



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Monografie di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

13

VALENTINA COLCELLI

**DIRITTI SOGGETTIVI
E INTERESSI RILEVANTI
NEL SISTEMA INTERNO ED EUROPEO**



2011

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

©Copyright 2011 by
Istituto per gli Studi Economici e Giuridici
“Giacchino Scaduto” – Spin-off della
Università degli Studi di Perugia

ISBN 978-88-95448-19-0

A norma della legge sul diritto 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.

Il volume è stato impresso in Italia, per conto dell'Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Giacchino Scaduto” s.r.l. – Spin-off dell'Università degli Studi di Perugia, Via Margutta, 1/A - Roma: P.I. 08967801005

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

*A Luigi e Paola,
i miei genitori.
A Chiara,
la mia bambina*

INDICE SISTEMATICO

CAPITOLO PRIMO

SITUAZIONI SOGGETTIVE E INTEGRAZIONE EUROPEA

1. – Considerazioni introduttive	Pag.	13
2. – Piano dell'indagine	»	15
3. – Per una ricostruzione unitaria di diritto soggettivo	»	20
4. – La tutela degli interessi nella giurisprudenza europea	»	32
5. – Il caso Van Gend & Loos e la sua rilevanza nella costruzione del diritto comunitario	»	34
6. – Il contributo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	»	40

CAPITOLO SECONDO

DIRITTI ED INTERESSI NEI SISTEMI INTERNI

1. – Diritti soggettivi ed interessi legittimi	»	49
2. – L'identificazione degli interessi giuridicamente rilevanti nel sistema tedesco	»	59
3. – Il sistema giuridico inglese e le sue situazioni soggettive	»	64
4. – La protezione «mediata» degli interessi individuali nel sistema francese	»	74
5. – Le situazioni giuridiche soggettive nell'ordinamento spagnolo	»	82
6. – Quadro di sintesi sulle situazioni giuridiche soggettive nel diritto comparato. Unitarietà degli interessi tutelati e situazioni giuridiche soggettive	»	87

CAPITOLO TERZO
 QUALIFICAZIONE DEGLI INTERESSI
 NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

1. – La funzione della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo	Pag. 89
2. – Corte di Giustizia e formazione del diritto comunitario	» 90
3. – La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: l’ “altro diritto europeo”	» 94
4. – L’elaborazione del nuovo diritto comune europeo	» 98
5. – L’applicazione del diritto comune europeo	» 108
6. – “Sistema Europa” e circolazione dei modelli giuridici	» 124

CAPITOLO QUARTO
 SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE COME NOZIONI AUTONOME

1. – Diritto comune europeo e nozioni autonome	» 131
2. – L’elaborazione delle nozioni autonome nella giurisprudenza delle Corti europee	» 134
3. – Le nozioni autonome nella giurisprudenza dell’Unione Europea	» 136
4. – Le nozioni autonome nell’ambito della C.E.D.U.	» 139
5. – Il significato dell’attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive nella giurisprudenza delle due Corti	» 142
6. – Il problema del <i>law-making power</i>	» 152

CAPITOLO QUINTO

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE NEI RAPPORTI VERTICALI

1. – I criteri di emersione delle situazioni giuridiche soggettive nei rapporti verticali dell'ordinamento comunitario	Pag.	179
2. – Mancanza di tutele costitutive nell'ordinamento dell'Unione Europea	»	186
3. – Situazioni giuridiche soggettive e tutela <i>ex artt. 263 e 266 T.F.U.E.</i>	»	187
4. – Eseguitività ed esecutività delle pronunce	»	194
5. – Responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazione del diritto U.E.	»	196
6. – Inadempimento dello Stato	»	198
7. – Potere di disapplicazione dei giudici nazionali	»	202
8. – La «lettura comunitaria» della <i>Schutznormtheorie</i>	»	206
9. – Situazione giuridiche soggettive e ricostruzione unitaria del significato di diritto soggettivo	»	214
10. – I Diritti strumentali	»	222
11. – Gli interessi diffusi e collettivi	»	227

CAPITOLO SESTO

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E TUTELE
NEI RAPPORTI ORIZZONTALI

1. – Le ragioni dell'indagine dei rapporti orizzontali	»	231
2. – L'applicabilità del diritto U.E. nei rapporti interindividuali	»	237
3. – Situazioni giuridiche soggettive U.E. nei rapporti orizzontali ed il sistema di tutela	»	246
4. – Situazioni giuridiche contrattuali	»	247

5. – Rapporti intersoggettivi e norme dei Trattati direttamente applicabili	Pag. 260
6. – L'invalidità del contratto <i>ex</i> artt. 101 e ss. T.F.U.E. come espressione delle «permanenze» nel diritto civile »	265
7. – La tutela risarcitoria »	271
8. – Le situazioni giuridiche dell'Unione Europea e rapporti patrimonialmente neutri »	283
9. – Diritto di proprietà e diritti reali »	289
10. – La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione Europea nei rapporti interindividuali »	303
11. – Gli effetti orizzontali delle direttive inattuatale »	320
12. – La liceità del comportamento statale e ripetizione dell'indebito »	333
13. – Verifica dell'estendibilità dei risultati raggiunti in tema di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive U.E. nei rapporti verticali a quelli orizzontali »	337

CAPITOLO SETTIMO

LE SITUAZIONI GIURIDICHE PROTETTE DALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. – La natura di diritto fondamentale nel sistema C.E.D.U. »	353
2. – I diritti fondamentali C.E.D.U. come diritti pubblici soggettivi »	359
3. – Il metodo di emersione delle situazioni giuridiche sogget- tive ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo »	369
4. – L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 8 C.E.D.U. come metodo d'indagine »	371
5. – L'interpretazione giurisprudenziale della nozione di pro- prietà nella C.E.D.U.: un ulteriore strumento d'indagine »	385
6. – Il diritto soggettivo alla riparazione del danno per la violazione delle norme convenzionali C.E.D.U. »	397

CAPITOLO OTTAVO
L'ART. 6 C.E.D.U.: «DIRITTI E OBBLIGAZIONI CIVILI»
COME *LOCUS STANDI*

1. – Le situazioni giuridiche soggettive presupposte per l'accesso alla garanzia Convenzionale	Pag. 411
2. – Sulla nozione di diritti e obbligazioni elaborata dalla Corte »	413
3. – <i>Civil rights and obligations</i> come nozioni autonome »	418
4. – La natura civile dei diritti e degli obblighi »	420
5. – La lettura giurisprudenziale della nozione di <i>civil rights</i> »	425
6. – I diritti nell'art. 6 C.E.D.U. »	428
7. – Il criterio della patrimonialità »	430
8. – <i>Civil rights and obligations</i> come <i>locus standi</i> »	434
INDICE DEGLI AUTORI »	439

CAPITOLO PRIMO

SITUAZIONI SOGGETTIVE E INTEGRAZIONE EUROPEA

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Piano dell'indagine. — 3. Per una ricostruzione unitaria di diritto soggettivo. — 4. La tutela degli interessi nella giurisprudenza europea. — 5. Il caso *Van Gend & Loos* e la sua rilevanza nella costruzione del diritto comunitario. — 6. Il contributo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

1. — *Considerazioni introduttive.*

Nello studio della teoria generale del diritto, il termine situazione giuridica si è venuto diffondendo nell'uso ed ha acquistato rilevanza ed autonomia di significato in un tempo relativamente recente⁽¹⁾. «Nella definizione più semplice che [se] ne possa dare, la situazione giuridica è quella di un soggetto considerato in rapporto a un ordinamento (...)»⁽²⁾. Estensivamente, l'espressione situazione giuridica soggettiva identifica la selezione degli interessi rilevanti in un ordinamento giuridico⁽³⁾.

⁽¹⁾ V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Nov. dig. it.*, XXVII, Torino, 1970, pp. 468-467.

⁽²⁾ Così V. FROSINI, *Situazione giuridica*, op.cit., p. 468, per cui essa «designava in origine la condizione di aspettativa in cui si trova colui, che non sia ancora divenuto titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, e quindi si trovi ancora in un posizione preliminare a quella di un rapporto giuridico.(...) Per un corretto uso terminologico, essa va dunque tenuta distinta dalla condizione di rapporto, in cui un soggetto si trova nei confronti di altri o più soggetti».

⁽³⁾ A. PALAZZO, *Interesse legittimi e tutela dei diritti del privato*, in Aa. Vv., *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini (Perugia, 7 dicembre 2001), Torino, 2003, p. 23 ss.

Il diritto privato, nella sua funzione di organizzazione degli interessi interindividuali, si struttura attraverso l'attribuzione di prevalenza di alcuni interessi all'interno dei rapporti giuridici.

È, comunque, diretta espressione del potere degli ordinamenti quella di attribuire rilevanza agli interessi dei singoli e di salvaguardarli elaborando molteplici modelli di protezione.

Questa evidenza oggi trova la necessità di confrontarsi quotidianamente con una sovranità statale costantemente erosa dall'adesione degli Stati a realtà sovranazionali complesse chiamate a realizzare processi di profonda integrazione regionale per *mission*, come l'Unione Europea, ovvero attraverso un crescente effetto *spill-over* come nel caso della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Effettuare oggi una riflessione sulle situazioni giuridiche soggettive di storica organizzazione del diritto interno non è più possibile se non tenendo in forte e costante considerazione la giurisprudenza dei due sistemi europei sopra richiamati. Essa, invero, ha spostato e continua a muovere il punto di equilibrio tra le posizioni giuridiche soggettive riconosciute agli individui, sussumendole attraverso la garanzia delle medesime tutele.

Per questa ragione la finalità del presente lavoro può essere sintetizzata nell'intento di rappresentare, nei rispettivi sistemi di riferimento, l'ordine metodologico utilizzato dalla Corte di Giustizia europea e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella qualificazione delle situazioni giuridiche riconosciute ai singoli, non potendosi più condurre un'analisi sul concetto di situazione giuridica soggettiva solo facendo riferimento al diritto interno e prescindendo dagli effetti che soprattutto la giurisprudenza europea su di essa produce.

È doveroso, pertanto, compiere primariamente una breve esplorazione sul ruolo delle due Corti nei rispettivi sistemi e sul diverso significato del reciproco riferimento alle tradizioni giuridiche degli

Stati e sulle differenti connotazioni assunte dal principio dell'autonomia dei significati. Si procederà successivamente all'analisi separata delle pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, proprio con l'intento di individuare le situazioni giuridiche soggettive rilevanti rispettivamente per l'ordinamento e per giurisprudenza della Corte C.E.D.U. da un lato, e per la Corte di Giustizia dall'altro.

2. — *Piano dell'indagine.*

La presente indagine prenderà, però, l'avvio (v. *infra* cap. 2) da una breve ricognizione comparativa tra alcuni dei maggiori sistemi giuridici europei (Germania, Francia, Spagna ed in ultimo Gran Bretagna) in relazione alle situazioni soggettive in essi riconosciute.

L'ordine di ragioni posto alla base di questa iniziale riflessione è duplice.

È noto, infatti, come la Corte di Giustizia faccia riferimento alle tradizioni giuridiche degli Stati membri nell'elaborazione del diritto dell'Unione Europea quale base giuridica comune.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo d'altro, seppur per ragioni diverse e distanti da quelle della Corte di Giustizia, fa appello nella sua attività interpretativa alle tradizioni giuridiche degli Stati ad essa aderenti attraverso una lettura delle norme convenzionali effettuata anche alla luce dei diritti nazionali⁽⁴⁾. Dovendo, infatti, lo Stato coinvolto nel

⁽⁴⁾ Si veda per esempio la nota pronuncia Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 17 gennaio 2006, *Aristimuño Mendizabal / France*, 51431/99, in *Rec.*, *Serie A*, sect. 2, dove il giudice convenzionale è stato chiamato a pronunciarsi sul diritto di circolazione e soggiorno in Francia. La sentenza è significativa per il richiamo che la Corte compie sia alla normativa comunitaria che quella francese. L'organo giurisdizionale C.E.D.U. interpreta non soltanto la Convenzione, ma anche – significativamente – il Trattato comunitario e le direttive che regolano la circolazione e il soggiorno di citta-

giudizio adeguarsi alla decisione, l'organo giurisdizionale C.E.D.U. ha sempre mostrato una certa attenzione nei confronti dell'ordinamento interno nel quale la sua decisione è destinata a ricadere⁽⁵⁾.

Inoltre, pur nella consapevolezza che non vi sia una corrispondenza immediata tra le categorie utilizzate dalle *due* giurisprudenze europee e le tradizioni degli ordinamenti nazionali⁽⁶⁾, è proprio nelle qualificazioni delle situazioni giuridiche soggettive compiute in alcuni ordinamenti giuridici europei che possono essere rintracciati i fenotipi⁽⁷⁾ utilizzati dalle due Corti nell'elaborazione delle situazioni giuridiche soggettive per esse rilevanti.

dini europei negli Stati della Comunità nonché la legislazione francese, operando così un'interpretazione integrata e multilivello di diverse fonti normative, di vario tipo, tutte incidenti sul diritto di libertà di circolazione e soggiorno oggetto del procedimento.

⁽⁵⁾ Il bilanciamento tra diritti, valori ed interessi generali, realizzato alla stregua dell'ordinamento internazionale dalla Corte C.E.D.U., non diverge totalmente dai diritti che trovano fondamento nelle Costituzioni nazionali – espressioni della società civile dalla quale promanano – e nella loro attuazione realizzata dai legislatori nazionali e dalle stesse Corti costituzionali. Si legga a riguardo V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA e E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 101, che ricorda come «il sistema europeo di tutela dei diritti non vive isolato e chiuso, ma è fortemente legato all'operare e dei diversi sistemi nazionali»; nonché A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO VENTURA LUIGI (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa. (Atti del seminario svoltosi a Copanello (Cz) il 31 Maggio-1 Giugno 2002)*, Torino, 2003, p. 165 ss. Sul ruolo dei giudici F. PIZZETTI, *La tutela dei diritti nei livelli su statuali*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 199 e ss.

⁽⁶⁾ Ricorda, infatti, A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2005, p. 55, di non cadere nell'errore di forzare le categorie della giovane tradizione europea con quelle consolidate degli ordinamenti nazionali di riferimento.

⁽⁷⁾ L'espressione *fenotipo* è di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 39-40, il quale la costruisce in termini di contrapposizione della nozione di *genotipo*: «il genotipo (nozione super astratta), nasce della due idee di potere e di protezione, e ogni sistema fissa poi le caratteristiche di un fenotipo, che risponda la genitipo indicato. (...) Il fenotipo, manifestazione empirica, viene studiato in sede di analisi dogmatica (concettuale), nell'interno di ogni paese. A un livello di astrazione

Nonostante il rischio di dire all'inizio del libro che l'assassino è il maggiordomo, mi sembra doveroso chiarire sin d'ora le ragioni del richiamo effettuato in queste pagine alla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive compiuta in Germania e quella realizzata in Inghilterra.

La logica risiede nel riferimento che fa la Corte di Giustizia alla c.d. *Schutznormtheorie*, che nel sistema tedesco è principio che permette l'individuazione degli interessi rilevanti nella giurisdizione amministrativa. Ossia almeno nel primo periodo in cui la Corte ha operato – grossomodo coincidente con gli anni '60 e '70 del novecento – l'identificazione delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli nei confronti delle Istituzioni avveniva facendo ricorso alla *Schutznormtheorie*. Ogni situazione riconosciuta dalla norma comunitaria assurgeva così a diritto. Contemporaneamente la Corte utilizzava il principio del c.d. effetto diretto per l'identificazione della situazione soggettiva dell'individuo nei confronti dello Stato.

Nel corso del tempo detta iniziale impostazione è stata abbandonata in ragione – essenzialmente e sinteticamente – della difficoltà di incasellare nel sistema dei diritti, realizzato con il ricorso alla *Schutznormtheorie* ed alla teoria dell'effetto diretto, le nuove situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento comunitario andava creando in forza dell'espansione delle sue competenze, cresciute nel tempo in modo funzionale alla realizzazione del mercato interno.

Di qui, attraverso il ricorso al principio dell'effetto utile, la Corte si è successivamente attestata intorno all'idea – mutuata questa volta dalla tradizione anglosassone – che siano i rimedi, ossia gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, i mezzi di selezione delle situazioni giuridiche rilevanti. Si supera così l'approccio – che potremmo

più elevato, il genotipo viene studiato dal comparativista, che lo scopre sul piano linguistico e l'utilizza nella traduzione».

definire continentale – che fa dell'enunciazione delle regole il luogo della rilevanza e dell'efficacia delle situazioni giuridiche. Si approda all'emersione delle situazioni soggettive attraverso l'applicazione delle norme, concreta e conforme all'effetto perseguito dall'ordinamento comunitario, da parte dei giudici.

Dall'altro anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo mutua nella sua azione il principio della *Schutznormtheorie*. La stessa Corte ha, ad oggi, inoltre elaborato una nozione di *diritti civili* e relativi *obblighi* di cui all'art. 6 C.E.D.U. estremamente ampia, sicuramente non circoscritta al solo schema del diritto soggettivo o del *right* della tradizione inglese.

Nel tempo, infatti, la giurisprudenza ha fornito una lettura che affianca al concetto di diritto in senso stretto la presenza di situazioni giuridiche soggettive che nella tradizione europea (continentale) non ricoprono il significato proprio di diritto.

L'espressione di cui al richiamato art. 6 sembra infatti includere non solo diritti ed obblighi civili in senso stretto, ma comprendere anche situazioni giuridiche soggettive formalmente distinte dalle precedenti: posizioni individuali, quali interesse legittimo, legittima aspettativa, interesse semplice, libertà, privilegio, mera speranza di un vantaggio, onere, soggezione o addirittura posizioni giuridiche riconducibili a situazioni processuali piuttosto che sostanziali. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sembra in questi termini fare della nozione di *interest* – così come elaborata dalla giurisprudenza inglese per consentire l'accesso del cittadino alla giustizia amministrativa – il suo fenotipo di riferimento.

La ricognizione intorno alle situazioni giuridiche soggettive riconosciute nella tradizione del diritto europeo proseguirà attraverso una breve analisi sull'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive nel sistema spagnolo ed in quello francese.

Questa volta però il richiamo non è stato effettuato perché nella

qualificazione delle situazioni soggettive realizzata in detti ordinamenti si possano rintracciare crittotipi⁽⁸⁾ utilizzati dalle due Corti, quanto per spiegare – in una lettura congiunta con gli altri due sistemi giuridici sopra richiamati – l’area dell’interesse di fatto che rimane priva di tutela nelle *due* giurisprudenze sovranazionali in esame, e la tendenza europea ad una ricostruzione in termini unitari delle situazioni giuridiche rilevanti.

Dall’indagine sugli ordinamenti nazionali è stato volutamente esclusa un’analisi completa dell’italica diarchia, costituzionalmente consacrata, tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. E questo nonostante che il confronto tra gli ordini metodologici utilizzati dalle due Corti, nel processo di qualificazione delle diverse situazioni giuridiche soggettive, avverrà anche sul terreno dell’interesse legittimo e della valutazione che di esso hanno compiuto gli organi giurisdizionali europei.

Ma le ragioni per cui ciò accadrà sono diverse dalla volontà di indagare la sorte europea del nostrano interesse legittimo, e si rintracciano nella volontà di cercare a livello europeo una ricostruzione uni-

⁽⁸⁾ Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 3, per cui quando si parla di crittotipo si intende un: «modello (in particolare, regola) non verbalizzato, cioè rimasto inespresso nell’ordinamento considerato». Si veda come sintesi della differenza tra crittotipo e fenotipo G.R. CARDONA, voce *Crittotipo o categoria latente (cryptotype, covert category)*, in G. BECCARIA (a cura di), *Dizionario di linguistica*, Torino, 1994, p. 93: «una classe di forme o una categoria linguistica non marcata formalmente (a differenza del fenotipo o categoria evidente: il genere o il numero in italiano), che si definisce in modo indiretto in base alle sue relazioni con altre classi o categorie». La dicotomia crittotipo/fenotipo non è realizzata esplicitamente da Sacco, che utilizza *fenotipo* come termine della dicotomia *genotipo/fenotipo*, ad al contrario usa l’espressione crittotipo in relazione a quella di *formante verbalizzato*. Infatti R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 3, definisce il *formante* nei seguenti termini: «all’interno di un ordinamento giuridico, la soluzione di un problema potrà essere condizionata da un’unica regola (soluzione ottimale), o potrà essere condizionata da una pluralità di regole (ad es., da una regola legale, e da una regola giudiziale). L’universo delle regole dotate degli stessi caratteri (es.: l’insieme delle regole giudiziali) verrà chiamato ‘formante’ di quel dato ordinamento. (...)».

taria delle posizioni garantite all'individuo. Con queste pagine, infatti, non si vuol cogliere l'occasione di indagare la valenza europea della figura di interesse legittimo. È noto, infatti come quest'ultimo per le Corti europee assurga a *rango* di diritto. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lo inquadra tra i diritti civili (vedi *infra* cap. 8). La Corte di Giustizia chiama gli Stati, specificatamente quello italiano, ad offrirgli un sistema compiuto di tutela, riducendo lo stesso ad un criterio organizzativo del proprio sistema giurisdizionale (vedi *infra* cap. 5).

Una scelta organizzativa interna non può menomare l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche di provenienza europea. Per questa ragione l'analisi del sistema francese e spagnolo, unitamente a quello inglese e tedesco, si incentrerà sui criteri di emersione in questi ordinamenti delle situazioni giuridiche – anche distinte dai diritti perfetti – che competono ai singoli e quali sono i meccanismi di loro selezione (vedi *infra* cap. 2). L'indagine intorno alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quella della Corte di Giustizia che toccano l'argomento interesse legittimo sarà quindi occasione solo di ulteriore ricostruzione metodologica delle attività Corti in esame.

3. — *Per una ricostruzione unitaria di diritto soggettivo.*

Il lavoro di ricognizione che sta realizzando si concretizzerà così nell'individuazione di aree di tutela apprestate dall'ordinamento U.E. e dal sistema C.E.D.U. a posizioni giuridiche ulteriori e non necessariamente coincidenti con i diritti perfetti, concentrandosi anche sul fenomeno della dissociazione tra diritto soggettivo ed interesse, anche quando l'individuo, o il gruppo, è chiamato a subire gli effetti di un atto discendente da valutazioni discrezionali di un'autorità pubblica.

Va ricordato, comunque, che la ricostruzione in termini di protezione mediata di un interesse privato attraverso la cura dell'interesse

generale perseguito dalla norma, non è fenomeno caratterizzante il solo rapporto tra cittadino e Stato, ma anche alcune relazioni tra privati. In questi termini è stato ricostruito, ad esempio, il rapporto tutto privatistico dei diritti dei genitori e degli interessi dei figli, oppure quello relativo alla disciplina del *trust* e della proprietà fiduciaria, così come quello degli interessi diffusi e collettivi⁽⁹⁾.

Le pagine che seguono dovrebbero, poi, costituire una spiegazione in termini analitici delle ragioni per cui nel diritto di provenienza «europea» è emersa da tempo la tendenza ad una ricostruzione unitaria – sotto il profilo della tutela processuale – delle situazioni giuridiche soggettive in esso riconosciute. Ricostruzione che non può non avere effetti anche sul piano dell'analisi interna delle stesse categorie.

Per le due *curie*, infatti, ogni ordinamento processuale interno può di certo caratterizzarsi e differenziarsi, sulla base della scelta del legislatore, in termini di configurazione del processo e delle situazio-

⁽⁹⁾ È possibile, però, che i sistemi giuridici tendano ad accordare tutela ad alcuni interessi dei privati non in maniera diretta, bensì indirettamente nel momento in cui ciò è funzionale o coincidente con una protezione dell'interesse generale. Spesso, infatti, nei diversi ordinamenti si incontrano situazioni giuridiche nelle quali non vi è concomitanza tra il diritto riconosciuto all'individuo e l'interesse del privato tutelato dalla norma. Sono numerosi, infatti, i sistemi legali nei quali vengono ascritti al singolo diritti non nell'interesse proprio, ma in quello altrui. È il fenomeno che la dottrina riconduce alla dissociazione tra diritto ed interesse, dove il diritto riconosciuto all'individuo, o al gruppo, è modellato nell'interesse di altri. Per esempio gli interessi qualificati del privato nei confronti dello Stato sono spesso situazioni la cui tutela è rimessa alla volontà del titolare, ma generalmente la struttura della norma che li qualifica, e lo scopo di questa ultima, si identificano nella protezione dell'interesse riconosciuto in capo al singolo solo se questo coincide, o comunque non confligge, con la tutela dell'interesse generale. Da tempo si afferma, infatti, che «l'attribuzione di posizioni giuridiche autonome, tutelate come diritti soggettivi, non è il solo strumento organizzativo del diritto privato», e più in generale di un ordinamento. Testualmente. L. RAISER, *Il diritto soggettivo nella dottrina civilistica tedesca*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, p. 126, il quale prosegue: «...il diritto [inserisce] il singolo nei diversi contesti – regolati come strutture dell'ordinamento (...), [sviluppando e garantendo] gli istituti giuridici in cui il singolo ha rilevanza come membro della comunità».

ni sostanziali deducibili in giudizio. Quello che per le giurisdizioni europee in esame non è ammissibile è una ricostruzione che menomi i principi fondamentali di garanzia e di effettività della tutela.

Entrambe le Corti europee – Corte di Giustizia e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – non sembrano interessarsi, nella qualificazione che esse compiono delle situazioni soggettive, se quest’ultime rientrino o meno nella nozione di diritto soggettivo o piuttosto in *altre* situazioni che con la prima non si identificano, preoccupandosi piuttosto che tutte possano godere di pari tutela, o comunque di una tutela adeguata.

È evidente che l’ordinamento dell’Unione Europea stabilisca forme di tutela differenziate per i diritti dal medesimo previsti. Il sistema richiamato, quindi, non appresta a tutte le situazioni soggettive in esso esistenti la stessa tutela.

Seppur, infatti, l’ordinamento dell’Unione si fondi sui principi di effettività e di non discriminazione, le diverse situazioni giuridiche godono di livelli di garanzia differenti e questo indipendentemente dal fatto che il giudice di riferimento sia quello comunitario o piuttosto quello nazionale. Ciò nonostante è possibile affermare che all’interno delle diverse forme di tutela predisposte dall’ordinamento giuridico dell’Unione Europea la ricostruzione delle posizioni soggettive avviene in termini unitari.

Dall’efficacia diretta deriva, infatti, un diritto sostanziale, «mentre dall’ ‘efficacia utile’ viene fatto discendere il diritto a far valere la direttiva mediante un controllo sulla discrezionalità»⁽¹⁰⁾. Anche dal ricorso alla *Schutznormtheorie* discendono diritti di natura di sostanziale.

In ogni caso – ossia in forza delle tre metodologie indicate – ogni situazione soggettiva riconosciuta dall’ordinamento dell’Unione Eu-

⁽¹⁰⁾ A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2008, p. 80.

ropea si innalza a rango di diritto all'interno delle diverse tutele apprestate.

O meglio ogni situazione giuridica rilevante per il sistema legale in esame, seppur non sempre riconducibile a pieno titolo tra i diritti soggettivi, gode all'interno delle diverse tutele di pari garanzia.

Tale conclusione è verificabile alla luce dei sistemi di tutela che l'ordinamento U.E. appresta. Situazioni soggettive che nei singoli ordinamenti nazionali sono caratterizzate in maniera diversa (diritto soggettivo, interesse qualificato, aspettativa etc.) nel sistema che l'Unione ha approntato possono ricevere lo stesso tipo di garanzia.

Nell'esperienza comunitaria la tematica delle forme di tutela non può, pertanto, essere trattata né pensata come una conseguenza residuale rispetto all'individuazione dei diritti.

«Accesso alla giustizia e definizione dell'area di situazioni giuridicamente rilevanti appaiono (...) come modi diversi di prospettare un unico problema»⁽¹¹⁾. Il modello di garanzia offerto finisce così per uniformare le situazioni individuali. All'interno di ogni modello di tutela le posizioni rilevanti dei singoli sono assimilate.

E ciò nonostante, come detto, che le situazioni giuridiche dell'Unione Europea, pur garantendone l'effettività, godono di livelli di tutela differenti innanzi al giudice U.E. e a quello nazionale.

Se una posizione individuale non si incasella in nessuno dei modelli di garanzia predisposto, essa non ha rilievo per il sistema in esame⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Testualmente N. LIPARI, *Introduzione* a N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, I, 1997, p. 16. Così anche F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000, 213-214, il quale sottolinea come si rilevi «la sempre maggiore connessione tra diritto sostanziale e tutela giurisdizionale o, meglio ancora e più in generale, modalità della garanzia delle posizioni giuridiche soggettive».

⁽¹²⁾ Afferma A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, p. 28: «a ben vedere, infatti, nel lodevole intento di rafforzare le garanzie per le posizioni giuridiche private fondate sul diritto comunitario, la Corte ha finito per creare a favore di queste ultime, e in termini asso-

In ragione dell'utilizzo della *Schutznormtheorie*, nei confronti delle Istituzioni, le situazioni giuridiche ricomprese nel fine del precetto ricevono la tutela che l'ordinamento comunitario appresta loro ai sensi degli artt. 263, 266, 340 T.F.U.E. In forza delle previsioni di cui agli articoli citati sia situazioni sostanziali che diritti procedurali ricevono la stessa tutela, costruita, tra l'altro, essenzialmente per equivalente⁽¹³⁾.

All'interno del sistema di tutele apprestato dall'Unione nei confronti dell'azione delle proprie Istituzioni, le posizioni soggettive attribuite al singolo sono allora ricostruite in termini unitari. Sono, infatti, predisposti dai Trattati gli stessi meccanismi di garanzia giurisdizionale.

lutamente generali, una sorta di 'ombrello giudiziario', destinato a proteggerle contro ogni ipotesi di attentato».

