deve essere garantito alle parti un tempo sufficiente per presentare le proprie osservazioni. Tale norma ripropone i medesimi interrogativi già formulati circa le caratteristiche della procedura. Infatti, ove si decidesse di utilizzare la procedura "classica" del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, si dovrebbe garantire non solo alle parti del processo in senso stretto (lo Stato convenuto, il ricorrente, l'istituzione dell'Unione intervenuta quale convenuto aggiunto), ma anche agli Stati membri e ad eventuali terzi intervenienti nel processo a Strasburgo (quali ONG o associazioni a difesa dei diritti) di presentare le proprie osservazioni, con inevitabile complicazione, dovuta, non da ultimo, al fatto che potrebbero partecipare anche Stati terzi, del tutto estranei alle regole del sistema dell'Unione. Inoltre, potrebbe essere richiesta un'udienza nel giudizio dinanzi alla Corte di giustizia (oggi addirittura garantita dall'art. 76, par. 3, del regolamento di procedura della Corte all'interessato che non abbia partecipato alla fase scritta), il che comporterebbe necessariamente un ulteriore allungamento delle tempistiche processuali. Ove invece si scegliesse di procedere mediante procedimento pregiudiziale accelerato o PPU, la fase scritta subirebbe le "contrazioni" proprie di tali procedure, fino a concentrarsi nella fase orale.

I pochi cenni alla procedura contenuti nella citata previsione dell'Accordo e nel Rapporto esplicativo lasciano aperte diverse questioni, cui dovrà essere data una risposta, mediante una modifica dei Trattati, dello Statuto e del regolamento di procedura della Corte. Ove si volesse lasciare immutata la formulazione dell'art. 267 TFUE, per evitare di ritardare il processo di adesione a causa della revisione dei Trattati, dovrebbero però, quanto meno, essere dettate delle indicazioni specifiche per l'adattamento di tale procedura ai casi di previo coinvolgimento. A tal fine, la Corte potrebbe contribuire a livello di *soft law* con la previsione di linee guida *ad hoc*, secondo una prassi ormai abituale.

<sup>49</sup> R. BARATTA, *op. cit.*, p. 1329.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

Del resto, un intervento più incisivo dei redattori dell'Accordo sulla procedura da utilizzare nell'ambito del previo coinvolgimento della Corte avrebbe esposto l'Accordo stesso alla censura da parte della Corte di giustizia investita, come detto, di parere consultivo *ex art.* 218, par. 11, TFUE, per violazione del principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione<sup>51</sup> o di una delle altre condizioni previste dal Protocollo n. 8<sup>52</sup>. In ogni caso, il procedimento di fronte alla Corte trova la sua disciplina di dettaglio nel regolamento di procedura, il cui procedimento di adozione è fissato dal TFUE (art. 253 ult. co.) a salvaguardia proprio dell'autonomia dell'istituzione giudiziaria dell'Unione.

5. Dopo aver analizzato le condizioni di applicazione del previo coinvolgimento della Corte e le possibili caratteristiche della procedura, occorre chiedersi che effetti avrà l'intervento della Corte di giustizia sul processo dinanzi alla Corte di Strasburgo e sulla pronuncia della stessa. Tali effetti appaiono ancora più delicati e suscettibili di creare interrogativi se si considera che la sentenza all'esito del procedimento in cui sia intervenuto un convenuto aggiunto può essere generalmente emessa nei confronti di entrambi i soggetti (convenuto principale e convenuto aggiunto), al fine di garantire l'efficace esecuzione della sentenza, senza che la Corte di Strasburgo debba addentrarsi nell'ambito delle competenze Unione/Stati membri, ciò che, del resto, non sembra consentito secondo quanto statuito dalla stessa Corte lussemburghese, poiché lesivo del richiamato principio dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione<sup>53</sup>.

Diversi sono, infatti, gli esiti immaginabili dell'intervento della Corte di giustizia: (i) un giudizio di invalidità della disposizione di diritto derivato; (ii) un giudizio di validità della disposizione di diritto derivato; (iii) l'interpretazione del diritto primario in senso conforme alla CEDU; (iv) l'interpretazione del diritto primario in senso non conforme alla CEDU, ovvero l'accertamento del contrasto.

Nel primo caso, la Corte di giustizia, di fronte ad una norma di diritto derivato che costituisce il presupposto giuridico per la violazione della CEDU da parte di uno Stato (ad esempio, la previsione di una direttiva), potrebbe esprimere un giudizio di invalidità per contrasto con il diritto primario. È probabile che il principale parametro di legittimità possa essere rappresentato dalla Carta di Nizza, le cui disposizioni prevedono diritti fondamentali in parte coincidenti con quelli sanciti dalla CEDU e dai suoi Protocolli. Attualmente, la Corte di giustizia non ha la competenza per giudicare della validità di una norma per contrasto con la CEDU, non essendo la stessa una fonte di diritto del sistema dell'Unione, se non nella misura in cui i diritti in essa contenuti siano riconosciuti come principi generali di diritto dell'Unione. All'indomani dell'adesione, al contrario, la CEDU entrerà a far parte del sistema delle fonti dell'Unione europea attraverso l'art. 216 TFUE, il quale, al secondo comma, sancisce che “[g]li accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri”, configurandosi come una “norma di adattamento speciale”<sup>54</sup>. In virtù di tale previsione, gli accordi conclusi dall'Unione

---

<sup>51</sup> Parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, 1/91, *Raccolta*, p. I-6079 ss.

<sup>52</sup> X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, *op. cit.*, p. 15.

<sup>53</sup> Cfr. Parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, cit.

<sup>54</sup> A. MIGNOLLI, *Art. 216 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1779.

sono da ritenersi vincolanti per le istituzioni e gli Stati membri<sup>55</sup> e dunque si collocano, in linea di principio, in una posizione di primato rispetto al diritto derivato, ma subordinata rispetto al diritto primario. Al tempo stesso, in virtù degli obblighi internazionali derivanti dall'adesione, la CEDU sarà parametro di legittimità per le norme di diritto dell'Unione europea, sia primario che derivato, il quale, al pari delle costituzioni nazionali, dovrà essere necessariamente conforme alla Convenzione, a pena di censura da parte della Corte di Strasburgo. La Corte di giustizia, inoltre, sarà competente ad interpretare le norme della CEDU in sede di rinvio pregiudiziale<sup>56</sup> e di sindacato di legittimità<sup>57</sup>, pur essendo essa stessa a sua volta vincolata, al pari delle altre corti supreme nazionali, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Occorre chiedersi quale sarà l'impatto del giudizio di invalidità della norma dell'Unione sul giudizio a Strasburgo. Una volta rimosso il vincolo all'origine della violazione compiuta dallo Stato che ha agito in attuazione del diritto dell'Unione europea, la Corte di Strasburgo potrebbe dichiarare cessata la materia del contendere. Tale soluzione appare, però, insoddisfacente nella misura in cui il ricorrente avesse subito un danno e si rendesse, dunque, necessaria una equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU. La Corte di Strasburgo potrebbe, allora, dichiarare che, nelle more del processo, la violazione è venuta meno, ma, al tempo stesso, pronunciarsi sull'equa soddisfazione del ricorrente, il quale, peraltro, oltre alle spese del giudizio nazionale, ha, in ipotesi, sopportato le spese connesse al giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo e a quello incidentale dinanzi alla Corte di Lussemburgo. Peraltro, la Corte EDU potrebbe in ogni caso pronunciare una sentenza di condanna nei confronti di convenuto principale e aggiunto, non ritenendo sufficiente la pronuncia della Corte di giustizia per rimuovere la violazione, ad esempio in caso di prassi o legislazione nazionale comunque contrastante con la CEDU, nonostante la conformità alla CEDU del diritto dell'Unione.

Nel secondo caso, la Corte di giustizia potrebbe, invece, confermare la validità della norma dell'Unione rispetto al diritto primario. Evidentemente, in tale ipotesi, il giudizio della Corte di Lussemburgo potrebbe esporre l'Unione alla censura della Corte di Strasburgo, ove quest'ultima non condividesse l'"assoluzione" del diritto dell'Unione europea. Tale ipotesi appare alquanto remota, per diverse ragioni. *In primis*, appare del tutto improbabile che la Corte di Lussemburgo non si allinei all'interpretazione ed alla prassi seguite dalla Corte di Strasburgo, giungendo ad un giudizio divergente rispetto alla compatibilità o meno di una norma dell'Unione con la Convenzione. Nel senso opposto, ma con eguale effetto di evitare il contrasto, la stessa Corte di Strasburgo, peraltro, potrebbe mostrare un certo *self restraint* rispetto a Lussemburgo ed adeguarsi alla pronuncia di quest'ultima, respingendo il ricorso del ricorrente. Tale deferenza della Corte di Strasburgo nei confronti della valutazione dei giudici di Lussemburgo appare coerente con la presunzione di protezione di tutela equivalente fino ad oggi applicata nella propria giurisprudenza, in virtù della quale, ove un diritto sia tutelato nell'ordinamento dell'Unione, tale protezione viene ritenuta equivalente a quella richiesta dal sistema CEDU.

<sup>55</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Hagemann*; del 12 aprile 2005, causa C-265/03, *Simutenkov*; del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA*.

<sup>56</sup> Cfr. sentenza *Hagemann*.

<sup>57</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 agosto 1994, causa C-327/91, *Francia c. Commissione*.

Peraltro, la sentenza della Corte di Strasburgo potrebbe essere, comunque, emessa in accertamento della sussistenza della violazione dei diritti del ricorrente. In tal caso, tuttavia, apparirà evidente che la violazione non sarà addebitabile all'Unione, ma unicamente allo Stato membro per il fatto dell'attuazione. Sebbene la sentenza di condanna possa essere emessa comunque congiuntamente nei confronti dello Stato convenuto e dell'Unione convenuto aggiunto, per evitare ogni intromissione della Corte di Strasburgo circa il riparto di competenze tra gli stessi, la ripartizione interna della responsabilità tra Unione e Stato non potrà che essere orientata principalmente verso quest'ultimo.

Nella terza ipotesi, ovvero l'interpretazione avente ad oggetto il diritto primario dell'Unione europea, nel caso in cui si verifichi un'ipotesi di contrasto con la CEDU e i suoi protocolli, si profilano diversi scenari. Innanzitutto, è verosimile pensare che la Corte di giustizia tenti un'interpretazione convenzionalmente conforme del proprio diritto primario, in modo da evitare il potenziale conflitto e, dunque, la censura di Strasburgo. L'istituto dell'interpretazione conforme non è estraneo al diritto dell'Unione, ma è attualmente utilizzato principalmente da parte del giudice nazionale per evitare conflitti tra il diritto dello Stato e quello dell'Unione. L'interpretazione convenzionalmente conforme è, invece, già ben conosciuta dalla nostra Corte costituzionale, che ha indicato tale soluzione, ove possibile, come rimedio ai casi di contrasto tra il diritto italiano e la CEDU<sup>58</sup>. Del resto, anche la Corte di giustizia è attualmente orientata a superare i conflitti con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in un'ottica di dialogo e di reciproca deferenza tra le due Corti. La ricerca di una composizione in via interpretativa del conflitto tra una norma di diritto primario dell'Unione e una norma CEDU, mediante il rinvio alla Corte di giustizia, appare, dunque, la soluzione migliore per evitare l'esposizione dell'Unione alla censura della Corte EDU ed è indubitabile che la Corte di giustizia adopererà ogni sforzo a tal fine. La Corte di Strasburgo potrà in tal caso prendere atto della coerente interpretazione del diritto primario dell'Unione e accertare conseguentemente la mancata violazione della CEDU da parte dell'Unione stessa. La Corte di Strasburgo potrebbe, invece, pronunciare una sentenza di condanna, nei confronti di Stato e Unione, ove riscontrasse in ogni caso la sussistenza della violazione dei diritti del ricorrente. In tal caso, tuttavia, la previa pronuncia della Corte di giustizia avrà l'effetto di gettare luce sul riparto interno delle responsabilità tra Unione e Stato.

La quarta ipotesi è quella il cui verificarsi è meno probabile. Si tratta, infatti, dell'ipotesi di un conflitto insanabile tra il diritto primario dell'Unione europea e la CEDU, il quale appare di per sé inverosimile, visto che, come specificato nel Trattato e ribadito in giurisprudenza, la CEDU è fonte di ispirazione per il legislatore dell'Unione, nonché per gli Stati nella negoziazione dei Trattati, anche in ragione delle obbligazioni di rispetto della CEDU derivanti dai propri ordinamenti interni. Tuttavia, in tale remota eventualità, la Corte di giustizia non potrebbe che attestare la presenza dell'inconciliabile conflitto e rinviare la questione alla Corte

---

<sup>58</sup> Cfr. sentenza della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349. Per conferme e puntualizzazioni cfr. sentenze della Corte costituzionale del 27 febbraio 2008 n. 39; del 24 luglio 2009 n. 239; del 26 novembre 2009 n. 311; del 4 dicembre 2009 n. 317; del 12 marzo 2010 n. 93; del 15 aprile 2010 n. 138; del 28 maggio 2010 n. 187; del 5 gennaio 2011 n. 1; dell'11 marzo 2011 n. 80; del 7 aprile 2011 n. 113.

di Strasburgo. Si tratterebbe, poi di un'ipotesi in cui l'intervento degli Stati risulterebbe indispensabile per rimuovere detta violazione, non essendo possibile alle istituzioni modificare il diritto primario. Anche in tal caso, si avrebbe, quindi, una condanna da parte della Corte di Strasburgo, cui dovrebbero porre rimedio principalmente gli Stati membri dell'Unione europea.

In ogni caso, l'ultimo periodo dell'art. 3, par. 6 specifica che “[t]he provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court”, sancendo che la Corte di Strasburgo non è in alcun modo vincolata alle statuizioni della Corte di giustizia, rimanendo del tutto libera di adottare conclusioni diverse, come sopra delineato. Inoltre, lo stesso par. 7 dell'art. 3 precisa che la Corte, in linea di principio, potrebbe, sulla base delle ragioni esposte dai convenuti principale e aggiunto, avendo ascoltato l'opinione del ricorrente, decidere di ritenere solo uno di essi responsabile della violazione. Dunque, nelle ipotesi sopra descritte, ove dalla pronuncia della Corte di giustizia emergesse con assoluta chiarezza e al di là di ogni dubbio la conformità alla CEDU del diritto e della prassi delle istituzioni dell'Unione, la Corte di Strasburgo potrebbe decidere per una condanna unicamente nei confronti dello Stato. A tal proposito, lo stesso Rapporto esplicativo, al par. 62, precisa che ogni altra ipotesi di ripartizione della responsabilità potrebbe implicare il rischio per la Corte di Strasburgo di pronunciarsi sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri: è, dunque, possibile immaginare che difficilmente la Corte si avventurerà nella demarcazione delle rispettive responsabilità per evitare tale “intromissione” nel sistema comunitario.

Alla luce di quanto esposto, appare evidente che la sentenza della Corte di giustizia, oltre che sul procedimento dinanzi alla Corte di Strasburgo, inciderà profondamente sul riparto della responsabilità tra Unione europea e Stati membri, anticipando un giudizio i cui effetti si esplicheranno al momento dell'esecuzione della sentenza della Corte EDU.

6. Alla luce dell'analisi fin qui effettuata del funzionamento del meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia nei procedimenti in cui l'Unione europea è convenuto aggiunto, occorre chiedersi se tale meccanismo, come attualmente delineato nel testo dell'Accordo e del Rapporto esplicativo, risponde alle esigenze manifestate da parte della stessa Corte di giustizia e dei sostenitori della sua introduzione, nonché dal sistema CEDU e rappresenta, dunque, un elemento davvero indispensabile dell'Accordo. In dottrina le opinioni sono estremamente divergenti: vi è chi constata la coerenza, la logica e l'utilità di questo meccanismo<sup>59</sup>, mentre vi è chi sottolinea l'inutilità dello stesso, le difficoltà del suo funzionamento o la sua problematicità<sup>60</sup>, oltre alle incertezze sulla sua concreta applicazione<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> R. BARATTA, *op. cit.*, p. 1330.

<sup>60</sup> O. DE SCHUTTER, *Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Note à l'attention de la Commission institutionnelle du Parlement européen en vue de l'audition du 18 mars 2010, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).; J. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1021; S. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, reperibile online, p. 13.

<sup>61</sup> O'MEARA, *A More Secure Europe of Rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR*, in *German Journal*, 2011, p. 1824 ss.

Innanzitutto, la prima esigenza manifestata è quella del rispetto del principio di sussidiarietà, principio cardine del sistema di Strasburgo, in virtù del quale i principali responsabili della tutela dei diritti contenuti nella CEDU sono gli Stati. A tal proposito, occorre osservare che tale privilegio di previo intervento non è garantito alle Corti costituzionali degli Stati Parti contraenti: all'evidenza, il principio di sussidiarietà non richiede necessariamente questo passaggio, essendo sufficiente a tal fine la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni.

La stessa Corte di giustizia ha indicato che tale meccanismo è indispensabile per l'Unione in virtù delle sue peculiarità, ma occorre chiedersi se queste siano tali da giustificare una disparità di trattamento così significativa rispetto alle Corti nazionali. Vi è chi<sup>62</sup> ha indicato che le specificità del sistema dell'Unione, che non possono essere in alcun modo oggetto di sindacato da parte di una Corte esterna, almeno per quanto riguarda il riparto interno di competenze, nonché il primato sul diritto nazionale, implicano di per sé questo trattamento differenziato per la Corte di giustizia. Vi è poi chi, al contrario, sostiene fermamente che “[l]a situation de la Cour de justice de l'Union européenne n'est donc pas véritablement spécifique, surtout si l'on considère que les juridictions nationales des Etats membres sont les premiers juges de l'application du droit de l'Union européenne”<sup>63</sup>. Altri hanno sostenuto che l'inserimento del previo coinvolgimento della Corte di giustizia è “absolutely negative” perché violerebbe il principio della parità di trattamento tra Stati e Unione<sup>64</sup>.

Alla luce di quanto sopra, i dubbi circa la reale utilità di tale meccanismo permangono. Infatti, la Corte di Strasburgo, all'esito di un procedimento in cui l'Unione partecipa quale convenuto aggiunto, rende generalmente una sentenza nei confronti della stessa e del convenuto principale congiuntamente, senza entrare nel merito del riparto di competenze. Un intervento della Corte potrebbe verificarsi successivamente a tale sentenza, nel caso in cui, ad esempio, l'istituzione responsabile della violazione non rimuova il proprio atto illegittimo o non sia chiara l'interpretazione di una norma dell'Unione a seguito della stessa, tanto da rendere necessario un quesito pregiudiziale da parte del giudice nazionale. Peraltro, come già indicato da alcuni, questo peculiare meccanismo pregiudiziale potrebbe esporre la Corte di giustizia al rischio di rendere una pronuncia sul tema dei diritti fondamentali che potrebbe essere successivamente apertamente contraddetta dalla Corte di Strasburgo, situazione tanto più rischiosa in quanto la Carta di Nizza contiene disposizioni in gran parte ispirate alla CEDU, che, come anticipato, diventerà parte del sistema delle fonti dell'Unione a seguito dell'adesione<sup>65</sup>.

In secondo luogo, il monopolio della Corte di giustizia nell'interpretazione e nel giudizio di validità sul diritto dell'Unione europea verrebbe comunque rispettato, in quanto la Corte di Strasburgo, anche senza il meccanismo del previo coinvolgimento, si limiterebbe comunque a condannare convenuto principale e/o aggiunto, senza poter rimuovere direttamente le norme dell'Unione giudicate in violazione della CEDU, al pari di quanto accade per gli ordinamenti nazionali. Dunque, il

---

<sup>62</sup> R. BARATTA, *op. cit.*, p. 1326.

<sup>63</sup> O. DE SCHUTTER, *Les aspects*, cit., par. 2.

<sup>64</sup> B. CONFORTI, *Comments*, cit., p. 86.

<sup>65</sup> O. DE SCHUTTER, *Les aspects*, cit., par. 2.

previo coinvolgimento della Corte di giustizia non appare indispensabile al fine di salvaguardare il ruolo della Corte stessa.

D'altro canto, il previo coinvolgimento della Corte di giustizia comporterebbe, inevitabilmente, un allungamento dei tempi del procedimento presso la Corte EDU<sup>66</sup>, ove il ricorrente giunge dopo aver esaurito i rimedi interni e dunque dopo anni di vicenda processuale nazionale.

Inoltre, è stato messo in luce come questo meccanismo sia in realtà stato disegnato per porre rimedio ad una violazione strutturale del sistema dell'Unione, che non assicura un ricorso effettivo per la protezione dei diritti conferiti dalla CEDU ai sensi dell'art. 13 CEDU<sup>67</sup>, per le limitazioni al diritto di accesso alla Corte di cui all'art. 263 TFUE o per l'impossibilità per le parti di ottenere il rinvio pregiudiziale. A tal proposito, in dottrina è anche stato proposto di modificare l'art. 35 CEDU, in modo da specificare che la richiesta di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia costituisce condizione di ricevibilità dei ricorsi alla CEDU<sup>68</sup>, sebbene tale proposta sia sempre stata esplicitamente respinta nell'ambito dei negoziati.

Poiché la formulazione nella bozza di Accordo è ormai definitiva, non resta che attendere la pronuncia della Corte di giustizia nell'ambito del parere richiesto dalla Commissione ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, la quale potrebbe soffermarsi, in particolare, sul previo coinvolgimento, proprio perché maggiormente suscettibile di incidere sulle garanzie imposte dal Protocollo n. 8 sull'adesione, sull'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, nonché sui poteri della stessa Corte di giustizia. Si auspica che, in caso di via libera al completamento del processo di adesione, il rapporto tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo continui a svilupparsi in un'ottica di dialogo e collaborazione, al di là della definizione delle questioni procedurali ancora da chiarire.

<sup>66</sup> Cfr. S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 14.

<sup>67</sup> F. JACOBS, *The Accession of the European Union/European Community to the European Convention on Human Rights*, Doc. 11533, 18, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>68</sup> S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 15; O. DE SCHUTTER, *L'adhésion*, cit., par. 4.

## Abstract

# The Prior Involvement of the Court of Justice in the Context of the Co-respondent Mechanism in the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Problems and Perspectives

After years of negotiations, the accession of the European Union to the European Convention of Human Rights seems to be an achievable goal, as the draft of the Accession Agreement was finalized on 5 April 2013. The European Commission has asked the Court of Justice an opinion according to Article 218 TFUE on the compatibility of such agreement with the Treaties. While this procedure is still pending, several issues need investigating. The article focuses on the prior involvement of the Court of Justice in the context of the co-respondent mechanism described in the Accession Agreement, envisaged in order to let the Court assess the compatibility of EU Law with the Convention before the intervention of the Strasbourg Court. Indeed, according to Article 3, para. 6, of the Accession Agreement, in proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the Protocols, sufficient time shall be afforded for the latter to make such an assessment. The bare wording of the norm raises several questions. In particular, the article considers the issues concerning the procedure to be used to enact such intervention and the need to reform EU treaties accordingly, as well as the impact of Luxembourg judgement on the Strasbourg's process.



Rosita Forastiero\*

# La tutela giuridica degli animali da esperimento: riflessioni sull'attuazione in Italia della direttiva 2010/63/UE

SOMMARIO: 1. L'attuazione in Italia della direttiva 2010/63/UE e la protezione degli animali da esperimento: considerazioni introduttive. – 2. La protezione degli animali sperimentali nel diritto internazionale ed europeo prima del Trattato di Lisbona. – 3. *Segue*: la Convenzione europea sulla protezione degli animali vertebrati utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici. – 4. L'evoluzione giuridica del principio del benessere degli animali. – 5. *Segue*: il principio del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona. – 6. L'armonizzazione delle prassi degli Stati membri dell'UE in materia di sperimentazione animale e il "principio della maggior protezione". – 7. La protezione degli animali da esperimento nella direttiva 2010/63/UE. – 8. Il quadro normativo italiano sulla sperimentazione animale. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Con l'entrata in vigore della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, gli Stati membri dell'UE sono stati chiamati ad adottare le relative norme interne d'attuazione entro il 10 novembre 2012<sup>1</sup>. Per l'Italia, è stato il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 26, a portare a compimento il processo di adeguamento dell'ordinamento interno alla disciplina europea<sup>2</sup>, che ha anche registrato, a causa del ritardo italiano nell'attuazione della direttiva, l'avvio di una procedura d'infrazione il 31 gennaio 2013 con una lettera di messa in mora da parte della Commissione. Con il recepimento della direttiva 2010/63, è tornata di attualità la tematica dell'utilizzo di animali nelle attività di ricerca a fini sperimentali. Tale tematica presenta aspetti rilevanti dal punto di vista giuridico al cui esame è dedicato il presente lavoro.

Premessa indispensabile è che, nella materia considerata sono presenti interessi divergenti di vari soggetti: la comunità scientifica che vuole avanzare nel campo della conoscenza e della ricerca biomedica; le associazioni animaliste interessate a

\* Ricercatore presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali del CNR, Roma.

<sup>1</sup> Direttiva 2010/63/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2010, sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici.

<sup>2</sup> D.lgs. 4 marzo 2014, n. 26, Attuazione della direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, entrato in vigore il 29 marzo 2014.

tutelare gli animali da sperimentazioni non necessarie e pratiche considerate crudeli; le associazioni dei consumatori sensibili alla tutela della salute umana e, non ultime, le società farmaceutiche con i loro interessi economici. Il conflitto tra tali interessi ha aperto un dibattito tra quanti ritengono la sperimentazione animale eticamente inaccettabile, quindi da proibire, e quanti, invece, ritengono che essa sia indispensabile per la prevenzione e la cura delle malattie che affliggono il genere umano. Si impone quindi un'impostazione equilibrata secondo la quale la sperimentazione animale è da ritenersi accettabile a condizione che si progredisca nella ricerca di metodologie alternative dirette a sostituire la ricerca *in vivo* e che si migliori il benessere degli animali da esperimento mediante un adeguato regime giuridico.

A confermare la complessità di tale dibattito sta il quadro giuridico internazionale e quello europeo, attraverso cui si è inteso realizzare un elevato livello di protezione degli animali da esperimento. La nostra attenzione sarà quindi rivolta a tale quadro, quale è evoluto negli ultimi anni.

In verità, il cammino che ha condotto all'adozione di un nuovo regime giuridico europeo sugli animali è stato lungo e difficile. Partendo dai primi strumenti giuridici internazionali relativi agli animali, va sottolineato che l'obiettivo era soprattutto la tutela dell'ambiente e della biodiversità. Tale quadro ha conosciuto nel tempo un'importante evoluzione che è stata aiutata dal consolidarsi di taluni obblighi a livello internazionale. Rilevante è stata l'azione esercitata, a partire dal 1968, dal Consiglio d'Europa.

Allo sviluppo della normativa convenzionale è seguita l'adozione di taluni atti di diritto comunitario e l'azione della Corte di giustizia, che ha svolto un ruolo centrale nello sviluppo del quadro normativo europeo in materia di animali. Punto significativo di tale evoluzione è stato il riconoscimento nel Trattato di Lisbona, all'art. 13 TFUE, del principio del benessere degli animali. A sua volta, la direttiva 2010/63 ha stabilito norme specifiche sulla tutela degli animali sperimentali e nuove regole per la ricerca scientifica.

Vediamo, pertanto, di fare alcune riflessioni sulla portata di tali strumenti ed, in particolare, sul principio del benessere animale e sulla direttiva 2010/63, attraverso i quali riscontriamo nel diritto dell'UE l'affermarsi di nuovi paradigmi giuridici sulla tutela degli animali da esperimento.

2. Il primo passo, si è detto, coincide con la normativa convenzionale avente ad oggetto la protezione delle specie animali inizialmente considerate in ragione della loro utilità o pericolosità per l'uomo e soltanto in seguito tutelate in quanto costituenti un valore in sé<sup>3</sup>. I primi trattati internazionali erano volti a proteggere soltanto talune categorie di animali e gli *habitat* in cui esse vivono, ovvero una specie animale determinata quali uccelli, foche, orsi, balene, vigogne, ed altri<sup>4</sup>. Mancavano

<sup>3</sup> Cfr. S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008, pp. 1-50, e A. KISS, J. P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Paris, 2010, pp. 313 ss.

<sup>4</sup> Rimontano agli inizi del XX secolo i primi trattati multilaterali e bilaterali volti a proteggere alcune specie faunistiche, quali la Convenzione di Parigi del 19 marzo 1902 sugli uccelli utili all'agricoltura e i trattati del 1911 conclusi tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna e tra il Giappone e la Russia sulla protezione delle foche da pelliccia. Tra gli strumenti convenzionali più rilevanti vanno ricordati, *inter*

nel diritto internazionale pattizio norme volte a realizzare uno standard minimo di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici.

Va peraltro notato che i trattati in materia di protezione degli animali hanno fin dall'inizio ammesso deroghe in presenza di un interesse scientifico, che hanno consentito agli Stati contraenti di autorizzare lo svolgimento di ricerche sulle specie animali, comprese quelle più vulnerabili, oggetto di tutela<sup>5</sup>. Si trattava quindi di

---

*alia*, la Convenzione internazionale che regola la caccia alla balena del 1946, con la quale gli Stati parti hanno inteso limitare lo sfruttamento eccessivo e la distruzione indiscriminata di questi cetacei assicurandone la conservazione e l'accrescimento; la Convenzione di Bonn relativa alla conservazione delle specie migratrici appartenenti alla fauna selvatica del 1979, con la quale gli Stati parti si impegnano ad adottare le misure necessarie per evitare che una specie migratrice venga minacciata di estinzione promuovendo lavori di ricerca su tali specie, dando protezione immediata alle specie più a rischio e concludendo accordi sulla conservazione e gestione di quelle che si trovano in cattivo stato di conservazione (art. 2); l'Accordo internazionale sulla conservazione degli orsi polari del 1973, inerente al divieto di caccia degli orsi nella regione dell'Artico salvo specifiche eccezioni; le Convenzioni di La Paz e di Lima del 1968 e del 1979 per la protezione della vigogna inerenti, la prima, al divieto di caccia di questi mammiferi appartenenti alla famiglia dei cammelli stanziati sulle Ande e, la seconda, conclusa dopo il parziale ripopolamento di tale specie faunistica, alla regolamentazione dei prelievi e dell'esportazione degli esemplari protetti; la Convenzione di Parigi del 1950 sulla protezione degli uccelli e la Convenzione di Ramsar del 1971 sulle zone umide d'importanza internazionale soprattutto come *habitat* degli uccelli acquatici. Quest'ultima è considerata il primo trattato a vocazione universale avente ad oggetto la conservazione di un particolare tipo di *habitat*, le cosiddette *wetlands*, e l'avifauna acquatica che dipende da esse. Nel periodo tra le due guerre mondiali vengono concluse altre convenzioni multilaterali, stavolta a portata regionale, volte alla protezione della fauna e della flora, in particolare, in Africa e in America. Al riguardo, possono ricordarsi la Convenzione di Londra del 1933 relativa alla conservazione della fauna e della flora allo stato naturale e la Convenzione di Washington del 1940 per la protezione della flora, della fauna e delle bellezze panoramiche naturali nei Paesi americani. A tali convenzioni ha fatto seguito la Convenzione di Berna del 1979 relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, con la quale gli Stati membri del Consiglio d'Europa si impegnano ad adottare le misure necessarie per mantenere o portare la presenza della flora e della fauna selvatiche ad un livello che corrisponda alle esigenze ecologiche, scientifiche e culturali. Tra le convenzioni che riguardano gli animali è da segnalare inoltre la Convenzione di Washington del 3 marzo 1973 sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche in via di estinzione (CITES), volta a regolamentare il commercio delle specie minacciate di estinzione elencate nei tre annessi alla Convenzione al fine di evitare uno sfruttamento incompatibile con la loro sopravvivenza. In materia, cfr. S. LYSTER, *International Wildlife Law*, Cambridge, 1985 (rist. 2000); P. W. BIRNIE, A. BOYLE, *International Law & the Environment*, Oxford, 2002; P. SANDS, P. GALIZZI, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, 2004; O. FERRAJOLO, *Il sistema giuridico della Convenzione di Ramsar sulle zone umide*, Milano, 2006; J.H. JANS, H.H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, Gramingen, 2008; M. C. MAFFEI, *La protezione delle specie, degli habitat e della biodiversità*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009, pp. 263-314.

<sup>5</sup> Al riguardo, l'art. 7 della Convenzione per la protezione degli uccelli utili all'agricoltura del 1902 prevede la possibilità per le autorità competenti di stabilire eccezioni alle disposizioni della Convenzione per fini scientifici o a scopo di ripopolamento, prendendo tutte le precauzioni al fine di evitare eventuali abusi. Anche la Convenzione che regola la caccia alla balena del 1946 stabilisce all'art. VIII che: "any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that National to kill, take, and treat whales for purposes of scientific research subject to such other conditions as the contracting Government thinks fit, and the killing, taking, and treating of whales in accordance with the provisions of the Article shall be exempt from the operation of this Convention". In linea con la prassi progressiva, la Convenzione CITES all'art. VII autorizza, sia pure in via eccezionale, il prestito, la donazione o l'interscambio non a scopi commerciali delle specie animali tutelate tra scienziati o istituzioni scientifiche; anche l'art. 9 della Convenzione di Berna del 1979 stabilisce che, nel

un'ottica decisamente antropocentrica, nel cui contesto non era vietato l'uso delle specie animali ma il loro sfruttamento eccessivo, al fine di consentirne la riproduzione e preservare gli interessi delle generazioni presenti e future. In seguito, la riflessione teorica ha condotto a considerare anche gli animali come esseri senzienti, prendendo le distanze dalla visione strettamente antropocentrica delle origini<sup>6</sup>. Tale riflessione ha anticipato e favorito la formazione di strumenti giuridici, sia a carattere non vincolante che a carattere vincolante, volti a garantire il perseguimento di elevati livelli di tutela degli animali e tra questi anche degli animali sperimentali. Il 27 gennaio 1978 è quindi intervenuta la Dichiarazione universale dei diritti dell'animale, proclamata a Bruxelles su iniziativa dell'UNESCO.

A sua volta, a partire dal 1968, il Consiglio d'Europa ha adottato alcune convenzioni aventi ad oggetto la protezione degli animali<sup>7</sup>. In particolare, tali convenzioni riguardano la protezione degli animali durante il trasporto internazionale, negli allevamenti, nella fase di macellazione, negli esperimenti scientifici, nonché la protezione degli animali da compagnia. Tra queste convenzioni troviamo, quindi, la prima dedicata esclusivamente alla protezione degli animali da esperimento.

**3. La Convenzione europea sulla protezione degli animali vertebrati utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici (CETS n. 123), del 18 marzo 1986, entrata in vigore il 1° gennaio 1991, è stata successivamente emendata dal Protocollo CETS n. 170 del 22 giugno 1998, entrato in vigore il 2 dicembre 2005<sup>8</sup>.**

Considerando il contenuto della Convenzione, appare evidente che essa si ispira a principi "etici" in materia di sperimentazione animale, sulla base dei quali richiama l'obbligo morale dell'uomo di rispettare gli animali e di considerarne l'attitudine alla

---

caso in cui non vi siano alternative ed a condizione che non ci siano pericoli per la sopravvivenza della specie animale protetta, ogni Stato contraente può derogare per fini di ricerca ed educativi agli obblighi di tutela assunti. Ancora, la Convenzione del 1979 relativa alla conservazione delle specie migratrici appartenenti alla fauna selvatica prevede all'art. III la possibilità di derogare al divieto di prelievo delle specie migratrici minacciate elencate nell'Allegato I alla Convenzione quando il prelievo sia effettuato per scopi scientifici.

<sup>6</sup> Cfr. S. CASTIGNONE, *La «questione animale»*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, pp. 17-35. V. anche F. RESCIGNO, voce *Animali (diritti degli)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 321.

<sup>7</sup> Convenzione europea sulla protezione degli animali nel trasporto internazionale (CETS n. 65), del 13 dicembre 1968, entrata in vigore il 20 febbraio 1971, emendata successivamente dal Protocollo CETS n. 103 del 1979 e dal Protocollo CETS n. 193 del 2003; Convenzione europea sulla protezione degli animali negli allevamenti (CETS n. 87), del 10 marzo 1976, entrata in vigore il 10 settembre 1978; Convenzione europea sulla protezione degli animali da macello (CETS n. 102), del 10 maggio 1979, entrata in vigore l'11 giugno 1989; e Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia (CETS n. 125), del 13 novembre 1987, entrata in vigore il 1° maggio 1992 (ratificata dall'Italia il 19 aprile 2011).

<sup>8</sup> Come previsto dall'art. 32, la Convenzione è entrata in vigore a seguito del deposito dello strumento di ratifica da parte di quattro Stati membri del Consiglio d'Europa. La Convenzione è aperta alla firma degli Stati parti del Consiglio d'Europa e a quella delle Comunità europee, oggi Unione europea. Attualmente, dei 47 Stati membri che compongono il Consiglio d'Europa, 6 hanno soltanto firmato la Convenzione mentre 22 hanno depositato anche lo strumento di ratifica. Tra gli Stati che non hanno ancora firmato la Convenzione sulla protezione degli animali vertebrati utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici figura anche l'Italia, sebbene essa sia Parte delle altre convenzioni del Consiglio d'Europa in materia di benessere degli animali.

sofferenza<sup>9</sup>. Quel che va sottolineato, in particolare, è lo scopo della Convenzione del Consiglio d'Europa che è quello di ridurre il numero degli animali utilizzati negli esperimenti e promuoverne la sostituzione in tutte le procedure in cui ciò sia scientificamente sostenibile. Il nuovo concetto è quindi quello di "sostituzione", che apre la via al successivo obiettivo dell'identificazione di metodologie alternative. A tal fine, l'ambito d'applicazione della Convenzione si estende ad ogni animale usato o destinato ad essere usato in qualsiasi procedura sperimentale o altra procedura scientifica che può provocare danni durevoli, dolori, sofferenze o angoscia ad esclusione delle pratiche veterinarie non sperimentali di tipo agricolo o clinico.

Elemento caratterizzante è che la tutela degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici è delineata sia attraverso obblighi generali degli Stati parti che attraverso obblighi specifici. Con riferimento agli obblighi di carattere generale, ricordiamo che, in base all'art. 3 della Convenzione, gli Stati parti si impegnano ad adottare le misure necessarie per favorire la protezione degli animali dal momento dell'allevamento negli stabilimenti fornitori fino alla fine dell'esperimento<sup>10</sup> e per assicurare un efficace sistema di controllo. Obblighi specifici sono, invece, previsti con riferimento alla cura e al ricovero degli animali, alla condotta degli esperimenti, agli stabilimenti di allevamento e agli stabilimenti utilizzatori, agli esperimenti condotti a scopo di insegnamento e formazione e, infine, alla raccolta di dati statistici sull'impiego di animali nei protocolli sperimentali.

Il funzionamento della Convenzione è basato su un meccanismo di consultazioni multilaterali in seno al Consiglio d'Europa a cadenza quinquennale, o più frequente nel caso in cui ciò sia richiesto dalla maggioranza degli Stati parti. Il Protocollo di emendamento CETS n. 170 ha rafforzato tale sistema di monitoraggio al fine di consentire l'adeguamento delle disposizioni convenzionali allo sviluppo delle conoscenze scientifiche.

Attraverso l'azione del Consiglio d'Europa si consolidano, pertanto, a livello internazionale significativi obblighi in materia di protezione degli animali. La Convenzione del 1986 non è soltanto il primo strumento giuridico in ordine cronologico avente ad oggetto la tutela degli animali sperimentali, ma anche il primo passo verso un nuovo regime giuridico volto a realizzare in Europa un elevato livello di tutela.

**4. L'importanza della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1986 è stata tale da spingere anche l'Unione europea (allora CEE) ad aderire<sup>11</sup>. In verità, benessere**

---

<sup>9</sup> Cfr. E. VERGES, *L'experimentation animale et les droits europeens*, in J. P. MARGUENAUD, O. DUBOS (a cura di), *Animaux. Les animaux et les droits europeens*, Paris, 2009, pp. 137-149.

<sup>10</sup> Secondo la definizione contenuta nella Convenzione, per "esperimento" si intende l'impiego di un animale a fini sperimentali o ad altri fini scientifici da cui derivi dolore, sofferenza, angoscia o danni durevoli compresa qualsiasi azione volta o suscettibile di determinare la nascita di un animale in queste condizioni. L'esperimento inizia con la preparazione dell'animale per la prima volta ai fini dell'utilizzazione e si conclude quando non si rendano necessarie ulteriori osservazioni. La Convenzione stabilisce che possano essere praticati soltanto gli esperimenti che abbiano come scopo la rilevazione, la valutazione, il controllo o le modificazioni delle condizioni fisiologiche nell'uomo, negli animali e nelle piante, nonché gli esperimenti praticati con lo scopo di proteggere l'ambiente, di favorire la ricerca scientifica, l'insegnamento e la formazione ed, infine, quelli con lo scopo di svolgere inchieste medico-legali.

<sup>11</sup> La CEE ha firmato la Convenzione CETS n. 123 il 10 febbraio 1987 ed ha depositato il relativo strumento di adesione formale il 30 aprile 1998. In virtù dell'art. 1, par. 3, TUE, l'Unione europea è subentrata

e protezione degli animali non rientravano all'epoca tra i settori d'intervento comunitari. L'adesione della CEE alla Convenzione venne vista pertanto come esercizio della sua competenza in materia di armonizzazione delle legislazioni per il corretto funzionamento del mercato interno.

Sulla base dell'art. 100 TCEE (oggi art. 114 TFUE), inerente al ravvicinamento delle legislazioni, la CEE ha adottato la direttiva 86/609/CEE<sup>12</sup>. Nonostante l'intento fosse quello di armonizzare le prassi degli Stati membri con riguardo alla sperimentazione animale, alcune norme si prestavano ad essere interpretate in modo diverso, generando problemi nella fase del recepimento e dell'attuazione uniforme. Mentre infatti alcuni Stati si erano limitati ad adottare le norme di protezione minima previste dallo strumento comunitario, altri avevano stabilito misure più rigorose favorendone così l'applicazione asimmetrica<sup>13</sup>.

La revisione della direttiva 86/609 si è resa quindi presto necessaria<sup>14</sup>. Oltre ai motivi esposti, tale esigenza si rendeva indispensabile per adeguare la normativa

---

nei diritti e negli obblighi assunti dall'allora Comunità europea. Poiché la Convenzione riguardava settori che rientravano nella competenza degli Stati membri, il 24 novembre 1986 il Consiglio ha adottato una risoluzione con la quale invitava gli Stati che non lo avessero ancora fatto a procedere quanto prima, nell'esercizio delle rispettive competenze, alla firma della Convenzione CETS n. 123 così da favorire la presentazione simultanea dei rispettivi strumenti di approvazione e di ratifica: v. Communication contained in a Note Verbale from the Council of the European Union and the Commission of the European Communities, dated 27 November 2009, registered at the Secretariat General on 30 November 2009, reperibile *online*.

<sup>12</sup> Direttiva del Consiglio, del 24 novembre 1986, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici.

<sup>13</sup> Ciò emerge con tutta evidenza dalla motivazione e dagli obiettivi richiamati dalla Commissione nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, del 5 novembre 2008, COM(2008)543 def., con la quale è stato avviato il processo di revisione del sistema previgente. Al riguardo la Commissione afferma: “[l]a direttiva 86/609/CEE sulla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici è stata adottata per armonizzare le prassi nell'UE nel settore della sperimentazione animale. Tuttavia, date numerose lacune presenti nella vigente direttiva, alcuni Stati membri hanno previsto misure di portata molto più ampia nella legislazione nazionale di attuazione; altri, invece, applicano solo le norme minime. Per riaffermare gli obiettivi del mercato interno occorre porre rimedio a questa situazione di squilibrio. La presente proposta è volta ad assicurare, in tutta l'Unione europea, condizioni di parità per le imprese e i ricercatori rafforzando nello stesso tempo la protezione degli animali ancora usati nelle procedure scientifiche in conformità al protocollo sul benessere degli animali del trattato CE (...)”.

<sup>14</sup> Nel 2002, la Commissione europea ha avviato ampie consultazioni *online* a cui hanno preso parte i principali *stakeholders* del settore. Tra questi, amministrazioni nazionali, associazioni industriali, associazioni per il benessere degli animali, associazioni di pazienti, istituti scientifici e di ricerca, associazioni operanti a favore del modello delle 3R e dei metodi alternativi, l'Agenzia europea per i medicinali ed altri, ma anche i cittadini. Al riguardo cfr. EUROPEAN COMMISSION-HEALTH AND CONSUMER PROTECTION DIRECTORATE GENERAL, *The Welfare of Non-Human Primates used in Research*, Report of the Scientific Committee on Animal Health and Animal Welfare (SCHAW), 17 December 2002, reperibile *online*; cfr. inoltre *Opinion of the Scientific Panel on Animal Health and Welfare on a request from the Commission related to “Aspect of the Biology and Welfare of Animals used for Experimental and other Scientific Purposes”*, EFSA-Q-2004-105, 14 November 2005, reperibile *online*. La consultazione aveva ad oggetto alcuni dei principali aspetti inerenti alla revisione della normativa sulla sperimentazione animale e conteneva indicazioni circa l'impatto scientifico, politico ed economico delle possibili soluzioni nonché dell'impatto sul piano etico e del benessere degli animali. Attraverso tali consultazioni, le parti in causa hanno partecipato quindi all'elaborazione della citata proposta COM(2008)543 def. La proposta di direttiva è stata trasmessa al Consiglio dell'UE e al Parlamento europeo il 7 novembre 2008. Il 5 maggio

europea ai più recenti sviluppi scientifici e tecnici ed ai risultati ottenuti dalla ricerca in tale settore. In verità, la spinta che ha portato ad avviare nel 2002 il processo di revisione del quadro normativo comunitario sulla tutela degli animali utilizzati a scopi scientifici è venuta dal progressivo consolidamento nell'ordinamento dell'UE del principio del benessere animale<sup>15</sup>.

Il principio del benessere degli animali compare per la prima volta nella Dichiarazione n. 24 allegata al Trattato di Maastricht del 1992, la quale invitava il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione e gli Stati membri a tenere conto del benessere degli animali nell'ottica della protezione di questi ultimi, sia nella fase della formulazione che in quella dell'attuazione delle norme di diritto comunitario, relativamente a quattro settori: politica agricola comune, trasporti, mercato interno e ricerca. Tale principio era confermato dal Protocollo n. 33 che accompagnava il Trattato di Amsterdam del 1997 e ne costituiva parte integrante<sup>16</sup>. Per tale via, il principio del benessere degli animali non rappresentava più un mero parametro d'interpretazione privo di forza giuridica, ma acquisiva un più ampio valore cogente<sup>17</sup>.