⁽¹³⁾ Un atto delle Istituzioni è annullabile ex art. 263 T.F.U.E. anche, infatti, per l'esistenza di un vizio procedurale. Esistono pertanto vizi procedurali che inficiano gli atti assistiti da una tutela ripristinatoria conseguente all'annullamento. Ci sono, quindi, diritti che non nascono da norme di contenuto sostanziale. Sono diverse le decisioni adottate nel 2007 nel senso ultimo indicato. La parte interessata può, ai sensi dell'art. 108, n. 2, T.F.U.E., ad esempio agire per l'annullamento di una decisione adottata al termine della fase preliminare d'esame degli aiuti prevista dall'art. 108, n. 3, T.F.U.E., al fine di salvaguardare i propri diritti procedurali. Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 2005, C-78/03 P, *Commissione/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum*, in *Racc.*, 2005, p. I-10737. In questi termini anche la sentenza Tribunale di primo grado, sentenza del 20 settembre 2007, T-375/03, *Fachvereinigung Mineral-faserindustrie/Commissione*, in *Racc.*, 2007, p. 24, la quale riconosce espressamente l'esistenza di diritti procedurali in capo ai ad esempio il Tribunale di primo grado – dopo aver constatato che i membri della ricorrente erano parti interessate legittimate ad agire per la difesa dei loro diritti procedurali e che la ricorrente sollevava effettivamente un motivo relativo al fatto che la Commissione avrebbe dovuto avviare la procedura formale d'esame prevista dall'allora art. 88, n. 2, T.C.E., oggi art. 108 T.F.U.E., a causa del fatto che essa stava incontrando serie difficoltà quanto alla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune, ha dichiarato il ricorso ricevibile e ha aggiunto che, benché i motivi di merito supplementari sollevati fossero irricevibili in quanto tali, gli argomenti sviluppati dovevano nondimeno essere esaminati ai fini di valutare se la Commissione stesse effettivamente incontrando serie difficoltà.

In forza del ricorso al principio dell'effetto diretto nei riguardi degli Stati e nei rapporti tra privati, le situazioni soggettive che emergono dal precetto della norma ricevono la garanzia offerta dagli ordinamenti interni.

I diversi sistemi processuali che caratterizzano gli ordinamenti nazionali, nella loro diversità, sono l'esempio più significativo della ricostruzione in termini unitari della situazione giuridica «comunitaria/unitaria».

Proprio per il fatto che la situazione soggettiva di provenienza europea è costruita unitariamente, il sistema legale da dove essa proviene (quello U.E. appunto) si *disinteressa* del tipo di forma di tutela che le è assicurata sul piano interno.

O meglio l'ordinamento dell'Unione non richiede un'unica forma di tutela per la posizione di vantaggio che assicura al singolo.

Esso esige solo che la diversità delle forme di garanzie e le varieghe combinazioni di esse con i sistemi dallo stesso ordinamento dell'Unione Europea predisposti (disapplicazione, effetto utile, tutela risarcitoria, etc.), soddisfino effettivamente il bisogno di tutela delle situazioni di vantaggio dal medesimo assicurate.

La situazione soggettiva dell'Unione Europea, a prescindere che sia assimilabile sul piano interno ad un interesse qualificato o ad un diritto pieno, deve comunque ricevere una tutela adeguata. Quando questa non è assicurata dal sistema processuale nazionale interviene l'apparato di garanzie *comunitariamente* predisposto. L'*armamentario* di tutela è lo stesso a prescindere che la situazione di provenienza europea sia assimilabile sul piano interno ad un diritto piuttosto che un interesse.

Il sistema processuale interno diviene così parte della struttura giurisdizionale dell'ordinamento U.E. ed è così chiamato a garantirne la sua stessa esistenza e coerenza.

In relazione al principio dell'effetto utile si riconosce un vero e proprio diritto soggettivo al singolo di veder riparata la propria sfera

giuridica lesa dall'azione dello Stato contraria al diritto di provenienza europea. Ciò attraverso l'introduzione di un controllo sulla discrezionalità dell'azione statale nell'attuazione del diritto «comunitario/unitario» quando contenuto in norme non caratterizzate dalla diretta applicabilità.

Anche all'interno della tutela apprestata mediante il ricorso al principio dell'effetto utile, le situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli vengono ricostruite in maniera unitaria. In questo caso gli stessi portatori di interessi collettivi sono titolari del diritto di chiedere il controllo sulla discrezionalità dell'attività statale in materia di attuazione del diritto U.E., al pari di coloro che sono portatori di diritti procedurali o sostanziali.

Lo strumento della tutela risarcitoria offre un ulteriore momento di ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli. Il diritto al risarcimento del danno nasce infatti anche per violazione di un diritto riconosciuto all'individuo da atti direttamente applicabili. L'azione risarcitoria nell'ordinamento U.E. può, invero, essere utilizzata come cartina di tornasole di cosa quell'ordinamento intenda come diritto.

La situazione giuridica risarcibile, infatti, può essere intesa come linea di demarcazione tra le situazioni rilevanti per quell'ordinamento giuridico e quelle che per quest'ultimo non sono tali.

È, infatti, dalla violazione di una norma preordinata a conferire diritti che nasce l'illecito risarcibile.

Analizzando, infatti, le forme della responsabilità extracontrattuale delle Istituzioni e degli Stati è possibile procedere all'individuazione delle norme che nell'ordinamento giuridico in esame attribuiscono diritti ai cittadini.

Queste consistono, in tema di responsabilità delle Istituzioni, nell'atto normativo vocato al riconoscimento di diritti ai singoli. Questo si identifica, pertanto, in una norma sovraordinata al provve-

dimento che si reputa lesivo delle posizioni individuali in essa riconosciute e passa attraverso il riferimento all'art. 263 T.F.U.E.

Le norme preordinate a conferire diritti dalla cui violazione nasce la responsabilità dello Stato sono quelle caratterizzate dall'effetto diretto, quando è stato violato l'obbligo del loro recepimento all'interno dell'ordinamento statale o, seppur effettuato, questo è avvenuto non correntemente rispetto ai fini della norma, nonché quelle dotate di diretta applicabilità.

Le norme che danno luogo alla responsabilità aquiliana degli Stati o delle Istituzioni contengono sia posizioni giuridiche sostanziali che strumentali⁽¹⁴⁾.

L'azione risarcitoria, quindi, ricostruisce le posizioni giuridiche che debbono esser violate perché sorga la responsabilità non effettuando alcuna distinzione tra posizioni strumentali, sostanziali o anche interessi qualificati. Sia l'una che le altre possono essere contenute nelle norme dalla cui violazione dipende l'azione risarcitoria.

Questa lettura è rafforzata dalla tendenza attuale ad effettuare una ricostruzione unitaria della situazione giuridica risarcibile nell'ordinamento dell'U.E., ricomprendente anche la violazione del diritto dell'Unione nei rapporti interindividuali.

Come si dirà, la disapplicazione implica la non riferibilità al rap-

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 2003, C-472/00, *Fresh Marine Company SA*, in *Racc.*, 2003, p. I-07541. Questa ha riconosciuto nella violazione di un obbligo formale il presupposto della responsabilità extracontrattuale della Commissione. Quest'ultima, infatti, è stata chiamata responsabile dei danni cagionati a delle imprese in una procedura *antidumping*, individuando in questa disciplina gli obblighi che le Istituzioni erano chiamate a rispettare. La Commissione avrebbe violato la richiamata normativa non realizzando una istruttoria insufficiente ed omettendo, per tale ragione, di provvedere alla creazione dei dazi provvisori di protezione. La riferita sentenza ha quindi un duplice valore. Il primo è riconducibile al fatto che la responsabilità delle Istituzioni viene rintracciata all'interno della normativa *antidumping*, e non, invece, in norme qualificate come superiori in quando discendenti direttamente dai principi generali dell'ordinamento comunitario.

porto controverso della norma nazionale contrastante con quella U.E. direttamente applicabile. Ciò si realizza senza alcuna distinzione in termini di natura della posizione giuridica soggettiva contenuta nella norma in questione.

Anzi proprio la violazione di una norma contenente una regola procedurale sostanziale può permettere la disapplicazione del precepto interno contrastante con quello di provenienza europea anche quando questo è contenuto in una direttiva inattuata.

Siccome, poi, la disapplicazione introduce un controllo sull'esercizio della discrezionalità dello Stato nell'applicazione del diritto dell'Unione innanzi ad atti di diritto derivato non caratterizzati da diretta applicabilità – successivamente al loro recepimento nel diritto interno – si può affermare che anche il controllo sul potere di attuazione dello Stato avviene senza alcun riferimento alla situazione soggettiva contenuta nella norma attuata.

Meno complessa della situazione che nasce dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea appare essere la ricostruzione delle metodologie di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive utilizzate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle posizioni individuali rilevanti per il sistema C.E.D.U.

Sostanzialmente l'articolazione delle situazioni giuridiche rilevanti per il sistema in ultimo richiamato può essere ridotta, in estrema sintesi, in tre categorie: diritti soggettivi pubblici e situazioni giuridiche rilevanti che garantiscono l'accesso alla tutela di cui all'art. 6, nonché il diritto soggettivo alla riparazione del danno per violazione delle norme convenzionali C.E.D.U. di cui all'art. 41.

La questione della natura dei diritti fondamentali è di primaria importanza per indagare la qualificazione delle situazioni soggettive nell'attività della Corte C.E.D.U.

Per conoscere la natura dei diritti fondamentali nel sistema in esame appare necessario separare il problema della qualificazione dei

diritti fondamentali che caratterizza ogni ordinamento giuridico – *in primis* quello degli Stati – da quello di come i diritti fondamentali vengono riconosciuti dalla giurisprudenza all'interno del peculiare sistema C.E.D.U. (vedi *infra* cap. 7).

L'asserzione fatta non muta il valore o il significato generale di diritto fondamentale. Essa sottolinea la peculiarità del sistema C.E.D.U., la cui struttura incide sul modo con cui la sua Corte ricostruisce questi diritti.

La lettura che la Convenzione e la sua Corte effettuano dei diritti fondamentali è peculiare del sistema C.E.D.U. e sembra essere distante dalla modalità con cui negli ordinamenti interni oggi leggono i diritti fondamentali. Negli ordinamenti interni le Costituzioni moderne tendono, infatti, a superare la visione tradizionale che fa dei diritti fondamentali degli argini all'azione del pubblico potere. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ha, dal canto suo, come scopo principale la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali.

La Convenzione in esame – pur essendo parte dell'importante percorso di internazionalizzazione dei diritti umani che ha caratterizzato l'Europa soprattutto dalla fine della seconda guerra mondiale – persegue, però, questo scopo avendo come unici destinatari gli Stati. Lo stesso sistema di garanzia in essa predisposto, sussidiario rispetto alla protezione garantita agli individui internamente, ha come riferimento i soli paesi aderenti. Il ricorso alla Corte di Strasburgo non è ammesso contro chiunque leda un diritto riconosciuto dalla Convenzione, ma solo nei confronti di uno Stato inadempiente. I diritti in essa riconosciuti sono costruiti come limiti esterni ai poteri pubblici.

Per il tipo di scelta operata dagli Stati sottoscrittori, i diritti fondamentali attribuiti dalla Convenzione sono qualificabili come diritti pubblici soggettivi.

Nel sistema C.E.D.U. i diritti in esso riconosciuti non sono, in-

fatti, diritti attribuiti in termini assoluti. Come tali sono qualificati anche dall'opera della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

I giudici di Strasburgo spesso, poi, ricomprendono nella nozione di diritto fondamentale che sono chiamati ad applicare al caso concreto, situazioni giuridiche che negli ordinamenti interni non corrispondono ad una nozione di diritto pieno. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo muove, nell'individuazione degli interessi rilevanti, interpretando la volontà obiettiva del legislatore internazionale al fine di stabilire quale sia lo scopo che intende assicurare la norma violata.

Essa realizza così in una sorta di *Schutznormtheorie* adattata alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nel sistema sin esame, quindi, ciò che rientra nella protezione della norma è necessariamente un diritto fondamentale, anche se nei diversi ordinamenti interni la situazione giuridica protetta, così come individuata attraverso l'opera della Corte, non corrisponde ad un diritto pieno. La nozione di proprietà di cui al prot. 1 C.E.D.U. è forse l'esempio più significativo del ricorso al metodo tedesco da parte della Corte⁽¹⁵⁾.

Ricorrendo alla nozione di diritti pubblici soggetti, infatti, non vi è la necessità di ricostruire situazioni giuridiche tutelabili mediante la dicotomia diritti-interessi. Ogni situazione, quando è riconosciuta e garantita dalla norma – in questo caso Convenzionale – è un diritto. Gli interessi che la Convenzione protegge sono definiti così in termini di diritti.

⁽¹⁵⁾ In realtà tra gli esempi che si possono riportare nel senso indicato sono numerosi oltre quelli oggetto di analisi nel cap. 6. Ad esempio nella nozione di diritto alla riservatezza tutelato dall'art. 8 C.E.D.U. è compreso, come diritto fondamentale, il diritto all'accesso tutte le informazioni detenute da una pubblica autorità. Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 marzo 1987, *Leander/Svezia*, in *Racc.*, Serie A, 116, p. 22; nonché ID., sentenza del 7 luglio 1989, *Gaskin/Regno Unito*, in *Racc.*, Serie A, p. 160.

Diversa dalle precedenti è la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti ai fini dell'accesso delle garanzie del giusto processo.

La Convenzione, infatti, affianca alla presenza dei diritti pubblici soggettivi, che sono il corpo del sistema, alcune posizioni individuali da cui dipende l'accesso al sistema delle garanzie del giusto processo.

È il caso della nozione di *diritti ed obblighi civili* la cui violazione è presupposta per usufruire della tutela del giusto processo di cui all'art. 6 C.E.D.U.

Attraverso la nozione di *civil rights and obligations* hanno avuto ingresso nel sistema in esame posizioni individuali che non sono certo diritti pubblici soggettivi, è che soprattutto non sono sempre riconducibili a diritti pieni. Nella locuzione richiamata sono ricomprese una serie ampia di situazioni giuridiche che in ragione della funzione che svolgono, sembrano assimilabili alla nozione inglese del *locus standi* (vedi *infra* cap. 8).

Esse, infatti, regolano l'accesso al sistema di garanzie predisposto dalla Convenzione nei confronti degli Stati aderenti, come le situazioni che rientrano nello *standing* per l'accesso dei privati al *judicial review* nel sistema anglosassone.

Attraverso l'art. 6 C.E.D.U., infatti, si identifica il diritto di ogni persona ad avere un processo che possa definirsi equo.

Il presupposto per l'accesso al controllo sull'operato dello Stato in ogni sua articolazione è, ai sensi dell'art. 6 C.E.D.U., la violazione di un diritto od un obbligo di natura civile.

Per tale ragione la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ad oggi elaborato un'ampia nozione di diritti civili e relativi obblighi, non circoscritta al solo diritto soggettivo.

Comprendere all'interno della nozione di *civil rights/droits civil* situazioni soggettive non aventi i caratteri propri del diritto in senso stretto, significa garantire accesso alla tutela di cui all'art. 6 C.E.D.U.

a situazioni giuridiche soggettive che non corrispondono a diritti soggettivi, ma ad una vasta gamma di situazioni giuridiche purché caratterizzate dal carattere della patrimonialità. Sono, infatti, posizioni individuali rilevanti ai fini dell'applicazione della garanzia del giusto processo, l'interesse legittimo, la legittima aspettativa, l'interesse semplice, la libertà, il privilegio, la mera speranza di un vantaggio, l'onere, la soggezione così come situazioni giuridiche riconducibili a situazioni processuali e nono necessariamente sostanziali.

L'ampio significato che caratterizza l'espressione *droits civil* implica, altresì, l'opportunità concreta di estendere le garanzie dell'equo processo a procedimenti inerenti situazioni giuridiche che non soddisfano i caratteri specifici dei rapporti di natura privatistica e che si riferiscono, invece, ad altre partizioni del diritto.

La nozione di violazione di un obbligo o di un diritto civile regola, pertanto, l'accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali, siano essi giurisdizionali che amministrativi, nei termini e nei modi del richiamato articolo sul giusto processo. La Corte C.E.D.U. attraverso l'interpretazione della nozione di *civil rights and obligations*, assicura così il massimo accesso al rimedio previsto dalla Convenzione.

Nel caso, invece, dell'art. 41 C.E.D.U. siamo di fronte ad un vero e proprio diritto soggettivo esistente in capo al ricorrente che si è visto accolto il proprio ricorso e positivamente posto dalla norma.

4. — *La tutela degli interessi nella giurisprudenza europea.*

Anche nel sistema legale che nasce dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, allora, le situazioni giuridiche rilevanti sono tra di loro assimilate all'interno di ogni modello di tutela offerto.

Questo accade anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, dove – in ragione delle tre metodologie di emersione delle

posizioni giuridiche individuali utilizzate (*Schutznormtheorie*, effetto diretto, effetto utile) – ogni situazione soggettiva rilevante per quel sistema, seppur non sempre riconducibile a pieno titolo tra i diritti soggettivi, gode di pari dignità all'interno delle diverse tutele apprestate.

Nel senso evidenziato andrà letto anche il quadro di sintesi sulle situazioni giuridiche soggettive che ci restituisce il diritto comparato (vedi *infra* cap. 2).

La comprensione del processo ermeneutico di analisi della realtà giuridica compiuta dalla Corte di Giustizia e da quella Europea dei Diritti dell'Uomo, permette di cogliere come le loro pronunce si nutrono dei principi nazionali già statuiti dando loro un nuovo ruolo in un quadro più ampio di unificazione giuridica europea.

Come autorevolmente affermato, infatti: «*both the UE and ECHR have, as legal systems, a certain amount of autonomy or reference. Yet they also interlock and overlap with each other (and with municipal law). Their relationship is symbiotic, incremental and even messy and unpredictable. (...) Many legal terms and systems have a blurry quality*»⁽¹⁶⁾.

L'attuale sistema di sviluppo delle norme internazionali e la peculiare configurazione dell'ordinamento U.E., infatti, sono destinati ad influire con diverse modalità sulla struttura dei diritti individuali delineati dagli ordinamenti degli Stati.

Dal quadro delineato emerge come sia proprio il diritto soggettivo la posizione sostanziale che esce indebolita dall'attuale tendenza europea ad una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive.

L'Europa ci conferma che il bisogno di tutela che si riconosce ad una posizione individuale possa essere soddisfatto mediante una pluralità di forme di garanzie. Soprattutto ci evidenzia come dal sistema

⁽¹⁶⁾ Così S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts. Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *Comm. mark. law rev.*, vol. 43, 2, 2006, p. 665.

di garanzie che si predisporre dipende l'esistenza – o il modo di esistenza – della posizione di vantaggio riconosciuta.

La comparazione (V. *infra* cap. 2) e gli interventi delle due Corti europee in tema di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive ci ricordano come le diverse situazioni di vantaggio o di interesse, anche se non assimilabili ad un diritto pieno, possono godere di pari garanzia quando sono state riconosciute meritevoli di tutela.

Predisporre infatti sistemi di tutele all'interno delle quali trovano garanzia posizioni giuridiche differenti significa aver effettuato una precisa scelta politica. Un sistema processuale, infatti, non è mai indifferente rispetto all'individuazione del diritto sostanziale realmente vigente⁽¹⁷⁾.

Oggi si rintraccia la tendenza ad attribuire meritevolezza a situazioni individuali benché le stesse non siano riconducibili allo schema del diritto soggettivo nelle sue tante articolazioni.

È come se attraverso le scelte compiute in sede di predisposizione dei sistemi di tutele si modificasse il punto di equilibrio tra le posizioni sostanziali: per cui non vi è nessuna prestabilita posizione di vantaggio in capo a quelle situazioni sostanziali che sono riconducibili al diritto soggettivo rispetto a quelle che non sono incasellabili in detto schema, ma che comunque un ordinamento giuridico riconosce meritevoli di tutela.

5. — *Il caso Van Gend & Loos e la sua rilevanza nella costruzione del diritto comunitario.*

Nel lontano 1963, la sentenza della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos* qualificava il neo nato sistema comunitario come un ordinamen-

⁽¹⁷⁾ Si veda significativamente sul punto A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, *passim*, specificatamente p. 11 ss.

to giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale. La richiamata pronuncia è innegabilmente importante. Essa rintraccia tra le righe degli allora Trattati istitutivi un sistema completo che ha la natura di ordinamento giuridico autonomo.

È possibile supporre, come autorevolmente affermato⁽¹⁸⁾, che la riferita natura ordinamentale del sistema comunitario non fosse stata voluta, o comunque colta, dagli stessi paesi fondatori delle Comunità⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ J.H.H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 82.

⁽¹⁹⁾ Si riporta per cogliere lo spirito dei padri fondatori dell'attuale Unione la c.d. detta dichiarazione di Schuman – Monnet del 9 maggio 1950 dalla quale si evincono le intenzioni con cui di lì a poco nascerà la C.E.C.A. In nuce c'era comunque il progetto di una futura federazione europea: «la pace mondiale non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi, proporzionali ai pericoli che la minacciano. Il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche. La Francia, facendosi da oltre vent'anni antesignana di un'Europa unita, ha sempre avuto per obiettivo essenziale di servire la pace. L'Europa non è stata fatta : abbiamo avuto la guerra. L'Europa non potrà farsi un una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania. A tal fine, il governo francese propone di concentrare immediatamente l'azione su un punto limitato ma decisivo. Il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei. La fusione delle produzioni di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea, e cambierà il destino di queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime. La solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile. La creazione di questa potente unità di produzione, aperta a tutti i paesi che vorranno aderirvi e intesa a fornire a tutti i paesi in essa riuniti gli elementi di base della produzione industriale a condizioni uguali, getterà le fondamenta reali della loro unificazione economica. Questa produzione sarà offerta al mondo intero senza distinzione né esclusione per contribuire al rialzo del livello di vita e al progresso delle opere di pace. Se potrà contare su un rafforzamento dei mezzi, l'Europa sarà in grado di proseguire nella realizzazione di uno dei suoi compiti essen-

Sono stati i giudici del Lussemburgo che per primi hanno indivi-

ziali: lo sviluppo del continente africano. Sarà così effettuata, rapidamente e con mezzi semplici, la fusione di interessi necessari all'instaurazione di una comunità economica e si introdurrà il fermento di una comunità più profonda tra paesi lungamente contrapposti da sanguinose scissioni. Questa proposta, mettendo in comune le produzioni di base e istituendo una nuova Alta Autorità, le cui decisioni saranno vincolanti per la Francia, la Germania e i paesi che vi aderiranno, costituirà il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace. Per giungere alla realizzazione degli obiettivi così definiti, il governo francese è pronto ad iniziare dei negoziati sulle basi seguenti. Il compito affidato alla comune Alta Autorità sarà di assicurare entro i termini più brevi: l'ammodernamento della produzione e il miglioramento della sua qualità: la fornitura, a condizioni uguali, del carbone e dell'acciaio sul mercato francese e sul mercato tedesco nonché su quelli dei paesi aderenti: lo sviluppo dell'esportazione comune verso gli altri paesi; l'uguagliamento verso l'alto delle condizioni di vita della manodopera di queste industrie. Per conseguire tali obiettivi, partendo dalle condizioni molto dissimili in cui attualmente si trovano le produzioni dei paesi aderenti, occorrerà mettere in vigore, a titolo transitorio, alcune disposizioni che comportano l'applicazione di un piano di produzione e di investimento, l'istituzione di meccanismi di perequazione dei prezzi e la creazione di un fondo di riconversione che faciliti la razionalizzazione della produzione. La circolazione del carbone e dell'acciaio tra i paesi aderenti sarà immediatamente esentata da qualsiasi dazio doganale e non potrà essere colpita da tariffe di trasporto differenziali. Ne risulteranno gradualmente le condizioni che assicureranno automaticamente la ripartizione più razionale della produzione al più alto livello di produttività. Contrariamente ad un cartello internazionale, che tende alla ripartizione e allo sfruttamento dei mercati nazionali mediante pratiche restrittive e il mantenimento di profitti elevati, l'organizzazione progettata assicurerà la fusione dei mercati e l'espansione della produzione. I principi e gli impegni essenziali sopra definiti saranno oggetto di un trattato firmato tra gli stati e sottoposto alla ratifica dei parlamenti. I negoziati indispensabili per precisare le misure d'applicazione si svolgeranno con l'assistenza di un arbitro designato di comune accordo: costui sarà incaricato di verificare che gli accordi siano conformi ai principi e, in caso di contrasto irriducibile, fisserà la soluzione che sarà adottata. L'Alta Autorità comune, incaricata del funzionamento dell'intero regime, sarà composta di personalità indipendenti designate su base paritaria dai governi; un presidente sarà scelto di comune accordo dai governi; le sue decisioni saranno esecutive in Francia, Germania e negli altri paesi aderenti. Disposizioni appropriate assicureranno i necessari mezzi di ricorso contro le decisioni dell'Alta Autorità. Un rappresentante delle Nazioni Unite presso detta autorità sarà incaricato di preparare due volte l'anno una relazione pubblica per l'ONU, nella quale renderà conto del funzionamento del nuovo organismo, in particolare per quanto riguarda la salvaguardia dei suoi fini pacifici. L'istituzione dell'Alta Autorità non pregiudica in nulla il regime di proprietà delle

duato l'esistenza di un ordinamento giuridico.

L'ordinamento comunitario non nasce da una rivoluzione o da un atto di forza, ma da una pronuncia giurisprudenziale. La richiamata sentenza ha, per il sistema in esame, la stessa potenza che si può riconoscere alla genesi di uno Stato attraverso un atto rivoluzionario, nel significato che Kelsen attribuiva a questo momento nella storia europea⁽²⁰⁾.

La pronuncia del 1963 pone, infatti, la questione dell'esistenza di un ordinamento nuovo con proprie caratteristiche. Richiamando quindi – con la consapevolezza di farlo forzatamente – proprio Kelsen, si può dire che il primato del diritto comunitario, nei settori in cui gli Stati hanno compiuto la rinuncia ai propri poteri sovrani, è la *Grundnorm* su cui si fonda la validità e l'efficacia del sistema oggetto d'indagine.

La *Van Gend & Loos* riconosce tale fatto come fondamento primo, dal quale promana il sistema dove la Corte opera.

Una pluralità di precetti forma un'unità quando la loro validità può essere ricondotta ad un'unica norma, che è fondamento ultimo della loro stessa validità.

imprese. Nell'esercizio del suo compito, l'Alta Autorità comune terrà conto dei poteri conferiti all'autorità internazionale della Ruhr e degli obblighi di qualsiasi natura imposti alla Germania, finché tali obblighi sussisteranno».

⁽²⁰⁾ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1994, p. 118-119, il quale sottolinea come comprendere il significato di nascita di un ordinamento giuridico sia necessario pensare ad un atto rivoluzionario, il quale meglio di un qualunque altro accadimento può far comprendere il significato della nascita di un nuovo ordinamento giuridico basato su di novellati valori condivisi e quindi su di una nuova norma fondamentale che soppianta quella su cui si fondava il precedente sistema sostituito attraverso al rivoluzione. Scrive Kelsen: «il significato della norma fondamentale è specialmente chiaro nel caso in cui un ordinamento giuridico non viene mutato per via legale, ma viene sostituito con un ordinamento nuovo per mezzo di una rivoluzione; analogamente l'essenza del diritto e la comunità da questo costituita si presentano nel modo più chiaro quando è posta in questione la loro esistenza».

La *Grundnorm* è sempre costruita dal giurista ⁽²¹⁾. Attraverso quest'ultima si fornisce un punto di unificazione teorica al complesso di norme ad essa sottostanti ⁽²²⁾.

La norma fondamentale, esattamente la *Grundnorm* ⁽²³⁾ dell'ordinamento in esame, è il principio della supremazia del diritto comunitario nei settori di rinuncia alla sovranità degli Stati.

È attraverso questa intuizione che di fatto la Corte riesce a darsi risposta a come – e ciò significa a quale condizione – sono possibili le proposizioni giuridiche che concernono le norme giuridiche, i doveri giuridici, i diritti promananti attraverso l'attività normativa delle Istituzioni ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1980, vol. XXX, p. 678 ss.

⁽²²⁾ Afferma ancora H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, pp. 98-100: «la norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica a condizione è legata alla conseguenza del diritto. (...) Il contenuto della norma fondamentale riposa sopra gli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento a cui corrisponde, fino ad un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso».

⁽²³⁾ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 117-122, per cui le norme giuridiche «appartengono ad un unico ordinamento giuridico, poiché si può rintracciare la loro validità, direttamente o indirettamente, fino alla prima costituzione. (...) L'intera funzione di questa norma fondamentale è quella di conferire il potere di creare diritto all'atto del primo legislatore ed a tutti gli altri atti basati sul primo. (...) La norma fondamentale è soltanto il presupposto necessario di qualsiasi interpretazione positivista del materiale giuridico. (...) La norma fondamentale non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei diritto. Essa non è valida – come lo è una norma giuridica positiva – perché è stata creata in una data maniera da un atto giuridico, ma è valida perché è supposta valida; ed è supposta valida, perché senza tale presupposto nessun atto umano potrebbe essere interpretato come atto giuridico, e specialmente come creativo di norme. (...) La funzione della norma fondamentale è quella di rendere possibile l'interpretazione normativa di tali fatti, vale a dire l'interpretazione di fatti, quali la creazione e l'applicazione di norme valide».

⁽²⁴⁾ Il richiamo quasi testuale è ancora a H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e*

Come autorevolmente affermato la norma fondamentale su cui si basa un ordinamento si converte nel potere⁽²⁵⁾. Questo si concretizza in un'erosione parziale o totale, lenta o improvvisa, di norme o di blocchi di norme stabilite⁽²⁶⁾. Nel caso di specie quelle statali nelle materie funzionali alla costruzione del mercato interno.

La *Van Gend & Loos*, o meglio il contenuto di questa sentenza, conferisce unità alla pluralità di tutte le norme che formano l'ordinamento comunitario.

La Corte di Giustizia, poi, per puntellare la sua intuizione costituzionale usa una strategia ben precisa.

Per garantire l'esistenza del sistema giuridico europeo e la supremazia del diritto da questo proveniente, l'organo giurisdizionale comunitario non sceglie di affidarsi agli Stati quanto di procedere al riconoscimento della soggettività del singolo.

Il comportamento degli individui regolato da un ordinamento si conforma ai fatti che creano quello stesso ordinamento e che nel contempo costituiscono il contenuto della sua norma fondamentale⁽²⁷⁾.

È il riconoscimento di diritti in capo ai singoli che permette la crescita della Comunità ed il perseguimento dei suoi fini.

La giurisprudenza comunitaria cristallizza l'operatività della nor-

dello Stato, cit., p. 118, il qual e afferma: «la norma fondamentale è la risposta alle seguenti domande: come – è ciò significa a quale condizione – sono possibili tutte queste proposizioni giuridiche che concernono le norme giuridiche, i doveri giuridici, i diritti soggettivi e via dicendo».

⁽²⁵⁾ Il riferimento è N. BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 92, il quale prosegue: «ed è ispirato da nuove esigenze di nuovi ideali, cioè in definitiva dal mutarsi delle valutazioni individuali, di gruppo, di tutta la società circa il giusto e l'ingiusto».