Anche la Corte di giustizia si è occupata del principio del benessere degli animali, inizialmente nel contesto della salute e con un'impostazione piuttosto restrittiva, secondo la quale non si trattava di un principio ma di un obiettivo legittimo di carattere generale. Su tali basi, la Corte aveva in più occasioni fatto riferimento, ancora prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, all'interesse della Comunità verso la salute e la protezione degli animali<sup>18</sup>.

---

2009, il Parlamento ha espresso in prima lettura il proprio parere sulla proposta della Commissione, in relazione alla quale ha adottato 167 emendamenti sui 202 presentati. Il 3 giugno 2010, il Consiglio ha adottato la sua posizione a maggioranza qualificata in una seconda lettura rapida e prenegoziata. Dei 167 emendamenti adottati dal Parlamento, la Commissione a sua volta ne accoglieva 76 integralmente, in parte o nel loro principio ispiratore, ritenendo che questi chiarissero il testo della proposta e fossero coerenti con l'obiettivo generale ad essa sotteso. Sul punto cfr., inoltre, la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, del 15 giugno 2010, in applicazione dell'art. 294, par. 6, TFUE relativa alla posizione del Consiglio in prima lettura in merito all'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, COM(2010)324 def.

<sup>15</sup> Al riguardo, si ricorda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale, del 19 gennaio 2012, sulla strategia dell'Unione europea per la protezione e il benessere degli animali 2012-2015, COM(2012)6 def., la quale si basa sul Programma d'azione comunitario per la protezione ed il benessere degli animali 2006-2010. La strategia predispone le future linee d'azione dell'Unione avvalendosi dei progressi scientifici e tecnologici per conciliare il benessere degli animali e le realtà economiche. A tal fine, essa prevede un quadro legislativo dell'UE semplificato in materia di benessere degli animali.

<sup>16</sup> Il Protocollo n. 33 sulla protezione e il benessere animale riproduceva ed integrava al contempo il testo della dichiarazione allegata al Trattato di Maastricht, stabilendo che “nella formulazione e nell'attuazione delle politiche comunitarie nei settori dell'agricoltura, dei trasporti, del mercato interno e della ricerca, la Comunità e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”. Sul Protocollo n. 33 cfr. T. CAMM, D. BOWLES, *Animal Welfare Standards in the European Union*, in *Journal of Environmental Law*, 2000, p. 197 ss.

<sup>17</sup> D. RYLAND, A. NURSE, *Mainstreaming after Lisbon: Advancing Animal Welfare in the EU Internal Market*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2013, p. 101 ss.

<sup>18</sup> Cfr. le sentenze del 1° aprile 1982, cause riunite 141 e 143/81, *Holdijk*; del 23 febbraio 1988, causa 131/86, *Regno Unito c. Consiglio*; e del 24 novembre 1993, causa C-405/92, *Mondiet*.

Così, nella sentenza *Jippes*<sup>19</sup>, sulla validità di alcune norme comunitarie relative alla vaccinazione contro l'afta epizootica, la Corte ha precisato che non sussistevano elementi per considerare il principio del benessere animale come principio generale del diritto dell'Unione. L'interpretazione restrittiva si basava sul fatto che dall'art. 30 TCE (ora art. 36 TFUE), dalle numerose disposizioni di diritto derivato sul benessere degli animali e dalla stessa giurisprudenza comunitaria, non era possibile, secondo la Corte, ricavare un qualche elemento che potesse far ritenere sussistere un principio di tale portata. Il benessere degli animali era, pertanto, da intendersi come semplice "questione di interesse pubblico", che veniva in rilievo con riferimento all'esercizio del potere normativo delle istituzioni comunitarie ed al principio di proporzionalità<sup>20</sup>. Su tali basi, secondo la Corte di giustizia, il Protocollo n. 33 costituiva lo strumento con cui il legislatore comunitario aveva inteso rafforzare l'obbligo di prendere in considerazione la salute e la protezione degli animali, in particolare, nell'ambito della politica agricola comune<sup>21</sup>.

Quest'impostazione è stata confermata nel 2008 dalle sentenze *Viamex Agrar Handele Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers* e *Andibel*, con la quali la Corte ha affermato che "la protezione del benessere degli animali costituisce un obiettivo legittimo di interesse generale"<sup>22</sup>.

5. È con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che il principio sul benessere degli animali si è consolidato nell'ordinamento dell'UE. Infatti, tale principio è stato inserito nell'art. 13 TFUE e, pertanto, in quanto norma di diritto primario, rappresenta un precetto fondamentale del diritto dell'Unione<sup>23</sup>. In particolare, esso rientra tra le "Disposizioni di applicazione generale" del titolo II del TFUE, accanto al principio di eguaglianza e parità tra uomo e donna (art. 8), al principio di non discriminazione (art. 10), al principio sulla protezione dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile (art. 11). L'obbligo di protezione degli animali ha per tale via acquisito una maggiore visibilità rispetto al passato<sup>24</sup>.

L'art. 13 TFUE stabilisce che "nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli

<sup>19</sup> Sentenza del 12 luglio 2001, causa C-189/01.

<sup>20</sup> Al riguardo cfr. E. SPAVENTA, *Case C-189/01, H. Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren, Afdeling Assen en omstreken van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Judgment of the Full Court of 12 July 2001*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 1159-1170.

<sup>21</sup> Sentenza *Jippes*, punti 73-77.

<sup>22</sup> Sentenze del 17 gennaio 2008, cause riunite C-37 e 58/06, *Viamex Agrar Handel*, punti 22-23, e del 19 giugno 2008, causa C-219/07, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers e Andibel*.

<sup>23</sup> Sul valore dei Trattati nell'ordinamento dell'UE cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 110 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, 2010, p. 145 ss.; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 158 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 85 ss.

<sup>24</sup> Sul principio del benessere animale alla luce del Trattato di Lisbona cfr. F. BARZANTI, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 49 ss.

animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale". Da ciò si configura un vero e proprio obbligo in capo all'Unione e agli Stati membri di dare attuazione al principio del benessere animale. La norma non può, invece, rappresentare la base giuridica per l'adozione di atti di diritto derivato<sup>25</sup>. Il principio del benessere animale costituisce pertanto una "clausola orizzontale" in quanto applicabile trasversalmente nella formulazione ed attuazione delle politiche dell'Unione con riferimento a settori chiave dell'azione dell'UE espressamente indicati: agricoltura, pesca, trasporti, mercato interno, ricerca e sviluppo tecnologico ed, infine, lo spazio.

Con il Trattato di Lisbona è stato, pertanto, ampliato il novero dei settori interessati includendo il settore della pesca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio. Va detto al riguardo che il Trattato di Lisbona si è limitato a riprendere le modifiche previste dal Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, mai entrato in vigore. Nel 2003, durante i lavori della Conferenza intergovernativa, era stata avanzata la proposta di inserire un articolo *ad hoc* nel Trattato, l'art. III-121, sulla protezione del benessere degli animali che riprendesse in parte il testo del Protocollo, ampliandone i settori d'intervento<sup>26</sup>.

Nella nuova formulazione, assume particolare rilievo il riferimento al settore dello spazio, nell'ambito del quale, secondo l'art. 4, par. 3, TFUE, l'UE possiede una competenza parallela rispetto a quella degli Stati membri che continuano ad avere propri programmi nazionali e a legiferare nella materia<sup>27</sup>. Il richiamo nell'art. 13 a tale settore è dovuto in particolare all'impiego di animali nelle attività spaziali.

---

<sup>25</sup> Per un'ampia esegesi dell'art. 13 TFUE, cfr. F. X. PRIOLLAUD, D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris, 2008, p. 165 ss.; M. GIOVANNELLI, *Art. 13 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 481 ss.; F. BARZANTI, *Art. 13 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 416 ss.

<sup>26</sup> Cfr. CIG 50/03 ADD 1, 25 November 2003, *Annexes I and II to the EC Treaty, Protocols drawn up by the Convention and Protocols annexed to the EU Treaty and to the EC and EAEC Treaties (following editorial and legal adjustments by the Working Party of IGC Legal Experts)*; e CIG 52/1/03 REV 1, PRESID 10, 25 November 2003, *Naples Ministerial Conclave: Presidency proposal*.

<sup>27</sup> L'art. 4, par. 3, TFUE stabilisce che nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione ha competenza per condurre azioni, in particolare la definizione e l'attuazione di programmi, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro. Secondo il par. 4 della stessa norma, ciò vale anche per i settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario. Diversamente dagli altri settori delle competenze concorrenti, in tali settori il principio di *pre-emption* non si applica. Poiché la competenza legislativa degli Stati membri non viene intaccata, si parla allora di competenze parallele. Tale competenza è specificata nell'art. 189 TFUE che attribuisce all'UE il compito di elaborare una politica spaziale europea per favorire il progresso tecnico e scientifico, la competitività industriale e l'attuazione delle sue politiche. Sulle competenze dell'Unione in materia di politica spaziale cfr. S. MARCHISIO, *Potential European Space Policy and Its Impact on National Space Legislation*, in S. HOBE, B. SCHMIDT-TEDD, K. SCHROGL (eds.), *Project 2001, Towards an Harmonised Approach for National Space Legislation in Europe, Proceedings of the Workshop*, Berlin, 29/30 January 2004, Cologne, 2004, p. 145 ss.; ID., *Le clausole relative allo spazio nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, p. 1167 ss.; ID., *La politica spaziale europea: una competenza dell'Unione ancora da definire*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 377 ss.

Sono noti infatti gli esperimenti spaziali fatti con scimmie antropomorfe, moscerini, cani, gatti ed altri. Rimonta al 1957 il lancio da parte dell'ex URSS della navicella spaziale *Sputnik 2* con a bordo la cagnolina Laika, primo essere vivente ad orbitare attorno al nostro pianeta e che morì soffocata per la mancanza di ossigeno durante la fase di rientro. Dalla fine degli anni '50, l'impiego di animali negli esperimenti spaziali è stato progressivamente ridotto, ma mai abbandonato del tutto. Va ricordato in proposito che, soltanto nel 2013, l'Iran ha condotto due esperimenti spaziali nell'ambito dei quali sono state utilizzate due scimmie antropomorfe e la Russia ha lanciato la capsula spaziale *Bion-M1* con a bordo animali sperimentali.

Nell'esaminare l'art. 13 TFUE, va altresì rilevato che la norma riconosce per la prima volta gli animali come esseri senzienti, ovvero viventi capaci di provare dolore e piacere, di elaborare desideri e aspettative. Tuttavia, l'art. 13 TFUE non chiarisce la nozione di "esseri senzienti". Tale nozione è stata pertanto ricavata sulla base della riflessione filosofica ed etica sulla c.d. "questione animale"<sup>28</sup>. Ciò detto, tale riconoscimento capovolge l'ottica antropocentrica che aveva dominato in passato e determina il superamento del concetto di animale come strumento. Nel Trattato di Lisbona, l'animale viene infatti percepito come portatore di una specifica valenza e non più come mero oggetto.

L'art. 13 TFUE è stato richiamato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Brouwer* relativa a un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 91/629/CEE del 19 novembre 1991 che stabilisce le norme minime per la protezione dei vitelli<sup>29</sup>. In tale sentenza, la Corte ha stabilito che la portata delle norme sulle condizioni di allevamento dei vitelli ed, in particolare, il divieto di legare gli animali, devono essere interpretate in modo estensivo. Un'interpretazione restrittiva di tali norme non sarebbe, secondo la Corte, conforme al principio del benessere degli animali sancito dall'art. 13 TFUE.

Un nuovo richiamo al benessere degli animali è contenuto nella sentenza *Inuit*<sup>30</sup>. In tale sentenza, il principio del benessere animale era stato richiamato dai ricorrenti per fondare il ricorso d'annullamento di un regolamento della Commissione sulle modalità di applicazione delle disposizioni relative al commercio dei prodotti derivati dalla foca<sup>31</sup>.

Nell'ambito del TFUE, un riferimento agli animali è, inoltre, contenuto nell'art. 36 il quale prevede che gli Stati membri possono eccezionalmente mantenere o introdurre disposizioni contrarie al divieto di restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione per motivi inerenti, *inter alia*, alla tutela della salute e della vita delle persone e degli animali.

<sup>28</sup> Al riguardo cfr. F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; S. CASTIGNONE, L. LOMBARDI VALLURI (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2012; F. BARZANTI, *La tutela*, cit., p. 57.

<sup>29</sup> Sentenza del 14 giugno 2012, causa C-355/11, *Brouwer*.

<sup>30</sup> Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 25 aprile 2013, causa T-526/10, *Inuit*. I ricorrenti fondavano l'eccezione d'illegittimità sul fatto che il regolamento contestato era privo di una corretta base giuridica. In particolare, essi evidenziavano che il fondamento giuridico dell'atto non dovesse essere l'art. 95 TCE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, ma il principio del benessere animale.

<sup>31</sup> Regolamento (UE) n. 737/2010 della Commissione, del 10 agosto 2010, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1007/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sul commercio dei prodotti derivati dalla foca.

Su tali basi, si configura un livello di tutela degli animali superiore rispetto al passato. Tuttavia, dall'art. 13 TFUE emergono due aspetti problematici. *In primis*, la norma non specifica il contenuto del principio del benessere degli animali. Manca quindi una nozione condivisa di tale principio<sup>32</sup>, nozione che viene non di rado fatta coincidere con quella di ridurre al minimo le condizioni di malessere<sup>33</sup>. L'assenza di una nozione di benessere animale costituisce, pertanto, un punto debole della norma.

Il secondo aspetto riguarda, invece, il richiamo al rispetto delle disposizioni legislative o amministrative e delle consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale. L'espresso richiamo al *corpus* normativo, alle consuetudini e alle tradizioni degli Stati quale limite all'applicazione del principio del benessere degli animali apre la via ad un'interpretazione differenziata che rende complessa la fase dell'attuazione della norma negli ordinamenti nazionali.

**6.** La direttiva 2010/63 costituisce il più rilevante atto di diritto derivato nella materia considerata. Essa ha lo scopo di colmare le disparità tra le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di protezione degli animali da esperimento.

In conformità all'art. 114 TFUE, che ne costituisce la base giuridica, tale atto si qualifica come lo strumento più idoneo a conciliare il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e lo sviluppo uniforme del diritto europeo con il principio del benessere degli animali sancito dall'art. 13 TFUE. Con il nuovo regime giuridico, il legislatore europeo ha inteso quindi assicurare pari condizioni per le imprese e i ricercatori e standard elevati in materia di benessere degli animali. Senza infatti un intervento legislativo a livello europeo, la distorsione del mercato interno comporterebbe significativi svantaggi concorrenziali causati dalle divergenze di prezzo, di regolamentazione e di procedure e criteri di autorizzazione. Tali divergenze determinerebbero costi e ritardi sia con riferimento all'attuazione dei progetti di ricerca che all'allevamento, alla fornitura e alla cura degli animali sperimentali.

A conferma che la direttiva interviene nei limiti posti dai Trattati, l'art. 2 sancisce il principio della maggior protezione in base al quale viene conferita agli Stati una certa flessibilità nel mantenere eventuali norme nazionali in materia di benessere degli animali più ampie di quelle adottate a livello dell'UE. In sostanza, gli Stati membri possono scegliere di conservare le disposizioni interne più rigorose vigenti

---

<sup>32</sup> Sul benessere degli animali cfr. V. CAPORALE, B. ALESSANDRINI, P. DALLA VILLA, S. DEL PAPA, *Global Perspectives on Welfare: Europe*, in *Revue scientifique et technique*, 2005, pp. 567-577; P. MAZZA, *La protezione ed il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2008, pp. 464-466.; e C. DEFFIGIER, *Le Bien-être animal en droit européenne et en droit communautaire*, in J. P. MARGUENAUD, O. DUBOS (a cura di), *op. cit.*, pp. 57-79.

<sup>33</sup> Da un punto di vista scientifico, il grado di benessere degli animali si ritiene debba essere valutato sulla base della conoscenza della specie animale considerata, il sesso, la normale organizzazione sociale e la capacità d'interazione con altri soggetti della stessa specie, i fattori ambientali quali dimensione della gabbia, ventilazione, luce, suoni ed altri. Più in generale, si ritiene che le condizioni di un animale in cattività siano migliori quando esso sia in grado di esprimere gli stessi comportamenti adottati in natura da parte di esemplari appartenenti alla medesima specie. Sul punto cfr. A. VITALE, *Sperimentazione animale e principio delle 3R*, in *XXI secolo. Il corpo e la mente*, Roma, 2010, p. 751.

al 9 novembre 2010, le quali assicurino uno standard di protezione più alto degli animali sperimentali purché esse siano compatibili con gli obblighi del Trattato e, in particolare, nella misura in cui non pregiudichino il funzionamento del mercato interno<sup>34</sup>.

L'art. 2 contiene una delle disposizioni più delicate della direttiva 2010/63 poiché incide su uno degli obiettivi più significativi dell'UE. Il funzionamento del mercato interno rappresenta non solo uno degli obiettivi sanciti dall'art. 3 TUE, ma costituisce il “nucleo duro” dell'originaria costruzione europea, con cui in passato si identificava la stessa Comunità<sup>35</sup>.

Con l'intento di armonizzare le legislazioni degli Stati membri per il funzionamento del mercato interno, il legislatore europeo ha stabilito nella medesima norma un limite. Gli Stati membri possono decidere se mantenere o meno eventuali disposizioni interne più rigorose, dandone comunicazione alla Commissione, purché adottate prima dell'entrata in vigore della direttiva, ma non sono liberi di emanarne di nuove<sup>36</sup>. In proposito, la notifica alla Commissione, lungi dall'aver valore meramente informativo, avrebbe valore sostanziale e preclusivo. Al riguardo va detto che non mancano interpretazioni in senso più ampio della disposizione, secondo le quali la direttiva non potrebbe vietare in assoluto l'introduzione di nuove misure restrittive a protezione della salute e del benessere degli animali se adeguatamente giustificate e motivate<sup>37</sup>.

Tuttavia, è evidente che l'intento del legislatore europeo era quello di realizzare un sistema giuridico che, nell'interesse dell'intera Unione, non si limitasse a fissare soltanto gli standard minimi di protezione come faceva la normativa previgente<sup>38</sup>. Ricordiamo in proposito che, secondo quanto emerge dai lavori preparatori<sup>39</sup>, la spinta all'adozione della direttiva 2010/63 è venuta proprio dall'esigenza di porre rimedio alla frammentazione del mercato interno prodotta dall'adozione da parte degli Stati membri di misure nazionali che andavano oltre le disposizioni della direttiva 86/609.

<sup>34</sup> L'art. 2, intitolato “Misure nazionali più rigorose”, stabilisce che: “1. Nel rispetto delle disposizioni generali del TFUE, gli Stati membri possono mantenere disposizioni vigenti al 9 novembre 2010, intese ad assicurare una protezione più estesa degli animali che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quella prevista nella presente direttiva. Prima del 1° gennaio 2013, gli Stati membri informano la Commissione di tali disposizioni nazionali. La Commissione le porta all'attenzione degli altri Stati membri. 2. Quando agisce conformemente al paragrafo 1, uno Stato membro non vieta o ostacola la fornitura o l'uso di animali allevati o tenuti in un altro Stato membro in conformità della presente direttiva, né vieta o ostacola l'immissione sul mercato di prodotti derivanti dall'uso di tali animali in conformità della presente direttiva”.

<sup>35</sup> Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 28.

<sup>36</sup> Sul punto, era stato respinto l'emendamento proposto dal Parlamento europeo, volto a consentire agli Stati membri l'adozione di misure più rigorose, ritenendo che una simile disposizione avrebbe comportato il mancato raggiungimento di uno degli obiettivi della revisione, quale quello dell'armonizzazione del mercato unico.

<sup>37</sup> In tal senso v. E. PICOZZA, *La direttiva 2010/63/UE: i poteri dell'Unione europea e discrezionalità degli Stati membri*, relazione svolta nel seminario *Ricerca: l'Italia non perda il treno per una scienza sicura e senza animali. I principi e i criteri direttivi per l'attuazione della direttiva europea*, 1° febbraio 2012, reperibile online.

<sup>38</sup> Cfr. art. 24 direttiva 86/609.

<sup>39</sup> Commissione delle Comunità europee, 5 novembre 2008, documento di accompagnamento della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. Sintesi della valutazione dell'impatto, SEC(2008)2411.

Nell'ambito del nuovo regime di protezione trovano tutela gli animali utilizzati a fini scientifici o educativi, compresi quelli allevati appositamente per il prelievo degli organi o dei tessuti. Oltre ad estendere l'oggetto, la direttiva 2010/63 amplia la categoria di animali destinatari di protezione, ricomprendendo non solo gli animali vertebrati e le forme larvali capaci di alimentarsi autonomamente, ma anche le forme fetali di mammifero e i c.d. cefalopodi vivi (molluschi marini quali calamari, seppie, ed altri). L'evoluzione delle conoscenze scientifiche ha infatti dimostrato che, al pari di altri animali, questi ultimi sono in grado di provare dolore, sofferenza, angoscia e danno prolungato.

Dall'ambito di applicazione della direttiva è esclusa la sperimentazione animale nel settore dei cosmetici, la cui commercializzazione era oggetto di regolamentazione della direttiva 76/768/CEE<sup>40</sup> e successive modificazioni, attuata in Italia dalla l. 713/1986<sup>41</sup>. Dal 2009, il regolamento 1223/2009 ha abrogato la direttiva 76/768/CEE ed ha vietato la commercializzazione nell'UE di prodotti cosmetici e loro ingredienti sperimentati su animali, indipendentemente dall'origine di tali prodotti<sup>42</sup>. L'entrata in vigore di tale divieto è stata, tuttavia, ritardata per gli effetti più complessi sulla salute umana come la tossicità da uso ripetuto e la cancerogenicità, che devono essere oggetto di sperimentazione per dimostrare la sicurezza dei prodotti cosmetici<sup>43</sup>. L'effettuazione di test su animali è stata pertanto definitivamente vietata a partire dall'11 marzo 2013.

7. Ciò detto, vanno ora considerate le disposizioni più rilevanti della direttiva 2010/63 ai fini della disciplina giuridica della sperimentazione animale, assumendo come chiave di lettura il principio del benessere degli animali fissato nell'art. 13 TFUE. Esaminando il regime della sperimentazione animale, è da ritenere che le restrizioni all'utilizzo di animali negli esperimenti rientrano in un quadro dinamico per via dei continui progressi della scienza. Questa idea è talmente radicata che il legislatore ha previsto, nella direttiva stessa, meccanismi di revisione periodica al fine di adeguare il contenuto delle sue disposizioni all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e delle misure di protezione degli animali<sup>44</sup>. La portata di tali norme è pertanto destinata a mutare in futuro.

Alla luce di queste considerazioni, occorre soffermarsi innanzitutto sul concetto di "metodi alternativi" all'uso di modelli animali nelle attività di ricerca delineato, *in primis*, nel preambolo della direttiva e negli articoli 4 e 13. È questo infatti un

---

<sup>40</sup> Direttiva 76/768/CEE del Consiglio, del 27 luglio 1976, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici.

<sup>41</sup> Legge 11 ottobre 1986, n. 713, Norme per l'attuazione delle direttive della Comunità economica europea sulla produzione e la vendita dei cosmetici.

<sup>42</sup> Regolamento (CE) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, sui prodotti cosmetici, che si applica dall'11 luglio 2013.

<sup>43</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 13 settembre 2011, sulla messa a punto, sulla convalida e sulla legalizzazione di metodi alternativi alla sperimentazione animale nel settore dei cosmetici (2009), COM(2011)558 def.