⁽²⁶⁾ Testualmente ancora N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 93.

⁽²⁷⁾ Si veda ancora H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 122: «pertanto il contenuto di una norma fondamentale è determinato da quei fatti mediante i quali un ordinamento viene creato ed applicato, ed ai quali si conforma, in complesso, il comportamento degli individui regolato da tale ordinamento».

ma europea nel fatto che essa è capace di creare diritti. La strategia dei giudici del Lussemburgo si incentra, così, sulla promozione della tutela giurisdizionale di quest'ultimi.

L'individuo diviene, proprio attraverso al sentenza *Van Gend & Loos*, non il fine dell'azione comunitaria ma suo mezzo.

Con questa sentenza la Corte cerca beneficiari. Quest'ultimi sono identificabili nei singoli individui, interessati forse più degli Stati all'attuazione del diritto comunitario.

E proprio perché tale interesse si accendesse era necessario attribuire ai singoli diritti da poter azionare direttamente davanti ai giudici nei confronti degli Stati e delle Istituzioni, nonché, successivamente, anche nei riguardi degli altri cittadini.

Sarebbe oggi il caso di domandarsi perché i cittadini europei non si sentano più i beneficiari di questo sistema, stante il susseguirsi delle bocciature alle modifiche dei Trattati ogni volta che uno degli Stati aderenti utilizza il *referendum* per la loro ratifica. Ma tale aspetto è lontano dalle pagine di questa tesi.

Nonostante ciò si può affermare che la storia dell'integrazione europea e dell'ordinamento dell'Unione è una vicenda, comunque, di diritti individuali.

6. — *Il contributo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo racchiude al suo interno le norme che consacrano i «*valori fondamentali della collettività degli Stati contraenti*»⁽²⁸⁾ sotto forma di diritti individuali.

Ogni individuo, a prescindere dalla propria cittadinanza, oltre ad

⁽²⁸⁾ Testualmente C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, 2001, p. 249.

essere il beneficiario del sistema di diritti e libertà previsti dalla Convenzione, è anche autorizzato ad attivare il meccanismo di garanzie in essa regolato.

I singoli, nel sistema in esame, sono dotati di una personalità giuridica internazionale (anche se limitata), in ragione della possibilità di mettere in moto i meccanismi di accertamento della violazione dei diritti e delle libertà C.E.D.U.

Anche nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, quindi, gli individui rivestono un ruolo di vigilanza sulla corretta applicazione delle norme in essa contenute⁽²⁹⁾.

L'internazionalizzazione e la costituzionalizzazione di garanzie processuali, infatti, marcia parallelamente all'effettiva fruibilità di quest'ultime da parte di ogni individuo⁽³⁰⁾.

Per tale ragione la possibilità attribuita ad un soggetto privato di ricorrere in caso di violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione europea – previo esaurimento dei ricorsi interni⁽³¹⁾ – ad una procedura giurisdizionale internazionale è dato non sicuramente privo di valore dal punto di vista della diffusione e della stessa *socializzazione* della situazione giuridica soggettiva di cui si lamenta la lesione.

La tutela di un diritto, infatti, è apprestata con effettività quando

⁽²⁹⁾ Il riferimento è al ruolo degli individui nel sistema giuridico comunitario a cui si è fatto più volte riferimento.

⁽³⁰⁾ Sul valore sociale della tutela processuale apprestata alle situazioni giuridiche soggettive, si veda E. VITTA, *Processo civile e diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 571.

⁽³¹⁾ L'art 34 C.E.D.U. prevede il ricorso individuale alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; l'art. 33 C.E.D.U., invece, prevede la forma classica dal punto di vista internazionale del ricorso interstatale, in cui il singolo individuo è solo indirettamente interessato. Si veda F. CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1995, p. 95 ss., il quale sostiene che il ricorso individuale rappresenti una delle forme più progredite in tema di tutela di diritto dell'uomo, ed ha incontrato non poche resistenze da parte degli Stati nazionali che possono vedersi condannati quando sono riconosciuti responsabili di violazioni.

la realtà economico-sociale, la collettività ed i singoli nei loro comportamenti si adeguano al rispetto dei principi fondamentali inerenti la disciplina di una specifica situazione giuridica soggettiva⁽³²⁾.

La Corte di Strasburgo, d'altro canto, anche grazie alla presenza del ricorso individuale *ex art.* 34 C.E.D.U., è soprattutto il giudice dei comportamenti degli Stati, molto di più di quanto sia arbitro dei rapporti giuridici sottostanti.

L'organo giurisdizionale C.E.D.U. è essenzialmente il «garante costituzionale di un ordine pubblico europeo»⁽³³⁾ così come desumibile dalla Convenzione stessa.

Lo Stato, infatti, è l'unico destinatario delle pronunce emesse dalla Corte. Questi, in forza dell'adesione, non può né sottrarsi agli esiti del procedimento né contrastare l'avvio del meccanismo di garanzia previsto dal Trattato stesso.

In forza di tale iniziale riflessione ed in ragione della seguente ulteriore premessa, l'analisi che segue per la parte dedicata alla C.E.D.U. si svolgerà intorno a due diverse linee d'indagine.

Primariamente si sottolinea come i diritti presenti nella C.E.D.U. sono diritti fondamentali per gli Stati ad essa aderenti. Affermazione, questa, tanto non controvertibile quanto scontata. È fatta, però, allo scopo di effettuarne un'altra.

Quando si parla di situazioni giuridiche soggettive – oggetto dell'intero lavoro che si sta realizzando – è noto che l'espressione non si riferisca soltanto ai diritti pieni, come può essere di una sua particolare *pienezza* un diritto fondamentale.

O meglio, quando nel sistema in esame avviene l'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera della Corte, non sempre questo significa attribuzione di un *nuovo* diritto fondamentale

⁽³²⁾ In questo senso A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 34 ss.

⁽³³⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 marzo 1995, *Loizidou/Turchia*, in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

che nasce negli interstizi dell'interpretazione che la stessa giurisprudenza compie.

Rintracciare l'esistenza di posizioni individuali diverse da quelle di diritto fondamentale non è semplice, sebbene è possibile dire che la Corte, nella sua attività, elabori nozioni a cui apprestare tutela diverse dai diritti fondamentali garantiti nella Convenzione.

Questo accade quando queste posizioni individuali sono strumentali alla realizzazione, anche attraverso la garanzia dell'accesso all'azione innanzi alla Corte, proprio dei diritti riconosciuti dal Trattato.

L'esempio tipico in questo senso è il significato attribuito dalla giurisprudenza di Strasburgo all'espressione *obblighi e diritti civili* di cui all'art. 6 C.E.D.U.

Per suffragare questa affermazione si procederà, quindi, alla identificazione delle questioni oggetto dell'attività procedimentale (*diritti ed obblighi di natura civili*) alle quali dovranno essere applicate le garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (vedi *infra* cap. 8).

Al fine di incentivare il mantenimento e la promozione del principio del giusto processo delineato dalla Convenzione – identificato dalla giurisprudenza della sua Corte come integrante l'ordine pubblico oggettivo – i giudici europei dei diritti dell'uomo sembrano voler realizzare un costante ampliamento delle situazioni soggettive che consentono l'azione nel sistema di garanzia delineato dalla Convenzione. Le pronunce della Corte in tema di art. 6 C.E.D.U. divengono rilevanti ai nostri fini quando dalle stesse si possono desumere posizioni giuridiche soggettive connesse, ma diverse, dal diritto fondamentale che essa è chiamata ad esaminare ed a promuovere. Si è proceduto, così, all'identificazione di situazioni soggettive in capo ai singoli che prima erano escluse dal novero di quelle che identificano la legittimazione alla richiesta del provvedimento di condanna della Corte, per violazione dell'art. 6 C.E.D.U.

Cosa diversa, invece, è condurre una qualche riflessione sul significato di diritto fondamentale, partendo dalla considerazione che la natura *fondamentale* fa di tale diritto un *qualcosa* di peculiare. Questo è, invero, un diritto soggettivo, un diritto soggettivo pubblico, o piuttosto una categoria con dei caratteri di assoluta peculiarità che non può essere ricondotta immediatamente all'una o all'altra classificazione? Una riflessione di cosa si debba intendere per diritto fondamentale è utile per deciptare la funzione della Corte.

Non forniremo, comunque, un elenco dell'evoluzione della giurisprudenza C.E.D.U. relativamente ad ogni articolo della Convenzione (v. *infra* cap. 7).

Non verranno trattate molte delle norme contenute nella Convenzione. La selezione effettuata è sicuramente incompleta ma cerca di rispondere ad un'esigenza precisa. Nelle pronunce che hanno ad oggetto la maggior parte degli articoli della Convenzione, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non tocca espressamente la questione delle situazioni giuridiche soggettive. Spesso la stessa sembra concentrarsi sulla qualità dei soggetti che si reputano titolari del diritto di riferimento.

Si pensi alla giurisprudenza della Corte sul diritto alla vita di cui all'art. 2 C.E.D.U. ed alla questione su chi debba essere considerato persona. O meglio quando si possa iniziare a parlare di persona, e quindi se gode di questo diritto il soggetto già nato o anche il nascituro⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Si veda per una ricostruzione sul punto M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 1999, p. 111: «quantunque non si possa ancora parlare di interpretazione consolidata, data in particolare l'assenza della giurisprudenza della Corte europea, la nozione di ogni persona sembra riferirsi solo ad una persona già nata. In uno dei rari casi in cui il problema è stato posto (decisione Commissione, n. 8416/79, dr 19, 244) si è dovuto stabilire quale fosse il momento in cui si può dire che inizi della vita e se il nascituro possa essere titolare di un diritto protetto dalla C.E.D.U. Tutto ciò con riferimento ad una ipotesi di interruzione volontaria della gravidanza. È stato ritenuto che, la vita del feto essendo intimamente legata alla vita della donna incinta, se si dovesse sostenere che il feto possiede un diritto assoluto alla vita, se ne

Oppure essendo garantito nell'art. 8 C.E.D.U. il diritto al rispetto della vita familiare, e presupponendo l'esistenza di una famiglia, la Corte si adopera a definire le situazioni che in tale nozione rientrano. Famiglia, così, finisce per riferirsi non solo alle relazioni esistenti nell'ambito di quella definita legittima – fondata cioè sul matrimonio – ma anche alle relazioni esistenti fra i componenti il gruppo designato come famiglia naturale, o come unione di fatto⁽³⁵⁾. La nozione di famiglia sulla quale riposa questa disposizione comprende anche, in assenza di coabitazione, il legame tra un individuo e suo figlio, legittimo o naturale⁽³⁶⁾.

dovrebbe dedurre che l'interruzione della gravidanza non sarebbe ammissibile neanche nell'ipotesi di pericolo della madre. Si è concluso, pertanto, che l'interruzione della gravidanza decisa al fine di evitare un grave pregiudizio alla salute fisica e mentale della donna, deve essere considerato come una limitazione implicita alla vita del feto, al fine di proteggere la vita e la salute della donna».

⁽³⁵⁾ Ciò non significa, tuttavia, che si possa affermare l'esistenza di un obbligo per lo Stato di attribuire alle coppie non sposate uno statuto analogo a quello delle coppie sposate; così come che si possa esigere l'instaurazione di un regime speciale per una categoria particolare di coppie non sposate. In tema di rispetto della vita familiare, ciò che ha importanza è la realtà biologica e non le presunzioni legali. In questi termini Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 ottobre 1994, *Kroon e altri/Olanda*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1995, p. 384, per cui: «il rispetto della vita familiare esige che la realtà biologica e sociale prevalga su una presunzione legale contraria sia ai fatti accertati che gli auspici delle persone interessate, senza in realtà giovare a nessuno».

⁽³⁶⁾ Uno degli aspetti centrali dell'interpretazione giudiziaria della nozione di vita familiare è rappresentato dalla relazione tra figli e genitori. Si veda sul punto Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 giugno 1988, *Berrehab/Olanda*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1988, III, p. 146: «la nozione di famiglia sulla quale riposa l'art. 8 comporta che un bambino nato da tale unione si inserisca a pieno titolo in tale relazione; pertanto, dal momento e per il solo fatto della sua nascita esiste tra lui e i suoi genitori anche se questi non coabitano in quel momento, un legame costitutivo di una vita familiare». A parere della giurisprudenza della Corte lo Stato è chiamato ad agire in modo da permettere al legame tra genitore e figlio di svilupparsi. Per un genitore e suo figlio lo stare insieme, infatti, realizza uno degli aspetti fondamentali che caratterizzano la vita familiare. Numerose sono quindi gli interventi giurisprudenziali legati alla delicata problematica delle situazioni di rottura dell'unità familiare o di difficoltà del nucleo familiare, in special modo per quanto attiene all'affidamento dei minori.

Queste tipologie di pronunce non forniscono elementi utili alla ricostruzione che si sta compiendo.

Si realizzerà, pertanto, una selezione della casistica in alcuni settori significativi dove appare più eloquente il metodo di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera della Corte.

Il tutto guidato dalla volontà di rintracciare essenzialmente i momenti in cui la giurisprudenza C.E.D.U. sembra far ricadere nella nozione di diritto fondamentale situazioni giuridiche che negli ordina-

Innanzi alle richiamate situazioni di crisi la Corte afferma che l'ipotesi dell'affidamento di un bambino alla pubblica autorità non pone fine alle relazioni familiari naturali. Nel caso in cui, poi, lo Stato debba procedere ad una separazione tra il bambino e la famiglia di origine al fine di rendere possibile un migliore sviluppo fisico e psichico del minore stesso, allora, proprio il diritto al rispetto della vita familiare implica un preciso dovere per le autorità statali ad adottare le misure destinate a riunire il figlio ai genitori. L'interesse del minore, inoltre, prevale su quello del genitore. Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 7 agosto 1996, *Johansen/Norvegia*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1996, p. 675: «la Corte non ha il compito di sostituirsi alle autorità interne per disciplinare la custodia di bambini da parte della pubblica amministrazione e i diritti dei genitori di tali bambini, bensì di valutare sotto il profilo della Convenzione le decisioni che hanno reso nell'esercizio del loro potere discrezionale (...). Il margine di discrezionalità così lasciato alle competenti autorità nazionali varierà secondo la natura delle questioni in causa e la gravità degli interessi in gioco (...). Di conseguenza, la Corte riconosce che le autorità godono di un ampio margine per valutare la necessità di prendere in custodia un bambino ma occorre esercitare un controllo più rigoroso sia sulle ulteriori restrizioni che su quelle apportate dalle autorità ai diritti e alle visite dei genitori e sulle garanzie destinate ad assicurare l'effettiva protezione dei diritti di genitori e figli al rispetto della loro vita familiare». L'immigrazione, poi, porta ulteriori problematiche al tema affrontato: le coppie miste e l'allontanamento dei cittadini stranieri che hanno legami familiari con il paese di residenza. Il principio generale quello per cui il rispetto della vita familiare non può essere interpretato in modo da imporre agli Stati un obbligo di rispettare la scelta della loro residenza comune da parte di coppie sposate e di permettere il ricongiungimento familiare sul suo territorio. A proposito dell'espulsione di uno straniero condannato per aver commesso dei reati con legami familiari nel paese di residenza, occorre determinare se il provvedimento di espulsione abbia rispettato un giusto equilibrio tra il diritto dell'interessato al rispetto della sua vita privata e familiare e, dall'altro, la protezione dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati. Si veda in questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 settembre 1997, *El Boujaïdi/Francia*, in *Riv. int. dir. uom.*, 1998, p. 221.

menti degli Stati non corrispondono ad una nozione piena di diritto.

Ciò dovrebbe permettere di riflettere sul metodo di qualificazione che utilizza la giurisprudenza C.E.D.U. quando questa ricomprende nella nozione di un diritto fondamentale, previsto dalla Convenzione, una posizione giuridica diversa da un diritto pieno, come è il caso del diritto all'informazione ambientale e l'interpretazione dell'art. 8 cit.

Il riferimento, nel senso di utilità evidenziato, sarà allora anche il significato di diritto di proprietà di cui all'art. 1 prot.1 C.E.D.U.

L'una e l'altra norma offrono spunti significativi dell'opera metodologica che realizza la Corte nella sua attività.

In ultimo, al fine di completare il quadro delle situazioni giuridiche soggettive caratterizzanti il sistema in esame, si procederà alla qualificazione della situazioni giuridica risarcibile *ex art. 41 C.E.D.U.* (vedi *infra* cap. 6, par. 6).

Naturalmente la Convenzione tocca, tra l'altro abbastanza frequentemente, anche molte questioni connesse alle materie penali. In queste pagine, però, non si affronteranno le problematiche correlate a questi aspetti.

CAPITOLO SECONDO

DIRITTI ED INTERESSI NEI SISTEMI INTERNI

Sommario: 1. Diritti soggettivi ed interessi legittimi. — 2. L'identificazione degli interessi giuridicamente rilevanti nel sistema tedesco. — 3. Il sistema giuridico inglese e le sue situazioni soggettive. — 4. La protezione «mediata» degli interessi individuali nel sistema francese. — 5. Le situazioni giuridiche soggettive nell'ordinamento spagnolo. — 6. Quadro di sintesi sulle situazioni giuridiche soggettive nel diritto comparato. Unitarietà degli interessi tutelati e situazioni giuridiche soggettive.

1. — *Diritti soggettivi ed interessi legittimi.*

Con l'espressione diritti soggettivi si fa riferimento a situazioni ed a contesti molteplici: il diritto soggettivo è una situazione giuridica tipica degli ordinamenti di *civil law* e nel contempo espressione dell'organizzazione concettuale del diritto privato. Il diritto soggettivo come situazione giuridica soggettiva tipica dell'elaborazione del diritto in più di un ordinamento di *civil law*, evidenzia gli elementi di contrapposizione con il sistema del *common law*. La centralità della figura del diritto soggettivo negli ordinamenti di *civil law* è, infatti, il punto di maggiore distanza con i sistemi di tradizione anglosassone.

Il diritto soggettivo è anche parametro per l'organizzazione di altri rami del diritto, come può essere quello pubblico. Il diritto soggettivo come modalità dell'organizzazione concettuale del sistema di diritto privato – quale strumento di gestione dei conflitti tra i consociati – è infatti occasione per leggere, almeno nel nostro ordinamento interno, la genesi dell'interesse legittimo.

Il termine diritto soggettivo e quello di interesse legittimo indicano, infatti, due posizioni giuridiche riconosciute da un ordinamento agli individui sia nei confronti degli altri consociati sia nei riguardi della pubblica amministrazione. Il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, infatti, quali posizioni giuridiche dei singoli nei confronti del pubblico potere, sono anche categorie di organizzazione concettuale del diritto pubblico in alcuni ordinamenti giuridici. Il rapporto tra individuo e Stato, nell'astratta contrapposizione tra interesse privato ed interesse pubblico offre, infatti, la possibilità di indagare come – e se – in alcuni ordinamenti vengano tutelate situazioni giuridiche ulteriori e diverse dai fenotipi⁽³⁷⁾ ricompresi nella categoria astratta del diritto soggettivo.

La situazione soggettiva dell'interesse legittimo si introduce – a quanto si può supporre – nei diritti positivi del 1700 negli Stati assoluti a diritto di polizia. Fu tipizzata in Italia, però, molto più tardi in occasione della discussione dell'allegato E della legge di unificazione amministrativa (30 marzo 1865 n. 2248). Il legislatore del 1865 non predispose alcuna normativa organica in tema di giustizia amministrativa. La finalità perseguita era solo quella di abolire i Tribunali del contenzioso amministrativo che caratterizzavano il sistema di giustizia amministrativa italiano nel periodo. Questi ultimi – organi della stessa amministrazione pubblica – introducevano una disparità di trattamento tra i cittadini sottraendo le controversie contro la P.A. al giudice ordinario.

L'allegato E della legge n. 2248/1865 devolveva al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si facesse questione di un diritto civile e politico nei rapporti tra cittadino e P.A. Poneva, però, il problema di come tutelare – e in quale categoria giuridica incasellare – tutti «gli affari» dei privati non riconducibili ai diritti civili e politici.

⁽³⁷⁾ Il riferimento è sempre R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 39.

Tale fatto escludeva dalla giurisdizione ordinaria le situazioni soggettive dei cittadini riconducibili ai diritti soggettivi non inquadrabili nella nozione di diritto civile o politico. Per tale ragione con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 si istituiva la IV sezione del Consiglio di Stato. A tale organo veniva pertanto affidata la tutela degli interessi diversi dai diritti che il privato aveva nei confronti della P.A. Questa tutela si affiancava a quella fornita dal giudice ordinario.

La legge n. 2248/1865, però, non ha definito chiaramente cosa fossero gli interessi del privato verso la P.A., affermando soltanto che gli interessi legittimi non sono diritti soggettivi; né tanto meno ha chiarito se l'interesse legittimo ed i diritti soggettivi sono due distinte e diverse situazioni giuridiche ovvero piuttosto sono espressioni di due modi in cui si concretizza la tutela dello stesso interesse rilevante.

La legge ha dato origine in Italia ad un sistema binario di tutela giurisdizionale nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione. Dalla dottrina che la formulò verso la fine dell'800, l'espressione interesse legittimo è transitata nella Costituzione italiana (artt. 24,103,113) con tutto un carico di problemi: ancora oggi nell'ordinamento giuridico italiano si dibatte sul criterio del riparto di giurisdizione fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo⁽³⁸⁾.

Nel sistema italiano, infatti, l'interesse legittimo è la situazione giuridica soggettiva che riceve protezione dal giudice amministrativo. La creazione dell'interesse legittimo, quindi, non costituisce un derivato logico-strutturale necessario del concetto di pubblico potere e della divisione dei poteri accolta in un ordinamento. Nel nostro ordinamento essa è stata una scelta frutto di compromessi e di principi storicamente sedimentatasi⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ *Ex multis*, C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2004, p. 1911 ss;

⁽³⁹⁾ M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 2, Torino, 2001.

Molti ordinamenti giuridici, infatti, non conoscono questa nozione. Ciò nonostante in ognuno di essi è articolato un sistema di difesa di situazioni giuridiche rilevanti dei singoli nei confronti del pubblico potere. Si pensi al sistema tedesco dei diritti soggettivi pubblici o a quello francese in cui il giudizio amministrativo, essendo improntato al controllo dell'operato della P.A., non persegue il fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive del singolo.

Con il tempo si è intensificato il livello di approfondimento del dibattito intorno all'interesse legittimo spostandosi verso la teoria generale del diritto. In questa direzione si è riconosciuta ed affermata la natura sostanziale dell'interesse legittimo, svincolandolo, nel contempo, dal nesso con l'interesse pubblico. Si è affermato, pertanto, come non sia esatto sostenere che la tutela dell'interesse legittimo sia una tutela occasionale e riflessa, che si assicura solo in occasione della tutela dell'interesse pubblico al quale le norme si riferirebbero invero come tutela diretta. In questo senso anche la tutela che si assicura all'interesse legittimo è una tutela diretta e piena.

Diverso però il bene che si intende tutelare: questo deriva dall'azione legittima della pubblica amministrazione. L'interesse alla legittimità risulta in tal modo qualificato come interesse legittimo, diretto cioè, sempre a un'azione amministrativa imparziale ed efficiente. Infatti, caratteristica propria della tutela della situazione di interesse legittimo rispetto a quella propria del diritto soggettivo, è l'assenza della garanzia di risultato favorevole. La tutela dell'interesse legittimo non offre alcuna garanzia di risultato vantaggioso in concreto per il singolo interessato.

Alla situazione di interesse legittimo è assicurato un vantaggio mediato coincidente con la legittimità dell'azione amministrativa. Al diritto soggettivo il vantaggio assicurato è individuale e concreto. È, infatti, il rispetto da parte della P.A. delle norme giuridiche che ne disciplinano l'attività che corrisponde all'interesse del soggetto particolare.

Questo impianto sembra avvallato dalla ricostruzione che dello stesso in Europa fanno la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte di Giustizia U.E. (vedi *infra* cap.).

D'altro canto se è pur vero che il diritto soggettivo costituisce storicamente la figura soggettiva attiva per eccellenza, oggi più di una autorevole voce ha posto in dubbio la validità dell'esistenza di una sua categoria generale⁽⁴⁰⁾. Può essere posta alla base dell'affermazione fatta anche il fatto storicamente dato che l'ordinamento giuridico inglese abbia fatto a meno di questa figura. Così come può rafforzare la riferita considerazione proprio la comparazione tra alcuni sistemi giuridici europei.

Si registra, comunque, una certa difficoltà per la dottrina a qualificare la nozione di diritto soggettivo in termini unitari. Le diverse realtà giuridiche sono, infatti, spesso portatrici di differenti approcci al concetto di diritto soggettivo. Nelle diverse tradizioni giuridiche e nelle differenti epoche storiche si sono susseguite numerose definizioni di diritto soggettivo, ognuna delle quali ha identificato un qualche elemento che lo caratterizza⁽⁴¹⁾. Le diverse letture nel tempo hanno sovente individuato la sua essenza. Non sempre invece si è trovato l'accordo sulla sua identificazione e sugli elementi essenziali che lo costituiscono. La presenza di diverse concezioni sull'identificazione del diritto soggettivo dimostrano il carattere fluido di una nozione, sulla definizione della quale la dottrina non mostra accordo, nonostante l'uso quotidiano del termine.

Sotto il cappello della nozione di diritto soggettivo, infatti, nei diversi ordinamenti vengono ricomprese situazioni giuridiche attive difformi tra loro e che possono anche essere distanti dalla stessa no-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. SACCO, *Il possesso*, Milano, 1988, p. 354.

⁽⁴¹⁾ La riflessione è di C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Parigi, 1997, p. 228.

zione astratta di diritto⁽⁴²⁾. In tal senso basti pensare al possesso ed a come, nell'ordinamento giuridico italiano, sia qualificato quale situazione di fatto ed in Germania quale vero e proprio diritto soggettivo.

Non sempre si è trovato l'accordo sulla sua identificazione e sugli elementi essenziali che lo costituiscono. Il diritto soggettivo corrisponde ad una nozione complessa⁽⁴³⁾. La ricerca del significato di diritto soggettivo ed i differenti modi di concepirlo nutrono le continue controversie tra gli autori circa la sua stessa esistenza⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Ossia ogni ordinamento giuridico ha realizzato in modo diverso il *genotipo* di riferimento, la nozione di diritto soggettivo, appunto.

⁽⁴³⁾ Si veda R. MASPETIOL, *Ambiguité du droit subjectif: métaphysique, technique juridique ou sociologie*, in *Arch. phil. droit*, 1964, p. 71 ss., il quale qualifica il diritto soggettivo come nozione complessa e sottolinea le difficoltà della dottrina di indicare la sua essenza ed i suoi elementi identificativi.

⁽⁴⁴⁾ I diversi fenomeni giuridici riservano un differente approccio al concetto di diritto soggettivo. Per una ricostruzione intorno alla possibile esistenza nel diritto romano della figura del diritto soggettivo si veda O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, 1978, p. 23. La presenza della nozione di diritto soggettivo nel diritto romano, infatti, ha suscitato una lunga discussione in dottrina. Nel diritto medievale domina la concezione del privilegio, sul punto si legga H. COING, *Signification de la notion de droit subjectif*, in *Arch. phil. droit*, 1964, 3: «*face à cela, le droit subjectif est une prérogative définie abstraitement ('standardisée'), qui n'est pas assurée aux individus, ma rendue accessible à tous, tels le droit d'hypothèque ou d'autres droit. Les droits subjectif donc, si l'on les compare à l'idée de privilège du droit médiéval, expriment les idées de liberté et d'égalité*». Il razionalismo da un lato (si veda G. SAMUEL, *La notion d'intérêt en droit anglais*, in PH. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (a cura di), *Droit et Interet*, Bruxelles, 1990, III, p. 404 ss., per cui «*la notation de droit subjectif relève d'une tradition rationaliste*») e la concezione del diritto naturale dall'altro, hanno fatto del diritto soggettivo un concetto centrale della loro elaborazione (cfr. H. COING, *op. cit.*, p. 1 ss, ed anche O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, cit., p. 87: «*il est certain que la doctrine du droit naturel – sous ses diverses formes – a été au cours des temps, l'assise la plus stable pour l'édifice des droits subjectif*»). La concezione del diritto soggettivo evocatrice di un diritto soggettivista ed individualista dovuto alla natura dell'uomo e fondato essenzialmente sulla libertà (si veda J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, in *Arch. phil. droit*, 1964, p. 17) è stato oggetto di numerose critiche, le stesse che sono pervenute a negare l'esistenza logica del termine. Gli attacchi sono stati formulati soprattutto dalle correnti positiviste; critiche sono arrivate anche dalla scuola di diritto naturale classico uscito dal pensiero aristotelico e tomistico

La presenza di diverse concezioni sull'identificazione del diritto soggettivo dimostrano il carattere fluido della nozione⁽⁴⁵⁾.

Di volta in volta, infatti, il diritto soggettivo è stato assimilato con il potere della volontà⁽⁴⁶⁾, con il diritto astratto di azio-

(si veda in questo senso M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Arch. phil. droit*, 1964, p. 110: «*la singulière vision subjective du droit aboutit à juxtaposer une collection de prérogatives individuelles au lieu de rechercher les rapports justes entre les hommes, prenant en considération la réalité matérielle et sociale. Envisager le droit exclusivement du point de vue du sujet et à bénéfice est une conception fondamentalement 'anti-juridique'*»). L'autore afferma che l'ordine naturale stabilisce dei rapporti giuridici obiettivi. La genesi del diritto soggettivo deve essere ricercata dentro il pensiero *chrétienne* e dentro il nominalismo di Guillaume d'Occam che fa dell'uomo il centro del diritto. Secondo questa teoria il diritto soggettivo è una deviazione dell'idea di diritto, la stessa che ha costituito uno strumento importante di riconoscimento dei poteri dell'individuo nei confronti dello Stato).

⁽⁴⁵⁾ Si veda J. GHESTIN, G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction Générale*, I, Parigi, 1982, p. 126 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Lipsia, 1880, trad. it. di C. FADDA, P.E. BENSÀ, *Diritto delle pandette*, Torino, 1930. Windscheid è il rappresentante della teoria volutaristica del diritto soggettivo. L'autore considera il diritto soggettivo come la rappresentazione del potere della volontà conferito dall'ordinamento giuridico, talvolta come potere di esecuzione (*willensmacht*), talvolta come un potere di creazione di una regola (*willensherrschaft*). La concezione volutaristica ha suscitato numerose critiche (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. I, Parigi, 1924, p. 230 ss; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, cit., p. 128; nonché H. KELSEN *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, p. 253), sul presupposto che non si possa concepire la volontà di un soggetto come superiore a quella di un altro. La quasi totalità dei positivisti hanno un approccio obiettivo al diritto – secondo qualche elemento generatore di regole di diritto è creato dall'interversione di un fattore esteriore alla volontà propria di qualche soggetto di diritto – i diritti soggettivi cessano di essere l'espressione della libertà individuale, e sono solo quelli concessi dal diritto positivo (si veda C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, in *Rev. de synthèse*, 1997, p. 36). Il positivismo sociologico di Duguit ed il positivismo normativista di Kelsen sono stati i più ostili all'attenzione storicamente data alla nozione di diritto soggettivo. Per Duguit non si poteva infatti concepire il diritto soggettivo che come costituito essenzialmente dal potere della volontà (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 213: «*le droit subjectif ou n'est rien ou est le pouvoir propre de la volonté d'une personne de s'imposer comme telle à certaines autres, quand l'acte de volonté de cette personne a un certain objet et est déterminé par*

ne⁽⁴⁷⁾, con l'interesse giuridicamente protetto⁽⁴⁸⁾, fino alla proposizione di una definizione sintetica di diritto soggettivo realizzata attraverso la combinazione degli elementi della volontà e dell'interesse, nata dalle critiche sollevate alle precedenti teorie⁽⁴⁹⁾.

un certain but; qu'en un mot le droit subjectif est un pouvoir de volonté qui implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté humaine titulaire de ce pouvoir. Le droit subjectif est cela et ne peut être que cela; il est cela ou il n'est rien»).

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. THON, *Rechtsnorm und subjektives recht. Untersuchungen zur Allgemeinen rechtslehre*, Weimar, 1878, trad. it. di A. LEVI, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria del diritto*, Padova, 1951, p. 202, per cui è solamente l'attribuzione di un diritto all'azione da parte dell'ordinamento giuridico che eleva la situazione protetta dalle norme e rango di diritto da proteggere. Il diritto soggettivo si realizza così attraverso un mezzo giuridico, dove il mezzo coincide con il diritto all'azione. In questo senso anche J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectif des administrés dans le droit administratif français*, Parigi, 1899, p. 21. La dottrina dell'azione in giudizio presenta, però, l'inconveniente di considerare l'effetto come l'essenza stessa del diritto soggettivo.

⁽⁴⁸⁾ All'opposto della teoria della volontà si colloca la teoria dell'interesse proposta da R. Von Ihering (R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. fr. di O. DE MEULENAERE, Parigi, 1877; si veda anche M. VILLEY, *Le droit subjectif chez Ihering*, in M. VILLEY (a cura di), *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Parigi, 1969, p. 208). Per l'autore tedesco il diritto soggettivo comprende due elementi: un elemento sostanziale ed uno formale. Il primo è l'utilità, il vantaggio; il secondo è l'azione in giudizio. Il vantaggio costituisce il contenuto del diritto e presuppone l'idea di valore ed interesse. Il diritto soggettivo dunque è un interesse giuridicamente protetto. Questa definizione pone la questione dell'identificazione della nozione di interesse, così come il problema della delimitazione del diritto e dell'interesse, la cui portata non è evidente all'interno del diritto positivo.

⁽⁴⁹⁾ Le critiche suscitate dalle teorie precedenti hanno condotto alla proposizione di una definizione sintetica di diritto soggettivo, combinata con gli elementi della volontà e dell'interesse, si legga R. BONARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, in *Rev. dr. publ.*, 1932, p. 695, per il quale il diritto soggettivo è il potere di esigere da qualcun altro, in virtù di una regola di diritto oggettivo, qualche cosa alla quale si ha interesse, sotto la sanzione di una azione giudiziaria; il contenuto della scelta esigibile è stato fissato immediatamente o dal diritto obiettivo, o da un atto giuridico individuale. È possibile richiamare in fine altri due tipi di approcci al diritto soggettivo: J. DABIN, *Le droit subjectif*, Parigi, 1952, e P. ROUBIER, *Droit subjectif et situation juridiques*, Parigi, 1963. Il primo considera che il diritto soggettivo sia essenzialmente

Il significato che attualmente si può attribuire al concetto di diritto soggettivo deriva, infatti, dalla presenza di vari elementi, anche contrapposti, ed uniti tra di loro dalla stratificazione createsi nel tempo dalle riflessioni sul tema⁽⁵⁰⁾.

Si può affermare quindi, seppur con qualche approssimazione, che in termini sincretici oggi la figura del diritto soggettivo si riconosca nello spazio entro il quale «al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue decisioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse di attuare un dato rapporto»⁽⁵¹⁾.

L'eterogeneità dei significati attribuiti alla nozione di diritto soggettivo e la reale difficoltà di farne una categoria generale che concretamente descriva in modo tecnico ogni relazione che in essa viene ricondotta, non toglie che la preferenza *storicamente* accordata a tale espressione sia comunque efficace strumento di descrizione della situazione sostanziale di gestione dei conflitti⁽⁵²⁾.

Tra gli ordinamenti di tradizione romano-germanica circolano, infatti, un complesso di nozioni dotate di caratteri comuni – il riferi-

«*appartenance- maitrise*», l'appartenenza causa e determina il domino. Con il termine «*appartenance*» l'autore designa una relazione tra l'oggetto ed il soggetto di diritto soggettivo. Con il termine «*maitrise*» che è un corollario di appartenenza, l'autore concepisce il potere del titolare sul bene, la libera disposizione della cosa oggetto di diritto. DABIN fa rilevare che la *maitrise*, elemento costitutivo del diritto soggettivo, è legata alla possibilità morale di disporre dell'oggetto di diritto, che rimane tale anche se fa difetto la possibilità materiale. Per Roubier il diritto soggettivo non è che una *prérogative appropriée*. L'autore si prova a dimostrare la coesistenza tra diritti e doveri nell'obbligazione, e costruisce la sua teoria intorno alla nozione di situazione giuridica.

⁽⁵⁰⁾ Così S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 71.

⁽⁵¹⁾ La definizione è di P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, Torino, 1995, p. 181.

⁽⁵²⁾ Rimane il dubbio se il riferimento alla categoria astratta dei diritti soggettivi faccia della comparazione tra rimedi offerti lo strumento migliore per l'analisi che si intende svolgere, si legga in questo senso ancora P.G. MONATERI, *op.cit.*, p. 202.

mento è ad esempio al concetto di interesse giuridicamente protetto o a quello di signoria della volontà – ognuna delle quali riconducibili alle astratte componenti della categoria del diritto soggettivo così come sopra evidenziata.

Una ricostruzione unitaria della nozione di diritto soggettivo allora può essere utilizzata quale strumento ordinatore e descrittivo dei meccanismi di gestione dei conflitti all'interno di un ordinamento⁽⁵³⁾.

Qualificare una situazione come diritto soggettivo significa così ricondurla allo schema di selezione delle persone – o di gruppi di persone – che nel conflitto con altri vede assegnata una posizione di privilegio, la quale si realizza attraverso l'astensione da ingerenze altrui sulla posizione di prevalenza loro assegnata dal diritto oggettivo⁽⁵⁴⁾.

L'identificazione di una situazione giuridica con la locuzione diritto soggettivo significa, nei diversi sistemi di *civil law* – almeno ed al minimo – ricondurla alla dinamica sopra ricordata⁽⁵⁵⁾.

Il riferimento alla categoria generale del diritto soggettivo ha quindi una sua utilità, ma che non è quella di costituire il solo paradigma di situazione giuridica al quale apprestare tutela.

⁽⁵³⁾ La riferita affermazione sintetizza la ragione stessa della nascita del diritto privato. Si legga sulla natura del diritto soggettivo come strumento di regolamentazione dei conflitti R. SACCO, *Il possesso*, cit., p. 3.

⁽⁵⁴⁾ La selezione della prevalenza può avvenire attraverso diversi criteri, si veda ancora P. G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, cit., p. 210, afferma che: «l'individuazione del soggetto favorito può seguire un criterio fondato sulla relazione di fatto che passa tra una persona e una cosa. In questo caso la protezione dura finché dura tale relazione. Oppure il soggetto favorito può essere individuato mediante un indice indipendente da relazioni di fatto attuali, e la protezione può durare senza limiti nel tempo, finché non interviene un altro insieme di circostanze che pongano termine alla protezione».

⁽⁵⁵⁾ Così A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1990, p. 56. Riflette inoltre P. G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, cit., p. 208: «la categoria ultra-generale del diritto soggettivo può servire come aggancio intellettuale per esplicitare le semplificazioni tra questi vari campi [diritti assoluti, relativi, reali, potestativi, etc], o per introdurre le sotto-distinzioni necessarie a render conto delle differenze».

La comparazione e la giurisprudenza delle due Corti in esame dovrebbe insegnare proprio questo.

2. — *L'identificazione degli interessi giuridicamente rilevanti nel sistema tedesco.*

La tradizione giudica tedesca imposta un rapporto di assoluta correlazione tra tutela giurisdizionale e diritti soggettivi perfetti.

Il sistema sopra descritto fonda l'accesso alla giustizia amministrativa in relazione alla nozione di diritto pubblico soggettivo⁽⁵⁶⁾ e quello alla giustizia civile in dipendenza del concetto di diritto soggettivo.

I diritti soggettivi pubblici – affrancati dalla nozione tradizionale costruita secondo lo schema del diritto soggettivo⁽⁵⁷⁾ – trovano nello scopo della tutela della norma l'elemento che permette di individuare i soggetti legittimati ad agire nei confronti dell'azione della P.A.

«L'individuazione degli interessi rilevanti nella giurisdizione amministrativa richiede... di interpretare la volontà obiettiva del legislatore per stabilire quale sia il fine di tutela della norma violata (*Schutznormtheorie* o *Schutzzwecklehre*)»⁽⁵⁸⁾.

La *Schutznormtheorie* delimita l'area coperta dalla tutela e quella

⁽⁵⁶⁾ Il riferimento doveroso quanto ovvio è a G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912.

⁽⁵⁷⁾ Si è in presenza dell'indicata situazione giuridica soggettiva, l'unica presa in considerazione dall'ordinamento tedesco nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, quando una norma cogente attribuisce al titolare di un interesse il potere per la sua realizzazione, o meglio il potere di poter pretendere dallo Stato comportamento specifico diretto all'attuazione dell'interesse del singolo. Riporta queste definizioni M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, Milano, 1997, p.165, attribuite a W. HENKE, *Das subjektive öffentliche recht*, Mohr – Tübingen, 1968, 1 e H. MAURER, *Allgemeines verwaltungsrecht*, Heidelberg, 2002, p. 149.

⁽⁵⁸⁾ Ancora M. PROTTO, *op. cit.*, p. 166.

che ne rimane priva⁽⁵⁹⁾, sul presupposto che la tutela giurisdizionale è accordata al singolo ogni volta che il suo interesse è oggetto della considerazione della norma.

La violazione di quest'ultima rileva non soltanto nell'interesse generale, ma anche in quello particolare del privato, in quanto fine della tutela della previsione legislativa. Esiste infatti un diritto soggettivo di difesa (*abwehrrecht*), che si realizza nella reazione del singolo contro il pregiudizio alla propria sfera giuridica arrecato illegittimamente dall'azione amministrativa⁽⁶⁰⁾.

L'interesse giuridicamente rilevante è selezionato dalla norma, che pertanto identifica la situazione giuridica soggettiva in capo al cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione. La titolarità di detta situazione identifica i soggetti legittimati all'azione in giudizio.

Si è accortamente sottolineato come nel sistema tedesco non vi sia la «necessità di ricostruire situazioni giuridiche tutelabili mediante la dicotomia diritti-interessi. Per contro, dall'esperienza tedesca si trae l'indicazione che gli interessi protetti possono essere definiti in termini di diritti, poiché ogni situazione, quando è riconosciuta e garantita dalla norma, è un diritto»⁽⁶¹⁾.

Fuori da quest'ultimi in capo all'individuo possono esistere degli *status* derivanti dalle riconosciute libertà fondamentali. Queste, però, sono dei riflessi del diritto oggettivo (*rechtsreflexe*)⁽⁶²⁾ e riman-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania*, Napoli, 1987, p. 126, il quale sostiene che la *Schutznormtheorie* corrisponda alla distinzione giuridiana tra norma di azione e norma di relazione, sebbene questa articolazione consista nel nostro ordinamento alle forme di tutela garantite ai diritti ed agli interessi.

⁽⁶⁰⁾ Si veda anche per i riferimenti alla dottrina tedesca sul punto F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. Amm.)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 3.

⁽⁶¹⁾ Testualmente A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., p. 20.

⁽⁶²⁾ Così qualifica dette situazioni R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, cit., p. 123.

gono ai margini della tutela giurisdizionale.

Le norme giuridiche poste nell'interesse generale – nel prescrivere una determinata azione od omissione agli organi statali – possono di fatto provocare in maniera indiretta un ampliamento o comunque una modificazione della sfera giuridica di alcuni individui. Anche se l'intento perseguito dalla norma, quindi, non è quello di favorire un singolo piuttosto che un altro, quando questo si verifica siamo di fronte ad un *rechtsreflexe*, un riflesso del diritto oggettivo⁽⁶³⁾.

Va ricordato come un'attenta dottrina abbia approfondito il concetto di diritto soggettivo pubblico finendo per includere in esso situazioni giuridiche diverse dalle categorie tradizionali sopra richiamate, ossia interessi qualificati e protetti in relazione all'azione dell'amministrazione⁽⁶⁴⁾.

Con la legge fondamentale di Bonn l'ordinamento tedesco ha cercato proprio di porre le basi per la costruzione di un sistema giuridico che offra una protezione giurisdizionale al cittadino che si dice senza lacune⁽⁶⁵⁾ (*lückenlose rechtsschutz*). Si è infatti avvertita nel tempo la necessità di includere nella sfera delle posizioni giuridiche tutelate nei confronti dell'attività amministrativa anche

⁽⁶³⁾ Testualmente G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 125: «quando le norme giuridiche di diritto pubblico prescrivono una determinata azione o omissione agli organi dello Stato nell'interesse generale, può accadere che il risultato di questa azione o di questa omissione favorisca determinati individui, senza che, perciò, l'ordinamento nello stabilire la norma di cui si tratta, si sia proposto di ampliare la sfera giuridica propria di queste persone. In tali casi di potrà parlare di un effetto riflesso del diritto oggettivo».

⁽⁶⁴⁾ Si veda O. BACHOF, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, trad. franc. *La juridiction administrative dans la République Fédérale d'Allemagne*, Bonn, 1957.

⁽⁶⁵⁾ L'espressione è di A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, in *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, B. CAVALLO (a cura di), Torino, 2002, p. 20.

situazioni prive di una tutela giurisdizionale diretta⁽⁶⁶⁾.

Vi è stata così un'attrazione nella nozione di diritto di una serie di posizioni che pur non essendo qualificabili come diritti perfetti trovano una qualche forma di tutela accordata direttamente o indirettamente da una norma, anche di rango costituzionale e legata ai diritti e libertà fondamentali. Si riconosce così una natura difensiva ai diritti fondamentali (*abwehrrechte*)⁽⁶⁷⁾.

Non sussiste così nel sistema in esame alcuna differenziazione *qualitativa* tra le situazioni giuridiche riconosciute in capo al singolo.

Naturalmente il legame tra diritto ad una tutela giurisdizionale e posizioni di diritto piene fa rimanere prive di rilevanza e protezione situazioni giuridiche diverse da queste⁽⁶⁸⁾. La tutela giurisdizionale è consentita all'individuo se il suo interesse è oggetto della considerazione della norma. Il sistema tedesco fa coincidere le situazioni tutelate con le situazioni di diritto.

È lo stesso criterio di selezione degli interessi che permette, infatti, di qualificare il possesso come diritto (*besitzherr*) e non come situazione di fatto (*besitzdiener*).

Al *besitzherr* la norma accorda tutela, e per questo siamo di fronte ad un diritto perfetto. Quando il possesso è privo di tutela (*besitzdiener*) questo è un semplice fatto.

Si può affermare, quindi, che il criterio di emersione di un diritto

⁽⁶⁶⁾ In realtà, però, con la c.d. clausola generale di cui all'art. 19, quarto comma, G.G. venivano tutelati solo i danni subiti dai cittadini sempre limitatamente ai propri diritti perfetti. Il riferimento anche in questo caso è alla figura dei diritti piuttosto che a quella degli interessi.

⁽⁶⁷⁾ La determinazione della posizione giuridica, in ogni caso, è rilevante al fine della legittimazione all'azione, non certo ai fini del reparto di giurisdizione. Il giudice amministrativo, infatti, è chiamato a giudicare tutte le controversie di diritto pubblico.

⁽⁶⁸⁾ Ossia proprio quelle posizioni dell'individuo di fronte ai poteri dello Stato che al contrario trovano una loro forma di protezione nell'ordinamento francese attraverso la figura dell'eccesso di potere.

attraverso la corrispondente tutela concessa dalla norma, valga anche come principio di selezione dei diritti nei rapporti intersoggettivi, e non solo nei confronti dell'esercizio del pubblico potere (che richiede comunque il passaggio ulteriore dell'emersione dell'interesse protetto attraverso la determinazione del fine perseguito dalla norma).

In realtà, quindi, nonostante voci contrarie tese a dimostrare come il conferimento di posizioni giuridiche autonome – quali appunto il diritto soggettivo – non sia il solo strumento organizzativo del diritto privato⁽⁶⁹⁾, la celebre definizione di Jhering, per cui il diritto soggettivo è un interesse protetto giuridicamente per mezzo di un'azione, permea ancora il sistema giuridico tedesco.

Ne è un esempio l'attuale modello, adottato in Germania, di tutela degli interessi omogenei di cui sono titolari più soggetti. La selezione degli interessi in capo all'individuo attraverso il fine della norma aveva inizialmente posto qualche problema in ordine alla tutela degli interessi diffusi e collettivi. Le difficoltà erano essenzialmente riconducibili all'impossibilità di far ricadere interessi adespoti nella nozione di «diritto pubblico soggettivo» o di «diritto soggettivo» in senso stretto.

Per tale ragione la tutela di situazioni connesse ad interessi diffusi è passata, almeno inizialmente, attraverso la necessità che l'atto amministrativo impugnato fosse in grado di ledere un interesse materiale riconosciuto in capo al singolo⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ Il riferimento è a L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, C. M. MAZZONI (a cura di), trad. it., Milano, 1990, p. 126.

⁽⁷⁰⁾ Si veda sul punto M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 166 e 168, nonché S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania*, cit., p. 127, che riporta gli esempi nei quali è stata riconosciuta la legittimazione ad agire nei confronti degli atti amministrativi volti alla localizzazione degli impianti nucleari, ravvisata solo in capo ai proprietari dei fondi confinanti. In Germania si è verificata la necessità comunque di ripensare le categorie tradizionali dei diritti adespoti proprio

Oggi la problematica è in qualche misura superata proprio in forza del criterio di emersione delle situazioni giuridiche soggettive sopra indicato.

Per la tutela degli interessi omogenei di cui sono titolari più soggetti viene, infatti, attribuita alle associazioni – nei tre settori della tutela della concorrenza, del consumo e dell’ambiente – la titolarità di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale da far valere in giudizio.

La norma attribuisce alle associazioni, non lo strumento della c.d. *class action*, ma una posizione giuridica soggettiva autonoma per la tutela di interessi umani che non sono riducibili ad una dimensione puramente individuale⁽⁷¹⁾. Questi, al contrario, sono gli interessi che trovano emersione ed apprezzamento in quanto non di spettanza di un solo singolo, ma di una pluralità di individui.

Nel caso di specie siamo di fronte a quelli che sono stati definiti diritti soggettivi collettivi, i quali evidenziano, al di là di ogni altra considerazione che andrebbe oltre le ragioni di queste pagine, la tendenza del sistema giuridico tedesco a continuare a strutturare il legame tra diritto ad una tutela giurisdizionale e posizioni di diritto piene.

3. — *Sistema giuridico inglese e sue posizioni soggettive rilevanti.*

Come noto nel sistema del *Common law* non viene utilizzato il

per effetto del diritto comunitario. Sui termini di tale dibattito si vedano M. RUFFERT, *Rights and Remedies in european community law: a comparative view*, in *Comm. mark. law rev.*, 34, 1997, p. 308 ss. e W. RÜECKERT, *L'europizzazione del diritto amministrativo tedesco*, in *Dir. pubb.*, 2000, p. 176 ss.

⁽⁷¹⁾ Sui modelli di tutela collettiva si veda M. TARUFFO, *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi*, Torino, 2003.

termine di diritto soggettivo⁽⁷²⁾. Il sistema formalistico inglese concentra le sue attenzioni sulle azioni⁽⁷³⁾, sviluppandosi intorno al rapporto di connessione esistente tra i diritti individuali e le azioni giuridicamente disponibili per farli valere⁽⁷⁴⁾. La funzione marginale del diritto soggettivo trova giustificazione nella storica presenza dei *writs* e della *forms of action* che richiamano l'attenzione del giurista non sulla natura della situazione protetta, ma sul comportamento illecito e sull'obbligo violato⁽⁷⁵⁾.

È noto come il sistema in esame enfatizzando la forma del rimedio tendenzialmente tipico ed incentrando la controversia sui fatti chiamati a corrispondere a quelli previsti nella forma (formula) prescelta, tenda a ridurre il dibattito intorno al diritto sostanziale.

Tale constatazione non esclude comunque la possibilità di compiere un'indagine sulle concettualizzazioni delle situazioni giuridiche soggettive, nonostante la consapevolezza che nel sistema in esame

⁽⁷²⁾ Fa riferimento alla mancanza nell'ordinamento inglese dell'espressione diritti soggettivi anche per ragioni linguistiche R. HYLAND, *Diritto soggettivo nei paesi di Common law*, in *Dig. disc. priv.*, VI, Torino, 1990, p. 433: «le principali lingue continentali impiegano una sola parola per riferirsi esclusivamente agli atti di origine parlamentare – *lex*, legge, *loi*, *gesetz*, *zakon* – ed un'altra per riferirsi sia ai diritti individuali sia all'interno dell'ordinamento giuridico – *jus*, diritto, *droit*, *recht*, *pravo*. *Soggettivo* ed *oggettivo* sono usati per distinguere fra questi due differenti significati di diritto. Al contrario, in inglese la parola *right* si riferisce esclusivamente ai diritti individuali mentre *law* si riferisce a quanto i giuristi continentali chiamano diritto oggettivo: gli atti di origine parlamentare e la legge intesa come sistema operante. Così, in inglese, non è necessaria alcuna distinzione fra oggettivo e soggettivo».

⁽⁷³⁾ Riflette M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse* in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 25.

⁽⁷⁴⁾ Ancora R. HYLAND, *Diritto soggettivo nei paesi di Common law*, cit., p. 433: «all'epoca in cui i sistemi giuridici continentali stavano elaborando la loro concezione dei diritti soggettivi traendo generalizzazioni dalle conclusioni raggiunte dal diritto romano classico, il sistema formalistico inglese si concentrava quasi esclusivamente sulle azioni».

⁽⁷⁵⁾ Si veda T. WEIR, *A casebook on tort*, Londra, 2000, p. 13.

è quasi nulla – o comunque fortemente ridotta – la distinzione tra *substantive law* e *procedural law*. Si afferma, infatti, che il primo si sia evoluto negli interstizi del secondo ⁽⁷⁶⁾.

A tutt'oggi, invero, da parte di molti autori si fa rilevare la difficoltà di distinguere con esattezza se l'esistenza di un particolare mezzo di tutela giurisdizionale sia materia di diritto sostanziale o processuale, avendo ancora un peso la tradizione storico-culturale delle *forms of action* e dei *writs* dai quali il sistema ha preso origine ⁽⁷⁷⁾.

La connotazione dei *right* avviene così in termini di *remedies*, e cioè alla stregua della loro azionabilità e tutelabilità in giudizio ⁽⁷⁸⁾. Si afferma sul punto che «la previsione di un certo tipo di *remedy* appartiene al diritto sostantivo, mentre il modo di ottenerlo in concreto è di spettanza del diritto processuale» ⁽⁷⁹⁾. Nel sistema inglese quindi l'espressione *right* è usata in un modo generico indicando ogni sorta di vantaggio legale, comunque rivendicato, privilegio, potere o immunità ⁽⁸⁰⁾.

Quanto affermato in termini di modalità di selezione delle situazioni giuridiche soggettive nel sistema inglese, è rafforzato dall'introduzione del controllo giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione.

⁽⁷⁶⁾ L'espressione è mutata da L. MOCCIA, *Form of Action*, in *Digesto*, Torino, 1987, p. 23. L'autore in realtà utilizza un'espressione che era di H. MAINE, *Dissertations on early law and custom*, New York, 1886, p. 389.

⁽⁷⁷⁾ In questo senso A. KIRALFY, *Breve introduzione storica alla procedura davanti alle antiche corti di common law di equità*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Ricerche sul processo. Il processo civile inglese*, Rimini, 1991, p. 19.

⁽⁷⁸⁾ Sempre L. MOCCIA, *I regolamenti della Corte Suprema, Ricerche sul processo* in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Il processo civile inglese*, Rimini, 1991, p. 88.

⁽⁷⁹⁾ Così A. KIRALFY, *Breve introduzione storica alla procedura davanti alle antiche corti di common law di equità*, cit., p. 19.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. W. N. HOHFELD, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, in *Yale law. Journ.*, 26, 1917, p. 710, il quale ha elaborato una conosciuta indagine sui diversi significati da attribuire ad alcune espressioni giuridiche del sistema inglese.

Nell'ordinamento inglese, infatti, è stata da tempo individuata espressamente la figura dell'*interest* qualificabile come interesse giuridicamente protetto, che ha trovato espressa tutela vicino alla figura dei *rights*.

Il riferimento è all'*Order 53 of the Supreme Court*⁽⁸¹⁾, ossia all'*application for judicial review*⁽⁸²⁾. Nel sistema anglosassone la pubblica amministrazione non usufruisce di alcuna dispensa rispetto alla *ordinary law*⁽⁸³⁾. Ciò non ha tolto in ogni caso la possibilità ai cittadini di tutelare accanto ai *rights* situazioni giuridiche soggettive qualificate come «*legitimate interests*» la cui garanzia è demandata a Tribunali amministrativi⁽⁸⁴⁾.

Detto procedimento offre al cittadino la possibilità di agire nei confronti degli atti amministrativi chiedendone l'annullamento (*certiorari*)⁽⁸⁵⁾, piuttosto che introducendo domande di accertamento

⁽⁸¹⁾ Il procedimento dell'*application for judicial review* è stato introdotto in seguito alla *Law Commission* pubblicato 1976. Si veda per un commento M. SUNKIN, *Order 53: an exclusive procedure?*, in *The Modern law rew.*, vol. 44, 6, 1981, p. 721 ss.

⁽⁸²⁾ Antecedentemente al 1977, data dell'entrata in vigore del *Order 53* il cittadino poteva far ricorso solo ai rimedi tradizionalmente offerti di fronte al giudice ordinario, con le limitazioni che questi implicano relativamente al divieto di cumulo delle azioni ed ai mezzi di prova ammissibili.

⁽⁸³⁾ Si legga A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, 1885, *passim*, per il quale l'amministrazione doveva rispondere del suo operato ai sensi del diritto comune nazionale, come amministrato dalle corti inglesi.

⁽⁸⁴⁾ Fa direttamente riferimento alla circolazione del modello giuridico italiano G. SAMUEL, «*Le droit subjectif*» and *English law*, in *Camb. l. jo.*, 46, 1987, p. 279: «*indeed it would seem that the Judges have already gone far giving a continental pattern to English administrative law by openly adopting (...) the Italian distinction between "rights" and "legitimate interests"*».

⁽⁸⁵⁾ Si legga sul punto M. CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra dalla common law al droit administratif?*, in M. CHITI (a cura di), *Cittadino e potere in Inghilterra*, Milano, 1990, p. 14, il quale chiarisce che: «in particolare il writ di *certiorari* consente di verificare in giudizio che un provvedimento amministrativo non fosse stato assunto *ultra vires* non viziato *on the face of record*; in caso contrario

(*declartation*)⁽⁸⁶⁾ o di condanna nei confronti della P.A. (*mandamus, prohibition, injunction*)⁽⁸⁷⁾; comprese quelle dirette ad ottenere il risarcimento quando, in tema di contratti e legittimo affidamento, la condotta della pubblica amministrazione abbia prodotto danni.

L'*application for judicial review* riveste particolare importanza ai fini dell'indagine relativa alle posizioni giuridiche soggettive tutelate nell'ordinamento inglese. Il legislatore ha infatti precisato che ai fini della legittimazione ad agire sia bastevole che il ricorrente sia titolare di un *sufficient interest*.

L'importanza di tale previsione è percepibile. Si rifletta infatti come almeno tutta la prima metà del novecento dello scorso secolo sia stata caratterizzata dal consolidato orientamento dottrinale e

potendosi annullare il provvedimento. Pur essendo divenuto rimedio relativamente diffuso, il *certiorari* è rimasto a lungo riferito alle situazioni in cui fossero in questione diritti (*rights*) dei soggetti interessati e l'autorità avesse l'obbligo di agire in modo giudiziale».

⁽⁸⁶⁾ Cfr. M. CHITI, *op. cit.*, p. 13: «ad esempio, l'azione per *declaration* non poteva essere utilizzata per contestare un provvedimento che, per quanto viziato da *error on the face of the record*, fosse *intra vires*».

⁽⁸⁷⁾ Si legga G. QUADRI, *Interessi della collettività nelle esperienze giuridiche straniere (problemi di giustizia amministrativa)*, in *Dir. e soc.*, 1, 1978, p. 99, che ricorda: «gli ordini di *prohibition* e di *certiorari* sono provvedimenti con i quali la *High Court* decide questioni di giurisdizione dei giudici inferiori. Con il primo ordina di sospendere il giudizio e con il secondo lo avoca alla propria competenza. In sostanza questi provvedimenti assolvono la stessa funzione dei ricorsi per eccesso di potere ai fini del controllo sull'azione amministrativa da parte del giudice. Essi sono stati abbondantemente utilizzati dai tribunali di *common law* per circoscrivere le autorità amministrative nell'ambito della loro competenza e per costringerle ad osservare certi *standards* di comportamento». Si legga inoltre D.L. KEIR, F.H. LAWSON, *Case in Constitutional law*, Oxford, 1967, p. 401, che riportano le parole del giudice Atkin nel caso *R./Electricity Commissioners*, in *K. B.*, 1920, p. 171: «*both writs are of great antiquity; forming part of the process by which the King's Courts restrained courts of inferior jurisdiction from exceeding their powers. Prohibition restrains the tribunal from proceeding further in excess of jurisdiction; certiorari require the record or the order of the court to be sent up to King's Bench Division, to have its legality inquired into, and, if necessary, to have the order quashed*».

giurisprudenziale che riconosceva come unica figura giuridicamente tutelabile il solo *legal right*. Va rilevato, comunque, come già antecedentemente l'entrata in vigore dell'*Order 53*, in ragione di un nuovo impulso offerto dalla giurisprudenza, venivano individuate come tutelabili situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto pieno.