<sup>44</sup> L'art. 58 prevede che la Commissione riesamini la direttiva entro il 10 novembre 2017, alla luce dei progressi nello sviluppo di metodi alternativi che non prevedono l'uso di animali, in particolare di primati non umani. Inoltre, la Commissione può effettuare periodicamente riesami tematici sulla sostituzione, sulla riduzione e sul perfezionamento dell'uso degli animali nelle procedure.

punto chiave della direttiva. Partendo dalla premessa che, ad oggi, risulta impossibile vietare del tutto l'uso di modelli animali nelle prove di innocuità o nella ricerca biomedica, la revisione della direttiva 86/609 ha puntato ad assicurare che l'impiego di animali nelle procedure sperimentali avvenga soltanto se non esistono alternative ed in ogni caso seguendo il metodo delle "3R", il cui significato è quello di *rimpiazzare, ridurre e rifinire*<sup>45</sup>.

Il metodo consente una forma di sperimentazione più attenta al grado di sofferenza che tale pratica scientifica reca agli animali. In ragione di ciò, il ricercatore dovrebbe inizialmente cercare di rimpiazzare o sostituire il proprio modello animale e, in alternativa, ridurre il più possibile il numero di animali coinvolti nella procedura sperimentale, utilizzando sempre le specie con la minore capacità di provare dolore, angoscia, danno prolungato. È nell'ambito di tale quadro che l'art. 16 della direttiva introduce la possibilità di riutilizzare a determinate condizioni il medesimo animale in più esperimenti quando ciò non pregiudichi il risultato scientifico o il suo benessere.

Al riguardo, l'art. 48 stabilisce inoltre l'istituzione di un laboratorio di riferimento dell'Unione per la convalida di metodi alternativi che, oltre a coordinare e promuovere lo sviluppo e l'uso di metodi alternativi all'impiego di animali sperimentali, ha il compito di istituire, mantenere e gestire un database sugli approcci alternativi, fungendo da punto di contatto per lo scambio di informazioni sullo sviluppo di nuovi metodi a livello dell'UE. La creazione di sistemi informativi sulle attività di sperimentazione e lo scambio di tali informazioni costituiscono un elemento importante per evitare inutili ripetizioni e ridurre il numero di animali utilizzati negli esperimenti.

Nell'esaminare la normativa introdotta dalla direttiva 2010/63, il secondo punto che viene in rilievo riguarda le cosiddette "clausole di salvaguardia" previste dall'art. 55. La questione delle clausole di salvaguardia è strettamente connessa al generale divieto d'uso negli esperimenti introdotto dal legislatore europeo con riferimento alle specie animali in via d'estinzione, agli animali prelevati allo stato selvatico, agli animali randagi e selvatici delle specie domestiche<sup>46</sup>. A tale divieto è possibile derogare attraverso tali clausole quando l'impiego delle specie animali più vulnerabili nelle procedure sperimentali serva ad evitare, prevenire, diagnosticare o

<sup>45</sup> Il c.d. metodo delle "3 R" è stato elaborato per la prima volta nel 1959 da due accademici britannici, Rex Burch e William Russell, membri della Universities Federation of Animal Welfare (UFAW). Al riguardo cfr. H.M. BUCHANAN SMITH, A.E. RENNIE, A. VITALE, S. POLLO, M.J. PRESCOTT, D.B. MORTON, *Harmonising the Definition of Refinement*, in *Animal Welfare*, 2005, pp. 379-384.

<sup>46</sup> Al riguardo, l'art. 7 della direttiva 2010/63 stabilisce un divieto generale di utilizzare specie animali in via di estinzione, salvo che il loro utilizzo non sia necessario per la profilassi, la prevenzione, la diagnosi o la cura delle malattie o quando è scientificamente provato che è impossibile raggiungere lo scopo della procedura attraverso l'utilizzo di specie diverse; l'art. 9 fissa, invece, il divieto di utilizzare gli animali prelevati allo stato selvatico, salvo che sia scientificamente provato che è impossibile raggiungere il medesimo risultato attraverso l'utilizzo di un animale allevato. La medesima norma fissa quindi alcune cautele circa i metodi di cattura degli animali selvatici. Disposizioni *ad hoc* sugli animali randagi e selvatici delle specie domestiche sono fissate nell'art. 11, secondo cui il divieto di utilizzo di tali specie animali nelle procedure sperimentali può essere derogato soltanto quando sia essenziale svolgere studi sulla salute e il benessere di tali animali o sussistano gravi minacce per l'ambiente o la salute umana o animale, ovvero quando sia scientificamente provato che è impossibile raggiungere lo scopo della procedura utilizzando un animale diverso. Ancora, l'art. 8 stabilisce il divieto di utilizzo nelle procedure sperimentali di primati non umani.

curare affezioni umane debilitanti o potenzialmente letali. Rientrano in tale categoria, *inter alia*, i primati non umani, il cui uso nei protocolli sperimentali è consentito soltanto in settori biomedici fondamentali per gli esseri umani per i quali non sono ancora stati individuati metodi alternativi. Tra le clausole di salvaguardia figura, inoltre, la possibilità per lo Stato membro di autorizzare, sempre per motivi eccezionali e scientificamente giustificati, procedure sperimentali che causino dolore, sofferenza o angoscia intense protratte e non alleviabili.

Le clausole di salvaguardia sono pertanto applicabili soltanto in via eccezionale, in ragione di interessi di particolare importanza e sulla base di autorizzazioni e cautele speciali, che tuttavia finiscono con l'estendere l'ambito entro cui si può parlare di sperimentazione lecita<sup>47</sup>. Contrastando con il principio del benessere animale di cui all'art. 13 TFUE, il ricorso alle clausole di salvaguardia da parte dello Stato membro può avvenire, pertanto, solo attraverso l'adozione di misure provvisorie a carattere derogatorio ed è subordinato ad un rigido procedimento, segno che la loro applicazione è da ritenersi *extrema ratio*<sup>48</sup>.

Va altresì rilevato che la direttiva 2010/63 ha istituito un meccanismo di controllo, il quale rappresenta un nodo centrale della disciplina della protezione degli animali da esperimento. Tale meccanismo è basato su un sistema di verifiche e ispezioni sulla conformità degli allevatori, dei fornitori e degli utilizzatori di animali sperimentali agli obblighi fissati dalla direttiva. Il sistema di verifiche e ispezioni disciplinato dagli articoli 34 e 35 è articolato su un doppio binario, che prevede lo svolgimento di ispezioni e verifiche sia a livello nazionale che a livello dell'UE. Nell'ambito di tale quadro, la Commissione europea ha un generale potere d'ispezione e vigila sullo svolgimento dei controlli nazionali che gli Stati membri sono chiamati ad effettuare regolarmente su tutti gli allevatori, fornitori ed utilizzatori.

Occorre infine osservare che questo meccanismo di controllo è completato dalla possibilità di adottare azioni sanzionatorie. Gli Stati membri sono, sulla base dell'art. 60 della direttiva, obbligati a stabilire le sanzioni da applicare in caso di violazione delle norme in materia di benessere animale e protezione degli animali da esperimento, secondo i criteri di effettività, proporzionalità e dissuasione.

**8.** Con riferimento alla trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano, come si è detto, è stato il d.lgs. 26/2014, adottato sulla base della delega contenuta nella legge di delegazione europea 2013<sup>49</sup>, a portare a compimento il processo di adeguamento. Tale d.lgs. includeva, infatti, tra le direttive oggetto di recepimento indicate nell'Allegato B anche la direttiva 2010/63<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. l'art. 55 della direttiva.

<sup>48</sup> Lo Stato membro che abbia adottato una misura provvisoria alle condizioni previste dall'art. 55 deve darne tempestiva informazione alla Commissione europea e agli altri Stati membri, motivando la sua decisione e presentando le prove dell'esistenza dell'eccezionalità della situazione. Entro 30 giorni, la Commissione è tenuta a sottoporre la questione al Comitato istituito dall'art. 56 della direttiva con il compito di affiancarla nelle sue funzioni; al termine del procedimento, la Commissione può autorizzare lo Stato ad applicare la misura provvisoria per un periodo di tempo definito o imporgli di revocarla.

<sup>49</sup> L. 6 agosto 2013, n. 96, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea. Legge di delegazione europea 2013, entrata in vigore il 4 settembre 2013.

<sup>50</sup> L'esame del disegno della legge di delegazione europea 2013 (A.S. 587) ha avuto inizio in Senato, dove la Commissione Igiene e Sanità ha espresso parere favorevole il 5 giugno 2013. Il disegno è stato

In verità, il d.lgs. 26/2014 rappresenta l'ultima tappa di un percorso che aveva già da tempo evidenziato l'esigenza di una riforma della normativa interna in tale ambito. Su tali basi, nel 2004, era stato presentato un disegno di legge alla cui stesura avevano partecipato per la prima volta vari attori, tra cui imprese, università, enti di ricerca, associazioni animaliste ed altri. Il testo prevedeva disposizioni legislative in materia di sperimentazione animale piuttosto avanzate rispetto alla stessa normativa europea allora vigente. Tra queste si possono ricordare, *inter alia*, le norme sull'inclusione degli animali geneticamente modificati<sup>51</sup>, sul reinserimento degli animali alla fine delle procedure sperimentali, sull'istituzione di comitati etici interni alle università e ai centri di ricerca, sulla sistemazione e la cura degli animali sperimentali, sulla raccolta dei dati statistici inerenti alla sperimentazione, sullo sviluppo di metodi alternativi alla ricerca *in vivo* ed altri. Al disegno di legge n. 5442 del 2004 avevano fatto seguito altre proposte legislative, il cui iter di approvazione non è tuttavia mai venuto a maturazione, ma che rappresentavano il segno evidente della necessità sentita da più parti di riforma del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116, con il quale era stata recepita in Italia la direttiva 86/609<sup>52</sup>.

È pertanto con riferimento a tale contesto che vanno lette le difficoltà che hanno accompagnato il processo di trasposizione della direttiva 2010/63 nell'ordinamento italiano. Secondo l'art. 61, par. 1, direttiva, gli Stati membri erano tenuti ad applicare le disposizioni di attuazione a decorrere dal 1° gennaio 2013<sup>53</sup>. Per l'Italia, la delega intervenuta relativamente per tempo, il 6 agosto 2013, non aveva risolto il problema dell'attuazione effettiva che si è realizzata solo con l'adozione del d.lgs. emanato il 4 marzo 2014.

---

successivamente trasmesso alla Camera (A.C. 1326) ed è stato approvato dalla Commissione Affari sociali nel corso della seduta del 24 luglio 2013.

<sup>51</sup> Per una valutazione più approfondita sull'uso di animali transgenici nelle procedure sperimentali cfr. P. COSTA, *La transgenesi animale tra speranze scientifiche e problematiche etiche*, in A. MANNUCI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, pp. 251-264.

<sup>52</sup> Prima del d.lgs. 116/1992, la sperimentazione animale in Italia era regolamentata dalla l. 12 giugno 1931, n. 924 (successivamente modificata dalla l. 1° maggio 1941, n. 615), con la quale il legislatore vietava per la prima volta la vivisezione praticata sugli animali vertebrati a sangue caldo. Il divieto penalmente sanzionato poteva essere derogato esclusivamente in via del tutto eccezionale. Il d.lgs. 116/1992 e le successive circolari applicative (del Ministero della Sanità n. 17 e 18 del 5 maggio 1993; n. 8 del 22 aprile 1994; n. 6 del 14 maggio 2001), stabilivano in conformità alla direttiva 86/609 le regole sull'uso degli animali sperimentali, le procedure, le responsabilità professionali nonché l'uso di anestetici generali e locali nelle sperimentazioni che provocano dolore. Il d.lgs. introduceva, inoltre, l'obbligo di ricorso all'utilizzo di metodi alternativi, stabilendo il principio secondo cui nella programmazione e pianificazione dei piani di ricerca scientifica applicata alla sanità umana e animale ed alla salubrità dell'ambiente devono preferirsi metodi alternativi. Al d.lgs. 116/1992 ha fatto seguito l'adozione della l. 12 ottobre 1993, n. 413, con la quale viene sancito il diritto all'obiezione di coscienza relativamente alla sperimentazione animale. Norma fondamentale della l. 413/1993 è l'art. 4, che stabilisce il diritto a non essere discriminati per aver esercitato l'obiezione di coscienza. In base ad esso, "nessuno può subire conseguenze sfavorevoli, per essersi rifiutato di praticare o di cooperare all'esecuzione della sperimentazione animale".

<sup>53</sup> Si ricorderà che il termine fissato dalla direttiva per il recepimento da parte degli Stati membri scadeva il 10 novembre 2012. Come stabilito dall'art. 61 in merito alla sua attuazione, le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative adottate dagli Stati UE si applicano dal 1° gennaio 2013. Al riguardo, va detto che il contenuto piuttosto particolareggiato della direttiva rappresentava per certo un limite considerevole al potere discrezionale degli Stati membri relativamente alla fase di trasposizione nel proprio diritto nazionale.

Tale ritardo ha comportato l'avvio di una procedura d'infrazione. Il 31 gennaio 2013, la Commissione ha inviato all'Italia una lettera di messa in mora con la quale ha dato inizio alla fase precontenziosa della procedura d'inadempimento prevista dall'art. 258 TFUE per la mancata adozione delle misure d'attuazione della direttiva 2010/63. Alla lettera di messa in mora, la Commissione ha fatto seguire il 21 giugno 2013 un parere motivato e ha adito la Corte di giustizia chiedendo d'imporre all'Italia in caso di condanna una sanzione di 150.787,00 euro al giorno. A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 26/2014, il 10 luglio 2014, la Commissione ha archiviato la procedura d'infrazione.

Un punto critico della l. 96/2013 era l'art. 13, che specificava i criteri di delega per il recepimento della direttiva prevedendo, *inter alia*, misure più rigorose rispetto a quelle volute dal legislatore europeo e a quelle in vigore nell'ordinamento interno<sup>54</sup>. Ciò aveva sollevato un acceso dibattito in sede di approvazione della norma e all'interno del mondo scientifico e delle associazioni animaliste. Si ricorderà, peraltro, che l'art. 2 della direttiva 2010/63 non consente di introdurre negli ordinamenti nazionali misure più rigorose di quelle da essa previste. Misure nazionali più stringenti rispetto a quelle fissate dal legislatore europeo, come si è detto, potevano essere mantenute se vigenti al 9 novembre 2010 e se lo Stato interessato ne avesse comunicato l'esistenza alla Commissione europea entro il 1° gennaio 2013.

Pur riproducendo alla lettera buona parte del testo della direttiva 2010/63, il d.lgs. 26/2014 stabilisce il divieto degli esperimenti e delle procedure che non prevedono anestesia o analgesia, qualora esse comportino dolore all'animale, ad eccezione dei casi di sperimentazione di anestetici o di analgesici<sup>55</sup>, il divieto di utilizzo di animali per gli esperimenti bellici, per gli xenotrapianti e per le ricerche su sostanze d'abuso<sup>56</sup>, il divieto di riutilizzo degli animali nelle procedure sperimentali<sup>57</sup> e, infine, il divieto di allevare, ma non di utilizzare, nel territorio nazionale cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione<sup>58</sup>. Un'ulteriore novità

---

<sup>54</sup> L'art. 13 l. 96/2013 riprende, in verità, il testo dell'art. 14 del disegno di legge comunitaria 2011 (A.S. n. 3129) approvato alla Camera in prima lettura il 2 febbraio 2012. La mancata adozione entro il termine della legge comunitaria espose l'Italia ad una procedura d'infrazione per evitare la quale, il 18 dicembre 2012, è stata adottata da parte della Commissione Igiene e sanità del Senato una risoluzione volta ad invitare il Governo a comunicare alla Commissione europea entro il termine previsto del 31 dicembre 2012 l'esistenza di una normativa interna che in taluni aspetti è più rigorosa rispetto a quella contenuta nella direttiva europea. Al riguardo, cfr. la risoluzione della 12<sup>a</sup> Commissione permanente (Igiene e sanità), doc. XXIV n. 52, 18 dicembre 2012, reperibile *online*. Tale atto impegna il Governo e precipuamente il Ministro della salute "a comunicare alla Commissione europea entro il termine previsto del 31 dicembre 2012, il mantenimento di disposizioni più rigorose in riferimento all'articolo 2, paragrafo 1, della Direttiva 2010/63/UE, riguardo al divieto assoluto di utilizzo di animali randagi per fini sperimentali e di esecuzione di interventi che rendano afoni gli animali nonché il loro utilizzo, disposizioni già contenute nei vigenti Legge 14 agosto 1991, n. 281, e Decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 116". Si è inteso per tale via conciliare i diversi interessi in gioco che avevano ostacolato l'adozione della legge comunitaria 2011 nel tentativo, peraltro non riuscito, di evitare in corsa procedure sanzionatorie da parte della Commissione europea.

<sup>55</sup> Art. 14.

<sup>56</sup> Art. 5, co. 2.

<sup>57</sup> Art. 16.

<sup>58</sup> Art. 10, co. 5.

rispetto alla disciplina europea è contenuta nell'art. 10, co. 4, d.lgs. 26/2014, il quale consente l'allevamento di animali geneticamente modificati. Il d.lgs. prevede inoltre che l'applicazione di alcune di tali misure venga differita al 1° gennaio 2017.

In ultimo, va ricordato che anche la Corte costituzionale italiana si è occupata di sperimentazione animale. Con la sentenza 7 giugno 2004, n. 166, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Emilia Romagna 1° agosto 2002, n. 20 (norme contro la vivisezione)<sup>59</sup>, la quale vietava nel territorio regionale ogni attività di allevamento, utilizzazione o cessione di cani e di gatti a fini di sperimentazione, prevedendo sanzioni in caso di violazione di tale divieto. La norma censurata vietava inoltre la vivisezione di qualsiasi animale a scopo didattico, ad eccezione dei casi autorizzati. L'art. 2 della legge regionale introduceva, pertanto, norme più rigorose rispetto a quelle previste dal legislatore europeo e dallo stesso legislatore statale.

Sul conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, la Corte ha anzitutto stabilito che l'oggetto della legge regionale rientra nella materia "ricerca scientifica", e quindi in una materia di legislazione concorrente nella quale, ai sensi dell'art. 117 Cost., spetta al legislatore statale determinare i principi fondamentali. Ciò è peraltro quanto ha fatto il legislatore nazionale con l'adozione del d.lgs. 116/1992 che, nel recepire la direttiva 86/609, ha, secondo la Corte, sviluppato ampiamente i principi e gli obiettivi fissati dal legislatore europeo. Su tali basi, la Corte ha vietato al legislatore regionale di adottare disposizioni più restrittive di quelle emanate a livello nazionale.

La sentenza della Corte costituzionale 166/2004 offre lo spunto per ricordare che, nel quadro della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni prevista nell'art. 117 Cost., sono più d'una le Regioni italiane che hanno adottato disposizioni in materia di sperimentazione animale. Oltre infatti alla Regione Emilia Romagna, possono altresì richiamarsi le leggi adottate in tale ambito dalla Regione Abruzzo e dalla Regione Friuli Venezia Giulia.

In particolare, con la legge regionale 10 agosto 2012, n. 44 (norme per la diffusione di metodologie alternative alla sperimentazione animale), la Regione Abruzzo ha istituito l'Osservatorio regionale sulla sperimentazione animale (ORSA), avente il compito di raccogliere dati e informazioni in un rapporto annuale da pubblicare sul Bollettino Ufficiale della Regione e di coordinare e programmare corsi di formazione. Tale legge è stata peraltro oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale nella sentenza 212/2013<sup>60</sup>.

Rilevante risulta, in ultimo, la legge della Regione Friuli Venezia Giulia 11 febbraio 2010, n. 3 (norme per la diffusione di metodologie alternative alla sperimentazione animale), che ha come obiettivo, secondo quanto previsto dall'art. 1, quello di promuovere la tutela degli animali favorendo la diffusione di metodologie innovative, da utilizzare a fini sperimentali o ad altri fini scientifici e didattici, che non

<sup>59</sup> Corte costituzionale, sentenza del 7 giugno 2004, n. 166.

<sup>60</sup> Sentenza del 3 luglio 2013, n. 212. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dall'art. 3, co. 5, della legge della Regione Abruzzo 44/2012 in quanto non indica i costi dell'attività di programmazione e coordinamento dei corsi di formazione facenti capo all'ORSA e all'Istituto zooprofilattico dell'Abruzzo e del Molise né dove debbano essere reperite le risorse necessarie per sostenerle, come esige invece l'art. 81, co. 4, Cost.

facciano ricorso all'uso di animali vivi. A tal fine, la legge ha istituito un Comitato etico regionale per la sperimentazione animale.

Dagli aspetti che abbiamo sopra esaminato, si capisce l'intento protettivo del legislatore italiano. In verità, si tratta di un quadro ancora in evoluzione considerati i punti critici sollevati con l'adozione della disciplina di attuazione della direttiva 2010/63.

**9.** La valutazione complessiva della disciplina introdotta dalla direttiva 2010/63 richiama ancora una volta l'attenzione sulla complessità della materia e le sue molteplici interazioni con i regimi giuridici dell'ambiente, della salute pubblica, della ricerca e dello sviluppo e, pertanto, sulla funzione di compromesso che tale atto è chiamato a svolgere tra l'esigenza di garantire una maggiore protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o a fini scientifici e quella di consentire lo sviluppo di nuove conoscenze. Non vi è dubbio che, in tale contesto, l'UE svolga oggi un ruolo di primo piano.

L'adozione della direttiva 2010/63 ha rappresentato una tappa significativa per quanto concerne il livello di tutela raggiunto in materia di protezione degli animali da esperimento. Essa ha ridisegnato il regime europeo sulla protezione degli animali sperimentali alla luce del principio del benessere degli animali adottato dal Trattato di Lisbona e con l'intento di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri attraverso il superamento delle disparità che avevano contraddistinto in passato la fase di attuazione della direttiva 86/609. L'armonizzazione prevista dall'art. 2 della direttiva 2010/63 intende infatti eliminare il rischio di uno sviluppo asimmetrico delle legislazioni nazionali e delle conseguenze che esso comporta. Tale norma limiterebbe pertanto eventuali fughe in avanti da parte di quegli Stati che, avendo già una legislazione avanzata in materia di sperimentazione animale, avrebbero voluto un testo più incisivo. In tal senso, può dirsi che il legislatore europeo ha tenuto conto degli interessi dell'intera Unione.

La direttiva presenta quindi sicuri elementi di forza che possono essere sintetizzati, *inter alia*, nel riconoscimento del valore intrinseco degli animali nel preambolo, nell'estensione dell'ambito di applicazione agli animali invertebrati e alle forme fetali di mammifero, nell'introduzione del metodo delle "3 R" attraverso cui viene data piena attuazione al principio del benessere animale fissato nel TFUE.

Su tali basi, può dirsi che la nuova disciplina giuridica relativa alla protezione degli animali da esperimento sia da considerare un tentativo, in parte riuscito, di innalzare il livello di protezione degli animali sperimentali rispetto alla normativa previgente all'interno dell'Unione. Tuttavia, sarebbe fuorviante concludere che tale regime giuridico costituisca un punto d'arrivo definitivo e che, pertanto, il livello di tutela degli animali ed, in particolare, degli animali da esperimento raggiunto sia il più alto possibile e non abbia bisogno di ulteriori aggiustamenti. In realtà, così non è. Il testo finale della direttiva lascia trasparire che il raggiungimento di un equilibrio tra i diversi interessi coinvolti ha finito con l'indebolire la portata innovativa dell'atto.