I giudici inglesi, infatti, hanno ampliato l'accesso alla giustizia ad esempio permettendo l'azione al mero contribuente nella *prohibition*⁽⁸⁸⁾; mentre la figura del *special interest* è stata richiesta per introdurre *mandamus*; un *special damage* affiancato ad un *private legal right*, ossia ad un diritto riconosciuto in tema di *torts*, *property* o *contracts*, è stato richiesto per agire in *declaration* ed *injunction*⁽⁸⁹⁾.

Le riferite azioni erano proponibili anche se l'azione amministrativa non avesse cagionato un *special damage* al ricorrente, ma solo un semplice pregiudizio all'interesse alla correttezza amministrativa (*legitimate expectations*)⁽⁹⁰⁾. La qualificazione del *sufficient interest* introdotto dall'*Order 53* è stata rimessa all'attività del giudice, non avendo il legislatore determinato il contenuto di detta posizione soggettiva. La riferita scelta ha implicato una significativa espansione delle situazioni giuridiche soggettive azionabili innanzi alle corti. Il riferimento che l'*Order* effettua all'interesse sufficiente nella materia

⁽⁸⁸⁾ Il riferimento è alla sentenza *R./Minister of Health* del 1927, riportata da S.A. DE SMITH, *The right to a hearing in English administrative law*, in *Harv. law rev.*, 68, 4, 1955, p. 590, dove è stato concesso ad un contribuente locale di impugnare l'annullamento da parte del ministro della sanità di una penalità infitta dall'organo contabile ad un consigliere di un ente locale. Ricorda ID., *Judicial review of administrative action*, Londra, 1959, p. 309 che i provvedimenti di *prohibition* e di *certiorari* possono essere chiesti anche «*by a complete stranger to the proceedings*».

⁽⁸⁹⁾ Effettua la indicata ricostruzione A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, cit., p. 18.

⁽⁹⁰⁾ Si veda *R./Secretary of State for the house Dept, ex p. Khan*, in *All. er.*, 1985, 1, p.40, richiamata anche da Y. DOTAN, *Why administrators should be bound by their policies*, in *Oxf. jour. legal st.*, 17, 1, 1997, p. 39.

alla quale si riferisce il ricorso, amplia l'area dello *standing*⁽⁹¹⁾ – la situazione che consente l'azione – a posizioni giuridiche che prima erano escluse.

La previsione di una esclusività procedurale finalizzata a contestare in via diretta l'attività amministrativa, ha indotto all'introduzione – accanto ai diritti individuali protetti dal diritto privato – di situazioni giuridiche soggettive protette attraverso il diritto pubblico, come appunto le *legitimate expectations*.

Le *legitimate expectations* è un *locus standi* – cioè l'interesse per la richiesta dei provvedimenti – diretto a chiedere un controllo giurisdizionale, come nel caso in cui una «pubblica autorità si è impegnata a seguire una certa procedura, ed è nell'interesse della buona amministrazione che agisca correttamente ed adempia a tale impegno, nella misura in cui tale adempimento non interferisca con le sue obbligazioni legislative»⁽⁹²⁾. L'ampliamento dell'area dello *standing*, inoltre, implica una valutazione del *sufficient interest* da parte dei giudici non in astratto, ma in relazione alla fattispecie dedotta in giudizio ed in stretta connessione con il merito della causa⁽⁹³⁾.

Si è accentuato, così, un controllo giurisdizionale soggettivo, affrancando il procedimento dalla originaria connotazione oggettiva⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Lo *standing* – espressione mutuata dalla procedura civile americana – così come il *locus standi* in quella inglese, si riferiscono sia alla situazione soggettiva di diritto sostanziale che legittima l'azione (nel sistema francese si parla di *qualité*, in Italia di legittimazione) nonché il potere di iniziare l'azione consistente in un vantaggio personale per l'attore a soddisfare il *petitum*, ossia il così detto interesse ad agire o il c.d. *intèrèst* per i francesi. Ricorda queste distinzioni G. QUADRI, *Interessi della collettività nelle esperienze giuridiche straniere (problemi di giustizia amministrativa)*, cit., p. 92.

⁽⁹²⁾ In questi termini Lord Fraser, in *A.G. of Hong kong/Ng Yuen Shin*, in *All er.*, 1983, 2, p. 350.

⁽⁹³⁾ Si veda il caso della *House of lord – Fleet street casuals*, in *All er.*, 1981, 93. Per un commento si legga A. G. HUTCHINSON *The rise and ruse of administrative law and scholarship*, in *Modern law rev.*, 48, 1985, p. 293.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. H.W.R. WADE, C. FORSYTH, *Administrative law*, Londra, 2000, p. 703.

Lo sviluppo della specifica procedura giurisdizionale in esame ha assicurato, pertanto, una tutela giurisdizionale a situazioni giuridiche che erano sfornite di tale conforto. Sono state ricomprese in esso, quindi, anche posizioni collettive (*public interest challenger*), non solo posizioni soggettive individuali⁽⁹⁵⁾. La questione legata alla qualificazione del *locus standing* non tocca il problema della natura delle posizioni giuridiche soggettive che sono azionabili soltanto tramite il *judicial review* piuttosto che con l'azione ordinaria di diritto privato. Dal caso *O'Reilly/Mackman*⁽⁹⁶⁾ in poi, infatti, si è posto il problema di quali fossero i requisiti minimi per cui una questione possa dirsi di «diritto pubblico». In questi termini si è difatti affermato come l'*Order 53* costituisca l'unica azione proponibile dai privati che intendono tutelare le loro situazioni soggettive dipendenti dal diritto pubblico⁽⁹⁷⁾. La problematica che ne deriva, legata alla necessità di stabilire sotto il profilo sostanziale se la controversia da promuovere sia di diritto pubblico o di diritto privato, è di assoluto interesse. Tale aspetto significativo, però, che riecheggia tra l'altro la nostra questione del riparto di giurisdizione, non mette in discussione la tendenza del sistema inglese di fare, all'interno dei *remedies*, una ricostruzione unitaria delle posizioni giuridiche soggettive. Questo accade sia all'interno del *judicial review* che nel processo ordinario civile.

⁽⁹⁵⁾ È comunemente ritenuto che l'origine della tutela degli interessi diffuse in Inghilterra sia riconducibile al caso *R./Taunton St. Mary* del 1815 dove si è stabilito che ogni componente di una comunità locale inglese potesse chiedere un provvedimento di *certiorari* per aver avuto un danno in quanto membro della stessa comunità. Il caso citato è riportato da G. QUADRI, *Interessi della collettività nelle esperienze giuridiche straniere (problemi di giustizia amministrativa)*, cit., p. 101.

⁽⁹⁶⁾ House of Lord, *O'Reilly/Mackman*, 1982 Oct. 11, 12, 13, Nov. 15, in *Washington law rev.*, 1982, 3, p. 1096.

⁽⁹⁷⁾ Per una significativo commento sulla nota sentenza si veda B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparativa*, Trento, 1996.

L'accesso al sistema di giustizia civile inglese avviene, infatti, sulla selezione dei fatti giuridicamente rilevanti (*pleading-system*)⁽⁹⁸⁾ e non dei diritti. I fatti costitutivi (*constitutive facts*) – che permettono l'accesso alla giustizia – sono quelli ai quali la legge ricollega conseguenze giuridiche⁽⁹⁹⁾. Il momento probatorio (*evidence*) è precluso fino a quando non sono definiti come rilevanti i *material facts*⁽¹⁰⁰⁾. La loro rilevanza si concretizza nella ricerca della relazione che sussiste tra questi e gli elementi necessari per provarli (*evidence facts*).

Se un fatto è rilevante giuridicamente per il giudice del *pleading*, ciò è sufficiente perché sia accordabile una tutela giurisdizionale.

«Per il giurista inglese, il rapporto tra fatto e diritto si configura (...) nel senso di una contaminazione anziché di una contrapposizione»⁽¹⁰¹⁾. In questi termini anche la controversia giudiziaria è una questione mista. Tale dato, anche se non elimina totalmente la questione, riduce il problema della qualificazione dogmatica di quale sia la natura del fatto costitutivo: ossia di quale tipo di diritto si riconnette al fatto qualificato come giuridicamente rilevante nel *pleading*. Soprattutto ciò rende superfluo domandarsi se l'elemento che apre le porte del sistema processuale civilistico inglese sia o meno un diritto nel senso

⁽⁹⁸⁾ Si veda come esempio in questo senso l'art. 7 dell'*Oder* 18 (1965) per cui «ogni *pleading* deve contenere, e contenere soltanto, una sommaria esposizione dei fatti rilevanti (*material facts*) (...) ma non i mezzi di prova (*evidence*) con i quali i fatti devono essere provati, e l'esposizione deve essere così succinta come consente a natura del caso».

⁽⁹⁹⁾ Il riferimento è a A.A.S. ZUCKERMAN, *The principles of criminal evidence*, Oxford, 1989, p. 22, il quale prosegue affermando che gli *evidence facts* sono *facta probanda* e servono a provare i fatti costitutivi.

⁽¹⁰⁰⁾ Afferma A. GIULIANI, *The influence of rhetoric on the law of evidence and pleading*, in *Jurd. rev.*, 1962, p. 3, ss., che la genesi della *practice and procedure* va ricercata nella dottrina e giurisprudenza, che – dal XVI secolo – ha costruito il processo in consapevole connessione con «i capitoli della logica dell'argomentazione: teoria della rilevanza della controversia (*ars placitandi, pleading*) e teoria della rilevanza (*evidence*)».

⁽¹⁰¹⁾ Si veda A. GIULIANI, N. PICARDI, *Prefazione*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Ricerche sul processo. Il processo civile inglese*, 6, Rimini, 1991, p. XV.

continentale del termine.

In ogni caso se una risposta vuol essere data nel senso indicato, questa è negativa. In questo senso ci sono utili alcuni *Rules* che costituiscono i Regolamenti della Corte Suprema, i quali ai sensi dell'art. 1 dell'*Order* 1 si applicano sia all'alta Corte che alla sezione civile della Corte di appello.

Ad esempio l'*Order* 5 prevede che possa essere chiesta tutela mediante i *writ*s di qualunque fatto che possa dirsi illecito (*torts*). E l'illecito nel diritto inglese nasce dalle fattispecie materiali più diverse: dall'attività professionale del medico alla perdita economica non derivante né da danno alla persona né alla proprietà⁽¹⁰²⁾.

Altro esempio utile nel senso indicato è quello della nozione di *propetry*. Anche questo *rights* nasce attraverso i *remedies*. La nozione di *propetry* non è riconducibile ad una nozione unitaria di diritto perfetto. La distinzione tra *real propetry* e *personal propetry* rinvia alla natura delle azioni del periodo formativo del *common law* in cui i *writ*s del *precipe quod redatt* avevano una funzione recuperatoria ed erano qualificati come azioni reali; al contrario erano di natura obbligatoria e personale gli altri tipi *writ*s connessi, come i *trespass*, utilizzati contro i *tors of propetry* perché personale era l'obbligazione che ne nasceva⁽¹⁰³⁾.

Come autorevolmente affermato, quindi, il sistema giuridico inglese è strutturato in termini tali da accordare ai singoli «*strong remedies to protect certain interest*»⁽¹⁰⁴⁾, non necessariamente diritti secondo la tradizione continentale.

⁽¹⁰²⁾ Si veda su tale aspetto specifico del *torts*, J. COOKE, D. OUGHTON, *Common law of obligation*, Londra, Dublin, Edinburgo, 1993, p. 257 ss.

⁽¹⁰³⁾ Per una ricostruzione anche sul concetto di *property* si veda A. GAMBARO, voce *Proprietà in diritto comparato*, in *Dig. Disc. priv.*, XV, 1997, Torino, p. 505 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Testualmente G. SAMUEL, *Le «droit subjectif» and English law*, in *Camb. law jour.*, 46, 1987, p. 273, il quale ancora sul punto precisa: «*the typical English approach to legal development was, and is, to concentrate on type of complaint in iusse and measure this against a duty structure which gains most of its force from factual analogy*».

4. — *La protezione «mediata» degli interessi individuali nel sistema francese.*

Nell'ordinamento francese per l'accesso alla giustizia amministrativa non è rilevante la situazione giuridica del ricorrente.

Il giudizio amministrativo in Francia, essendo improntato al controllo dell'operato della P.A., non persegue il fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive del singolo ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Qualche richiamo storico può agevolare la comprensione di come nel sistema in esame ciò che legittima l'azione contro l'attività della pubblica amministrazione è la situazione di fatto in cui si trova il ricorrente, e non la sua situazione giuridica soggettiva. È noto come il *Conseil d'Etat*, sin dalle sue origini, abbia previsto la possibilità di un contenzioso che affiancasse, alla difesa dei diritti soggettivi dei cittadini nei confronti dell'azione amministrativa, la repressione delle irregolarità compiute dagli amministratori. Nasce, infatti, a partire dal 1806 il c.d. ricorso per incompetenza ed eccesso di potere. Il ricorso si riferiva alle violazioni della cosa giudicata e agli *empiétements*, le usurpazioni di funzioni, compiuti dalle amministrazioni nei confronti della competenze proprie del potere giudiziario. Nel sistema così come inizialmente delineato, i reclami dei cittadini operavano come vere e proprie denunce. Il *Conseil d'Etat*, inoltre, era parte dell'amministrazione e con la sua azione realizzava un controllo interno alla stessa. Nel 1852 si affianca alle ragioni del ricorso sopra indicate, la possibilità di far valere davanti al *Conseil d'Etat* anche il vizio di forma, la violazione di legge, lo sviamento di potere nei confronti di atti di pura discrezionalità amministrativa. Tale incremento trova la sua ragione storica nella riforma dell'amministrazione dello Stato francese. La nascita delle figure dei Prefetti fa sorgere la necessità di una vigilanza dell'amministrazione centrale sull'avvenuto decentramento dei poteri. Il controllo sull'attività di questa figure si realizza, così, anche attraverso l'eventuale denuncia ad opera dei cittadini (cfr. L. AUCOC, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel: étude historique et bibliographique*, Parigi, 1876, p. 175, che fa notare come questa forma di ricorso svolgeva la funzione di valvola di sicurezza dell'impero). L'art. 9 della legge del 24 maggio 1872 affianca, poi, al ricorso di piena giurisdizione il ricorso per eccesso di potere, che non è più una semplice denuncia. È il 1872, quindi, il momento in cui nasce in Francia una vera e propria forma di controllo giurisdizionale sull'attività della amministrazione, sottraendola al precedente sistema di verifica interno. Attraverso il processo si assicura il rispetto e l'adempimento della legge da parte della pubblica amministrazione. Va ricordato, ai fini della breve analisi che si sta compiendo, come sin dall'inizio il sistema processuale creato non sia diretto ad accertare l'esistenza o meno di un diritto in capo al ricor-

La selezione degli interessi avviene in termini assolutamente fattuali, prescindendo da qualsiasi ricostruzione di una posizione giuridica soggettiva del privato nei confronti della pubblica amministrazione. L'interesse del ricorrente pertanto non rileva in se, ma come condizione di ricevibilità del ricorso⁽¹⁰⁶⁾. In relazione alla posizione dell'amministrato si parla di interesse ad agire ai fini dell'accesso alla giustizia. Non si ricostruisce la sua posizione in termini sostanziali. Se il provvedimento impugnato nel ricorso per *excès de pouvoir* lede materialmente o moralmente un soggetto che si trovi in una particolare situazione rispetto all'esercizio del potere amministrativo, ciò è sufficiente ad un legittimo esercizio dell'azione⁽¹⁰⁷⁾.

rente: oggetto della valutazione e della decisione non sono i diritti soggettivi, bensì la legalità oggettiva dell'azione amministrativa, quella cioè che si realizza attraverso l'atto. La sentenza conclusiva del procedimento, pertanto, non sarà dichiarativa di un diritto esistente in capo al ricorrente, ma solo capace di incidere sull'atto, dichiarando o meno la sua annullabilità. Come autorevolmente detto quello francese si trattava di un processo all'atto (il riferimento è noto ed attribuito a F. LAFERRIERE, *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours: y compris le droit public et privé de la révolution française*, Parigi, 1859, il quale è autore della celebre definizione per cui nel caso in esame si apre un processo all'atto come nel Medioevo si apriva un processo ad un cadavere). La soluzione francese al problema del rapporto tra il privato e l'azione dei pubblici poteri ha qualificato l'interesse del ricorrente come capace di perseguire l'interesse generale ad una buona amministrazione attraverso l'annullamento dell'atto. Il *recours pour excès de pouvoir* è così una specie di azione pubblica che l'interessato sarebbe incaricato di intraprendere nell'interesse collettivo (Hauriou dirà che svolge il ruolo di pubblico ministero). Nel tempo si è comunque strutturata la necessità che l'autorità giudiziaria accerti preventivamente la sussistenza di un interesse diretto e personale in capo al ricorrente, al fine di evitare un accumularsi di ricorsi contro l'agire delle amministrazioni pubbliche per le finalità più diverse.

⁽¹⁰⁶⁾ Così R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 1999, p. 367, il quale afferma: «*l'exigence d'un intérêt donne qualité à agir se situe au tout premier rang des conditions de recevabilité*».

⁽¹⁰⁷⁾ Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Mosset, in *Cons. d'Etat*, 26 ottobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, in *Rev. dr. publ.*, 1956, p.1309: «*la reconnaissance d'un intérêt ouvrant le recours pour excès de pouvoir est subordonnée à (...) double condition. Il faut que la décision attaquée lèse le requérant*».

L'interesse del ricorrente basta alla proposizione dell'azione nel momento in cui è serio e diretto.

Per essere tale l'interessato dovrà aver subito un danno dall'atto oggetto di impugnazione, ovvero poter ricevere un beneficio dal suo annullamento⁽¹⁰⁸⁾. È il *grief* cagionato dall'atto, non l'interesse stesso, l'elemento essenziale ai fini della individuazione della posizione giuridica legittimante la proposizione del ricorso⁽¹⁰⁹⁾.

L'interesse in capo al ricorrente è stato definito come rispondente ad una sorta di «requisito di serietà»⁽¹¹⁰⁾.

La riferita qualità opera come *condition de recevabilité*: successivamente all'accertamento della sua esistenza, il Tribunale compie un'opera di valutazione solo sull'atto che nulla ha più a che fare con l'interesse di chi ha promosso l'azione. Il giudizio si incentra così solo sulla legalità del provvedimento⁽¹¹¹⁾. In questi termini la posizione soggettiva del ricorrente è relegata ad un ruolo ancillare, trattandosi di una situazione protetta in maniera mediata attraverso un ricorso «oggettivo».

Il richiamo che la giurisprudenza compie alla presenza di un in-

matériel ment ou moralement, quelle ait pour lui de conséquences atteignent le requérant qualité, à un titre particulier, en tant appartenant à une catégorie définie ou limitée». Afferma M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 166, che: «nella verifica dell'interesse ad agire si risolve in definitiva anche il nodo delle legittimazione, mancando in giurisprudenza e dottrina una configurazione autonoma della prima rispetto al secondo».

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda *ex multis*, *Conseil d'Etat*, 12 novembre 1965, in *Rec. leb.*, 1965, p. 613.

⁽¹⁰⁹⁾ Si legga M. LALIGANT, *La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif*, in *Rev. dr. publ.*, 1971, p. 44 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Parigi, 1954, p. 638.

⁽¹¹¹⁾ Fa rilevare A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, cit., p. 21, come nel *recours pour excès de pouvoir* il criterio del riparto di giurisdizione si fonda sul diritto applicabile, per cui l'applicazione del diritto pubblico implica il ricorso alla giurisdizione amministrativa e quello privato alla giurisdizione ordinaria. Con certezza, afferma l'autore, non vi è alcun riferimento alla posizione soggettiva dell'interessato posta alla base del riparto di giurisdizione.

teresse personale, adeguato, legittimo, diretto e certo⁽¹¹²⁾, non riconduce quest'ultimo ad una qualificazione normativa di un interesse materiale per la cui tutela si agisce in giudizio. Il riferimento attiene solo all'esigenza che il ricorrente abbia comunque una posizione particolare rispetto all'atto oggetto di impugnativa⁽¹¹³⁾.

Il requisito della legittimità viene richiamato al solo fine di evitare che i ricorsi vengano introdotti per tutelare situazioni di fatto o di diritto nate illegalmente o comunque irregolarmente, ovvero per fini contrari alla legge e alla moralità⁽¹¹⁴⁾.

Detta concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa ha agevolato l'ingresso all'interno dell'ordinamento francese della tutela degli interessi diffusi e collettivi. La garanzia di questa tipologia di situazioni soggettive, infatti, rappresenta per la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* una acquisizione di vecchia data, seppur inizialmente si riconoscesse la possibilità di ricorrere solo alle persone che, per legge, risultavano investite della tutela di interessi qualificabili come

⁽¹¹²⁾ Sempre R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 367.

⁽¹¹³⁾ Si veda ancora R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 360, il quale sottolinea: «*c'est de sa lésion que le requérant tire le titre juridique qui l'habilite à saisir le juge*». Si ricordi che all'origine del ricorso per *excès de pouvoir*, il *Conseil d'Etat* ammetteva la possibilità che il privato impugnasse il provvedimento della pubblica amministrazione solo se questo avesse leso una preesistente situazione di diritto soggettivo, così come ricordano C. DEBBASCH, J.C. RICCI, *Contentieux administratif*, Parigi, 1994, p. 326. Punto di svolta rispetto al sistema attuale è la sentenza del *Conseil d'Etat*, 22 luglio 1892, *Samuel*, in *Rec.*, 1892, p. 633, nella quale viene riconosciuta la possibilità all'insieme degli abitanti di una frazione di proporre ricorso avverso un provvedimento con il quale si disponeva lo spostamento del capoluogo comunale. La dottrina immediatamente rilevò che la posizione giuridica dei richiedenti «*il serait peut-être excessif de considérer comme un droit*» (così M. HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, in *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 1 ss).

⁽¹¹⁴⁾ Si veda *Cons. d'Etat*, 27 febbraio 1985, *SA Grand travaux et construction mobilières*, in *L'actualité juridique, dr. adm.*, 1985, p. 235, nella quale si esclude la legittimazione a proporre ricorso avverso un provvedimento amministrativo che disponeva la trasformazione di un vecchio hotel in appartamenti da parte dell'occupante a titolo abusivo dell'edificio.

collettivi⁽¹¹⁵⁾. La più volte riferita natura oggettiva della tutela amministrativa nel sistema francese, ha aperto le porte anche ad azioni a tutela dei c.d. interessi diffusi sia di natura individuale che collettiva. Non poteva essere diversamente. Infatti, avvenendo la selezione dell'interesse al ricorso sulla base di una situazione di fatto di natura dannosa (*grief*), quest'ultima poteva essere *adeguata, legittima, diretta e certa*, sia in quanto facente capo ad un singolo, sia in quanto riferibile ad un ente esponenziale. Ai fini dell'introduzione della domanda giudiziale, anche in quest'ultima ipotesi, quindi, vi sarà la necessità – *condition préalable* – della presenza in capo all'ente ricorrente di un interesse diretto ed attuale. Il ricorso da parte di chi non ha interesse, alla stregua di quanto accade per i privati, è irricevibile.

Il diritto oggettivo nel sistema francese non sembra identificare alcuna situazione giuridica soggettiva in capo al cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Sono quindi criteri di natura materiale quelli usati dalla giurisprudenza francese, quali criteri di selezione per l'accesso alla giustizia amministrativa.

Ciò in realtà e paradossalmente può significare, invece, che ogni interesse del singolo trovi tutela di fronte all'azione dei pubblici poteri, purché questo rivesta i caratteri della serietà sopra evidenziati.

È sembrato, infatti, ad alcuni autori come una lettura «oggettiva» del ricorso in esame mal si concilierebbe con il fatto che ricorrente debba comunque essere titolare un interesse diretto e personale alla proposizione dell'azione.

Proprio la presenza di detto requisito implicherebbe l'impossibilità di identificare l'interesse del ricorrente con il semplice potatore

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. F. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Parigi, 1888, II, p. 40. La prima sentenza significativa relativamente al riconoscimento degli interessi collettivi è *Cons. d'Etat*, 28 dicembre 1908, *Syndicat des patrons-coiffeur de Limoges*, in *Rec.*, 1906, p. 977.

dell'interesse alla difesa della legalità⁽¹¹⁶⁾.

Spingendo oltre tale considerazione si può arrivare a dire che la presenza di un *grief* in capo al ricorrente qualifica la sua posizione come diritto soggettivo a veder eliminato il danno prodotto nella sua sfera giuridica dalla condotta della P.A.

Il sistema francese, in ogni caso, prevede a fianco al *recours pour excès de pouvoir* anche il *recours de pleine juridiction*⁽¹¹⁷⁾, dove il sindacato del giudice si estende alla valutazione dei fatti così come realizzata dalla amministrazione, attraverso una sorta di controllo di proporzionalità della sua azione⁽¹¹⁸⁾.

Nel caso in esame la situazione giuridica legittimante il ricorrente coincide con quella dei diritti soggettivi⁽¹¹⁹⁾.

Il giudice amministrativo è chiamato così a giudicare – quale competenza esclusiva – controversie in materia di contratti pubblici, responsabilità della pubblica amministrazione e contenzioso elettorale.

Anche il sistema processuale civile in Francia fonda l'accesso alla giustizia sul controllo della presenza in capo all'attore di un interesse, identificato dalla norma come legittimo.

L'azione civile, infatti, è aperta a tutti coloro che hanno un interesse qualificato a vedere riconosciuta una pretesa od il suo rigetto, «*sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé*»⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Si legga M. LALIGANT, *La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif*, cit., p. 46.

⁽¹¹⁷⁾ Ricorda R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., p. 181 che il ricorso di piena giurisdizione viene anche definito *nouveau recours pour excès de pouvoir*.

⁽¹¹⁸⁾ M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 67.

⁽¹¹⁹⁾ Ancora A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, cit., p. 21.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. 31 *nouveau Code de la procédure civile* il quale, nella sua prima parte, afferma che «*l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention (...)*».

Anche in questo caso, così come era accaduto per l'azione contro gli atti del pubblico potere, la giurisprudenza si è sforzata di circoscrivere la nozione di interesse.

Questo per essere legittimo, e quindi consentire l'azione, dovrà essere *positif et concret, juridique ou légitime*.⁽¹²¹⁾

Ed anche in detta ipotesi, come nella precedente, la qualificazione dell'interesse della parte pertanto non rileva in se, ma come condizione di ricevibilità dell'azione civile⁽¹²²⁾.

Quello che richiede l'art. 31 c.p.c. francese è la presenza di un interesse ad agire al fine di apprezzare la ricevibilità dell'azione. L'interesse viene quindi considerato alla stregua di una condizione di ricevibilità della domanda.

Tale filtro è tanto più necessario quanto il sistema in esame è qualificabile come aperto. Nel senso, cioè, che esso riconosce la possibilità per i singoli di agire in giudizio facendo valere situazioni giuridiche soggettive non necessariamente coincidenti con diritti soggettivi. Chi agisce, quindi, deve giustificare che l'azione promossa sia capace di procurargli un qualche vantaggio⁽¹²³⁾. È sufficiente, infatti, ai fini dell'azione che l'attore o il convenuto invochino la lesione di un interesse giuridicamente protetto, il quale non necessariamente coincide con la nozione di diritto soggettivo⁽¹²⁴⁾.

In qualche misura si può affermare che il richiamo ad un interesse

⁽¹²¹⁾ Si veda L. GARAUD, *L'intérêt pour agir en justice. Contribution à la notion d'intérêt en droit positif*, Pargi, 1959.

⁽¹²²⁾ Afferma in un vecchio broccardo francese che «*l'intérêt est la mesure des actions. Pas d'intérêt, pas d'action*».

⁽¹²³⁾ Si veda J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Parigi, 1994, p. 88: «*avoir intérêt, telle est bien la condition première pour pouvoir saisir la justice en ce sens que la violation d'un droit subjectif n'est pas exigée; celui qui agit doit justifier que l'action qui exerce est susceptible de lui procurer un avantage*».

⁽¹²⁴⁾ Ancora J. VINCENT, S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 89: «*tout ce qui est juridique n'est point en effet enchaîné dans des droit subjectifs*».

legittimo in capo al singolo funziona da filtro proprio e maggiormente nelle ipotesi in cui la situazione sostanziale che viene fatta valere in giudizio non coincida con un diritto che possa dirsi perfetto.

Il problema, in realtà, non è tanto la qualificazione dell'interesse legittimo richiesto dall'art. 31 cit., quanto la questione della situazione giuridica sottostante, ossia della situazione che si cerca di far valere dimostrando l'interesse all'azione.

Normalmente nei processi civili vi è la necessità di tutelare un diritto di credito o di proprietà, etc., che sono tutte prerogative legali nettamente definite. Il diritto è allora il fondamento dell'azione. È in relazione a questo che è definita l'esistenza dell'interesse ad agire.

Il vero quesito, però, relativo alla selezione degli interessi nel senso di cui all'art. 31 cit., come detto, si pone di fronte all'azioni promosse in assenza di un diritto soggettivo sostanziale posto a fondamento della domanda.

In questi casi, si afferma, che chi invoca l'azione deve provare che la violazione di un dovere – o, in senso più ampio di regole, di un diritto oggettivo – da parte di un terzo abbia cagionato una lesione ai propri interessi, indipendentemente dalla violazione in senso stretto della regola di diritto soggettivo o di una norma giuridica⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁵⁾ In questo senso si è riconosciuto risarcibile il danno subito dal neonato perché risultato affetto da gravi patologie ascrivibili ad un errore diagnostico del medico. In questo caso il titolo su cui si fonda l'azione del disabile non era certo di natura contrattuale, perché questa legava il medico e i genitori non certo il nascituro, né tanto meno dipendente da un errore del medico nella sua attività. Era semmai stato riconosciuto al disabile un danno risarcibile per la vita ingiusta che lo attendeva, allorché le strutture sanitarie, avendo erroneamente affermato che il feto non presentava anomalie hanno di fatto negato alla madre di esercitare il suo diritto all'aborto ed hanno contribuito alla nascita di un soggetto infelice e non autosufficiente. È il celebre *affaire Perruche* (Cass. Plén., 17 novembre 2000, in *Gaz. Pal.*, 2001, p. 37 ss.; si veda sul punto E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 209. Per un quadro della dottrina e della giurisprudenza in Francia si veda O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, trad. it., A. COLOMBO (a cura di), *Il diritto di*

È attraverso questo meccanismo che avviene la selezione degli interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento in esame; interessi ulteriori rispetto a quelli *pre-valutati* dalla legge come tali sotto la forma del diritto soggettivo. L'art. 31 cit. ne è il filtro⁽¹²⁶⁾. In realtà a parere dello scrivente anche in questo caso, come nell'ipotesi del sistema di reazione agli atti del potere pubblico, la presenza di una lamentata lesione in capo alla parte qualifica la sua posizione proprio come diritto soggettivo a veder eliminato il danno prodotto nella sua sfera giuridica dalla condotta lesiva questa volta non ascrivibile all'azione di un soggetto pubblico nelle sue funzioni, ma a quella di un privato.

5. — *Le situazioni giuridiche soggettive nell'ordinamento spagnolo.*

La costituzione iberica nel suo articolo 24⁽¹²⁷⁾ prevede a fianco al diritto soggettivo la figura del c.d. interesse legittimo per cui «*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*».

non nascere, Milano 2004). O ancora il caso Cour de Cass., 27 febbraio 1970, in *Droit*, 1970, p. 201, in cui si è accordato il risarcimento del danno alla convivente per morte accidentale del suo compagno.

⁽¹²⁶⁾ La sola eccezione è costituita dal diritto di azione del *ministre public* promossa nell'interesse della legge, che ha un contenuto meramente oggettivo. Si tratta di tutte quelle ipotesi nelle quali si chiede al giudice di verificare se l'azione che si reputa lesiva sia posta in essere in ossequio ad una regola di diritto obbiettivo. Tra queste ci sono i casi del ricorso per eccesso di potere nel diritto pubblico, nel diritto civile le ipotesi sono più limitate e si identificano con l'azione d'ufficio del *ministre public* nei casi nei quali sono coinvolte questioni di ordine pubblico, l'azione intentata dal sindacato per la difesa di interessi professionali e l'azione di nullità del matrimonio.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. art. 14 *Constitución española*: «*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*».

L'intento perseguito dalla norma costituzionale è rintracciabile nella necessità di affermare, come oggetto di tutela giurisdizionale, non soltanto diritti perfetti, ma al contrario anche situazioni giuridiche soggettive diverse dalle precedenti⁽¹²⁸⁾.

Il porre l'interesse legittimo vicino al diritto soggettivo, infatti, sembra poter far qualificare il primo come un situazione giuridica attiva distinta dal secondo, e stigmatizzabile apparentemente come situazione dalle caratteristiche di minor forza e consistenza rispetto al diritto soggettivo.

La Costituzione spagnola non identifica cosa debba intendersi per interesse legittimo. La Carta lo riconosce espressamente, ma la sua qualificazione spetta al legislatore. Si ritiene, però, che con l'interesse legittimo, al contrario di quanto accade per il diritto soggettivo, si protegga una situazione di pregiudizio non individuata espressamente dalla norma, ma derivata dalla violazione di una norma di azione⁽¹²⁹⁾. L'interesse legittimo si caratterizzerebbe così per essere una situazione che nasce per effetto riflesso o indiretto di una norma⁽¹³⁰⁾. Quando quest'ultima protegge in modo diretto l'interesse pubblico, indirettamente protegge altresì gli interessi individuali.

La giurisprudenza ritiene che l'interesse legittimo si concretizzi in una posizione individuata in relazione con l'attuazione dell'azione

⁽¹²⁸⁾ Si veda sul punto E. GARCIA DE ENTERRIA, T. RAMON FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, II, Madrid, 1993, p. 45: «*es curioso que el tecnicismo? "interese legítimos" reaparezca solemnemente en el artículo 24 de la Constitución (transcripción, si duda, del art. 24 Constitución italiana) (...). La única intención que cabe inferir de su mención consitucional es la de que la tutela judicial (ubi ius, ibi remedium) no quede limitada a los derechos subjetivos de corte tradicional*».

⁽¹²⁹⁾ Così J. M. SERRANO ALBERCA, *Commentos artículo 24*, in F. G. FALLA (a cura di), *Commentario a la Constitución*, Madrid, 1995, p. 458, il quale tra l'altro è contrario ad una ricostruzione dei interessi soggettivi come diritti affievoliti.

⁽¹³⁰⁾ Detto articolo ricalca la previsione contenuta nella costituzione italiana, anche se la finalità della previsione è innegabilmente diversa.

amministrativa⁽¹³¹⁾.

Essa si produce in quanto l'atto che può risultare dal procedimento amministrativo si riflette sul suo *circolo vitale* (*lebenskreis*) in maniera positiva e certa, implicando un vantaggio od un pregiudizio. Si è precisato – ad opera dei giudici spagnoli – come non sia necessario che detto interesse abbia un contenuto economico, essendo sufficiente uno di natura morale.

In questa ottica l'interesse legittimo viene anche definito come diritto soggettivo condizionato o affievolito⁽¹³²⁾.

Come afferma accorta dottrina, nel sistema spagnolo sembra giungersi alla conclusione che il privato «sia titolare di diritti soggettivi di reazione o impugnatori che si affiancano a quelli perfetti: diritti tra loro coesistenti e che di sovente si mescolano nello stesso processo»⁽¹³³⁾; ciò in quanto il pregiudizio che può derivare dall'azione amministrativa non individua la sola legittimazione processuale del singolo, ma attribuisce a quest'ultimo il diritto di difendere – attraverso la richiesta di rimozione dell'atto – la propria libertà lesa ingiustamente dalla pubblica amministrazione.

Di qui l'affermazione per la quale le situazioni soggettive di cui

⁽¹³¹⁾ L'art. 4 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* stabilisce il valore suppletivo di quest'ultima: «*en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*».

⁽¹³²⁾ La dottrina spagnola utilizza la nozione di «*derecho subjetivo condicionado o debilitado*» facendo riferimento alla dottrina italiana in specie quella di Ranelletti che per primo ha utilizzato l'espressione diritti affievoliti trattandosi di diritti la cui esistenza è condizionata dall'interesse pubblico. Se non si verifica la condizione che impone il sacrificio di questi diritti essi si comportano come diritti soggettivi in senso stretto; è il fatto che esista la possibilità che il diritto sia sacrificato in nome dell'interesse pubblico lo qualifica come diritti condizionato o affievolito.

⁽¹³³⁾ Testualmente A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo del diritto europeo comparato*, cit., p. 22.

si tratta siano «diritti di reazione»⁽¹³⁴⁾ od impugnatori. Non manca chi affermi che riconoscere al cittadino un'azione giurisdizionale al fine dell'eliminazione di un atto amministrativo viziato, significhi in realtà attribuire allo stesso la titolarità di un vero e proprio diritto soggettivo alla difesa della propria libertà, quando questa si possa dire lesa dall'agire della pubblica amministrazione.

Se esiste un diritto astratto alla libertà, il pregiudizio genera un diritto all'eliminazione del danno cagionato dall'azione dell'amministrazione contraria alle norme⁽¹³⁵⁾. È semplice, invece, l'interesse del singolo cittadino, così come di tutti i cittadini, riconducibile all'interesse di vedere realizzato dalla propria amministrazione pubblica quanto previsto nella norme dell'ordinamento. È questa una situazione normalmente sfornita di tutela giurisdizionale ad esclusione dei singoli casi in cui l'ordinamento spagnolo prevede il ricorso ad azioni qualificate come pubbliche.

Un sistema *aperto* come quello spagnolo ha da tempo ammesso la protezione degli interessi diffusi e collettivi (*interesse de los consumidores, ecologicos, urbanisticos*)⁽¹³⁶⁾, giungendo ad ammettere una cura processuale degli stessi anche attraverso meccanismi di tutela collettiva.

Lo scopo della norma costituzionale iberica, quindi, è rintracciabile nella volontà di garantire un accesso alla tutela giudiziaria, sia essa civile che amministrativa, estremamente ampio e non circoscritto ai soli diritti perfetti.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, in *Rev. esp. der. adm.*, 6, 1975, p. 427 ss.

⁽¹³⁵⁾ Il riferimento è fatti da F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. Amm.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 3.

⁽¹³⁶⁾ Si veda sul tema generale della tutela degli interessi P. G. DE CABIEDES, H. DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los interesse suprandividuales: colectivos y difusos*, Elcano, 1999; nonché L. BUJOSA VADELL, *La poteccion jurisdiccional de los interesse de grupo*, Barcellona, 1995.

Afferma il Motivo IV che precede la nuova *Ley de Enjuiciamiento civil* che «i processi civili perseguono la tutela dei diritti e degli interessi legittimi di determinati soggetti giuridici, ai quali spetta l'iniziativa processuale e la determinazione dell'oggetto del processo. (...) [Per cui] chi crede di aver bisogno di tutela ha il potere di chiederla».

Questa affermazione è significativa di un sistema, quello spagnolo, improntato ad un'ampia selezione delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute come rilevanti: «*el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones*»⁽¹³⁷⁾.

Il ricorso agli organi giurisdizionali serve, infatti, ad ottenere la «*la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas*»⁽¹³⁸⁾. Si riproduce in questa previsione l'affermazione che oggetto di tutela giurisdizionale non siano soltanto diritti perfetti, ma anche situazioni giuridiche soggettive, regolate dall'ordinamento, diverse da questi.

Il sistema di rilevanza delle situazioni soggettive in Spagna sembra, così, essere caratterizzato dalla libertà di azione in giudizio. Esiste un diritto, quindi, costituzionalmente garantito di pretendere dall'apparato giurisdizionale dello Stato la tutela di un diritto o di un interesse⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ Testualmente E. J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1993, p. 146.

⁽¹³⁸⁾ Artículo 5. Clases de tutela jurisdiccional de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

⁽¹³⁹⁾ Si veda Tribunal Constitucional Sala Segunda, sentencia 73/2004, de 22 de abril, in *Boletín Oficial del Estado*, 18 maggio 2004, Sección T.C., p. 24, che precisa: «*Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a constatar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los activamente legitimados para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de*

6. — *Quadro di sintesi sulle situazioni giuridiche soggettive nel diritto comparato. Unitarietà degli interessi tutelati e situazioni giuridiche soggettive.*

La Germania ed la Spagna hanno proceduto ad una ricostruzione in termini unitari delle situazioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli. La scelta operata da questi due ordinamenti sembra condurre la figura degli interessi giuridicamente rilevanti in quella dei diritti.

Il riferimento alla *Schutznormtheorie* in Germania e la ricostruzione in Spagna della nozione di interesse legittimo come «diritto di reazione», significano – nei fatti – assicurare la stessa tutela ad ogni situazione giuridica rilevante.

In Francia la situazione non sembra essere molto distante da quella sopra descritta sia nel processo civile sia, nonostante la natura oggettiva, nel processo amministrativo. Infatti, come già rilevato, il dato per il quale l'accesso alla giustizia amministrativa è garantito a prescindere dalla situazione soggettiva del ricorrente, dilata enormemente le posizioni dei singoli che in modo indiretto trovano tutela attraverso il sistema. Come detto, per avere accesso alla giustizia l'interessato dovrà aver subito un danno dall'atto oggetto di impugnazione, ovvero poter ricevere un beneficio dal suo annullamento. Il *grief* richiesto per valutare la serietà dell'interesse a ricorrere, è comunque assimilabile ad un diritto soggettivo esistente in capo all'individuo. Consta nel diritto di veder reintegrata la propria sfera giuridica lesa dall'azione illegittima della P.A. Dall'altro lato, il possibile beneficio

finalidades constitucionalmente lícitas (SSTC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2; 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas; AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio)».

derivante dall'annullamento dell'atto è strumento di apertura alla tutela – seppur mediata – di interessi che attraverso il sindacato oggettivo sull'atto ricevono lo stesso conforto assicurato al *grief*.

Anche il sistema di accesso alla giustizia civile si fonda sulla valutazione della serietà dell'interesse all'azione da parte di chi la promuove. L'interesse deve giustificare che l'azione promossa sia capace di procurare all'attore un qualche vantaggio. Situazione, questa, che si identifica con il diritto soggettivo di veder eliminato il danno prodotto nella propria sfera giuridica dalla condotta lesiva, questa volta, di un privato.

In Inghilterra il fenomeno dell'unitarietà delle situazioni giuridiche soggettive – nel senso di assicurare loro la stessa tutela a prescindere che rivestano la forma dei diritti piuttosto che di interessi – è anche più evidente. Proprio la tutela (che oggi affianca i sistemi dei *remedies* nei giudizi tra privati, apprestata alle *legitimate expectations* attraverso l'*application for judicial review*) è significativa nei termini specificati.

La comparazione, allora, «ci ammonisce (...) [ricordando che] situazioni di vantaggio e di interesse, denominate ora aspettative di fatto, ora diritti affievoliti, ora interessi legittimi, riconosciuti dalla coscienza sociale prima e dagli interpreti poi meritevoli di tutela, possono essere cooptate a pieno titolo tra i diritto soggettivi o comunque, al di là della nomina, eternamente e ovunque mutevole – possono godere di pari tutela»⁽¹⁴⁰⁾.

Anche gli interventi delle *due* Corti europee in tema di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive devono poter essere letti nel senso che le situazioni per esse rilevanti – seppur tra di loro diverse – possono godere di pari tutela.

⁽¹⁴⁰⁾ Testualmente M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, 2, Torino, 2001, p. 474.

CAPITOLO TERZO

QUALIFICAZIONE DEGLI INTERESSI NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

Sommario: 1. La funzione della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. — 2. Corte di Giustizia e formazione del diritto comunitario. — 3. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: l'«altro diritto europeo». — 4. L'elaborazione del nuovo diritto comune europeo. — 5. L'applicazione del diritto comune europeo. — 6. «Sistema Europa» e circolazione dei modelli giuridici.

1. — *La funzione della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

In queste pagine si realizzerà una breve esplorazione sul ruolo delle *due Corti* europee, come premessa logica ed obbligata alla successiva analisi della loro giurisprudenza. Si delinearanno, quindi, le funzioni che ciascuna curia svolge nel proprio sistema di riferimento, nonché la loro crescente importanza in termini di elaborazione di un *nuovo diritto comune*.

Nel processo d'integrazione europeo attraverso il diritto, la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera delle *due giurisprudenze* in esame riveste, infatti, un ruolo di non secondaria importanza. E ciò in ragione della contaminazione che si verifica anche spontaneamente, tra i diversi ordinamenti che del *sistema Europa* sono parte.

«L'unità del diritto europeo è esistita. Il cosiddetto 'diritto comune' durato tutto il medioevo ed oltre, e che traeva la sua sostanza

dal diritto romano, ha dato l'orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei (...). Or quel ch'è stato, potrà e forse dovrà essere di nuovo. La grande lezione della storia civile non deve andare perduta. Perché quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche»⁽¹⁴¹⁾.

L'esigenza odierna di *uniformazione* delle legislazioni, trova quindi riscontro anche nel pensiero di uno dei padri della cultura giuridica contemporanea, Vittorio Scialoja, che già nel 1932 sottolineava questa necessità, seppur in uno scenario politico ed istituzionale diverso dall'attuale.

Esiste, infatti, un crescente bisogno – dettato anche dalla nascita del mercato interno – di procedere in Europa all'individuazione di categorie e principi, generali ed uniformi, per attribuire ai cittadini europei, o a chiunque opera nel mercato, una medesima tutela anche in luoghi che hanno una cultura giuridica tra loro differente⁽¹⁴²⁾.

2. — Corte di Giustizia e formazione del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia riveste innegabilmente un ruolo centrale nella costruzione dell'ordinamento giuridico «comunitario/unitario». Le competenze dell'organo giurisdizionale dell'odierna Unione disegnate dai Trattati istitutivi, sono tali da conferire a quest'ultima un posto

⁽¹⁴¹⁾ Si veda S. CAPRIOLI, *Introduzione al Seminario di studi "I problemi dei contratti" – S. Marino, 8-9 settembre 1998*, in *Miscellanea dell'Istituto giuridico sammarinese*, 6, 2000, p. 10 ss.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, pp. 117-120.

di primo piano nella formazione del diritto europeo, sia attraverso il procedimento di controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, sia per mezzo dei giudizi resi *ex art. 267 T.F.U.E.*; così come anche quando essa esercita le sue attribuzioni nelle azioni concernenti i rapporti di natura obbligatoria tra soggetti terzi e l'Unione, nonché quelli relativi alla responsabilità extracontrattuale di quest'ultima⁽¹⁴³⁾.

La formazione del diritto comunitario è, infatti, per molta sua parte di origine giurisprudenziale⁽¹⁴⁴⁾.

L'intervento dei giudici del Lussemburgo⁽¹⁴⁵⁾, in realtà, non poteva essere di portata inferiore rispetto a quello avuto; ciò in ragione della frammentarietà, o comunque della non organicità almeno iniziale con cui ha avuto sviluppo la produzione del diritto comunitario. Nel tempo, infatti, rispetto a quello minimo iniziale, l'intervento normativo delle Comunità è cresciuto sia in quantità che in qualità proprio alla luce del processo di integrazione europea.

La storia dell'integrazione, attraverso la successione dei Trattati, ha significato infatti aumento delle competenze comunitarie necessarie per realizzare lo spazio giuridico di libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali.

⁽¹⁴³⁾ Si pensi ad esempio ai giudizi sulla responsabilità contrattuale (art. 238 e 340, T.F.U.E.) ed extracontrattuale (articoli 268 e 340, par. 2, T.F.U.E.) delle istituzioni e alle cause di lavoro tra Comunità ed i suoi agenti (art. 270 T.F.U.E.).

⁽¹⁴⁴⁾ Così N. SCANNICCHIO, *La specificità del diritto privato*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. I, Padova, 1997, p. 100, il quale sottolinea come il diritto comunitario, sentitamente quello definito diritto privato comunitario, sia «un diritto nella cui formazione e applicazione l'importanza della giurisprudenza è assai maggiore di quella generalmente assegnatele con riferimento alle disposizioni di diritto di diritto privato 'normale'».

⁽¹⁴⁵⁾ Stigmatizza il ruolo della Corte di Giustizia, traducendo E. STEIN, A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2005, p. 1: «nascosta nel fiabesco Gran Ducato del Lussemburgo e favorita, fino a poco tempo fa, dalle benevole indifferenza dei governi e dei *mass media*, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha plasmato una cornice costituzionale per una struttura federale in Europa».

La nascente C.E.E. trascorse la maggior parte del suo primo anno di vita, il 1958, organizzando la propria struttura amministrativa a Bruxelles e sviluppando un programma di integrazione. I primi interventi normativi dell'ambizioso schema d'integrazione del Trattato si concretizzarono, quindi, nell'eliminazione delle tariffe e delle aliquote interne e nell'adozione di tariffe esterne comuni⁽¹⁴⁶⁾.

Rispetto alla pionieristica fase iniziale è dato oggi non controversibile la produzione copiosa, ad opera dell'Unione, di regole nelle materie più svariate capaci anche di incidere sulla sfera giudica dei singoli.

In ragione della costruzione del mercato interno⁽¹⁴⁷⁾ la normativa comunitaria ha finito così per toccare diritti individuali relativi ai rapporti tra Stato e cittadini.

A queste norme si sono affiancate, poi, da qualche tempo quelle destinate ad intervenire in maniera diretta nelle relazioni intersoggettive.

⁽¹⁴⁶⁾ Testualmente R. BALDWIN, C. WYPLOSZ, *L'economia dell'Unione Europea – Storia. Istituzioni, Mercati e Politiche*, Milano 2005, p. 15.

⁽¹⁴⁷⁾ Si veda R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in *Diritto privato del Mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2007, p. 165 s.s., che definisce il mercato interno come: «quello spazio economico-giuridico, nell'ambito del quale è assicurata la libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali. Il mercato interno, di cui parlano i Trattati, non è certo un luogo fisico in cui si scambiano beni o servizi (cfr. il significato di mercato nell'art. 824 c.c.); né tanto meno si può considerare esclusivamente in ambito economico. Le azioni necessarie per realizzare il mercato interno consistono nelle diverse politiche comunitarie, e, in particolare in una politica economica 'che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati' e 'sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza' (art. 4, par. 1, T.C.E.; v. art. 98 s.s. T.C.E.). La realizzazione del mercato interno comprende, inoltre, il 'ravvicinamento delle legislazioni nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune' (art. 94 ss. T.C.E.), nonché l'adozione di 'misure di settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere' (art. 65, par. 1, T.C.E., così come modificato dal Trattato di Amsterdam). Il mercato interno è, pertanto, soprattutto un 'ordinamento giuridico', così come riconosciuto dalla Corte di Giustizia fin dalle sentenze nelle cause *Vam Gend en Loos* e *Costa contro Enel*».

L'Unione ha dato origine così a pretese soggettive in capo ad un singolo individuo che influiscono direttamente nella sfera di autonomia di un altro privato (si pensi alla disciplina sul consumatore, a quella della *privacy*, alla multiproprietà, solo a titolo di qualche esempio), e ciò attraverso atti di diritto derivato che, in relazione alla fonte normativa usata⁽¹⁴⁸⁾, talvolta non necessitano neanche dell'intervento statale per la loro attuazione.

A tale incremento della presenza dell'Unione nella vita dei cittadini si è accompagnata anche una crescente costruzione di meccanismi capaci di diffondere in maniera diretta od indiretta la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche riconosciute ai singoli, sia nei confronti dello Stato che degli altri individui⁽¹⁴⁹⁾.

I poteri d'intervento della Comunità prima e dell'Unione poi, cre-

⁽¹⁴⁸⁾ L'ordinamento dell'Unione Europea, come accade per gli ordinamenti giuridici nazionali, non è pertanto composto solo dai testi giuridici istitutivi ma anche da quei testi che sono prodotti secondo le regole in essi stabilite. In quanto previsti dai Trattati questi testi giuridici vengono definiti «diritto comunitario derivato». La qualificazione della situazione giuridica soggettiva è diversa a seconda che le norme comunitarie che enunciano il principio siano caratterizzate dalla diretta applicabilità o dalla efficacia diretta. La distinzione riveste un carattere di assoluta importanza ai fini della determinazione delle situazioni giuridiche di origine comunitaria. Le norme direttamente applicabili sono atti di diritto derivato che godono, per espressa previsione dei Trattati (il riferimento è l'art. 288 T.F.U.E.), del potere di operare senza alcun intervento all'interno dell'ordinamento degli Stati. Al contrario si parla di norme dotate di efficacia diretta per quelle che richiedono, ai fini della produzione dei loro effetti, una precisa attività da parte dello Stato (si veda anche G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2003, p. 109 ss., il quale ricorda che gli atti con efficacia diretta «non vietano, ma anzi impongono, l'emanazione di una normativa statale conforme, mentre gli atti normativi direttamente applicabili implicano il divieto di emanare una tale normativa statale»). Le norme dotate di diretta applicabilità, al contrario delle precedenti, non necessitano dell'intervento statale perché abbiano ingresso nel sistema delle fonti di diritto nazionale. La distinzione tra efficacia diretta e diretta applicabilità è rintracciabile anche nelle parole dell'avvocato generale Léger nelle conclusioni a Corte giustizia, 19 settembre 2000, C-287/98, *Linster*, in *Racc.*, 2000, I, p. 6917, punto 29.

⁽¹⁴⁹⁾ Si veda sulla diffusione della tutela giurisdizionali dei diritti dei singoli attraverso le direttive si veda cap. 6.

scenti nel tempo in modo politicamente funzionale al mercato da realizzare, si sono così concretizzati in norme sempre più numerose ed incisive.

La Corte di Giustizia le ha ridotte a sistema.

3. *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: l'«altro diritto europeo».*

Al contrario del diritto comunitario, la Convenzione dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali non nasce per ricevere un'applicazione uniforme negli ordinamenti dei diversi Stati che hanno sottoscritto il Trattato⁽¹⁵⁰⁾. La C.E.D.U., infatti, non impone una soluzione comune a tutte le nazioni aderenti. Essa tende, invece, ad imprimere ai loro ordinamenti giuridici gli *standards* minimi di tutela dei diritti in essa garantiti⁽¹⁵¹⁾.

Si riconosce alla Convenzione, invero, un carattere di sussidiarietà⁽¹⁵²⁾ rispetto al sistema normativo degli Stati membri, rafforzato dalla giurisprudenza della sua Corte.

⁽¹⁵⁰⁾ Si legga sul punto H. PETZOLD, *The convention and the principle of subsidiarity*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The european system for the protection of human rights*, Dordrecht, 1993, p. 60 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. F.G. JACOBS, R. C. WHITE, *The European Convention on human rights*, Oxford, 1996, 20, per cui lo scopo e la ragione costitutiva della Convenzione C.E.D.U. è da rinvenire nella volontà di creare: «*an independent legal order for the protection of individuals*». Si veda anche sul punto Commissione, decisione del 11 gennaio 1961, *Austria c. Italia*, in *Ann. IV*, 1961, p. 139.

⁽¹⁵²⁾ Sul criterio di sussidiarietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo cfr. G. BARBAGALLO, G. RAIMONDI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e le corti nazionali*, in *Cons. Stato*, 2002, II, p. 1891, per cui il sistema di protezione delineato dalla Convenzione si fonda su un'interazione tra i principi sovranazionali contenuti nel testo convenzionale e la loro attuazione ad opera della Corte, e l'applicazione dei principi convenzionali ad opera degli Stati e dei loro organi giurisdizionali. Nonché si legga B. CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, p. 42 ss.

I sottoscrittori del Trattato internazionale in esame, infatti, hanno operato la scelta di lasciare agli organi nazionali, giudiziari e non solo, il ruolo primario nella garanzia dei diritti in essa riconosciuti⁽¹⁵³⁾.

La Convenzione opera solo nel momento in cui le giurisdizioni o le legislazioni interne non si fanno garanti, o non lo sono in maniera sufficiente, dei diritti fondamentali della persona⁽¹⁵⁴⁾. È in dette ipo-

⁽¹⁵³⁾ Il meccanismo previsto dalla Convenzione che permette al singolo di adire direttamente la Corte europea ha l'effetto di creare un sistema di implementazione degli stessi diritti riconosciuti nella Convenzione. Questo effetto riconosciuto al sistema è evidenziato soprattutto dagli autori che tendono a riconoscere a quest'ultima la funzione di garanzia costituzionale ai diritti fondamentali in essa riconosciuti. Si veda in questo senso J. POLAKIEWICZ, *The Status of the Convention in national law*, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe*, Oxford, 2001, p. 33, per cui il Trattato in esame: «*is designed to protect individuals against improper actions by their own national authorities*». In questo senso si veda anche F. SUDRE, *L'Europe des droit de l'homme. L'Europe et le droit*, in *Droits*, 1991, 14, p. 105, il quale qualifica la C.E.D.U. come: «*vertabe charte constitutionnelle de la grande europe*». Parla di «*constitution européenne en matière de liberté*» J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 35. *Contra* alla riferita lettura che fa della C.E.D.U. una sorta di carta costituzionale dei diritti dell'uomo H. GOLSONG, *Interpreting the Europe Convention on human right beyond the confines of the Vienna Convention of the law of treaties*, in R. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The European system for the protection of human. rights*, Dordrecht, 1993, p. 147. Per una lettura intermedia tra le precedenti citate cfr. M. DE SALVIA, *La Cour européenne des drotis de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in J. F. FLAUSS, M. DE SALVIA, *La Convention européenne des droits de l'homme: développement récente t nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, p. 69, per il quale la C.E.D.U.: «*n'est pas, d'un point de vue technique, vraiment assimilable à une cour constitutionnelle. Mais il niest pas totalment inconcevable qu'à l'avenir elle puisse encore se rapprocher davantage de cette variété de jiuiridiction constitutionnelle*».

⁽¹⁵⁴⁾ Ricorda S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007, p. 9 che il controllo della Corte sull'obbligo gravante sugli Stati di membri di assicurare il risultato di conformità delle regole nazionali ai diritti e le libertà proclamate nella Convenzione: «*può essere stimolato anche con ricorso individuale al giudice europeo da parte di ogni 'persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli' (art. 34 C.E.D.U.)*».

tesi che l'intervento dell'organo di giurisdizionale C.E.D.U. si rende possibile⁽¹⁵⁵⁾.

Gli autori del Trattato in esame hanno difatti usato – nel momento in cui operarono la selezione dei diritti e delle libertà protetti ad opera della Convenzione – il criterio della loro giustiziabilità.

Il legislatore europeo, invero, con il Trattato C.E.D.U. ha compiuto una precisa scelta. Attraverso la Convenzione E.D.U., infatti, non si è inteso garantire tutti i diritti già proclamati dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948⁽¹⁵⁶⁾.

Nella Convenzione si è operato selettivamente per individuare il catalogo di diritti e libertà riconosciuti, la cui scelta è stata realizzata invero non solo come mediazione tra gli Stati sottoscrittori (tra i quali, come è facile supporre, non è stato comunque semplice raggiungere un accordo). La selezione dei diritti e delle libertà contenuta nella C.E.D.U. è avvenuta anche sul grado di giustiziabilità di ognuno di essi.

Non per tutti i diritti già riconosciuti nella Dichiarazione del 1948, infatti, sarebbe stato sempre possibile attuare una protezione di carattere giudiziario su base individuale⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ Si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Il giudice interno 'primo' organo di garanzia della Convenzione dei diritti umani*, in L. CALASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, p. 190 ss., il quale ricorda come la relazione diretta esistente tra il giudice europeo, garante della Convenzione, e i singoli individui destinatari delle garanzie riconosciute nella Convenzione, sia mitigata proprio nel sistema della C.E.D.U. dal principio di sussidiarietà che fa dei giudici nazionali i primi garanti del sistema di diritti dalla convenzione individuato.