Il regime giuridico sulla protezione degli animali utilizzati per scopi scientifici delineato dal legislatore europeo non è altro che il riflesso dell'UE qual è oggi, ovvero un sistema di vasi comunicanti dal contenuto diverso. Operiamo pertanto

in un contesto come quello dell'UE che continua a presentare forti disarmonie. Nell'ambito di tale quadro, assumono particolare importanza le scelte effettuate dai legislatori nazionali nel recepimento della direttiva. La ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza, da un lato, di conformarsi agli obblighi comunitari e, dall'altro, di salvaguardare le esigenze etiche sollevate talvolta in modo disordinato dall'opinione pubblica nonché quella di avanzare nelle conoscenze scientifiche costituisce oggi una sfida tanto per l'UE che per gli ordinamenti degli Stati membri.

## Abstract

### The Legal Protection of Animals Used for Scientific Purposes: Reflections on the Implementation of Directive 2010/63/EU in Italy

This paper deals with the issue of animal experimentation and animal welfare in the context of international and European legislation. In particular, it focuses on the principle of animal welfare provided by Article 13 of the TFEU and on the major legal issues surrounding animal testing contained in the provisions of Directive 2010/63/EU on the protection of animals used for scientific purposes as, *inter alia*, the use of alternative methods. Indeed, these represent a key element of the new European legal regime. The EU Member States were required to adopt by 10<sup>th</sup> November 2012, the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with the Directive.

In this regard, special attention is devoted to the implementation of Directive 2010/63/EU in the Italian legal system. After the implementation of the Directive in Italy through the adoption of the Legislative Decree No. 26 of 4<sup>th</sup> March 2014, the debate on animal testing has become more acute, also considering the infringement procedure by the European Commission in conformity with Article 258 of the TFEU. This is why the author thinks that the legal framework is still evolving within a dynamic framework. The main point seems to be that the choice of the Italian legislator to adopt more stringent national rules to protect the welfare of the animals is evidently inconsistent with the compromise solution which has inspired the European legislation.

Adriano Maffeo\*

# Conseguenze e rimedi per la violazione del *délai raisonnable* nel processo dinanzi ai giudici dell'Unione: la Corte di giustizia mette un punto fermo?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'applicazione del diritto all'equo processo al sistema giuridico dell'Unione. – 3. Il contenuto del diritto tutelato. – 4. I rimedi inizialmente utilizzati dalla Corte di giustizia. – 5. Il mutamento di impostazione. – 6. Il Tribunale come “organo indipendente ed imparziale”. – 7. Conclusioni.

1. Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva può essere senza dubbio annoverato tra i principi fondamentali di uno Stato di diritto e costituisce incontestabilmente uno dei pilastri della cultura giuridica occidentale.

Come per altro evidenziato anche dall'Avvocato generale Colomer nelle sue conclusioni relative alla causa *Roda Golf & Beach Resort*, già nella *Magna Carta* si poteva leggere l'assioma “*nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus rec-tum aut iustitiam*”<sup>1</sup>. Da allora, la garanzia di un effettivo accesso alla giustizia<sup>2</sup> ha trovato spazio, con forme più o meno comparabili, in tutte le costituzioni nazionali degli Stati europei fino ad essere recepita anche in strumenti internazionali quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (di seguito: CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assurgendo, in tal modo, ad ineludibile principio dell'ordinamento europeo, meritevole di tutela giurisdizio-

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Federico II di Napoli.

<sup>1</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer del 5 marzo 2009, causa C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort*, punto 29.

<sup>2</sup> Per un inquadramento generale del principio della tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento dell'Unione europea, v. O. DUBOS, *Le droit à un procès équitable dans la législation de l'Union: la protection juridictionnelle des particulières au service de l'effectivité de la norme européenne*, in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 137 ss.

nale<sup>3</sup>. Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tale constatazione è divenuta ancora più pregnante atteso che, avendo la Carta assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati, l'eventuale violazione degli articoli 47 e 48 che, in buona sostanza, riproducono gli articoli 6 e 13 della CEDU, potrà, con i dovuti accorgimenti, essere fatta valere in giudizio.

Partendo da tale premessa, nelle pagine seguenti si proverà a mettere in evidenza le ricadute pratiche di un'eventuale violazione di tali disposizioni da parte delle istituzioni dell'Unione europea e, segnatamente, della Corte di giustizia. In modo particolare si concentrerà l'attenzione sulle conseguenze e soprattutto sui rimedi esperibili in caso di violazione del principio della durata ragionevole dei procedimenti giurisdizionali.

L'opportunità di tale riflessione è offerta dalle recenti decisioni adottate dal massimo organo giurisdizionale dell'Unione nell'ambito del c.d. cartello dei sacchetti industriali in plastica<sup>4</sup>. Nei casi sottoposti all'attenzione dei giudici di Lussemburgo in sede di *pourvoi*, infatti, oltre alle censure di natura tecnica, su cui non ci si soffermerà, relative alla non corretta applicazione delle regole di concorrenza da parte sia della Commissione che del Tribunale, le società ricorrenti contestavano la violazione da parte di tale organo giurisdizionale del *délai raisonnable* per essere le decisioni intervenute dopo oltre cinque anni dall'introduzione dei ricorsi *ex art.* 263 TFUE.

Che i procedimenti in materia di concorrenza e, soprattutto, di cartelli possano risultare particolarmente complessi è senz'altro noto e ciò è testimoniato anche dalla lunghezza delle sentenze del Tribunale. Quest'ultimo, infatti, deve inevitabilmente pronunciarsi su numerosi aspetti, sia fattuali che giuridici, spesso di non semplice inquadramento<sup>5</sup>. Tuttavia, tale complessità, pur rientrando tra gli elementi da prendere in considerazione – come meglio si dirà *infra* – non può aprioristicamente essere utilizzata come giustificazione di un'eccessiva compressione del diritto fondamentale al giusto processo.

**2. Il diritto a che una decisione, sia essa amministrativa o giurisdizionale, intervenga entro un termine ragionevole è stato riconosciuto all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea molto prima della proclamazione della Carta dei diritti fondamentali. Ricorrendo, infatti, al noto processo di qualificazione dei diritti fondamentali come principi generali del diritto, il Tribunale (all'epoca di primo grado), già nel 1997, nelle cause riunite *SCK e FNK*<sup>6</sup>, aveva affermato che, in applicazione di**

<sup>3</sup> Per un'affermazione del principio, v. le sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, punti 18 e 19; del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylense e a.*, punto 14; del 27 novembre 2001, causa C-424/99, *Commissione c. Austria*, punto 45; del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, punto 39; e del 19 giugno 2003, causa C-467/01, *Eribrand*, punto 61, in cui la Corte di giustizia ribadisce che “il principio della tutela giurisdizionale effettiva, che costituisce un principio generale del diritto comunitario, impone che l'esportatore abbia accesso ad una via di ricorso giurisdizionale avverso la decisione delle autorità nazionali competenti (...)”.

<sup>4</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 26 novembre 2013, causa 40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland*; causa 50/12 P, *Kendrion*; e causa C-58/12 P, *Groupe Gascogne*.

<sup>5</sup> Per un approfondimento di più ampio respiro, v. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2013, VI ed., p. 315 ss.

<sup>6</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e 18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) e Federatie Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c. Commissione*.

detto principio, potesse essere valutato il comportamento della Commissione che, nell'ambito di un procedimento amministrativo in materia di concorrenza, avesse procrastinato oltre un termine ragionevole la decisione. Sebbene la pronuncia, sul punto, si concluda con un nulla di fatto, essendo stato valutato sostanzialmente "non eccessivo" il tempo impiegato da detta istituzione per lo svolgimento delle singole fasi procedurali, la sentenza riveste comunque una certa rilevanza per ciò che concerne la dimostrazione della generale applicabilità del principio in questione ai procedimenti comunitari inclusi, per altro, quelli per infrazione, nei quali la Commissione gode di una indiscussa discrezionalità<sup>7</sup>.

A conferma di quanto evidenziato, alla fine degli anni novanta è intervenuta un'ulteriore decisione, questa volta della Corte di giustizia in sede di *pourvoi*, che, nel caso *Baustahlgewebe*<sup>8</sup>, ha riconosciuto che il principio generale di diritto comunitario, in forza del quale ogni persona ha diritto a un processo equo "si applica [anche] nell'ambito di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione della Commissione che infligge ammende a un'impresa per violazione del diritto della concorrenza"<sup>9</sup>.

Leggendo le conclusioni dell'Avvocato generale Léger<sup>10</sup>, è possibile constatare come dovesse essere particolarmente acceso il dibattito sulla possibilità o meno per la Corte di giustizia di pronunciarsi, in sede di *pourvoi*, sulla violazione da parte del Tribunale di primo grado del principio fondamentale della "durata ragionevole del processo". Inquadrando, infatti, la valutazione dell'eccessiva durata del procedimento come attinente alla valutazione dei fatti, la questione sarebbe stata sottratta alla competenza della Corte. Tuttavia, come argutamente stimato dall'Avvocato generale, tenuto conto che la valutazione richiesta alla Corte implica non solo la classificazione di una serie di fatti ma soprattutto l'apprezzamento della loro idoneità, da un lato, a determinare una "insufficienza" nella procedura, e, dall'altro, a legittimare la durata del procedimento, la questione è stata inquadrata come attinente all'esame di elementi di diritto ed in quanto tale annoverata tra le competenze della Corte<sup>11</sup>. Inoltre, a sostegno della ricevibilità del motivo sollevato dalla *Baustahlgewebe*, sostenuta dall'Avvocato generale – sul punto seguito dalla Corte –, ha inciso anche l'ulteriore constatazione che sottrarre dalle competenze della Corte la valutazione della corretta applicazione del rispetto della ragionevole durata del processo da parte del Tribunale avrebbe avuto come conseguenza quella di "ammettere, di fatto, che quest'ultimo non è soggetto"<sup>12</sup> al principio fondamentale cristallizzato dall'art. 6 CEDU.

Sebbene sino ad oggi i casi in cui è stata sollevata la violazione del *délai raisonnable* da parte del giudice dell'Unione e, segnatamente, del Tribunale siano stati

---

<sup>7</sup> Con specifico riferimento all'obbligazione, per la Commissione, di rispettare il termine ragionevole anche nei procedimenti per infrazione, nei quali gode di un'ampia discrezionalità, si segnalano le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 16 novembre 2006, causa C-523/04, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punto 57 ss.

<sup>8</sup> Sentenza del 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe*.

<sup>9</sup> *Ivi*, punto 21.

<sup>10</sup> Del 3 febbraio 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe*, punto 35.

<sup>11</sup> D'altronde, posto che trattasi di una valutazione connessa ad un comportamento proprio del Tribunale, la Corte non opera una valutazione giuridica dei fatti nuova rispetto a quella già compiuta dall'organo giurisdizionale di primo grado cui, pertanto, non va a sostituirsi.

<sup>12</sup> In tal senso si esprime l'Avvocato generale Léger nelle conclusioni *Baustahlgewebe*.

particolarmente esigui, l'applicabilità del principio ed il riconoscimento dell'invocabilità della tutela giurisdizionale in caso di sua violazione non sono mai stati messi in dubbio.

Di contro, come meglio si dirà *infra*, opinioni contrastanti, supportate anche dall'assenza di un approccio giurisprudenziale unitario, si sono registrate per quanto concerne i rimedi esperibili in caso di violazione.

**3.** La previsione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto di “ogni individuo (...) a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge”, riprende, come già detto, quanto sancito dall'art. 6 della CEDU. Conseguentemente, tenuto conto del rinvio operato a quest'ultima dall'art. 52 della Carta in caso di corrispondenza dei diritti tutelati, è anche alla luce della Convenzione e dell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo che dovranno essere valutati tanto la consistenza del diritto in parola quanto i rimedi elaborati per garantirne la piena applicazione in caso di violazione.

Ciò detto, per quanto concerne l'ambito applicativo del diritto, è incontestato che sia irrilevante la natura di persona fisica o giuridica del soggetto che ne invochi l'applicazione<sup>13</sup>. Certo è innegabile che le ricadute pratiche di un'eventuale violazione possano essere notevolmente differenti nell'uno e nell'altro caso e che, pertanto, il pregiudizio abbia una portata maggiore qualora si tratti di una misura privata della libertà che colpisce una persona fisica rispetto ad un'ammenda inflitta ad una persona giuridica<sup>14</sup>, tuttavia tali considerazioni attengono esclusivamente alla gravità del pregiudizio ma non incidono sulla sussistenza della violazione che, riprendendo le parole dell'Avvocato generale Léger, non potrebbe essere tollerata in nessun caso<sup>15</sup>.

D'altronde è evidente che, pur rientrando tra quelle che vengono comunemente classificate come esigenze di tipo procedurale<sup>16</sup>, il rispetto del “*délai raisonnable*” è una componente essenziale per la concreta attuazione del diritto ad un equo processo, perseguito da qualunque società democratica<sup>17</sup> anche perché, come per altro

<sup>13</sup> Sul punto si segnala, per altro, un parere della Commissione per i diritti fondamentali emesso nell'ambito della controversia *Société Stenuit c. Francia* in cui, al par 66, “la Commission rappelle enfin que les organes de la Convention n'ont cessé de mettre en relief l'importance de l'article 6 (art. 6) de la Convention qui consacre ‘le principe fondamental de la prééminence du droit’ (...) et qu'une interprétation restrictive de cet article ‘ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition’ (...). Eu égard à ces considérations, la Commission estime que la personne morale peut se réclamer de l'article 6 (art. 6) de la Convention lorsqu'elle a fait l'objet d'une ‘accusation en matière pénale’”.

<sup>14</sup> A tale affermazione si potrebbe obiettare che laddove la sanzione pecuniaria fosse, nel suo ammontare, tale da mettere a rischio la prosecuzione dell'attività della persona giuridica minandone la sua stessa esistenza, il pregiudizio potrebbe essere comparabile a quello patito dalla persona fisica per la privazione della libertà. Tuttavia, tenuto conto che dietro alla persona giuridica sussistono comunque interessi di natura patrimoniale riconducibili a persone fisiche e che, quindi, il pregiudizio colpisce un bene diverso (il patrimonio) rispetto alla libertà, non trova ragion d'essere alcuna assimilazione.

<sup>15</sup> Conclusioni *Baustahlgewebe*, punto 35.

<sup>16</sup> Una tale classificazione si rinviene anche nella “Guida sull'art. 6, Diritto ad un processo equo”, pubblicata dalla Corte di Strasburgo e reperibile *online* in lingua francese.

<sup>17</sup> In tal senso si esprime anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, par. 24, e del 2 dicembre 1983, *Pretto c. Italia*, par. 21.

costantemente ribadito dalla Corte di Strasburgo, i ritardi nell'amministrazione dei processi rischiano di compromettere la credibilità e l'effettività della giustizia<sup>18</sup>.

Per quanto concerne, invece, la valutazione della ragionevolezza del termine impiegato per la decisione della controversia, numerosi sono gli elementi che dovranno essere presi in considerazione, cosa che rende difficile fissare aprioristicamente un limite temporale oltre il quale la durata del procedimento dovrebbe essere considerata irragionevole<sup>19</sup>. Ciononostante non può sottacersi che, in taluni ordinamenti nazionali – e tra questi anche quello italiano – il mero decorso del tempo resta l'unico criterio, a volte forse sopravvalutato, di valutazione<sup>20</sup>.

In realtà, l'apprezzamento è più complesso e deve essere inevitabilmente operato caso per caso analizzando l'intera procedura e non esclusivamente le singole fasi processuali. Il ritardo accumulato in una di esse, infatti, potrebbe essere tollerato purché la durata complessiva del processo non risulti eccessiva<sup>21</sup>, così come, all'inverso, ritardi non condannabili nelle singole fasi, combinati tra loro, potrebbero determinare un superamento del termine ragionevole<sup>22</sup>.

Posta l'impossibilità di fissare un termine che sia "ragionevole" in assoluto, la Corte di Strasburgo ha elaborato una serie di criteri guida tra cui assumono rilievo l'importanza della controversia per le parti, la complessità della causa, il comportamento delle parti e quello delle autorità competenti<sup>23</sup>.

Proprio ricorrendo a tali criteri, nella sentenza *Baustahlgewebe* la Corte di giustizia ha concluso che il termine di circa cinque anni e sei mesi impiegato dal Tribunale per la decisione della causa avesse superato i limiti della ragionevolezza<sup>24</sup>. Nel caso citato, i giudici di Lussemburgo hanno, infatti, avuto modo di evidenziare che i procedimenti di concorrenza possono talora mostrarsi complessi per la necessità di dover esaminare numerosi documenti e situazioni fattuali e che, soprattutto nel caso di cartelli, non è infrequente che la stessa decisione della Commissione sia oggetto di autonome impugnazioni da parte delle diverse società

---

<sup>18</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 24 ottobre 1989, *H. c. Francia*, par. 58; del 27 ottobre 1994, *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*, par. 61; nonché del 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia* (1), par. 224.

<sup>19</sup> Sulla possibilità di individuare un parametro fisso attraverso cui valutare la ragionevolezza del termine impiegato per definire un procedimento giurisdizionale si interroga anche l'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni del 30 maggio 2013, causa C-58/12 P, *Groupe Gascogne*, punto 77.

<sup>20</sup> La l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), così come modificata dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modifiche nella l. 7 agosto 2012, n. 134, prevede, all'art. 2-bis che "si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità".

<sup>21</sup> Sul punto, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 28 giugno 1978, *König c. Germania*, par. 98, nonché *Pretto c. Italia*, par. 37.

<sup>22</sup> In tal senso la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 maggio 1986, *Deumeland c. Germania*, par. 90.

<sup>23</sup> Tali criteri sono stati enunciati dalla Corte di Strasburgo in numerose pronunce, tra le quali si segnalano le sentenze del 27 novembre 1991, *Kemmache c. Francia*, paragrafi 27 e 60; del 25 marzo 1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, par. 67; del 6 aprile 2000, *Comingersoll S.A c. Portogallo*; del 27 giugno 2000, *Frydlander c. Francia*, par. 43; del 4 agosto 2005, *Stoianova e Nedelcu c. Romania*, par. 24; dell'8 giugno 2006, *Sürmeli c. Germania*, par. 128; nonché, più recentemente, dell'8 aprile 2014, *Erzecen c. Turchia*, par. 65.

<sup>24</sup> Sentenza *Baustahlgewebe*.

interessate per cui, anche nell'ipotesi di una (opportuna) riunione dei procedimenti, possano coesistere lingue processuali differenti<sup>25</sup>. Tuttavia, tutti gli elementi menzionati non dispensano il giudice comunitario dal rispettare il termine ragionevole nelle cause di sua competenza<sup>26</sup>.

In successive pronunce, la Corte di giustizia ha avuto modo, da un lato, di affermare la non esaustività dei criteri elaborati dai giudici di Strasburgo per la valutazione del rispetto del *délai raisonnable*; e, dall'altro, di evidenziare come non sia necessario un esame sistematico delle circostanze del caso esaminato alla luce di ciascuno dei detti criteri laddove la durata del procedimento appaia giustificata in applicazione di uno solo di essi<sup>27</sup>.

Un ottimo esempio della valutazione compiuta dalla massima giurisdizione dell'Unione si rinviene nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa *Der Grüne Punkt*<sup>28</sup>. In tale controversia, ad essere contestato era il comportamento del Tribunale che aveva impiegato cinque anni e nove mesi per definire un procedimento giurisdizionale *ex art. 263 TFUE* proposto avverso la decisione con cui la Commissione, accertato lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, aveva imposto all'impresa ricorrente la cessazione dell'attività contestata.

Con riferimento al primo dei criteri sopra menzionati, vale a dire la valutazione della rilevanza della controversia, il ragionamento dell'Avvocato generale si mostra attento ed innovativo rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Viene, infatti, valorizzato il ruolo del diritto della concorrenza e la constatazione che, sotteso alla sua applicazione, vi è non solo l'interesse delle imprese destinatarie del provvedimento ma anche un più esteso interesse per tutti gli operatori del mercato – vale a dire che siano garantite una concorrenza non falsata e la certezza del diritto – che deve essere adeguatamente preso in considerazione nella valutazione della rilevanza della controversia. In assenza di un tale rilevante “interesse diffuso”, difficilmente sarebbe stato possibile riconoscere una particolare incidenza negativa del protrarsi del procedimento sugli interessi della ricorrente. Nel caso citato, infatti, non era stata inflitta alcuna sanzione pecuniaria tale da minacciare la sopravvivenza dell'impresa bensì semplicemente imposta la cessazione di un comportamento ritenuto abusivo.

Nell'ambito della valutazione della complessità della controversia rientrano, invece, tanto motivi di natura giuridica quanto fattuali, assumendo rilievo anche peculiarità del processo svolto dinanzi ai giudici dell'Unione. La complessità della causa potrebbe, così, essere giustificata sia in ragione di motivi connessi a non semplici qualificazioni giuridico-economiche, come ad esempio la sussistenza di

<sup>25</sup> Ai sensi degli articoli 37 del regolamento di procedura della Corte e 35 di quello del Tribunale, nei ricorsi per annullamento la lingua di procedura è scelta dalla parte ricorrente e, laddove i diversi procedimenti dovessero essere riuniti, le differenti lingue di procedura coesistono.

<sup>26</sup> Cfr. sentenza *Baustahlgewebe*, punto 42.

<sup>27</sup> Così, ad esempio, la complessità del caso ovvero il comportamento dilatorio del ricorrente possono costituire valide giustificazioni di una durata a prima vista troppo lunga. In tal senso, l'ordinanza del 13 dicembre 2000, causa C-39/00 P, *SARL (SGA) c. Commissione*, punto 46; e le sentenze del 15 ottobre 2002, cause riunite C-238, 244, 245, 247, 250-252 e 254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*; del 2 ottobre 2003, causa C-194/99 P, *Thyssen Stahl AG c. Commissione*, punti 154-156 e 165-167; e del 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve c. Commissione*, punto 43.

<sup>28</sup> Del 31 marzo 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt*, punti 265-300.

una posizione dominante<sup>29</sup>, quanto in ragione della possibile coesistenza di diverse lingue processuali e dei tempi necessari per la traduzione di numerosi documenti ed atti nella lingua processuale ed in quella di lavoro<sup>30</sup> sebbene, come testimonia la sentenza *Baustahlgewebe*, questa non può, essa sola, essere una giustificazione sufficiente<sup>31</sup>.

Pragmatica è, invece, la disamina del comportamento processuale delle parti. Per la sua struttura, il processo comunitario difficilmente si presta a comportamenti apertamente dilatori ed anche condotte, quali la richiesta di riapertura della fase orale o di proroga per il deposito di atti nell'ambito della fase scritta, pur potendo dilatare la durata complessiva del procedimento, difficilmente potranno avere un'incidenza considerevole sul superamento della durata ragionevole.

Di contro, maggiormente rilevanti saranno le eventuali inattività dell'organo giurisdizionale.

4. Il superamento della durata ragionevole della procedura, come per altro costantemente ribadito dalla Corte di Strasburgo, rappresenta un'irregolarità procedurale costitutiva di una violazione di un diritto fondamentale e, in quanto tale, deve essere riconosciuta alla parte interessata la possibilità di proporre un ricorso effettivo onde conseguire un adeguato ristoro del pregiudizio<sup>32</sup>. Quanto rilevato non implica, tuttavia, che, laddove venga contestata nell'ambito di un *pourvoi* la violazione dell'art 47 della Carta da parte del Tribunale, la sentenza debba essere *sic et simpliciter* annullata.

Laddove, infatti, non vi sia la dimostrazione che l'eccessiva durata del procedimento abbia avuto un'incidenza sulla soluzione della controversia, perché, ad esempio, abbia reso impossibile l'assunzione di determinati mezzi di prova<sup>33</sup> o l'acquisizione di determinati documenti, l'annullamento della decisione non avrebbe come effetto quello di rimediare alla violazione del diritto fondamentale subita<sup>34</sup>.