⁽¹⁵⁶⁾ Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

⁽¹⁵⁷⁾ Si veda in questo senso della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani i seguenti articoli, che come detto non sono riprodotti nella C.E.D.U.: cfr. art.6. «ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica»; art. 21: «ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelti. Ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi del proprio paese. La

La precisa valutazione operata dal legislatore europeo è stata quella di riconoscere ai singoli la facoltà di potere adire un organo supranazionale al fine di far valere l'inosservanza degli obblighi assunti dallo Stato sottoscrittore del Trattato, ed ottenere in quella stessa sede la riparazione del pregiudizio subito⁽¹⁵⁸⁾.

Il legislatore europeo ha prediletto una concezione di tutela globale dei diritti, che in quanto tali devono essere tutelati contro ogni Stato democratico che li viola⁽¹⁵⁹⁾.

La scelta operata dalla Convenzione sull'indivisibilità dei diritti

volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione»; art. 22: «ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»; art. 27: «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore»; art. 28: «ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati».

⁽¹⁵⁸⁾ Così M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 1999, p. 31.

⁽¹⁵⁹⁾ Tanto è vero che la C.E.D.U., nel suo interno, non compie neanche la tradizionale distinzione operata proprio dai Patti delle Nazioni Unite tra i diritti che sono considerati civili e quelli politici, ai quali si affiancano i diritti economici, i diritti sociali e culturali. Come del pari la Convenzione non inquadra i suoi diritti nella sistematica tipica che perviene dagli ordinamenti nazionali, la quale è solita ripartire il diritto tra pubblico, civile, commerciale ed amministrativo. Non può esistere infatti, come afferma proprio la Corte europea, nessun sbarramento fra i diversi diritti garantiti dalla Convenzione. La nuova logica giuridica che soggiace alla Convenzione e del pari caratterizza la giurisprudenza della sua Corte, fa del diritto europeo il luogo dove si stemperano le differenze delle tradizionali partizioni del diritto. L'organo giurisdizionale C.E.D.U. ha, infatti, messo da tempo in evidenza il carattere indivisibile dei diritti dell'uomo.

rende la stessa il luogo dove l'unica esigenza riconosciuta sia la protezione effettiva dei diritti e delle libertà che essa consacrate⁽¹⁶⁰⁾.

4. — *L'elaborazione del diritto comune europeo.*

A margine delle precedenti possono essere condotte alcune riflessioni intorno alle attività delle due Corti, sul presupposto che le richiamate *giurisprudenze europee* sono state da più parti individuate come capaci di dar luogo alla rinascita di un nuovo diritto comune.

È indubbia in Europa l'esistenza di un processo di integrazione attraverso il diritto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia. È rilevabile, però, come il percorso di formazione di un diritto comune europeo⁽¹⁶¹⁾ si stia compiendo anche mediante il contributo del

⁽¹⁶⁰⁾ È possibile invero constatare come la protezione europea dei diritti fondamentali comprenda oramai, oltre che i diritti dell'uomo e del cittadino per così dire tradizionali, diritti che appartengono all'individuo in quanto attore della scena economica. Solo per inciso si fa rilevare come tale constatazione, se rafforza la scelta sopra indicata, solleva nel contempo i delicati problemi di equilibrio fra i diritti. Anche se la Corte, nel suo consolidato orientamento, fa della ragione economica un principio che non può prevalere sul rispetto della dignità della persona umana.

⁽¹⁶¹⁾ Si veda M. PATRONO, *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa*, Padova, 2000, p. 3, che ricorda come: «guardata un poco da lontano, e vista dall'alto, l'Europa ha tutta l'apparenza di un "giardino di Lady Nordwood" dei diritti. Ci sono diritti di ogni specie e di ogni qualità. Diritti civili e politici. Diritti economici, sociali e culturali. Diritti di tutti gli uomini; diritti dei (soli) cittadini degli Stati nazionali; diritti dei (soli) cittadini della Comunità europea; diritti degli stranieri. Diritti della donna. Diritti dei lavoratori. Diritti del nascituro, del bambino, degli anziani. Diritti degli handicappati. Diritti degli omosessuali. C'è il diritto di cambiar sesso. C'è il diritto alla vita e c'è, perlomeno *in fieri*, il diritto dell'uomo, quando si trovi condannato ad un mare inesorabile alla perdita e decoro e dignità, a una morte che, senza sofferenze, ponga fine a quel suo inutile calvario senza speranza (...). C'è il diritto di sapere, ma anche quello di non far sapere. Spicca al di sopra di un panorama affollato di diritti il *principio d'eguaglianza*, il quale non solo è tradizionalmente considerato un confine all'arbitrio del potere, ma soprattutto marca la differenza per considerato un confine all'arbitrio del potere, ma soprattutto marca la differenza per così dire ontologica tra diritti e privilegi

sistema di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo realizzato in Europa attraverso la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 1950)⁽¹⁶²⁾, nonché dalla giurisprudenza della sua Corte: «l'altro diritto europeo»⁽¹⁶³⁾.

Ciò è tanto più vero quanto sono numerosi i punti di contatto tra i sistemi in esame. Qualche riflessione in merito ai termini ed ai modi del reciproco richiamo è pertanto doverosa come occasione di un'ulteriore comparazione. Esiste, infatti, un'innegabile dinamica di relazione tra il diritto dell'Unione Europea, le disposizioni ed i principi della C.E.D.U. e l'interpretazione che di questi dà la Corte di Giustizia europea.

Dinamica che passa attraverso il richiamo da parte della Corte di Giustizia e dell'art. 6 T.U.E. al sistema C.E.D.U. quale base giuridica comune nell'Unione.

La Corte di Giustizia, infatti, rintraccia nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e nei diritti fondamentali della persona

fino a diventare un sinonimo di giustizia». L'autore ricorda in nota cosa sono i giardini di *Lady Nordwood*: «Wellington, Nuova Zelanda: a *Lambton Quay* si prende la *cable-car*, una via di mezzo tra un tram e una funivia; e con questa si sale un cima alla collina di *Kelburn*. Là, di lato, a destra, si estendono i *Botanic Gardens*. All'interno, dopo un po' di camminino, circondato dal verde degli alberi maestosi, si apre il giardino di *Lady Norwood*: vi ho visto le specie più rare di fiori, in uno spettacolo di colori che – forse – non ha eguali al mondo».

⁽¹⁶²⁾ La C.E.D.U. è entrata in vigore il 3 settembre 1953. In Italia il 26 ottobre 1955, dopo essere stata resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, in G.U. 24 settembre 1955 n. 221. Per una ricostruzione storica della genesi della Convenzione si veda P. VAN DIJK, G.J.H. VANHOOF, *theory and practice of European Convention on Human rights*, Deventer-Boston, 1998.

⁽¹⁶³⁾ L'espressione «l'altro diritto europeo» è di S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, cit., la quale sottolinea nel suo primo capitolo proprio l'importanza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, così come il dato normativo della Convenzione di Roma siano elementi determinanti nella formazione del diritto comunque europeo seppur forse non tenuti nella dovuta considerazione dai giudici interni dei paesi aderenti.

– così come stabiliti proprio dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e dalla giurisprudenza della sua Corte⁽¹⁶⁴⁾ – i principi fon-

⁽¹⁶⁴⁾ Il 12 novembre 1969 la Corte di Giustizia europea con la sentenza *Stauder* (C-29/69, in *Racc.*, 1969, p. 419) si pronunciò per la prima volta sulla tutela dell’individuo, affermando che tra i principi generali del diritto comunitario dovessero essere compresi i diritti fondamentali della persona. Tali principi non erano enunciati nei Trattati istitutivi, CECA, CEE ed EURATOM. A partire da questa sentenza la Corte stabilì che i diritti fondamentali della persona dovevano esseri compresi nell’ordinamento anche se non previsti dai Trattati, essendo presenti nella Convenzione dei diritti dell’Uomo di Roma. I singoli Stati avevano diritti fondamentali sulla persona propri e diversi gli uni dagli altri, si volevano così istituire principi validi universalmente. È con il Trattato di Amsterdam che recependo esplicitamente nel suo art. 6) i principi fondamentali di democrazia, libertà, rispetto dei diritti dell’uomo, delle sue libertà fondamentali e dello stato di diritto abbia fornito agli stessi rilievo immediato e diretto nell’ordinamento comunitario. L’art. 6) del Trattato U.E. (ex art. F) stabilisce, infatti, che «l’Unione si fonda su i principi di libertà, di democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli Stati membri» e aggiunge che «l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultato delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto i principi generali del diritto comunitario». Fino ad Amsterdam, infatti, nei Trattati della Comunità non esisteva alcuna norma che riconoscesse come fonte dell’ordinamento comunitario i principi generali di diritto. Il riferimento ai principi generali come fonte di diritto dell’ordinamento avveniva solo grazie all’intervento della Corte di Giustizia. Il Trattato di Maastricht attraverso il rinvio operato con l’allora art. F2) alla Convenzione Europea su i diritti dell’Uomo e agli ordinamenti interni degli Stati membri, compie una prima operazione di recepimento dei diritti fondamentali nel sistema dell’Unione. Solo però con il Trattato di Amsterdam questi principi, invece, sono stati esplicitati con le seguenti conseguenze: da un lato la Corte di Giustizia è stata così investita nei confronti delle Istituzioni comunitarie anche della competenza nelle materie relative ai diritti umani; dall’altra è stata prevista una particolare potestà del Consiglio il quale, nella sua composizione dei Capi di Stato e di Governo, potrà deliberare all’unanimità l’esistenza di una violazione grave e persistente dei principi fondamentali dell’Unione da parte di uno Stato membro. Il Trattato di Nizza ha integrato la citata previsione stabilendo la possibilità di constatare l’evidente rischio di violazione grave dei principi di cui all’art. 6 T.U.E., su istanza motivata di un terzo degli Stati membri, della Commissione, del Parlamento. In ogni caso è con la Carta Europea dei diritti fondamentali dell’Unione (per un commento si veda anche F. POCAR, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Commentario breve ai trattati delle Comunità e dell’Unione*

damentali dell'ordinamento giuridico comunitario ⁽¹⁶⁵⁾.

Europea, Padova, 2001, p. 1178 ss.) proclamata solennemente durante la Conferenza intergovernativa dai Capi di Stato e di governo dell'Unione Europea, che si risponde all'esigenza di dare visibilità e certezza a quei diritti da tempo accordati e riconosciuti dagli organi giurisdizionali europei, ma assolutamente privi di una codificazione scritta (sugli effetti novativi della Carta, V. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A.A.V.V., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2000, p. 42 ss.).

⁽¹⁶⁵⁾ Nel tempo l'organo giurisdizionale U.E. ha, infatti, specificato una serie ampia di principi che talvolta qualifica come fondamentali, altre volte come generali. Dall'elenco di ciò che la Corte qualifica come principi si evince come non è sempre chiara la loro natura: la stessa giurisprudenza comunitaria talvolta li identifica come fondamentali, talvolta come generali, non fornendo nel contempo un criterio identificatore degli uni o degli altri. Si possono utilizzare a tal fine le parole dell'avvocato generale *Legér*: principi elaborati in un primo tempo della vita della comunità possono assumere valore costituzionale, ed in quanto tali possono essere definiti fondamentali e tenuti distinti parzialmente da quelli generali. Sarebbero tali i valori costituzionali comuni agli stati membri ed i diritti fondamentali dell'uomo. Principi fondamentali e principi generali sono comunque espressione di una coerenza profonda del sistema in esame. Di seguito si fornirà un possibile elenco di ciò che la Corte qualifica come principi generali/fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario. La Corte qualifica come principio generale dell'ordinamento comunitario il c.d principio della proporzionalità del sacrificio imposto al privato in relazione agli obiettivi da raggiungere ad opera della normativa comunitaria (si veda ad esempio Corte di giustizia, sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, *OMEGA*, in *Racc.*, 2004, p. I-9609 dove la Corte, in occasione di una sentenza pronunciata *ex art.* 234 T.C.E., ha affermato in tema di principio di proporzionalità, che spetta agli Stati membri, proprio nel rispetto del principio di proporzionalità e di necessità, individuare restrizioni alla libera prestazione di servizi in caso di esigenze nella salvaguardia di principi fondamentali riconosciuti nella propria Costituzione. Per cui ogni singolo Stato può adottare discrezionalmente restrizioni che ritenga giustificate in base ai principi di ordine pubblico, indipendentemente dall'esistenza degli stessi principi negli altri Stati membri; nonché Corte di giustizia, sentenza del 9 settembre 2003, C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia SpA e altri*, in *Racc.*, 2003, p. 0-1, nella quale si evince che secondo la giurisprudenza della Corte, al fine di stabilire se una norma di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve accertare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a conseguire lo scopo perseguito e non eccedano quanto necessario a raggiungere il detto scopo. Nello stesso senso già Corte di Giustizia, sentenza del 3 dicembre 1998, C-368/96, *The Queen e Medicines Control Agency contro Generics (UK) Ltd, Squibb & Sons Ltd interveniente*, in *Rass. dir. farm.*, 1999, p. 3; si veda anche più recentemente Corte di Giustizia, sentenza del 10 gennaio 2006, C-344/04, *International Air Transport Association e a.*, in *Racc.*, 2006, p. I-403). Sono

Le sentenze, prima, e l'art. 6 T.U.E. poi, hanno individuato nei ri-

qualificati come principi generali il ricorso all'impossibilità per lo Stato di trarre vantaggio da una situazione che determina sfavore per il cittadino cagionata dallo stesso attività degli organi statali, come una eventuale scadenza dei termini per l'esercizio di un diritto (è la situazione delineata dalla Corte nella c.d. teoria dell'*estoppel*, in forza della quale nelle controversie verticali tra Stato o enti pubblici da un lato e soggetti privati dall'altro, lo Stato che risulti inadempiente per non avere tempestivamente introdotto la direttiva nel proprio ordinamento non può pretendere di applicare le proprie leggi in contrasto con la direttiva che lo obbligava al recepimento); E principio generale dell'ordinamento comunitario quello per cui l'ordinamento giuridico interno debba sempre apprestare alla situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento comunitario una tutela adeguata (il richiamo all'obbligo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche di derivazione comunitaria è utilizzato dalla Corte di Giustizia europea come mezzo per perseguire l'effettività del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri in ossequio al principio dell'effetto utile. È apparso difatti ad alcuni autori che nella maggior parte delle sentenze della Corte di Giustizia rivolte agli Stati il richiamo alla effettività della tutela giurisdizionale venga ad operare maggiormente per garantire concreta ed uniforme applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni, piuttosto che come strumento direttamente funzionale alla effettività della salvaguardia della situazione giuridica soggettiva riconosciuta all'individuo dalla normativa europea. In questo senso, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 45. Non mancano voci, comunque, che ritengono riduttiva la lettura del principio di effettività della tutela come strumentale rispetto a quello di effettività del diritto comunitario, in questo senso M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, p. 413. Si veda poi sul significato polisensu di *effettività della tutela giurisdizionale* nell'ordinamento comunitario S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 55); è principio generale dell'ordinamento comunitario la necessità che eventuali misure restrittive alle libertà assicurate dall'Unione siano adottate nel rispetto del livello minimo per realizzare l'obiettivo (si veda Corte di Giustizia, sentenza del 23 novembre 1999, Cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL*, in *Racc.*, 1999, I-08453, a riguardo dell'applicazione degli artt. 56, 59, 60 del Trattato per cui si afferma che: «le norme che restringono la libera circolazione dei servizi si applicano indistintamente a tutte le imprese, dovranno, come tutte le altre, essere giustificate da motivi imperativi connessi all'interesse generale, ove detto interesse non sia già salvaguardato dalle norme alle quali il cittadino comunitario è assoggettato nel suo Stato di stabilimento, e dovranno essere obiettivamente necessarie alla realizzazione del risultato perseguito. Esse non potranno andare al di là di quanto è necessario per raggiungere detto risultato»; ed ancora sempre sulla necessità di proporzionare le misure adottate si veda Corte di Giustizia, sentenza del 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito di*

ferimenti alle costituzioni degli Stati membri e ai diritti fondamentali

Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione Europea, in *Racc.*, 1996, p. I-05755, relativa alla Direttiva del Consiglio 93/104/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, nella quale la Corte afferma: «l'adozione da parte del Consiglio della direttiva 93/104, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, non ha costituito una trasgressione del principio di proporzionalità. Infatti, dal limitato controllo giurisdizionale sull'esercizio da parte del Consiglio dell'ampio potere discrezionale ad esso spettante nel settore della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, che implica scelte di politica sociale e valutazioni complesse, non è emerso né che le misure contemplate nella direttiva, ad eccezione di quella contenuta nell'art. 5, secondo comma, non fossero idonee a conseguire l'obiettivo di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori perseguito, né che tali misure, caratterizzate da un'incontestabile elasticità, eccedessero quanto necessario per raggiungere il detto obiettivo»). Sono altresì regole utilizzate dalla Corte nella sua attività d'interpretazione, per la costruzione dello spazio giuridico comunitario, il principio della diretta applicabilità, della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale (lungo è negli anni l'elenco delle sentenze dalla Corte di Giustizia che hanno riconosciuto la preminenza del diritto comunitario su quello interno, si riportano alcuni riferimenti: cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, in *Racc.*, 1969, p. 1; cfr. ID., sentenza del 19 giugno 1990, C-213/89, *Factor-tame*, in *Racc.*, 1990, p. I-2466; cfr. ID., sentenza del 19 novembre 1991, causa riunite C-6 e 9/90, *Francovich, Bonifaci*, in *Racc.*, 1991, p. I-5403; cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factor-tame*, in *Racc.*, 1996, p. I-1029; cfr. ID., sentenza del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd*, in *Racc.*, 1999, p. I-1459. In conseguenza di tale principio i giudici nazionali devono disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con l'ordinamento dell'Unione Europea (come affermato dalla Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato italiano c. Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, p. 629). È necessario ricordare come nel tempo le norme comunitarie, promandando da un ordinamento giuridico diverso da quello statale, hanno fatto sorgere questioni legate al corretto coordinamento tra i diversi ordinamenti, comunitario ed interno (le problematiche di coordinamento che hanno comunque interessato ciascuno degli Stati membri e la Comunità, anche se necessariamente diverse ognuna dall'altra in relazione alle caratteristiche proprie di ognuno di essi. A riguardo si legga T. TREVES (a cura di), *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Milano, 1969; nonché A. MIZZAGLIA, *Le Comunità europee in rapporto al diritto internazionale e al diritto degli Stati membri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 5 ss.; R. MONACO, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, I, Milano, 1967). L'approdo alla prevalenza del diritto europeo sul diritto interno è stato, nell'ordinamento giuridico italiano, frutto anche di una lunga, ed in qualche maniera tormentata, marcia in evoluzione segnata dalle pronunce della Consulta, che oggi può dirsi essere approdata alle posizioni proprie della Corte di

C.E.D.U. i principi su cui l'ordinamento U.E. si fonda, contribuendo alla rinascita, se così può essere definita, di un diritto europeo che si possa dire comune⁽¹⁶⁶⁾. Attraverso il riferito richiamo i giudici del Lussemburgo elaborano nozioni nuove ed offrono così al *sistema Europa* prospettive giuridiche future. La crescita comune del diritto europeo si realizza, così, attraverso l'esame dei concetti giuridici che permeano la storia di quel diritto⁽¹⁶⁷⁾.

La pluralità culturale degli ordinamenti nazionali diventa elemento dell'identità della cultura giuridica europea, che finisce, così, anche per assolvere il compito di integrare un insieme di culture differenti in un processo che sappia apprezzarne le distinte identità e la comune tensione a certi valori riconosciuti come basilari.

La determinazione dei principi generali ed il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni è fattore decisivo nell'integrazione

Giustizia (sull'iniziale rapporto tra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale si veda F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970); è principio generale dell'ordinamento comunitario anche il ricorso ai poteri impliciti. Altro principio generale dell'ordinamento giuridico comunitario è il c.d. principio dell'effetto utile.

⁽¹⁶⁶⁾ In questo senso A. M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 2003, p. 7: «in quasi tutta la sua storia, il diritto dell'Europa è stato un diritto europeo, nel quale alcune specificità locali si differenziavano, pur all'interno di un insieme preponderante di caratteristiche comuni. Chiudere la storia del diritto dell'Europa nelle frontiere degli Stati è perciò del tutto artificiale nonché fonte di valutazioni errate».

⁽¹⁶⁷⁾ La costruzione del diritto comunitario attraverso l'attività interpretativa della Corte avviene, poi, anche per mezzo del costante riferimento che quest'ultima opera a concetti giuridici comuni alla storia del diritto europeo, spesso di origine romano-germanica (cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. ital. di C. FADDA, P. E. BENA, Torino, 1902, p. 18, che affermava: «il diritto romano ha per tutta l'Europa, anzi per tutto il mondo civile una importanza che non si potrà mai stimare troppo altamente». La ragione di questa importanza dipende dal fatto che esso è «l'espressione di un modo umano di comprendere rapporti umani generali, sviluppato con una maestria, che non fu più raggiunta da altra giurisprudenza od arte legislativa». Sul diritto romano capace di attraversare la storia del diritto europeo si veda P. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea*, trad. ital. di RÖMISCHES RECHT, Milano, 2001; ID., *I fondamenti del diritto europeo*, trad. ital., (*Legal institutions. The development of dispute settlement*), Milano, 1987.

giuridica e culturale dell'Unione Europea prima, dell'Europa poi.

Non va, infatti, dimenticato che è avvenuta a livello comunitario, proprio attraverso l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ed il richiamo dalla Convenzione C.E.D.U.⁽¹⁶⁸⁾, la c.d. *istituzionalizzazione* dei valori morali⁽¹⁶⁹⁾, come era accaduto a livello nazionale attraverso il filtro delle costituzioni⁽¹⁷⁰⁾.

La preservazione dei principi provenienti dagli ordinamenti degli Stati membri, impregnati dei valori etici come è nelle costituzioni nazionali e nella Carta europea dei diritti, è oggi *costituzionalizzata* dalla previsione di cui all'art. 6 del Trattato sull'Unione novellato a Lisbona⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Va inoltre ricordato come l'accordo di riforma sottoscritto in Portogallo abbia attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, valore giuridico di Trattato. Cfr. art. 6 T.U.E. così come integralmente sostituito dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

⁽¹⁶⁹⁾ Il richiamo è ad A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, p. 32, il quale ricorda come la costituzionalizzazione dei valori attraverso le Carte dei diritti mira anche ad evitare la loro stessa contaminazione ad opera della possibile «precomprensione soggettiva e, quindi, dalla discrezionalità del giudice». Compreso quello comunitario.

⁽¹⁷⁰⁾ Si legga sul valore di questo aspetto dal punto di vista dell'ermeneutica L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 116-177: «dopo la parentesi storica del positivismo legislativo e scientifico, durante la quale la distinzione tra diritto e morale è stata teorizzata in termini di separatezza, la teoria giuridica si è aperta all'esigenza di ricondurre il diritto positivo a un fondamento etico (e non meramente pragmatico): un *retour de refoulé* preparato dalla filosofia dei valori del primo del Novecento (in contrasto con il formalismo kantiano), ma attuato tenendo ferma la positività come carattere essenziale del diritto e, con essa, la *language dependance*, la quale assicura quel genere di conoscenza oggettivante che è l'oggettività dell'interpretazione».

⁽¹⁷¹⁾ Ancora testualmente A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea*, p. 33, il quale ricorda come attraverso sia le costituzioni moderne sia la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'unione, si è concretizzato il passaggio dal «positivismo delle regole» al «positivismo dei principi». Si che la dogmatizzazione dei principi giuridici è lo strumento fondamentale per colmare lo

La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sua attività interpretativa, ha fatto appello più volte alle tradizioni giuridiche degli Stati ad essa aderenti, proponendo una lettura delle norme convenzionali alla luce dei diritti nazionali ⁽¹⁷²⁾.

Gli strumenti logici ed interpretativi con cui le *due Corti* elaborano e giustificano le proprie pronunce forniscono, quindi, alle stesse il sostegno istituzionale per dare concretezza ai principi dalle medesime elaborati.

L'attingere ad un patrimonio di principi e valori comuni ai singoli ordinamenti, ed alle singole identità costituzionali, ha dato all'organo giurisdizionale dell'Unione Europea ed alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la possibilità di riconoscersi senza contraddizioni in un quadro di concetti sicuramente disponibile e ricco, preservando la razionalità e la coerenza del sistema ⁽¹⁷³⁾.

In questi termini sia la Corte di Giustizia, sia quella Europea dei Diritti dell'Uomo non possono prescindere dalle identità costituzionali e giuridiche dei singoli Stati ⁽¹⁷⁴⁾; dall'altra i principi enunciati dalle

iato tra diritto e valori che la logica giusnaturalista tentava di imporre alla prospettiva giuspositivistica.

⁽¹⁷²⁾ Si veda anche Corte Europea dei Di, sentenza del 28 novembre 1984, *Rasmussen*, in *Racc.*, serie A, 87, p. 15, dove l'organo giurisdizionale C.E.D.U. afferma che lo scopo del margine di apprezzamento dovrà essere accordato con le diverse circostanze, le materia trattata ed i suoi presupposti. Uno di questi fattori rilevanti può essere l'esistenza o la non esistenza di un comune *bach-ground* tra le leggi degli Stati contraenti. L'organo giurisdizionale C.E.D.U., infatti, ha sempre tenuto in doverosa considerazione le peculiarità dell'ordinamento interno nel quale la sua decisione avrebbe trovato attuazione.

⁽¹⁷³⁾ Ancora A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 32, relativamente allo studio dei concetti per evitare pericolose soluzioni giurisprudenziali che non tengano conto delle permanenze.

⁽¹⁷⁴⁾ Stante il ruolo di vero e proprio centro di produzione giuridica che nel sistema C.E.D.U. compete alla Corte, quest'ultima si è nel tempo dotata di strumenti ermeneutici capaci di farle assolvere il ruolo assegnatole dal Trattato. I criteri utilizzati dalla Corte nella sua attività sono primariamente desumibili l'art. 31 par. 1 della Con-

stesse si trovano ad essere non già qualcosa di dato ma qualcosa di elaborato a partire dalle singole identità e dal loro reciproco confronto.

La comprensione del processo ermeneutico di analisi della realtà giuridica compiuta dalla Corte di Giustizia e da quella Europea dei Diritti dell'Uomo, permette di cogliere come le loro pronunce possa-

venzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei Trattati. L'articolo richiamato fissa, come è noto, i criteri ermeneutici che si applicano in materia di interpretazione della norme contenute nei trattati internazionali, prevedendo in particolare che un Trattato «deve essere interpretato in buona fede secondo il significato comune da attribuire ai termini del Trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Il riferimento al significato comune della norma, da desumere in buona fede dal contesto dove questa opera, chiama ad una interpretazione dinamica ed evolutiva dell'intero sistema C.E.D.U. (ricorda a tal proposito M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, cit.*, p. 33: «in effetti, uno strumento internazionale di garanzia dei diritti dell'uomo deve essere interpretato ed applicato alla luce dei principi di cui un organo di controllo a ciò preposto non può non tener conto, nella misura in cui essi corrispondono all'evoluzione delle idee e delle opinioni»). Primariamente l'organo interprete della Convenzione dovrà operare su di essa rendendo le sue disposizioni concrete ed effettive, tenuto conto essenzialmente dello scopo dell'oggetto del Trattato. In ossequio al rispetto del c.d. principio di effettività, la Corte dovrà quindi interpretare le disposizioni della C.E.D.U. affinché esse tendano a tutelare i diritti non in termini teorici, illusori o astratti, ma al contrario concreti ed effettivi. I diritti fondamentali dell'uomo sono quelli che la singola persona vive nella propria collettività. Esiste infatti uno spazio di azione in cui i diritti e le libertà garantite devono essere esercitati. Questa area di esercizio dei diritti fondamentali coincide con la collettività dove si è inseriti, che assume pertanto il valore di luogo garante dei diritti e delle libertà riconosciuti a chi in esso si trova ad operare ed a vivere. Per tale ragione l'eventuale ingerenza dello Stato nel godimento di un diritto o di una libertà perché sia conforme al contenuto della Convenzione deve essere soprattutto essenziale alla propria collettività. Sarà poi la Corte l'organo deputato a valutare la conformità dell'ingerenza dello Stato nei diritti e nelle libertà fondamentali riconosciuti ai membri della sua collettività. La giurisprudenza dell'organo giurisdizionale C.E.D.U. richiede che ogni limitazione sia motivata da un bisogno sociale imperativo. Allo Stato pertanto viene riconosciuto un potere discrezionale nella valutazione circa la necessità di intervenire con limitazioni nella sfera di libertà e diritti riconosciuti in capo al singolo (si veda specificatamente L. WILDHABER, *A constitutional future for European Court of Human rights?*, in *Hum. rights law jour.*, 2002, 23, p. 161 ss. il quale ricorda come la Corte eserciti una supervisione internazionale in casi specifici). La Corte sarà arbitro del conflitto tra le limitazioni previste dallo Stato ed il diritto garantito, avendo cura di rispettare le diversità e le peculiarità che caratterizzano gli ordinamenti interni.

no nutrirsi dei principi nazionali già statuiti e dare loro, al tempo stesso, un nuovo ruolo, in un quadro più ampio di unificazione giuridica europea.

In questa relazione già esistente si verrà ad innestare – rafforzandola – l'adesione dell'U.E. alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, così come prevista a Lisbona. Questo aspetto costituirà il primo termine del confronto che si andrà a realizzare. Proprio il sistema di giustizia integrato che si verrà così a creare è destinato ad essere un ulteriore contributo alla formazione di un diritto comune europeo.

In ultimo, quanto rilevato in termini di confronto e compenetrazione tra i due sistemi, permetterà di dare atto della presenza proprio in Europa di una sempre crescente circolazione dei modelli giuridici, capace di influenzare la produzione del diritto a livello nazionale. E ciò anche nelle materie non oggetto dello specifico rapporto tra ordinamenti nazionali da un lato e sistema C.E.D.U. ed U.E. dall'altro.

5. — *L'applicazione del diritto comune europeo.*

Avendo accennato al ruolo delle due Corti europee nei rispettivi sistemi legali, dando atto all'esistenza di una sempre crescente circolazione dei modelli giuridici⁽¹⁷⁵⁾, è doveroso effettuare qualche accenno – nei termini sopra indicati – al rapporto dialettico esistente tra il diritto U.E., le disposizioni ed i principi della C.E.D.U., nonché sull'interpretazione che di questi dà la Corte di Giustizia della Comunità europea.

Prima di effettuare l'indagine così come sopra indicata, è necessario premettere che l'attuale stato della situazione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione è destinato a mutare in ragione della

⁽¹⁷⁵⁾ Si veda cap. 3, par. 6.

ratifica ed entrata in vigore del c.d. Trattato di Lisbona⁽¹⁷⁶⁾.