Invero, già nel caso *Baustahlgewebe*, nel passare in rassegna le eventuali azioni esperibili in caso di superamento del termine ragionevole, l'Avvocato generale Léger aveva evidenziato che un annullamento con conseguente riesame da parte del Tribunale sarebbe stato un rimedio "à proprement parler, pire que le mal"<sup>35</sup>, in

---

<sup>29</sup> In talune particolari circostanze, la valutazione della sussistenza di una posizione dominante può richiedere complessi esami di mercato, analisi economiche ecc., tali da poter giustificare un dilatamento dei tempi di procedura.

<sup>30</sup> Nella sentenza del 16 luglio 2009, causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt*, la Corte esclude che l'eccessiva durata della controversia possa essere giustificata in ragione della complessità della controversia per non essere stata messa in discussione la sussistenza della posizione dominante della ricorrente essendone, invece, esclusivamente contestato lo sfruttamento abusivo. Inoltre il procedimento, instaurato da un unico ricorrente, presentava un'unica lingua di procedura.

<sup>31</sup> Sentenza *Baustahlgewebe*, punto 42.

<sup>32</sup> In tal senso si segnalano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*, paragrafi 156 e 157; del 16 novembre 2006, *Karov c. Bulgaria*, par. 72; del 24 febbraio 2009, *Abramiuc c. Romania*, par. 120, nonché, più recentemente, del 26 novembre 2013, *Stoyanov e Tabakov c. Bulgaria*, par. 120.

<sup>33</sup> Si pensi, ad esempio, alla sopravvenuta impossibilità di raccogliere la prova testimoniale di un teste deceduto nelle more della procedura, ovvero alla mancata acquisizione di documenti andati persi, ecc.

<sup>34</sup> In tal senso la sentenza *Der Grüne Punkt*, punto 193.

<sup>35</sup> Conclusioni *Baustahlgewebe*, punto 46.

quanto avrebbe comportato l'introduzione di un nuovo procedimento giurisdizionale e sommato al tempo già trascorso per l'esame dinanzi al Tribunale quello necessario per una nuova valutazione della causa, con il risultato di ritardare ulteriormente il ristoro del pregiudizio subito.

Pertanto, proprio sulla scorta di tali considerazioni, valorizzando anche ragioni di economia processuale, la Corte, pur rigettando la richiesta di annullamento dell'impugnata decisione, in *Baustahlgewebe*, ha operato una riduzione della sanzione inflitta alla ricorrente decurtando un importo pari all'indennizzo dovuto all'impresa in ragione della durata irragionevole della procedura dinanzi al Tribunale di primo grado.

Diverse sono state, invece, le conclusioni cui la Corte è pervenuta nella già citata decisione *Der Grüne Punkt* in cui è stato sostenuto che, in caso di violazione dell'art. 47 della Carta da parte del Tribunale, il rimedio naturale dovrebbe essere quello di un'azione ai sensi degli articoli 268 e 340, co. 2, TFUE.

Tuttavia, la diversa impostazione rispetto al precedente *Baustahlgewebe* può essere ascritta all'assenza, nel caso *Der Grüne Punkt*, di una sanzione pecuniaria. Come già rilevato, infatti, l'impugnata decisione della Commissione si limitava a constatare uno sfruttamento abusivo della posizione dominante detenuta dall'impresa, ingiungendo di porvi termine. Conseguentemente, la Corte non avrebbe in nessun caso potuto, in applicazione "dell'approccio *Baustahlgewebe*", operare alcuna immediata compensazione tra importi.

Ad ogni modo, rileggendo la decisione *Der Grüne Punkt* alla luce delle più recenti pronunce, sulle quali meglio si dirà *infra*, non è da escludersi che la Corte, facendo leva sulle differenze rispetto al precedente *Baustahlgewebe*, abbia volutamente inteso lasciare aperta la strada per un *revirement* giurisprudenziale, in effetti concretizzatosi con le sentenze relative al cartello dei sacchetti industriali in plastica.

5. Tali recenti pronunce, con le quali la Corte ha individuato l'azione *ex art.* 340 TFUE quale un unico rimedio esperibile in caso di superamento del termine ragionevole da parte dei giudici dell'Unione europea, rappresentano uno dei pochi casi in cui è dato ravvisare un netto e deciso superamento di un precedente approccio giurisprudenziale<sup>36</sup>.

Nel caso di specie, i giudici di Lussemburgo hanno utilizzato l'occasione offerta dai procedimenti originati dalle impugnazioni della decisione con cui la Commissione aveva sanzionato il c.d. cartello dei sacchetti industriali in plastica

<sup>36</sup> La Corte di giustizia dell'Unione europea, onde adottare una decisione di segno contrario a taluni precedenti, è solita far leva sulle peculiarità del caso sottoposto alla propria attenzione piuttosto che riconoscere un vero e proprio *revirement*. Per un esempio in tal senso si rinvia, emblematicamente, alla sentenza del 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Emmott*, in tema di prescrizione e decadenza ed alle successive decisioni di segno decisamente opposto. Di contro, un vero e proprio *revirement*, con riferimento all'impugnabilità degli atti delle istituzioni da parte del Parlamento, si rinviene nella sentenza del 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio*. In tema di libera circolazione delle merci un *revirement* si rinviene, invece, con riferimento all'applicazione delle restrizioni quantitative, nella sentenza del 24 novembre 1993, causa C-267/91, *Keck e Mithouard*, e, con riferimento agli orari di apertura degli esercizi commerciali nei giorni festivi, nelle sentenze del 2 giugno 1994, cause riunite C-69/93 e C-258/93, *Punto Casa e PPV*, e del 20 giugno 1996, cause riunite C-418-421, 460-462, 464/93, 9, 10, 11, 14, 15, 23, 24, 332/94, *Semeraro Casa Uno*. Per un approfondimento sul punto, v. L. SBOLCI, *Libera circolazione delle merci*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, Torino, 2006, II ed., p. 34.

per chiarire una serie di aspetti e, soprattutto, per definire i rimedi esperibili nel caso in cui si fosse registrata una violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo. Tale scelta, indirettamente confermata dall'attribuzione alla *Grande Chambre* dei tre procedimenti connessi, è per altro apertamente dichiarata dall'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni relative alla causa *Groupe Gascogne*<sup>37</sup>.

A rendere interessanti le recenti decisioni della Corte, tutte emesse in sede di *pourvoi*, è la constatazione che, sebbene la situazione fosse sostanzialmente assimilabile a quella del precedente *Baustahlgewebe*, le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di Lussemburgo sono di segno diametralmente opposto. Nel caso dei sacchetti industriali in plastica, infatti, la Commissione aveva accertato la sussistenza di un cartello tra imprese produttrici<sup>38</sup> ed aveva inflitto ammende milionarie con una decisione oggetto di tre distinte impugnazioni dinanzi al Tribunale da parte di altrettante imprese. I procedimenti, mai riuniti, sono stati definiti in primo grado con tre distinte pronunce di rigetto, tutte pubblicate il 16 novembre 2011, dopo più di cinque anni dall'introduzione dell'azione giurisdizionale<sup>39</sup>. Con le impugnazioni di tali decisioni, le imprese, oltre alle contestazioni connesse all'asserita inesistenza del cartello e alla determinazione dell'ammontare delle ammende, contestavano la durata eccessiva del procedimento giurisdizionale in primo grado e, invocando il precedente *Baustahlgewebe*, richiedevano l'annullamento delle sentenze ovvero, in subordine, una riduzione degli importi eventualmente dovuti.

Nel decidere i gravami, la Corte, in particolare nella sentenza *Gascogne Sack Deutschland*, riprendendo quanto già affermato sia in *Baustahlgewebe* che in *Der Grüne Punkt*, ha confermato che il mero superamento della durata "ragionevole" del processo da parte del Tribunale non può giustificare l'annullamento, in sede di *pourvoi*, della sentenza impugnata laddove non vi siano prove, o quanto meno indizi utili a far ritenere che la durata eccessiva abbia avuto ripercussioni sulla decisione. L'annullamento della sentenza impugnata, infatti, non solo non andrebbe a porre rimedio alla violazione del principio della tutela giurisdizionale effettiva ma, per di più, andrebbe a pregiudicare il principio della certezza del diritto e della concreta applicazione delle regole di concorrenza preordinate, come ben noto, a garantire il buon funzionamento del mercato.

L'elemento di novità della decisione, che, per altro, si trova confermato nelle sentenze collegate *Groupe Gascogne* e *Kendrion*, consiste, tuttavia, nella generalizzazione dell'approccio utilizzato nella pronuncia *Der Grüne Punkt* e nell'abbandono di quello applicato, in modo più pragmatico che scientifico<sup>40</sup>, nella sentenza *Baustahlgewebe*.

Se, prima di tali pronunce, la coesistenza dei differenti approcci poteva agevolmente essere giustificata sulla scorta delle non comparabili situazioni fattuali sottese

---

<sup>37</sup> Conclusioni *Groupe Gascogne*, punto 71.

<sup>38</sup> Con l'impugnata decisione del 30 novembre 2005, C(2005)4634 def., la Commissione contestava a numerose imprese, tra cui le ricorrenti, di aver adottato un complesso di accordi e pratiche concordate nel settore dei sacchi industriali in plastica in almeno sei Stati membri, consistenti nella fissazione di prezzi e di talune modalità comuni di fissazione degli stessi, nonché nella ripartizione dei mercati attraverso l'attribuzione di clienti e nella presentazione di offerte concordate a talune gare d'appalto.

<sup>39</sup> Sentenze del Tribunale del 16 novembre 2011, causa T-54/06, *Kendrion c. Commissione*; causa T-72/06, *Groupe Gascogne c. Commissione*; causa T-79/06, *Sachsa Verpackung GmbH* (poi divenuta *Gascogne Sack Deutschland GmbH*) c. *Commissione*.

<sup>40</sup> In tal senso si esprime l'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni *Groupe Gascogne*, punto 80.

alle pronunce *Baustahlgewebe* e *Der Grüne Punkt* e per esservi solo nel primo caso un'ammenda suscettibile di riduzione, in sede di impugnazione, in virtù di una sorta di immediata compensazione con l'indennizzo per il superamento del termine ragionevole, alla luce delle recenti decisioni tale differenziazione non trova più ragion d'essere.

Come meglio si dirà nelle pagine seguenti, detto *revirement* non è tuttavia pienamente convincente. L'approccio *Baustahlgewebe*, infatti, aveva l'indiscutibile pregio di valorizzare esigenze di economia processuale garantendo un più rapido ristoro delle eventuali conseguenze finanziarie pregiudizievoli legate all'eccessivo protrarsi del procedimento. Tuttavia, è pur vero che anche avverso una tale impostazione potrebbero essere sollevate alcune obiezioni.

La prima è di natura logico-concettuale, in quanto la violazione da parte dell'impresa del diritto della concorrenza, in ragione della quale è stata inflitta la sanzione, è distinta dal comportamento del Tribunale che, per quanto possa aver arrecato un danno, quale ad esempio una maggiorazione degli interessi dovuti, non ha alcuna incidenza sulla valutazione dell'illiceità del comportamento sanzionato.

La seconda è di natura più propriamente giuridica ed attiene, in parte, all'assenza di una base giuridica sulla scorta della quale fondare una riduzione dell'ammenda per l'eccessiva durata del processo. In realtà, nel caso della "birra olandese"<sup>41</sup>, il Tribunale aveva già applicato una riduzione dell'ammenda in ragione dell'eccessiva durata del procedimento amministrativo. Tale precedente, tuttavia, non è utilizzabile quale elemento di paragone in ragione della peculiarità della fattispecie. Nel caso menzionato, infatti, la Commissione, nelle more della procedura amministrativa, aveva mutato i propri orientamenti per il calcolo delle ammende ed adottato un approccio sanzionatorio più rigido e rigoroso chiaramente penalizzante per l'impresa. Nell'adottare la decisione finale, l'istituzione aveva tuttavia tenuto conto di ciò operando, già nel provvedimento impugnato, una riduzione dell'ammenda. Pertanto, l'ulteriore diminuzione operata dal Tribunale potrebbe essere inquadrata come rientrante nella valutazione di pieno diritto attribuita al giudice dell'Unione dall'art. 13 del regolamento 1/2003 in combinato disposto con l'art. 261 TFUE<sup>42</sup>, e connessa, quindi, alla valutazione dell'adeguatezza della sanzione alla violazione.

Diversamente, invece, una base giuridica non sembra individuabile laddove, al di fuori dell'eccezionale ipotesi sopra descritta, il Tribunale sia colpevole del superamento del termine ragionevole.

A ciò si aggiunge anche l'ulteriore constatazione che il Trattato individua le competenze di Corte e Tribunale, per cui il riconoscimento alla prima della possibilità di decidere, in sede di impugnazione, sulla violazione da parte del Tribunale del principio della durata ragionevole del processo, equivarrebbe a forzare il riparto dettato dal diritto primario<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Sentenza del Tribunale del 16 giugno 2011, causa T-235/07, *Bavaria c. Commissione*, confermata dalla sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012, causa C-445/11 P, *Bavaria c. Commissione*.

<sup>42</sup> V. il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato. Sul punto, tuttavia, si segnala l'opinione critica dell'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni *Groupe Gascogne*, punto 131.

<sup>43</sup> Sul punto, cfr. quanto affermato dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni *Der Grüne Punkt*, punti 321 e 322.

L'accertamento del superamento del *délai raisonnable* da parte del Tribunale ed il conseguente riconoscimento di un indennizzo, sebbene elargito attraverso un'operazione compensativa con l'ammenda eventualmente inflitta, implica comunque la constatazione di una responsabilità dell'istituzione per far valere la quale non può, salvo a voler creare un nuovo rimedio giuridico, prescindere dalle regole del Trattato in materia.

Conseguentemente, fatta eccezione per il caso in cui dall'eccessivo protrarsi della procedura l'impresa non abbia subito danni morali e/o materiali<sup>44</sup>, per il qual caso la mera constatazione, in sede di *pourvoi*, dell'avvenuta violazione potrebbe costituire già un equo indennizzo, la scelta della Corte di considerare quale unico rimedio esperibile un ricorso per risarcimento danni dinanzi al Tribunale può apparire condivisibile.

6. L'abbandono dell'approccio utilizzato nel caso *Baustahlgewebe* apre comunque, soprattutto laddove ci si ponga nell'ottica dell'adesione dell'Unione alla CEDU, ulteriori interrogativi meritevoli di alcune riflessioni. Affinché possa ritenersi rispettato l'art. 6, par. 1, CEDU, è, infatti indispensabile che ciascuna controversia sia esaminata da un giudice "indipendente ed imparziale".

Ciò detto, resta da chiedersi se il Tribunale, competente a conoscere in primo grado ogni azione risarcitoria, possa essere considerato "indipendente ed imparziale" anche laddove sia chiamato a pronunciarsi sulla violazione del *délai raisonnable* da esso stesso commessa.

In effetti, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>45</sup>, l'imparzialità deve essere apprezzata sulla scorta di due criteri, uno oggettivo ed uno soggettivo. Così, sarà considerato soggettivamente indipendente il giudice che non abbia mostrato di avere un'idea preconcepita circa la decisione della controversia e che non si sia mostrato aprioristicamente ostile al ricorrente attraverso comportamenti o dichiarazioni<sup>46</sup>. L'indipendenza soggettiva è, tuttavia, presunta fino a prova contraria e non possono le mere affermazioni di parte, non supportate da elementi esterni e non verificabili, metterla in dubbio<sup>47</sup>. Pertanto, in assenza di circostanze particolari la cui valutazione è inevitabilmente da effettuarsi caso per caso, non vi è motivo di

---

<sup>44</sup> In tale senso, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 maggio 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion*, punto 129, nonché le conclusioni *Groupe Gascogne*, punto 148.

<sup>45</sup> Per un'analisi dettagliata di tale giurisprudenza con riferimento al criterio dell'imparzialità dell'organo giurisdizionale, si rinvia a S. BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 6 ss. In dottrina si segnalano anche F. TULKENS, J. LOTARSKI, *Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges van Compernelle*, Bruxelles, 2004, p. 765; nonché D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, p. 284.

<sup>46</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro*, par. 122-135, in cui l'indipendenza dei giudici è stata messa in discussione in ragione di un'ostilità riscontrata nel fatto che era stata adottata una sanzione per oltraggio alla corte da parte degli stessi giudici della cui offesa il ricorrente era accusato.

<sup>47</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 22 febbraio 1996, *Bulut c. Austria*; del 24 gennaio 2002, *Delage e Magistrello c. Francia*; del 15 ottobre 2009, *Micallef c. Malta*, par. 94; dell'8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, par. 259-269; nonché del 24 giugno 2010, *Marcel e Branquart c. Francia*, par. 33.

dubitare aprioristicamente che il Tribunale, chiamato a decidere nell'ambito di un'azione risarcitoria per violazione del *délai raisonnable* dallo stesso organo compiuta in altra procedura, possa essere ritenuto soggettivamente non imparziale.

Diversamente, invece, per quanto attiene alla valutazione dell'imparzialità oggettiva, occorre valutare se, in ragione della sua composizione, l'organo adito offra garanzie sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio di parzialità. Tale valutazione, secondo quanto precisato dalla Corte di Strasburgo in differenti pronunce<sup>48</sup>, attiene essenzialmente all'apprezzamento dei legami di tipo gerarchico, funzionale o organizzativo, tra il giudice ed altri soggetti della procedura<sup>49</sup>, il potere esecutivo, ecc., tenendo in debita considerazione che anche le apparenze assumono un rilievo importante.

Ciò detto, la Corte di giustizia, nelle sentenze relative al cartello dei sacchetti industriali in plastica, si limita a precisare che l'organo competente a pronunciarsi sulle conseguenze del superamento del termine ragionevole è pur sempre il Tribunale il quale, laddove sia esso stesso autore della violazione, dovrà decidere in una composizione differente rispetto a quella del procedimento la cui durata è contestata<sup>50</sup>.

Più approfondita è, invece, la disamina compiuta dall'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni relative alla causa *Groupe Gascogne*, in cui anch'ella ritiene sostanzialmente compatibile con i principi della Corte di Strasburgo l'attribuzione al Tribunale, in diversa composizione, della competenza a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria per la violazione del *délai raisonnable*. Secondo l'Avvocato generale, infatti, qualunque indennità eventualmente accordata al ricorrente sarebbe imputata al bilancio dell'Unione e non all'istituzione cui afferisce l'organo giurisdizionale autore della violazione. A tale rilievo, inoltre, si aggiungerebbe l'ulteriore circostanza che, da un lato, le sentenze pronunciate dal Tribunale *ex* articoli 268 e 340 TFUE sarebbero sempre soggette all'impugnazione dinanzi alla Corte e, dall'altro, che non è escluso che la pronuncia del Tribunale nell'ambito della procedura risarcitoria intervenga dopo la dichiarazione della Corte di giustizia – in sede di *pourvoi* – dell'avvenuta violazione dell'art. 47 della Carta.

In realtà, nonostante i rilievi dell'Avvocato generale, permane qualche dubbio circa la possibilità di superare ogni apparenza di parzialità del Tribunale<sup>51</sup>. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, anche laddove non vi sia ragione di dubitare dell'imparzialità personale dei giudici della controversia, il rapporto funzionale che li lega ad una delle parti in causa – nella specie l'organo giurisdizionale autore della violazione – può, esso solo, giustificare l'esistenza di legittimi dubbi circa l'imparzialità oggettiva dei magistrati e la loro indipendenza<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. le sentenze del 6 giugno 2000, *Morel c. Francia*; del 21 dicembre 2000, *Wettstein c. Svizzera*; e del 22 aprile 2004, *Cianetti c. Italia*.

<sup>49</sup> Ad esempio, nella sentenza del 15 luglio 2005, *Mežnarić c. Croazia*, la Corte di Strasburgo ha considerato non imparziale il giudice che, in precedenza, aveva difeso in procedura collegata alcuni avversari del soggetto interessato.

<sup>50</sup> Cfr. la sentenza *Gascogne Sack Deutschland*, punto 96.

<sup>51</sup> Scetticamente si esprimeva già l'Avvocato generale Léger nella causa *Baustahlgewebe*, in cui affermava che "cette atteinte nous paraît difficilement pouvoir être évitée par le renvoi de l'affaire à une formation de jugement différente dès lors que, si l'on adopte l'approche de la Cour de Strasbourg, la modification de la composition d'une juridiction peut ne pas tout à fait suffire à effacer l'impression de partialité qui naîtrait du jugement de cette juridiction par elle même".

<sup>52</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 aprile 2008, *Mihalkov c. Bulgaria*, par. 47.

7. Tirando le fila del discorso, la scelta della Corte di giustizia di ritenere l'azione *ex* articoli 268 e 340 TFUE l'unico rimedio esperibile per il ristoro dei pregiudizi morali e materiali conseguenti all'eccessiva durata di una procedura giurisdizionale è senza dubbio condivisibile sia per i sopra esposti motivi di carattere logico-giuridico che per la presenza nel diritto primario di una chiara ripartizione delle competenze tra organi giurisdizionali.

Inoltre, avrebbe altresì l'ulteriore pregio di allineare il regime della responsabilità dell'Unione europea con quello degli Stati membri per "fatto del giudice"<sup>53</sup> realizzando un avvicinamento delle diverse fattispecie – nazionali ed europee – non solo sotto il profilo delle condizioni sostanziali ma, seppur con le dovute e necessarie differenze, anche sotto il profilo delle condizioni processuali<sup>54</sup>.

Tuttavia, tale soluzione ha il difetto di mortificare, forse eccessivamente, le esigenze di economia processuale rischiando, per di più, di pregiudicare l'effettività e l'immediatezza del rimedio, atteso che per conseguire il ristoro del pregiudizio subito dovrà essere intrapresa una nuova azione.

Inoltre, non è da escludersi che possa sorgere, soprattutto nell'ottica di una adesione dell'Unione alla CEDU, un problema di compatibilità di tale rimedio con il sistema elaborato dalla Corte di Strasburgo. La necessità di dover necessariamente dare avvio ad una nuova azione (risarcitoria) potrebbe, infatti, anche essere letta come una barriera procedurale idonea a limitare o rendere più gravoso – tenuto conto delle spese connesse alla procedura e degli oneri di natura probatoria da assolvere – l'accesso concreto ed effettivo ad un tribunale, garantito dal medesimo art. 6, par. 1, CEDU.

Ancora, secondo una lettura combinata degli articoli 268 e 340 TFUE e 17, par. 1, TUE, l'azione risarcitoria conseguente all'adozione da parte di un'istituzione di un atto od un comportamento ritenuto pregiudizievole dovrebbe essere esperita contro l'Unione la quale verrebbe rappresentata in giudizio dalla Commissione. La Corte di giustizia, tuttavia, pronunciandosi in merito alla ricevibilità di alcune azioni risarcitorie, ha negli anni avuto modo di evidenziare che, sebbene la personalità giuridica sia riconosciuta alla Comunità (ora all'Unione), il rispetto del principio della buona amministrazione della giustizia richiede che, qualora la Comunità venga chiamata a rispondere di un atto di uno dei suoi organi, debba essere convenuta in

---

<sup>53</sup> Per una compiuta analisi della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione europea, v. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012. Con specifico riferimento alla responsabilità dello Stato-giudice v. anche M. BREUER, *State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the Case of Gerhard Köbler v Austria*, in *European Law Review*, 2004, p. 243; M. MAGRASSI, *Il principio di responsabilità risarcitoria dello Stato-giudice tra ordinamento comunitario, interno e convenzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 490; G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 2, p. 1; P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Il Corriere giuridico*, 2005, p. 62; nonché F. CORTESE, *Sulla responsabilità civile dello Stato giudice per violazione del diritto dell'Unione europea: dai principi sostanziali alle insidie processuali*, *ivi*, 2013, p. 785.

<sup>54</sup> In materia di responsabilità risarcitoria per violazione del diritto dell'Unione, ciascuno Stato membro, nel rispetto dell'autonomia procedurale, determina le condizioni procedurali attraverso cui esperire le azioni processuali.

giudizio l'istituzione responsabile<sup>55</sup> e che, anche laddove la proposizione dell'azione rivolta contro la Comunità dovesse essere introdotta mediante la citazione in giudizio della sola istituzione, da tale circostanza non potrebbe desumersi l'irricevibilità del ricorso in quanto per la Comunità starà in giudizio proprio l'istituzione cui si addebita l'evento lesivo<sup>56</sup>.

Ora, trasponendo tale giurisprudenza all'ipotesi in cui un'azione risarcitoria sia intrapresa per violazione del termine ragionevole da parte del Tribunale, non sarebbe lontano dalla realtà immaginare che quest'ultimo possa trovarsi legittimato passivo in una controversia pendente dinanzi al medesimo organo giurisdizionale. Ebbene, in tale ipotesi, difficilmente potrà essere sostenuta l'imparzialità oggettiva del Tribunale. Certo il sistema processuale dell'Unione consente al menzionato organo giurisdizionale di spogliarsi della controversia rimettendola alla Corte di giustizia dell'Unione europea ma, per essere tale ipotesi rimessa alla valutazione discrezionale del collegio, difficilmente potrebbe essere considerata in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Infine, un ulteriore aspetto che potrebbe destare qualche problema è l'individuazione del "fatto che dà origine" alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione ai sensi dell'art. 46 dello Statuto. Sul punto, l'Avvocato generale Sharpston ha rilevato che se per tale "fatto" s'intendesse il momento in cui un termine considerato ragionevole per la trattazione della causa diventa un ritardo eccessivo, si rischierebbe, da un lato, di creare una considerevole incertezza giuridica circa il momento dal quale far decorrere il termine – di cinque anni – entro cui introdurre l'azione risarcitoria; e, dall'altro, potrebbe anche accadere che un ritardo veramente eccessivo nel procedimento dinanzi al Tribunale determini, ancor prima che sia intervenuta la pronuncia nel merito, la scadenza del termine procedurale per la proposizione di un'eventuale azione risarcitoria.

Pertanto, sulla scorta di tali considerazioni, ha concluso per far corrispondere il "fatto che dà origine" alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione con la constatazione della Corte che vi è stato un ritardo eccessivo nel procedimento dinanzi al Tribunale, per cui il termine di cinque anni entro il quale proporre l'azione risarcitoria dovrebbe decorrere dalla pubblicazione della sentenza della Corte.

Tuttavia tale soluzione, a parere di chi scrive, presta il fianco ad una critica: l'azione risarcitoria è svincolata dalla proposizione di qualunque ulteriore azione esperibile dinanzi alla Corte nell'ambito della competenza contenziosa<sup>57</sup>, per cui collegare il fatto generatore della responsabilità al preventivo accertamento della Corte, in sede di *pourvoi*, implicherebbe, da un lato, negare tale autonomia e, dall'altro, prevedere in capo all'impresa un obbligo di impugnazione della sentenza del Tribunale con ulteriori oneri sia in termini di tempo che di spese.

Pertanto, più corretto e rispondente ai principi dell'ordinamento dell'Unione ed al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva sarebbe collegare il fatto

<sup>55</sup> In tal senso, v. la sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1973, cause riunite 63-69/72, *Werhahn Hansasamuehle e a. c. Consiglio*, punto 7.

<sup>56</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 9 novembre 1989, causa 353/88, *Briantex e Di Domenico c. Commissione*, punto 7; nonché del 23 marzo 2004, causa C-234/02 P, *Mediatore europeo c. Lamberts*, punto 48.

<sup>57</sup> Sul punto, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 378, nonché M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 269.

generatore della responsabilità dell'Unione alla pubblicazione della sentenza del Tribunale adottata in violazione del *délai raisonnable*.

Ad ogni modo, la questione della valutazione dei rimedi esperibili in caso di violazione del termine ragionevole da parte di un organo giurisdizionale dell'Unione appare tutt'altro che definita e si mostra un tema di grande interesse atteso che, come testimonia la recentissima sentenza *Deltafina*<sup>58</sup> con la quale la seconda sezione della Corte si è allineata alle esaminate statuizioni della *Grande Chambre*, le constatazioni di violazioni imputabili ai giudici dell'Unione europea non sono più tanto rare.

Conseguentemente, essendo più difficile immaginare un intervento del legislatore dell'Unione, teso ad introdurre un nuovo e precipuo rimedio giurisdizionale attraverso cui far valere – eventualmente anche in sede di *pourvoi* – la descritta violazione dell'art. 47 della Carta, non sono da escludere, anche e soprattutto in prospettiva della (in realtà tutt'altro che certa) adesione alla CEDU, ulteriori ed auspicabili chiarimenti da parte della Corte di giustizia.

## Abstract

### Consequences and Remedies for the Breach of the Reasonable Time (*délai raisonnable*) Requirement in Proceedings before EU Courts: Has the Court of Justice Spoken Its Last Word?

The right to a trial within a reasonable time is a fundamental pillar of Western legal culture and it has been recognized as part of the EU legal order even before the attribution to the Charter of Fundamental Rights of the same legal value as the Treaties. Moving from this premise, this article examines the consequences of a violation of that right by the European Court of Justice (ECJ) and focuses on the remedies available to the parties affected by the delay.

The opportunity for this inquiry was provided by the ECJ's recent ruling(s) in the plastic industrial bags cartel case, where departing from earlier judgments such as *Baustahlgewebe* the ECJ ruled that the action for damages against the EU is the only remedy available for a breach of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights.

While this solution is acceptable for several reasons, a number of problematic issues still stand especially in view of the EU's possible accession to the ECHR.

---

<sup>58</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2014, causa C-578/11 P, *Deltafina*. In detta sentenza, la Corte, sempre in sede di *pourvoi*, ha accertato la violazione da parte del Tribunale del termine ragionevole nella definizione del procedimento di primo grado e, richiamando le statuizioni relative al cartello dei sacchetti industriali in plastica nonché alle conclusioni dell'Avvocato generale – per altro il medesimo dei recenti precedenti –, ha ribadito l'abbandono dell'approccio *Baustahlgewebe* affermando la necessità di introdurre una azione in responsabilità ai sensi dell'art. 340 TFUE.





# Recensioni



Francesco Capotorti, Meinhard Hilf,  
Francis Jacobs, Jean-Paul Jacqué

# Le traité instituant l'Union européenne: un projet, une méthode, un agenda



IIème édition revue et augmentée sous la coordination  
de Marianne Dony et Jean-Victor Louis

Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, pp. 1-329

Il 14 febbraio 1984, il Parlamento europeo approvò a stragrande maggioranza (237 voti a favore, 31 contrari e 40 astensioni) il progetto di “Trattato che istituisce l’Unione europea”. Il progetto, noto soprattutto come “progetto Spinelli”, dal nome di Altiero Spinelli che ne fu il principale promotore, ebbe allora larga eco nella stampa e nella pubblicistica ma, in realtà, non portò ad alcun risultato diretto. Nonostante le prese di posizione favorevoli di personalità di primo rilievo (ad esempio il Presidente francese François Mitterand), né il Consiglio europeo, né i governi degli Stati membri vi dettero alcun seguito concreto. Nemmeno i parlamenti nazionali, ai quali il Parlamento europeo si era rivolto, sperando di coinvolgerli maggiormente nel processo di riforma dei trattati, così da superare lo stallo dovuto all’approccio intergovernativo fino ad allora imperante, mostrarono particolare interesse. Nella memoria collettiva, pertanto, il progetto Spinelli è ormai relegato tra le tante iniziative che non hanno avuto successo e delle quali è lastricato il difficoltoso e annoso percorso del processo di integrazione europea.

La sorte che la storia ha riservato al progetto Spinelli, invero, non gli rende giustizia.

Com’è noto, in quello stesso lasso di tempo, si erano avute numerose altre proposte: alcune erano dovute all’iniziativa dell’insieme degli Stati membri (si pensi al Rapporto Tindemans del 1976 e al c.d. rapporto dei “tre saggi” del 1979, elaborati l’uno su richiesta dei capi di Stato e di governo, l’altro su mandato del Consiglio europeo, allora non ancora “istituzionalizzato”); di altre si erano fatti promotori alcuni Stati (si pensi all’Atto europeo italo-tedesco del 1981, noto come iniziativa Genscher-Colombo, e il memorandum francese dello stesso anno); altre, infine, erano state elaborate da alcune istituzioni (si pensi al Rapporto Spierenburg del 1979 redatto su incarico della Commissione)<sup>1</sup>. La portata di tutte queste proposte era tuttavia limitata. Da un lato, venivano affrontati soltanto alcuni profili delle riforme necessarie (ad esempio vi figuravano alcune idee relative alla riforma delle istituzioni e, in partico-

<sup>1</sup> V., per maggiori dettagli, l’Introduzione del volume, p. 36 s.

lare della Commissione e del Consiglio europeo); d'altro lato, si trattava di documenti di carattere preparatorio, diretti ad offrire un contributo alla discussione in corso, più che un testo vero e proprio, che desse delle risposte precise e già "operative".

Al confronto, il progetto Spinelli si presentava, dal punto di vista della forma e del contenuto, come qualcosa di molto più avanzato.

Sotto il profilo formale, il progetto consisteva in un vero e proprio trattato, comprensivo di disposizioni relative all'entrata in vigore (articoli 82 e 83), alla revisione (art. 84) e ai rapporti con i trattati comunitari (che non venivano abrogati totalmente ma soltanto nella misura in cui lo fossero espressamente o implicitamente: art. 7; cfr. invece l'art. IV-437 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa). Si trattava dunque di un testo pronto ad essere approvato dai governi degli Stati membri o ratificato direttamente dai parlamenti nazionali.

Sotto il profilo contenutistico, il progetto, pur confermando in alcune parti l'assetto precedente, offriva risposte innovative a molte delle questioni apertesi in quegli anni e prive fino ad allora di orientamenti precisi: dalla istituzionalizzazione del Consiglio europeo (articoli 31 e 32) alla riconduzione nel quadro dell'Unione del Sistema monetario europeo e della Cooperazione politica europea in materia di affari esteri (preambolo, primo trattino; art. 53; articoli 63 e ss.); dal riequilibrio in senso maggiormente democratico dei poteri tra Parlamento europeo e Consiglio (articoli 37-38), al riordino delle fonti del diritto, con l'introduzione del concetto di "legge" e di potere legislativo (articoli 34 e ss.); dalla categorizzazione e dalla definizione delle competenze dell'Unione alla consacrazione del principio di sussidiarietà (preambolo, ultimo trattino; art. 12); dal programma di elaborazione di una carta dei diritti fondamentali e di adesione dell'Unione alla CEDU (art. 4) all'allargamento dell'accesso degli individui alla Corte di giustizia (v. il ricorso in cassazione di cui all'art. 43, quinto trattino).

Come tutti sanno, delle idee che generosamente il Parlamento europeo era riuscito a mettere in campo, poche riuscirono ad essere realizzate nel breve periodo. Rispetto al progetto Spinelli, l'Atto unico europeo del 1986 rappresentava un timido tentativo di affrontare soltanto alcune delle molte sfide lanciate dal Parlamento europeo. Basti pensare alla "goffa" procedura di cooperazione, applicabile peraltro in poche ipotesi, e paragonarla alla vera e propria procedura legislativa di cui agli articoli 37 e ss. del progetto, che verrà ripresa soltanto con il Trattato di Maastricht e, con maggiore coraggio, con il Trattato di Lisbona.

Tuttavia la strada aperta dal progetto Spinelli risulterà utilissima a medio e lungo periodo. Moltissime delle novità contenute nel progetto verranno riprese dall'uno o dall'altro dei trattati di revisione che si sono susseguiti negli anni. Si è già detto della procedura legislativa. Si potrebbe continuare con il già menzionato riordino delle competenze e la consacrazione del principio di sussidiarietà, con l'introduzione del concetto di cittadinanza dell'Unione (art. 3), con l'idea della "passerella", che consente di passare da un metodo di cooperazione più intergovernativo ad uno più sovranazionale (articoli 11 e 68), con quella della personalità giuridica dell'Unione (art. 6), con la previsione di sanzioni a carico degli Stati membri che violino i diritti fondamentali (art. 44).

D'altra parte, confrontata con la realtà attuale, alla luce del Trattato di Lisbona e degli interventi successivi, l'Unione disegnata dal progetto Spinelli lascia per alcuni aspetti con la bocca amara.

Ad esempio, il fatto che il principio del primato del diritto dell'Unione fosse solennemente affermato nell'art. 42 del progetto (e nell'art. I-7 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) ma non trovi più posto nei trattati post-Lisbona, costituisce un pericoloso passo indietro, suscettibile di portare a conseguenze adesso imprevedibili. Parimenti, la possibilità, benché soltanto evocata, di un'entrata in vigore del Trattato sull'Unione ratificato non da tutti gli Stati membri, ma soltanto da una maggioranza degli stessi, che rappresentasse i due terzi della popolazione globale delle Comunità (art. 82), avrebbe forse evitato, se non il naufragio del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, almeno l'estenuante e poco esaltante vicenda della ritardata entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Soprattutto, l'afflato europeistico, combinato con la convinzione che l'Unione possa dar vita ad una "unificazione democratica", attraverso istituzioni "più efficaci e più democratiche" (preambolo, primo e secondo trattino), che avevano pervaso l'intero processo di elaborazione del testo e il testo stesso appaiono, al giorno d'oggi, abbandonati o comunque contestati in numerosi ambienti nazionali e scuole di pensiero.

Da un punto di vista della tecnica della normazione, infine, lo studioso non potrà non rimpiangere un testo in cui si è riusciti a condensare in soli 87 articoli (contro i 55 del TUE più 358 del TFUE), redatti con uno stile asciutto ed essenziale, seguendo un disegno preciso e logico, l'intero *corpus* del diritto primario dell'Unione; un testo che, questo sì, avrebbe potuto egregiamente rispondere all'imperativo di "una semplificazione dei trattati, rendendoli più chiari e meglio comprensibili" (Dichiarazione relativa al futuro dell'Europa, allegata al Trattato di Nizza del 2001, punto 5, quarto trattino).

Il merito di queste insigni qualità redazionali e testuali va ad una "squadra" di giuristi di grande reputazione e di lunga esperienza istituzionale: Francesco Capotorti, Meinhard Hilf, Francis Jacobs e Jean-Paul Jacqué. I citati erano stati chiamati dal Parlamento europeo a far parte di un "comitato di giuristi", incaricato di tradurre in testo di trattato i 146 principi che erano stati preparati dalla Commissione per gli affari istituzionali e adottati dal Parlamento europeo con una risoluzione del 5 luglio 1983 (Spinelli relatore generale e autore della proposta di risoluzione)<sup>2</sup>.

Il testo preparato dal comitato fu poi adottato, con poche modifiche, prima dalla Commissione per gli affari istituzionali e poi in aula. In seguito, i quattro giuristi, anche grazie all'appoggio del Parlamento europeo, pubblicarono un commentario del progetto, apparso nel 1985 in diverse lingue.

In occasione del 30° anniversario l'Institut d'études européennes dell'Université de Bruxelles e, in particolare i coordinatori proff. Marianne Dony e Jean-Victor Louis, hanno preso la meritoria iniziativa di curare una seconda edizione del commentario, a suo tempo apparsa con un "avant-propos" dell'allora Presidente del Parlamento europeo, Pierre Pflimlin, e una prefazione di Jean-Victor Louis.

La nuova edizione è stata integrata da una prefazione di Jean-Victor Louis e di Jean-Paul Jacqué, dal discorso pronunciato da Altiero Spinelli al Parlamento europeo prima del voto di approvazione del progetto e da una bibliografia. Segue un

<sup>2</sup> V. Introduzione del volume, pp. 42 s.

interessante scritto di Marianne Dony dal titolo “De l’Acte unique européen au traité de Lisbonne: quelles suites pour les avancées du projet du traité”, in cui vengono confrontate le riforme dei trattati adottate nel tempo rispetto al progetto Spinelli. Il volume si conclude con una post-fazione del Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, che riprende un discorso pronunciato a Strasburgo il 4 febbraio 2014, in occasione di un seminario organizzato dal Parlamento europeo per commemorare il 30° anniversario dell’approvazione del progetto di Trattato che istituisce l’Unione europea.

Così completato, il volume è reso attuale ed estremamente utile. Esso ci ripropone infatti la viva testimonianza di un’epoca feconda del processo di integrazione europea, la cui eco sembra ora essersi persa ma merita di essere recuperata. Infatti le ragioni dell’ideale europeo che allora spinsero Altiero Spinelli, i suoi collaboratori e l’intero Parlamento europeo a proporre, con tanti anni di anticipo, un progetto di vera e propria Unione europea, sono ancora oggi valide e vanno ricordate per opporsi alle facili ideologie di stampo nazionalistico.

Mi si consenta, in conclusione, di richiamare l’impegno profuso nella redazione del commentario e, prima ancora, come membro del “comitato dei giuristi”, dal Prof. Francesco Capotorti, comune maestro dei due direttori della Rivista e di me stesso, oltre che di tanti altri amici.

Luigi Daniele

Giandonato Caggiano (a cura di)

# I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano



Giappichelli, Torino, 2014, pp. VIII-832

Il corposo volume curato da Giandonato Caggiano, con l'assistenza di alcuni validi collaboratori, raccoglie quarantuno contributi scritti da molti degli studiosi italiani che si occupano del fenomeno giuridico dell'immigrazione nel diritto dell'Unione europea. Esso, peraltro, si caratterizza per l'approccio interdisciplinare, in quanto affianca agli esperti di diritto UE e di diritto internazionale studiosi di altre discipline, come il diritto amministrativo o il diritto del lavoro, e consente così una migliore comprensione della tematica oggetto del volume. Questo trae spunto da un Convegno svoltosi nell'Università di Roma Tre il 3-4 ottobre 2013 ed è importante anche perché inaugura una, quanto mai necessaria, collana scientifica che l'Editore Giappichelli dedica al diritto dell'immigrazione, affidandone la direzione a specialisti come Adelina Adinolfi, Stefano Amadeo, Giuseppe Cataldi, Giovanni Cellamare, Paola Mori e Bruno Nascimbene, oltre ovviamente allo stesso Caggiano.

Uno dei pregi del libro è focalizzare l'attenzione sull'integrazione dello straniero, che è un passaggio temporalmente e giuridicamente successivo rispetto a quello della gestione dell'immigrazione, regolare e non, e presuppone la presenza dello straniero sul territorio europeo. Oggetto di approfondimento, in questo libro, non è quindi solo la fase iniziale, spesso emergenziale, in cui l'UE e i suoi Stati membri si trovano a fronteggiare il fenomeno migratorio, ma soprattutto quella successiva, in cui lo straniero regolarmente soggiornante ("migrante") beneficia di alcuni diritti ed è soggetto ad alcuni doveri, nel contesto giuridico dell'Unione e dei suoi Stati. È ciò che il volume intende sottolineare utilizzando l'espressione "integrazione *per* i migranti", piuttosto che quella di "integrazione *dei* migranti", affine, ma diversa.

Dopo l'Introduzione, affidata alla notoria competenza di Bruno Nascimbene, dedicata alla tragedia di Lampedusa del 3 ottobre 2013, il libro si articola in tre parti, a loro volta suddivise in sezioni tematiche. Cercheremo di soffermare l'attenzione su alcuni profili, sia pur nello spazio limitato di una recensione.

La prima parte, introdotta da Ugo Villani (*Riflessioni su cittadinanza europea e diritti fondamentali*), si articola in tre sezioni. La prima è dedicata a *I principi e l'azione dell'Unione* e raccoglie i contributi di Giandonato Caggiano, Luigi Daniele,

Francesca Ippolito (sull'utilizzazione della Carta dei diritti fondamentali per l'integrazione dei cittadini, europei e non), Pietro Gargiulo (sul tema della cittadinanza civile) e Chiara Favilli (sul divieto di discriminazione applicato ai migranti). La seconda sezione affronta l'annoso tema *Circolazione intra-Ue e migrazione circolare* e include gli scritti di Adelina Adinolfi e di Susanna Quadri (che affronta il tema dei rapporti con i Paesi di origine). La terza sezione è dedicata a *Diritti costituzionali/fondamentali e cittadinanza nazionale*, con i contributi di Giuseppe Cataldi, Lina Panella, Maria Caterina Baruffi (sul delicato tema della diversità culturale, con specifico riguardo alla poligamia) e Paolo Morozzo della Rocca.

La seconda parte del volume, introdotta da Enzo Cannizzaro (*Interessi statali e diritti individuali nella politica dell'Unione europea relativa a visti, asilo e immigrazione*), si articola in due sezioni, dedicate a *Status e trattamento dei migranti* e a *L'accesso ai diritti*, tematiche amplissime e ricche di aspetti problematici, attorno alle quali ruota la maggior parte degli scritti raccolti nel volume. La prima sezione comprende i contributi di Angela Di Stasi (sulla questione dell'integrazione del soggiornante di lungo periodo), Rossana Palladino (in tema di integrazione dei familiari dei migranti), Angela Martone (sulla complicata questione dei minori stranieri non accompagnati, che mette in gioco l'arduo bilanciamento tra diritti e interessi assai delicati), Marco Fasciglione (sui lavoratori altamente qualificati, che grazie a questo sono considerati meno "stranieri" degli altri), Valeria Di Comite (che si occupa della disciplina relativa a studenti, ricercatori e docenti stranieri), Giuseppe Morgese (in tema di asilo), Flavia Zorzi Giustiniani (sulla detenzione dei richiedenti asilo), Paola Mori (sull'accoglienza in Italia dei richiedenti protezione internazionale), Simone Marinai (che tratta la tematica degli apolidi, soggetti particolarmente deboli per la loro condizione di non-cittadini) e Giandonato Caggiano (con uno scritto, il secondo, dedicato all'integrazione dei Rom, tematica un po' trascurata dalla dottrina italiana di diritto europeo).

Ricca di spunti è anche la seconda sezione di questa parte, quella con un profilo più marcatamente interdisciplinare. Essa raccoglie i contributi di Matteo Gnes (dedicato all'apertura del pubblico impiego ai cittadini non italiani), William Chiaromonte (sulla tutela dei diritti previdenziali dei migranti), Mario Carta (sul tema, classico, ma tuttora dibattuto, della partecipazione dello straniero alla vita pubblica), Andrea Mondini (in tema di *status* tributario dei migranti), Paolo Bonetti (sul diritto all'abitazione, altro tema delicatissimo, oggetto di numerose pronunce di organi giudiziari italiani e internazionali), Alessia Di Pascale (sull'accesso del migrante al mercato del lavoro), Chiara Gabrielli (sull'accesso del migrante ai servizi sanitari) e Patrizia De Pasquale (sull'accesso del migrante ai servizi pubblici).

La terza ed ultima parte del libro, introdotta da Ennio Triggiani (*Diritti, cittadinanza e sovranità*), include tre sezioni, più sintetiche, ma non meno importanti, in considerazione del segnalato approccio, ampio e interdisciplinare, che caratterizza l'intero volume. La prima sezione è relativa a profili di diritto internazionale privato della famiglia, esaminati in connessione al fenomeno migratorio, e comprende gli scritti di Pietro Franzina e di Ilaria Ottaviano, dedicati rispettivamente ai temi dei rapporti patrimoniali tra coniugi e successione *mortis causa* e della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. La seconda sezione attiene invece alle tematiche della sicurezza e del diritto penale, con gli scritti di Ruggiero Cafari

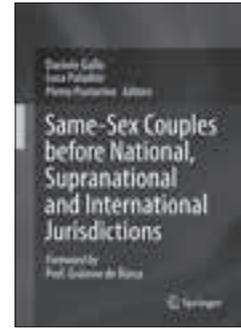
Panico (che si occupa di misure di sicurezza e libera circolazione dello straniero), Emanuela Pistoia (con attente riflessioni, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in tema di accoglienza nell'UE di stranieri colpevoli di reato), Chiara Amalfitano (sulla tutela dei migranti vittime del reato di tratta) e Teresa Maria Moschetta (che approfondisce criticamente il modo in cui le autorità italiane hanno dato esecuzione alla decisione quadro 2008/913/GAI sulla repressione penale del razzismo e della xenofobia). La terza sezione della parte terza, che chiude il volume, ospita le interessanti considerazioni sul tema oggetto dello stesso da parte di Giovanni Serges (studioso del diritto pubblico, che affronta il tema delle competenze regionali in materia di immigrazione) e di Enrica Rigo (che, da filosofa del diritto, ragiona sul ruolo delle cliniche legali in rapporto alle questioni sollevate dal diritto dell'immigrazione e dell'integrazione).

Il volume in commento, del quale si è potuta offrire solo una panoramica complessiva, oltre ad un'ampia e approfondita prassi normativa, documentale e giurisprudenziale, offre significativi spunti di approfondimento e di ricostruzione critica, certamente utili per gli studenti, gli studiosi e tutti coloro che entrano in contatto con i molteplici profili giuridici offerti dalla tematica dell'immigrazione/integrazione. Al punto che, considerata la purtroppo insufficiente considerazione in cui la lingua italiana (e la dottrina che si "ostina" ad utilizzarla) è ormai tenuta nell'ambito degli studi di diritto internazionale e di diritto europeo, sarebbe davvero interessante valutare l'impatto che quest'opera potrebbe avere una volta tradotta in inglese e affidata al mercato internazionale. La scelta di corredare ognuno dei quarantuno contributi con un sintetico *abstract* in inglese sembra costituire un utile primo passo in questa auspicabile direzione.

Ivan Ingravallo

D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.)

# Same Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions



Berlino, Springer, 2014, pp. XXXIV-558

Il volume *Same Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions* raccoglie più di venti contributi, in lingua inglese, provenienti da studiosi, sia italiani che stranieri, i quali affrontano, secondo prospettive diverse, un tema di grande attualità, quello della tutela giuridica delle coppie omosessuali. Oggetto di esame sono in particolare: da un lato, le delicate e complesse problematiche che la diversità di approcci con cui la materia viene disciplinata nei diversi ordinamenti nazionali, inevitabilmente comporta; dall'altro, e soprattutto, il ruolo centrale esercitato dalla giurisprudenza, sia statale che internazionale, cui rispettivamente sono dedicate la prima e la seconda parte dell'opera, nel promuovere i diritti delle famiglie fondate sulle unioni fra persone del medesimo sesso.

L'originalità del volume, che si segnala tra l'altro per essere il primo nel panorama internazionale a trattare in modo così esteso la materia, risiede nell'approccio adottato, consistente nell'analisi critica del quadro giuridico esistente attraverso l'esame della prassi giurisprudenziale, il cui impatto sull'evolversi della tutela delle coppie omosessuali rappresenta il filo conduttore lungo il quale l'intera opera si snoda; le norme attualmente in vigore o in fase di approvazione nei singoli ordinamenti vengono infatti, in questo contesto, prese in considerazione non in modo isolato, ma in quanto più o meno rappresentative della realtà – anzitutto sociale – su cui esse incidono e i cui contorni vengono delineati attraverso lo studio delle vicende umane con cui i giudici, sia interni che internazionali, si sono trovati a doversi confrontare. Le soluzioni elaborate per far fronte alle esigenze di tutela di volta in volta sollevate, per lo più frutto di operazioni ermeneutiche e di ragionamenti giuridici volti a valorizzare la dimensione evolutiva del diritto, sono infine messe a confronto con le scelte normative operate dai governi e dai parlamenti sia all'interno di singoli Stati, sia, più in generale, nel contesto di aree geografiche individuate dalla comunanza di tradizioni giuridiche, etiche e culturali.

Uno dei maggiori pregi dell'opera, che in questo si distingue nel panorama degli scritti dedicati al tema della tutela delle coppie non tradizionali, è senza dubbio rappresentato dalla capacità di trattare la materia sulla base di diverse prospettive, senza al contempo perdere di vista l'approccio unitario cui tutti i contributi, pur provenienti da diversi autori, sono ispirati e che è ben illustrato sia nella premessa

di Gráinne de Búrca che nel capitolo introduttivo, redatto dai curatori. Per la completezza della trattazione e per la buona qualità degli studi che raccoglie, il volume, pertanto, costituisce strumento di fondamentale importanza e di sicuro interesse per tutti coloro che intendono approfondire da un punto di vista giuridico la tematica della tutela delle coppie omosessuali in tutte le sue molteplici angolature. Particolarmente utile a tale fine è l'ampia bibliografia di riferimento inserita al termine di ogni capitolo, che consente al lettore di orientarsi sulla letteratura esistente per ciascuna delle questioni trattate.

Il metodo di indagine adottato, principalmente basato sull'analisi della prassi, rende peraltro questo libro particolarmente attraente non solo per gli accademici, interessati allo studio della materia, ma anche per i pratici del diritto, che si trovino a doversi confrontare, come sempre più spesso accade, con casi simili a quelli esaminati. In considerazione del tipo di approccio scelto dai curatori, si può forse rilevare l'assenza di un indice dei casi citati; questa decisione, a nostro avviso, sembra potersi ritenere, tuttavia, coerente con l'impianto logico e strutturale del volume, nel quale l'analisi della giurisprudenza, benché molto ampia e diversificata, non ha carattere di rassegna né pretese di esaustività, essendo piuttosto strumentale, da un lato, all'esame dell'influenza che la prassi giudiziaria ha esercitato sul progressivo evolversi del dato normativo; dall'altro, a descrivere la realtà sociale, che in essa è rappresentata e nel cui contesto si inseriscono le vicende sia giudiziarie che umane, che sono all'origine dei casi discussi. Va peraltro notato che la presenza all'inizio del volume di un indice dettagliato dei singoli contributi consente in ogni caso al lettore di individuare con facilità e immediatezza le tematiche che intende approfondire e la prassi ad esse relativa.

Il volume si articola in due parti, dedicate, come detto, la prima agli ordinamenti interni, la seconda alla giurisprudenza delle corti internazionali e sovranazionali. Ciascuna di esse è ulteriormente divisa in sezioni, rispettivamente riguardanti, per quanto anzitutto concerne la prima parte: l'analisi, anche in chiave comparatistica, del sistema di tutela previsto da diversi ordinamenti giuridici nazionali, rappresentativi di diverse aree geografiche, con un'attenzione prevalente ai modelli europei; l'esame delle complesse questioni internazional-privatistiche che l'eterogeneità dei modelli di tutela giuridica delle unioni omosessuali solleva, con riferimento alla possibilità per la coppia che abbia formalizzato giuridicamente il proprio legame in un certo Stato di vedersi riconosciuto in un altro Stato lo *status* legittimamente acquisito altrove. In particolare, nei tre contributi che compongono questa parte viene in primo luogo esaminato il problema, di significativa rilevanza pratica, della qualificazione giuridica delle unioni civili o matrimoniali tra persone del medesimo sesso in ordinamenti che, come quello italiano, individuano nel matrimonio eterosessuale l'unico modello familiare costituzionalmente garantito e formalmente disciplinato, riservando alle unioni di tipo diverso la tutela più genericamente accordata alle formazioni sociali, in cui si sviluppa la personalità dell'individuo, le quali, pur meritevoli di tutela, restano prive di una specifica caratterizzazione normativa. Il secondo contributo approfondisce la tematica del riconoscimento e della circolazione di atti di matrimonio o di unioni civili registrate, stabiliti tra persone del medesimo sesso, in Paesi diversi da quelli dove il rapporto si è formalmente costituito, evidenziando come l'eterogeneità delle scelte normative operate dai diversi Stati

ha spesso come effetto quello del prodursi di situazioni di precarietà (c.d. *limping relationships*). L'argomento del riconoscimento di *status* familiari in Paesi diversi da quelli in cui essi si sono costituiti è oggetto anche dell'ultimo capitolo della sezione, dedicato alla questione, di grandissima attualità e di sicuro interesse anche per i pratici, relativa alla possibilità di trascrivere l'atto di nascita e dare efficacia al legame di filiazione tra un minore e i propri genitori, nel caso in cui essi siano tali in conseguenza del ricorso a tecniche di procreazione assistita, quali la maternità surrogata che certamente rappresenta l'ipotesi più controversa. Anche in questo caso, infatti, la conseguenza del mancato riconoscimento è il prodursi di situazioni claudicanti e, come tali, sostanzialmente prive di una tutela giuridica effettiva.

Il risultato delle situazioni descritte e molto bene illustrate attraverso l'analisi di un significativo numero di casi pratici, è che la coppia si trova di fatto ostacolata nella libertà di muoversi dallo Stato dove ha formalizzato i propri legami, ottenendone dei benefici, ad un altro dove questi sono negati o significativamente circoscritti, nonché evidentemente pregiudicata nella tutela e nel pieno godimento delle proprie relazioni familiari. Tale situazione contrasta anzitutto con alcuni fondamentali diritti, quali quelli alla vita privata e familiare e con la libertà di matrimonio, ma anche col principio della libera circolazione delle persone su cui quantomeno l'intero impianto dell'Unione europea si basa. Non solo, ma la diversità di tutela giuridica accordata da un lato alle coppie formate da persone dello stesso sesso e dall'altro a quelle eterosessuali solleva il problema, con cui sia le corti interne che quelle internazionali si sono trovate a doversi sistematicamente confrontare, della coerenza dei comportamenti delle autorità nazionali con il divieto di non discriminazione, al cui rispetto gli Stati sono vincolati sia in base al diritto internazionale (con particolare riferimento alle norme in materia di diritti dell'uomo), che in forza di quello dell'Unione europea, sia infine ai sensi delle proprie carte costituzionali.

È proprio sulle questioni illustrate e sulle riflessioni di fondo che esse generano che si innesta la seconda parte del volume, dedicata all'analisi della giurisprudenza delle corti internazionali e sovranazionali in materia di tutela delle coppie omosessuali. Le tre sezioni che la compongono, le quali raccolgono ben sette ampi contributi di autori sia italiani che stranieri, rispettivamente riguardano: la prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo e di quella interamericana in tema di riconoscimento in capo alle coppie omosessuali di determinate forme di tutela, consistenti in particolare nella libertà di sposarsi e di costituire una famiglia e nel diritto a godere e a vedere rispettata la propria vita privata e familiare, senza subire ingerenze o discriminazioni; la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema sia di libera circolazione delle famiglie *same-sex*, che di attribuzione ad esse, su un piano di equità e di uguaglianza, di benefici e privilegi che il diritto dell'Unione europea tradizionalmente assegna al partner o ai familiari dei propri funzionari o delle persone che hanno un legame significativo con il territorio degli Stati membri; la terza sezione, infine, affronta la tematica della tutela delle coppie omosessuali secondo la prassi, finora poco esplorata dalla dottrina, dei tribunali internazionali amministrativi e del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo, i quali hanno dimostrato un atteggiamento di sostanziale apertura verso la tutela delle coppie omosessuali, elaborando soluzioni pratiche e giuridiche innovative, che meritano senz'altro di essere conosciute ed esaminate.

Il dato che emerge dallo studio condotto nella seconda parte del volume è la difficoltà con cui le giurisdizioni sia internazionali che sovranazionali hanno dovuto scontrarsi, laddove chiamate a pronunciarsi sulle scelte legislative operate dagli Stati in materie non solo appartenenti tradizionalmente alla loro competenza esclusiva, ma anche significativamente condizionate dal sentire etico e morale della società nel suo complesso; in settori sensibili e delicati, quali quello del diritto di famiglia, i tribunali internazionali hanno tendenzialmente dimostrato una sorta di *self-restraint*, temperato in alcuni casi, di cui il volume dà ampiamente conto, dal richiamo a ragionamenti giuridici, spesso più articolati e innovativi di quelli sviluppati dalle corti interne, che fanno leva sul concetto di interpretazione evolutiva della nozione di famiglia e sull'esigenza di tutelare in modo analogo situazioni – familiari – che di fatto si equivalgono.

Nel panorama descritto, la considerazione di fondo cui questo interessante volume sembra giungere, pur in assenza di uno scritto conclusivo, è quella anticipata nelle premesse, secondo cui: “the issue of same-sex couples and their *status* before the courts serves as a privileged touchstone for assessing the *rationale*, scope, potential and limits of judicial activity, especially with regard to the role of judges when facing issues that are replete with cultural, social and, in a broad sense, political implications (...) Considering the position adopted by national, supranational and international jurisdictions *vis-à-vis* same sex couples, we can conclude that the legal protection of LGBTI people is, ultimately, a matter of equality”.

Chiara Ragni



# Libri ricevuti

AA.VV., *Cultura e culture. Patrimonio dell'umanità*, Vicenza, Edizioni Rezzara, 2014, pp. 108.

AA.VV., *Democrazie a confronto*, Vicenza, Edizioni Rezzara, 2012, pp. 294.

Marco Balboni, *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXI-277.

Tito Ballarino, *Diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 2014, pp. XVII-453.

Beatrice I. Bonafè, *La protezione degli interessi di Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 269.

Alberto Bonifazi, Anna Giannetti, *Finanziare l'impresa con i fondi europei*, Milanofiori Assago, IPSOA, 2014, pp. XVI-445.

Giandonato Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. VIII-832.

Andrea Cannone (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, Cacucci, pp. XI-138.

Gabriella Carella, *Il caso dei "marò" e il diritto internazionale*, Bari, WIP Edizioni, 2013, pp. 117.

Luisa Casseti, Angela Di Stasi, César Landa Arroyo (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2014, pp. VIII-161.

Francesco Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, London, Routledge, 2014, pp. 1-290.

Luigi Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, V ed., pp. XXXI-511.

Angelo Davì, Alessandra Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. IX-295.

Angela Del Vecchio, Paola Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 2014, pp. XVIII-585.

Antonietta Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, Roma Tre-Press, 2014, pp. 334.

Marcella Distefano (a cura di), *Il principio di autodeterminazione dei popoli alla prova del nuovo millennio*, Padova, CEDAM, 2014, pp. IX-169.

Francesca Ferraro, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. X-236.

Barbara Guastaferrò, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. IX-252.

Anna Iermano, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 245.

Sergio Marchisio, *Corso di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. XXII-425.

Marco Mascia (a cura di), *Verso un sistema partitico europeo transnazionale*, Bari, Cacucci, 2014, pp. 197.

Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2014, pp. XV-471.

Cesare Pitea, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 428.

Ilaria Queirolo, Lorenzo Schiano di Pepe, *Lezioni di Diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, Giappichelli, 2014, III ed., pp. XVI-448.

Natalino Ronzitti, *Il conflitto del Nagorno-Karabakh e il diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. XII-381.

*Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, voll. I-IV, pp. XLI-3374.

Fabio Spitaleri (a cura di), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. XV-249.

Valentina Zambrano, *Il "controllo effettivo" nella ripartizione della responsabilità tra organizzazioni internazionali e Stati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 226.

# Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Angela DI STASI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

Concetta BRESCIA MORRA

associato di Diritto dell'economia nell'Università degli studi del Sannio

Aurora VIMERCATI

ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Angela Maria ROMITO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Barbara GUASTAFERRO

ricercatore a tempo determinato in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università telematica Pegaso

Ilaria ANRÒ

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Rosita FORASTIERO

ricercatore presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali del CNR, Roma

Adriano MAFFEO

assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi Federico II di Napoli





# Indice del Volume IX (2014)

**ARTICOLI**

Fabio BASSAN Dalla <i>Golden Share</i> al <i>Golden Power</i> : il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello stato sull'economia	57
Concetta BRESCIA MORRA From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA	465
Giovanni CELLAMARE Sui rapporti tra NU e organizzazioni regionali per il mantenimento della pace in Africa	35
Patrizia DE PASQUALE L'economia sociale di mercato nell'Unione europea	265
Angela DI STASI L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'interpretazione dell'articolo 51, paragrafo 1	445
Claudio DI TURI La strategia commerciale dell'UE tra regionalismo economico e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?	81
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
Luciano GAROFALO ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria	247
Andrea GRATTERI La democrazia rappresentativa nelle forme e nei limiti delle Costituzioni europee	307
Barbara GUASTAFERRO La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale	527
Micaela LOTTINI Rapid Alert Systems as Mechanisms of Mutual Administrative Assistance	103
Paolo MENGOZZI La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana	225

Egeria NALIN I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo	117
Gianluigi PASSARELLI The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law	321
Angela Maria ROMITO I provvedimenti inibitori a favore del consumatore nella disciplina dell'Unione europea	503
Silvana SCIARRA Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea	237
Ennio TRIGGIANI La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea	9
Ugo VILLANI La legge applicabile ai contratti dei consumatori nel regolamento Roma I	425
Aurora VIMERCATI Teorie e prassi del dialogo sociale europeo	485
<b>NOTE E COMMENTI</b>	
Ilaria ANRÒ Il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nell'ambito del meccanismo del convenuto aggiunto di cui al Progetto di Accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: problemi e prospettive	541
Francesca CAPOTORTI La vicenda degli <i>abogados</i> e l'incerto confine tra abuso del diritto e legittimo <i>qualification shopping</i> con riferimento alla direttiva 98/5	177
Rosita FORASTIERO La tutela giuridica degli animali da esperimento: riflessioni sull'attuazione in Italia della direttiva 2010/63/UE	565
Adriano MAFFEO Conseguenze e rimedi per la violazione del <i>délai raisonnable</i> nel processo dinanzi ai giudici dell'Unione: la Corte di giustizia mette un punto fermo?	585
Celeste PESCE Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione	359

Monica SPATTI <i>Hate speech</i> e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto	341
Federico STRAZIOTA Legge anticorruzione e attuazione degli obblighi europei: l'ennesima occasione mancata?	149
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	377
<b>RECENSIONI</b>	
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
Giandonato CAGGIANO (a cura di), <i>I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano</i> , Torino, Giappichelli, 2014 (I. Ingravallo)	607
Francesco CAPOTORTI, Meinhard HILF, Francis JACOBS, Jean-Paul JACQUÉ, <i>Le traité instituant l'Union européenne: un projet, une méthode, un agenda</i> , Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, II ed. (L. Daniele)	603
Sara DE VIDO, <i>Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea</i> , Padova, Cedam, 2012 (I. Ingravallo)	205
Daniele GALLO, Luca PALADINI, Pietro PUSTORINO (eds.), <i>Same Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions</i> , Berlino, Springer, 2014 (C. Ragni)	610
Jean-Claude PIRIS, <i>The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (J. Alberti)	401
Antonio TIZZANO (a cura di), <i>Trattati dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2014, II ed. (U. Villani)	399
Libri ricevuti	207, 407, 615
Indice degli autori	209, 409, 619



# Index of Volume IX (2014)

**ARTICLES**

Fabio BASSAN From Golden Share to Golden Power: The European Shift of Paradigm for State Intervention in the Economy	57
Concetta BRESCIA MORRA From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA	465
Giovanni CELLAMARE On the Relationship between the United Nations and Regional Organizations for the Maintenance of Peace in Africa	35
Patrizia DE PASQUALE Social Market Economy in the European Union	265
Angela DI STASI The Field of Application of the Charter of Fundamental Rights for the Member States of the European Union: Again on The Interpretation of Article 51(1)	445
Claudio DI TURI The Trade Strategy of the European Union between “Economic Regionalism” and Multilateralism: What Role for the New Generation Free Trade Agreements?	81
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
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
Andrea GRATTERI Representative Democracy in the Forms and within the Limits of European Constitutions	307
Barbara GUASTAFERRO The First Time of the President of the Commission ‘Elected’ by the European Parliament. Critical Reflections on Institutional Mimesis	527
Micaela LOTTINI Rapid Alert Systems as Mechanisms of Mutual Administrative Assistance	103
Paolo MENGOZZI The European Judicial Cooperation and the Fundamental Principle of the Protection of Human Dignity	225

Egeria NALIN Protocols 15 and 16 to the European Convention of Human Rights	117
Gianluigi PASSARELLI The Voluntary Assignment of Receivables in Private International Law	321
Angela Maria ROMITO The EU Law on Injunctive Collective Redress	503
Silvana SCIARRA Multilevel Trade Union Pluralism in the Crisis. The Horizons of the European Social Charter	237
Ennio TRIGGIANI The Convoluted Issue of the Fundamental Social Rights in the EU	9
Ugo VILLANI The Law Applicable to Consumers Contracts in the Regulation Rome I	425
Aurora VIMERCATI Theories and Practices of the European Social Dialogue	485
<b>NOTES AND COMMENTS</b>	
Ilaria ANRÒ The Prior Involvement of the Court of Justice in the Context of the Co-respondent Mechanism in the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Problems and Perspectives	541
Francesca CAPOTORTI The Case of <i>abogados</i> and the Uncertain Boundary between Abuse of Right and Legitimate Qualification Shopping with Reference to the Directive 98/5/EC	177
Rosita FORASTIERO The Legal Protection of Animals Used for Scientific Purposes: Reflections on the Implementation of Directive 2010/63/EU in Italy	565
Adriano MAFFEO Consequences and Remedies for the Breach of the Reasonable Time ( <i>Délai Raisonnable</i> ) Requirement in Proceedings before EU Courts: Has the Court of Justice Spoken Its Last Word?	585
Celeste PESCE The Principle of the <i>effet utile</i> and the Individual Rights Protection in the Case-law of the European Union	359

Monica SPATTI Hate Speech and Denial of International Crimes among Restrictions on Freedom of Expression and Abuse of Rights	341
Federico STRAZIOTA Anti-corruption Law and EU Obligations Implementation: Is It another Missed Opportunity?	149
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
<b>BOOK REVIEWS</b>	
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
Giandonato CAGGIANO (a cura di), <i>I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano</i> , Torino, Giappichelli, 2014 (I. Ingravallo)	607
Francesco CAPOTORTI, Meinhard HILF, Francis JACOBS, Jean-Paul JACQUÉ, <i>Le traité instituant l'Union européenne: un projet, une méth- ode, un agenda</i> , Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, II ed. (L. Daniele)	603
Sara DE VIDO, <i>Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazi- onale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea</i> , Padova, Cedam, 2012 (I. Ingravallo)	205
Daniele GALLO, Luca PALADINI, Pietro PUSTORINO (eds.), <i>Same Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions</i> , Berlin, Springer, 2014 (C. Ragni)	610
Jean-Claude PIRIS, <i>The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (J. Alberti)	401
Antonio TIZZANO (a cura di), <i>Trattati dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2014, II ed. (U. Villani)	399
Books received	207, 407, 617
List of contributors	209, 409, 619

# 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 comuni importanti. 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 2015	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2015
	€ 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 2015).

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. 1/2015, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2015, 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 2015).



## COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*<sup>3</sup>, 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.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.



ISBN 978-88-6611-417-8



9 788866 114178

€ 28,00