Quest'ultimo, come è noto, modifica il Trattato sull'Unione nonché quello istitutivo della Comunità, e varia tra l'altro anche l'art. 6 T.U.E.⁽¹⁷⁷⁾.

A tal proposito va ricordato come – prima della scelta operata espressamente dagli Stati attraverso il richiamato Trattato – la Corte di Lussemburgo abbia espresso parere negativo sulla possibile eventualità di una futura adesione alla C.E.D.U. da parte dell'Unione⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato al Lisbona il 13 dicembre 2007, testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 17.12.2007, C-306, p. 1 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ Il nuovo articolo 6 del Trattato dell'Unione Europea, così come modificato dall'art. 1, punto 8) del Trattato di Lisbona: «*articolo 6*) L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

⁽¹⁷⁸⁾ Parere del 28/3/96 riportato da M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 39. Il parere fu espresso dalla Corte di Giustizia quando da più parti si era invocata un'adesione diretta della Comunità alla C.E.D.U., soluzione propugnata soprattutto dalla Commissione, con l'assenso del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Per quanto riguarda la Commissione, tale posizione è presente nel *Memorandum* del 1979 e nella Comunicazione sull'Adesione della Comunità alla C.E.D.U. e ad alcuni suoi Protocolli del 19 novembre 1990; per il Parlamento si veda la risoluzione del 27 aprile 1979. In dottrina, L. FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla C.E.D.U.*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, p. 547; A. ROTTOLA, *L'adesione della Comunità alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. europeo*, 1980, p. 3; R. ADAM, *La prospettata adesione della Comunità alla Convenzione di Roma: si devono anche modificare i trattati comunitari?*, in *Riv. dir. intern.*, 1980, p. 883.

La Corte di Giustizia temeva, infatti, che da ciò potesse derivare una modificazione sostanziale del sistema comunitario di tutela dei diritti dell'uomo. L'adesione, invero, implica l'inserimento dell'Unione in un sistema istituzionale internazionale distinto dal proprio, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

In realtà proprio l'inserimento all'interno del sistema C.E.D.U., e la sottoposizione delle istituzioni dell'Unione al suo organo giurisdizionale nei termini sopra indicati, dovrebbe contribuire alla correzione delle attuali difficoltà di conciliazione dei due sistemi che al momento realizzano fasi diverse della protezione internazionale dei diritti dell'uomo in Europa.

L'azione dell'Unione, infatti, da molto tempo – esclusa la fase immediatamente a ridosso della nascita della Comunità – interferisce con i diritti fondamentali riconosciuti alle persone⁽¹⁷⁹⁾.

Ciò derivando non solo dal superamento della concezione tradizionale che riduceva la portata dei diritti fondamentali alla sfera personale dell'individuo, quanto dipendendo essenzialmente dal fatto che già nelle sole azioni della Comunità connesse alle attività economiche, venivano toccati necessariamente aspetti rilevanti sotto questo profilo.

Si è sottolineato più volte come la regolamentazione dei rapporti economici, che costituisce l'oggetto specifico dell'azione dell'Unione, non poteva non incidere anche sui diritti sociali e civili, dato lo stretto legame che intercorre tra i primi ed i secondi⁽¹⁸⁰⁾. Basti pensare

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 489.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 31. Nel senso invece di una strumentalità delle situazioni di natura patrimoniale rispetto alla realizzazione di situazioni di natura personale, A. VALENTI, *Dalla salvaguardia della persona alla realizzazione progressiva dell'unità europea. Momenti essenziali dell'esperienza giuridico-politica contemporanea*, 1990, p. 55.

alle implicazioni che hanno con i diritti fondamentali della persona la normativa in materia di limitazioni alle importazioni ed alle esportazioni, di regolamentazione del diritto di proprietà, di esercizio di una professione o di un'attività economica, di diritto al lavoro e alla sicurezza sul lavoro o di libertà di espressione, opinione, associazione e di attività sindacale, o di circolazione dei dati personali ⁽¹⁸¹⁾.

Materie, quelle elencate, tutte necessarie alla costruzione del mercato interno. Tutte intersecatesi in qualche misura con il catalogo dei diritti fondamentali riconosciuti tradizionalmente in Europa alla persona.

Si è altresì evidenziato come proprio nell'ordinamento dell'Unione i diritti economici sembrassero assumere un rango preminente su ogni altro tipo di diritto, si da prospettare il rischio che ad essi vengano subordinati, ad esempio, certi diritti sociali che pure possono rientrare nel novero dei diritti fondamentali.

Si è parlato in questo senso di rischio di funzionalizzazione dei diritti fondamentali delle costituzioni nazionali e della C.E.D.U. alle esigenze di natura prettamente economica che sono alla base dell'ordinamento comunitario ⁽¹⁸²⁾.

In realtà la Corte di Giustizia, come si è avuto modo di evidenziare, ha riconosciuto i diritti fondamentali della persona quale parte integrante dei principi generali di diritto di cui essa garantisce l'osservanza ⁽¹⁸³⁾. In questo modo la stessa ha individuato un ampio ventaglio di

⁽¹⁸¹⁾ Così E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, 1, p. 166 che riporta l'elenco dei settori in cui tale interferenza è evidente.

⁽¹⁸²⁾ Si veda F. RUSCELLO, *Rilevanza dei diritti della persona e "ordinamento comunitario"*, Napoli, 1993, p. 13; anche R. MONACO, *La fase attuale della protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, *Libertà e autonomie nella costituzione*, Milano, 1982, p. 984.

⁽¹⁸³⁾ Sulla nozione di «principi» la letteratura è ovviamente molto ampia. Per la dottrina italiana, si veda tra gli altri: G. SCADUTO, *Sull'identificazione dei principi ge-*

situazioni tradizionalmente riconducibili alla categoria dei diritti civili e a quella più moderna dei diritti di tipo economico-sociale.

Nella sua opera l'organo giurisdizionale dell'Unione Europea ha accolto come diritti fondamentali la libertà di religione⁽¹⁸⁴⁾, la libertà di espressione e di informazione⁽¹⁸⁵⁾, di circolazione, di associazione sindacale⁽¹⁸⁶⁾ e il rispetto della vita privata⁽¹⁸⁷⁾ e familiare⁽¹⁸⁸⁾, nonché il diritto di difesa e al contraddittorio⁽¹⁸⁹⁾.

Ad un'attenta lettura delle dottrine, però, quanto accaduto è stato ricondotto più che ad un reale bisogno da parte della Corte di difendere i diritti fondamentali della persona, alla avvertita esigenza

nerali di diritto, in *Annali della Regia Università di Perugia*, 1926, vol. VII, p. 11 ss. ora in G. SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di A. PALAZZO, 2002, Padova, Tomo II, p. 667 ss.; A. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.* 1941, p. 41 ss. e p. 157 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 250 ss.; N. BOBBIO, voce «*Principi generali di diritto*», in *Noviss. Dig.*, vol. XIII, Torino, 1957, p. 887 e ss.; S. BARTOLE, voce «*Principi generali del diritto*», in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1983, p. 514 ss.; P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 379 ss.; A. PINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. Disp. Prel.)*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, vol. I, p. 633 e ss.. Sull'uso dei «principi» nel diritto comunitario, oltre agli autori già citati, si veda soprattutto, G. ALPA, *I principi generali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 177 ss.; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

⁽¹⁸⁴⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 27 ottobre 1976, C-30/75, *Prais/Conseil*, in *Racc.*, 1976, p. 1589.

⁽¹⁸⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 1989, C-100/88, *Oyowe and Trore/Commission*, in *Racc.*, 1989, p. 4285.

⁽¹⁸⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 8 ottobre 1974, C-18/74, *Syndicat general du personnel des organismes europeens/Commissione*, in *Racc.*, 1974, p. 933.

⁽¹⁸⁷⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 26 giugno 1980, C-136/79, *National Panasonic/Commission*, in *Racc.*, 1980, p. 2033.

⁽¹⁸⁸⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 18 maggio 1989, C-249/86, *Commissione/Germania*, in *Racc.*, 1989, p. 1263.

⁽¹⁸⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 22 marzo 1961, cause riunite C-42 e 49/59, *S.N.U.P.A.T./ Haute Autorité*, in *Racc.*, 1961, p. 103.

di preservare l'identità, l'integrità e dell'autonomia dell'ordinamento comunitario dagli attacchi di alcune Corti Costituzionali⁽¹⁹⁰⁾.

Il riferimento è allo scontro tra la Corte di Giustizia e alcune Corti Costituzionali, italiana⁽¹⁹¹⁾ e tedesca⁽¹⁹²⁾ in particolare, sul controllo

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 170; G. F. MANCINI, *Attivismo ed autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. eur.*, 1990, p. 233; G. L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, p. 720.

⁽¹⁹¹⁾ Alla fine degli anni '80 il giudice delle leggi italiano, infatti, con un *revirement* delle sue pronunce stabilì che il diritto interno possa reagire direttamente contro un atto comunitario che possa dirsi lesivo di diritti inalienabili o di principi fondamentali, così come espressi nella nostra Costituzione (C. Cost. n. 232/89, con nota di M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1989, I, p. 1012). In questi termini la Corte Costituzionale si è ritenuta competente a sindacare, ed eventualmente colpire, un atto normativo di provenienza comunitaria eventualmente incompatibile con i nostri diritti e principi supremi, anche se il meccanismo utilizzato era quello della verifica della costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (A. ANZON, *I tribunali costituzionali nell'era di Maastricht*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1999, I, p. 93). Così, attraverso il filtro della legge d'esecuzione, la Corte italiana si sarebbe posta nella condizione di controllare potenzialmente, in riferimento a quei principi e diritti fondamentali, l'intero diritto comunitario (F. SORRENTINO, *La rilevanza delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1989, p. 452; M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte Costituzionale*, cit., p. 1015). Come da più parti rilevato nello svolgimento di tale controllo, la Consulta si verrebbe a trovare in una posizione di potenziale interferenza con la Corte di Giustizia: perché se è pur vero che questa svolge un controllo alla stregua del solo diritto comunitario, ma questo è oggi integrato proprio dai diritti fondamentali ricavati dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tra i quali i diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione italiana. Prima del 1995 la risoluzione di tale potenziale conflitto era rimessa all'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Successivamente a tale data con una sentenza la Consulta ha escluso di essere tenuta ad effettuare tale rinvio in quanto essa non è inclusa nel novero delle giurisdizioni nazionali di cui all'art. 234 del Trattato (C. Cost. n. 536/95, con nota di G. AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: verso una quarta fase?*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 73) Per una posizione contraria alla scelta compiuta dalla Corte Costituzionale italiana si veda M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 197 ss.

⁽¹⁹²⁾ Nella conosciuta sentenza *Maastricht* del 1993 (12 ottobre 93, in *Giur. Cost.*,

degli atti comunitari lesivi dei diritti e delle libertà fondamentali⁽¹⁹³⁾.

1994, p. 677, A) anche Il Tribunale costituzionale tedesco ha scelto la stessa impostazione della Corte Costituzionale italiana, affermando che esso è chiamato assicurare una garanzia generale degli *standards* inderogabili dei diritti fondamentali, in un rapporto di cooperazione con la Corte di Giustizia. Impostando il rapporto nei termini riferiti il Tribunale costituzionale tedesco può prescindere dalle interpretazioni che la Corte di Giustizia segue nel tema dei diritti fondamentali. Il Tribunale ha rivendicato per se il ruolo di custode permanente dei diritti fondamentali costituzionali, così come la competenza, sia pure sussidiaria ed eccezionale, alla verifica diretta dei singoli atti comunitari che attentino a tali diritti (A. ANZON, *I tribunali costituzionali nell'era di Maastricht*, cit., p. 105; M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., p. 193. Inoltre la Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Mearleasing*, C 106/89, del 13 novembre 1990 ha sancito per le autorità giudiziarie nazionali il dovere dell'interpretazione conforme al diritto comunitario. La Corte Costituzionale, al contrario, ha stabilito l'obbligo per i giudici comuni di privilegiare, quando possibile, un'interpretazione conforme ai valori costituzionali. I giudici nazionali potranno incontrare ipotesi di conflitto proprio in ragione dei due i criteri imposti dalle diverse Corti, capaci di dar luogo a risultati divergenti). Il Tribunale costituzionale si attribuisce il ruolo di controllore della compatibilità del Trattato di Maastricht con la Legge fondamentale tedesca, sia pure sotto il riferimento al cosiddetto principio democratico (P. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3115; F. SORRENTINO, *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in *Pol. dir.*, 1994, 189; A. ANZON, *op. cit.*, p. 110).

⁽¹⁹³⁾ Alcuni autori, però, non concordano sull'utilità della scomposizione delle disposizioni costituzionali lasciando il controllo di legittimità delle Corti Costituzionali solo sulle norme che esprimono diritti fondamentali (F. RUSCELLO, *Rilevanza dei diritti della persona e ordinamento comunitario*, cit., p. 61, critica la posizione espressa da A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità europea*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, *Atti del seminario svoltosi in Roma il 15 e il 16 ottobre 1990*, Milano, 1991, p. 103, il quale concorda con il principio di scomposizione espresso dai giudici della Consulta italiana). Rilevano CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., p. 221 ss., come proprio la definizione di diritti fondamentali, al di là di un determinato nucleo, riflesso in Europa dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, spesso differisce da Stato a Stato e queste differenze a volte riflettono scelte sociali fondamentali e costituiscono una parte importante nelle diverse identità degli Stati e delle società. L'evidente varietà di opinioni che si dibattono sul tema dimostra come pochi altri settori dell'integrazione giuridica europea siano in grado di illustrare meglio le tensioni tra gli ideali di uniformità e diversità esistenti nello spazio istituzionale europeo.

Nell'ipotesi richiamate il criterio risolutore, in caso di contrasto tra le norme interne e quelle U.E. su i diritti fondamentali, non può certo essere individuato nel principio generale di supremazia. Quest'ultimo, se è criterio comune per la risoluzione dei conflitti tra norme «comunitarie/unitarie» e norme statali nelle materie di attribuzione dell'U.E., non può essere utilizzato per le materie esterne alla competenza dell'Unione. Diritti e libertà fondamentali non rientrano in questa⁽¹⁹⁴⁾.

Spetterà allora agli organi nazionali assicurare la tutela in conformità agli obblighi internazionali assunti⁽¹⁹⁵⁾. Le prese di posizione delle Corti Costituzionali hanno contribuito però a realizzare una costante applicazione da parte della Corte di Giustizia proprio dei principi in materia i diritti fondamentali, colmando in via interpretativa il vuoto che in tale campo caratterizzava proprio l'ordinamento comunitario⁽¹⁹⁶⁾.

È per questa via, quindi, che si è compiuta l'incorporazione dei diritti fondamentali tra i principi generali dell'ordinamento comunitario. Detta incorporazione ha permesso anche un'interpretazione in chiave soggettiva dell'ordinamento in esame. La difesa della preminenza del diritto comunitario sui diritti interni, infatti, ha mosso la Corte ad usare come punti di riferimento delle sue decisioni i Trattati in tema di diritti dell'uomo, in primo luogo la C.E.D.U. e le tradizioni comuni degli Stati⁽¹⁹⁷⁾.

L'atteggiamento, però, tenuto dalla Corte in termini di elabora-

⁽¹⁹⁴⁾ T. C. HARTLEY, *European Community Law*, Oxford, 1991, p. 136.

⁽¹⁹⁵⁾ J. H. H. WEILER, *Eurocracy and distrust*, in *Washington law Rev.*, 1986, p. 1137; A. GIARDINA, *Parlamento Europeo e diritti fondamentali*, in *Parlamento europeo e forze politiche*, Milano, 1979, p. 116.

⁽¹⁹⁶⁾ M. MENDELSON, *The european Court of Justice and human rights*, in *Yearbook of european law*, 1981, p. 154.

⁽¹⁹⁷⁾ G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 584.

zione dei principi generali dell'ordinamento comunitario, così come sopra stigmatizzato, ha fatto oscillare quest'ultima proprio nel momento della loro qualificazione. Questi infatti – che ricomprendono per espressa affermazione della Corte di Lussemburgo anche i diritti fondamentali patrimonio comune delle tradizioni giuridiche europee – sono stati qualificati di volta in volta come semplici fonti di ispirazione, fonti direttamente applicabili o mezzi ricostruttivi della portata dei principi comunitari⁽¹⁹⁸⁾.

D'altro canto è difficile, se non arbitrario in alcuni casi, selezionare e rilevare i diritti fondamentali veramente comuni a tutti i paesi europei.

Oggi il modificato art. 6 T.U.E. prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, ed attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 valore giuridico di Trattato⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ F. CAPOTORTI, *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 16.

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. art. 6 T.U.E. così come integralmente sostituito dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007. È noto che la Carta europea dei diritti fondamentali abbia avuto sino ad oggi natura non vincolante in quanto solo proclamata. Fin dall'inizio la stessa, però, è stata richiamata dalle diverse istituzioni comunitarie, soprattutto dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado nelle loro pronunce. Tra le prime sentenze che direttamente hanno fatto riferimento alla Carta è possibile ricordare Tribunale di primo grado, sentenza del 20 febbraio 2001, T-112/98, *Mannesmannrohren werke AG/ Commissione*, punti 76, 77, in *Racc.*, 2001, p. II-729; nonché Tribunale di primo grado, sentenza del 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo Quéré/Commissione*, punto 47, in *Racc.*, 2002, p. I-2365. Sul valore della Carta di Nizza si veda C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, 'amministrazione' e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 255 ss; L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 613 ss. Come voce critica sull'utilizzazione che della Carta viene fatta in campo giudiziario si veda J. H. H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 527, il quale si interroga: «se è corretto per la Corte

Con l'adesione dell'Unione alla C.E.D.U. verrà finalmente a realizzarsi un sistema di giustizia integrato in virtù del quale due differenti organi giurisdizionali – la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo – si troveranno a pronunciarsi intorno ad un sistema di ricognizione dei diritti fondamentali non dissimile.

Il Trattato di Lisbona, in realtà, afferma che l'adesione alla Convenzione di Roma non avrà l'effetto di modificare le competenze dell'Unione, comprese quelle proprie della Corte di Giustizia.

Nonostante la riferita enunciazione è innegabile che una prossima adesione dell'Unione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo possa riservare degli indubbi vantaggi per i singoli, ad esempio permettendo di correggere le attuali divergenze giurisprudenziali nell'opera di protezione dei diritti fondamentali offerta dalle due Corti.

Si sono, infatti, verificati nel tempo dei veri e propri contrasti di diritto tra i due sistemi giurisdizionali in talune aree problematiche⁽²⁰⁰⁾. Siffatti eventi, seppur circoscritti, hanno la capacità di ridimensionare la protezione offerta in Europa ai diritti dell'uomo e

spingersi lontano con l'incorporazione giudiziaria della Carta, dato il fatto che essa è stata, se vogliamo dire le cose come stanno, rigettata costituzionalmente come parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione?».

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che Istituisce la Comunità europea viene attribuito valore di Trattato alla Carta europea dei diritti fondamentali.

⁽²⁰⁰⁾ Si veda A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004, p. 63, che individua le situazioni in cui l'approccio della Corte U.E. intorno ai diritti fondamentali dell'uomo appare, in tutto in parte, non in linea con i parametri emergenti dalla giurisprudenza della Corte C.E.D.U.: a) in materia di equo processo, riguardo alla natura del procedimento innanzi alla Commissione CE se possa o meno essere considerato 'Tribunale' ai sensi dell'art. 6 C.E.D.U.; in materia di diritto di difesa relativamente all'accesso dei documenti del fascicolo della Commissione; circa le garanzie offerte dal meccanismo giurisdizionale comunitario in tema di ammissione delle testimonianze, e sulla durata del processo; b) in materia di legalità delle fattispecie incriminatrici e delle pene; c) in materia di perquisizioni; d) in tema di monopolio televisivo; e) in tema di proprietà; f) in materia di libertà di espressione.

compromettere la loro sicurezza giuridica.

L'adesione, infatti, sembra autorizzare la sottomissione dell'azione delle istituzioni U.E. ad un meccanismo di controllo giurisdizionale esterno all'Unione stessa, e quindi davanti ad un giudice terzo che non sia un'altra Istituzione prevista dai Trattati⁽²⁰¹⁾. Pertanto l'Unione, al pari di ogni altro membro della Convenzione, potrebbe essere citata di fronte alla Corte europea per violazione dei principi contenuti nella C.E.D.U.⁽²⁰²⁾.

La mancanza del collegamento tra le due giurisdizioni così come emerge dalla formulazione del novellato art. 6 cit., appare risolvibile quindi evidenziando come la C.E.D.U. realizzi – proprio in materia di diritti fondamentali – il riferimento minimo e comune a tutti gli Stati membri. Con l'adesione, la Convenzione E.D.U. imprimerà an-

⁽²⁰¹⁾ Il modificato art. 6 T.U.E. si caratterizza in realtà per l'assenza di un collegamento sistematico tra i due sistemi giurisdizionali in esame. La formula scelta dal legislatore europeo tace infatti su quale delle due Corti debba assicurare tutela in via definitiva alle posizioni giuridiche degli individui riconosciute come diritti fondamentali nell'evenienza in cui queste siano pregiudicate dalle istituzioni comunitarie Cfr. L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti tra sistemi*, in P. FALZEA, A. SPADAIO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 119 e ss.; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA, A. SPADAIO, L. VENTURA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 217 ss; in special modo proprio sul rapporto tra le due Corti, G. DE MURO, *I rapporti tra Corti di Giustizia della Comunità europea e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADAIO, L. VENTURA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 39 ss.

⁽²⁰²⁾ Attualmente sulla questione dei rapporti tra le due Corti si veda G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, 2002, p. 531 ss. Nonché R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Milano, 2004, p. 278 ss, la quale puntualizza: «se da un lato la Corte di Giustizia inserisce la C.E.D.U. tra i principi generali del diritto comunitario, dichiarando tuttavia la propria incompetenza ad esaminare la compatibilità delle norme statali con quelle della Convenzione europea qualora esse fuoriescano dal campo dell'applicazione del diritto comunitario, dal canto suo la Corte europea dei diritti umani si dichiara incompetente *ratione personae* giudicare la responsabilità delle istituzioni comunitarie, limitandosi a considerare unicamente i comportamenti degli Stati, talvolta anche se ricadenti nel diritto comunitario».

che all'ordinamento dell'Unione Europea il rispetto degli *standards* minimi di tutela dei diritti in essa garantiti⁽²⁰³⁾, nei stessi termini con cui ciò avviene già per gli ordinamenti giuridici degli Stati che ad essa appartengono⁽²⁰⁴⁾.

Pertanto, il rapporto tra le Corti, quella C.E.D.U. e quella dell'Unione Europea, si dovrà leggere facendo ricorso al principio di sussidiarietà, su cui il sistema di protezione delineato dalla Convenzione dei Diritti dell'Uomo si fonda.

Sussidiarietà che sappiamo realizzarsi – in ultima istanza – attraverso l'interazione tra i principi sovranazionali contenuti nel testo convenzionale C.E.D.U. e la loro attuazione ad opera della sua Corte; ed in prima istanza mediante l'applicazione dei principi convenzionali ad opera degli Stati e dei loro organi giurisdizionali.

L'adesione farà ricomprendere anche le Istituzioni europee tra gli organi, giudiziari e non solo, ai quali è lasciato il ruolo primario nella garanzia dei diritti in essa riconosciuti.

La Convenzione anche nei confronti dell'Unione opererà solo nel momento in cui le giurisdizioni o le sue istituzioni non si faranno garanti, o non lo saranno in maniera sufficiente, dei diritti fondamentali della persona. La conseguenza del ricorso al principio di sussidiarietà sarà quindi quella di rimettere – in ultima istanza – il controllo sull'applicazione del sistema di valori delineato nella Convenzione alla propria Corte.

⁽²⁰³⁾ Cfr. F.G. JACOBS, R. C. WHITE, *The European Convention on human rights*, Oxford, 1996, 20, per cui lo scopo e ragione costitutiva della Convenzione E.D.U. è da rinvenire nella volontà di creare: «*an independent legal order for the protection of individuals*». Si veda anche sul punto Commissione, decisione del 11 gennaio 1961, *Austria/ Italia*, in *Ann. IV*, 1961, p. 139.

⁽²⁰⁴⁾ È importante sottolineare il parallelismo tra l'Unione e gli stati membri quali entrambi soggetti aderenti alla Convenzione C.E.D.U., perché per l'Unione la C.E.D.U. e la giurisprudenza della sua Corte realizza già la base giuridica comune alla quale attingere per la stessa strutturazione dell'ordinamento comunitario.

Il complesso di valori contenuto nella Carta di Nizza, finalmente istituzionalizzato, svolgerà allora per l'Unione lo stesso ruolo che per i singoli Stati europei rivestono i diritti fondamentali presenti nelle loro carte costituzionali. In questa prospettiva l'adesione potrebbe permettere di colmare anche eventuali manchevolezze del sistema dell'Unione relativo alla protezione giurisdizionale delle situazioni giuridiche riconosciute ai singoli ⁽²⁰⁵⁾.

Anzi, si può affermare che per questa strada si potrebbe riprodurre per i diritti fondamentali lo stesso meccanismo di coazione indiretta che la Corte di Giustizia ha utilizzato nei confronti degli Stati membri di fronte alla mancata attuazione negli ordinamenti interni

⁽²⁰⁵⁾ Non manca chi abbia ritenuto che la scelta operata dai Trattati di non predisporre alcun sistema di esecuzione delle sentenze della Corte di Giustizia europea, sia il risultato della natura stessa della Comunità e delle ragioni connesse alla sua stessa ragione di esistere, si veda in tal senso F. SCHOCKWEILER, *L'exécution des arrêts de la Cour*, in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 613 ss, il quale afferma: «*si le travail du juge s'achève avec la rédaction et le prononcé de la décision, celui-ci ne peut rester insensible aux conséquences pratiques qu'aura sa décision dans l'ordonnement juridique. (...) Ce problème de l'exécution des décisions se pose pour toutes les juridictions statuant dans des domaines où l'ordre juridique n'a pas organisé de procédure d'exécution forcée. (...) Dans l'ordre interne, il se pose notamment pour la juridiction administrative dans les pays où celle-ci a bien compétence pour annuler des décisions des autorités administratives, mais ne peut ni leur faire des injonctions ni se substituer à elles pour donner au justiciable la satisfaction qu'il recherche en fait. (...) Le Cour de justice des Communautés européennes, qui revêt les traits tant d'une juridiction administrative que d'une juridiction internationale, doit nécessairement être confrontée avec les mêmes problèmes en ce qui concerne les conséquences pratiques de ses arrêts. Mais, en raison de sa nature spécifique, les remèdes ne peuvent être les mêmes. (...)*». L'autore analizza di seguito il sistema di giurisdizionale comunitario, giungendo in conclusione ad affermare: «*(...) Il faut constater que le droit communautaire, au besoin en combinaison avec les différents droits nationaux, devrait, dans la grande majorité des cas, offrir des solutions valables susceptibles de donner équitablement satisfaction à la partie dont la prétention a été déclarée fondée par un arrêt de la Cour. (...) On peut certainement conclure que l'ordre juridique communautaire forme un ensemble complet et cohérent de règles juridiques permettant d'assurer le respect de la chose jugée sans recours à des mesures et voies de fait (...). Dans une Communauté dans laquelle le droit devrait se faire respecter par la force, on ne pourrait plus parler ni de Communauté ni de droit (...)*».

del diritto comunitario.

Attribuire ai singoli diritti individuali e rimedi, come vedremo, è stato per l'organo giurisdizionale U.E. lo strumento attraverso il quale strutturare e rafforzare la *primauté* comunitaria⁽²⁰⁶⁾.

Sulla strada diretta ad assicurare il primato del diritto dell'Unione, la Corte di Giustizia si è preoccupata di conferire direttamente ai singoli diritti individuali, oppure ad ampliare il numero dei rimedi posti a disposizione per far fronte alla loro eventuale violazione (si pensi al principio di responsabilità degli Stati per mancato recepimento del diritto comunitario).

I cittadini⁽²⁰⁷⁾ dell'Unione allora – attraverso i ricorsi all'organo giurisdizionale C.E.D.U. – possono essere sentinelle nei confronti delle Istituzioni «unitarie» rispetto ai diritti in essa garantiti e realizzare così la loro effettività.

I soggetti sottoscrittori della Convenzione, infatti, si impegnano proprio con l'atto di adesione a conformarsi alle sentenze definitive della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo pronunciate nell'ambito delle controversie di cui siano parti⁽²⁰⁸⁾.

Con l'adesione dell'Unione alla C.E.D.U., anche se in tono minore, si può replicare nei confronti delle Istituzioni dell'Unione lo stesso meccanismo che ha operato per i cittadini degli Stati rispetto al sistema di valori e di diritto promanante dai Trattati istitutivi l'ordinamento in esame.

⁽²⁰⁶⁾ Afferma M. RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, in *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308: «without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

⁽²⁰⁷⁾ In realtà per il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo la cittadinanza dello Stato di appartenenza non è affatto un requisito. Il riferimento è stato fatto solo per rafforzare l'idea dei singoli come parte integrante nella costruzione dell'Europa.

⁽²⁰⁸⁾ Il riferimento è all'art. 46 della C.E.D.U. Le sentenze della Corte inoltre sono trasmesse al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione.

Si pensi ad esempio all'art. 6 C.E.D.U. come strumento per garantire il rispetto del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale all'interno dell'U.E.

Da più parti, infatti, si è evidenziato come il richiamo all'obbligo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche di derivazione comunitaria sia utilizzato dalla Corte di Giustizia europea⁽²⁰⁹⁾ come mezzo per perseguire l'effettività del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in ossequio al principio dell'effetto utile.

Si è da tempo rilevato che, nonostante il significativo ruolo esplicato dal diritto all'effettività della tutela giurisdizionale nell'ordinamento comunitario⁽²¹⁰⁾, nella maggior parte delle sentenze della Cor-

⁽²⁰⁹⁾ Non mancano voci, comunque, che ritengono riduttiva la lettura del principio di effettività della tutela come strumentale rispetto a quello di effettività del diritto comunitario, in questo senso M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 417.

⁽²¹⁰⁾ L'Unione Europea, infatti, attraverso l'attività della Corte di Giustizia prima e le previsioni di cui all'art. 6 T.U.E. poi, ha fatto proprio il riconoscimento che di questo diritto ha compiuto la Convenzione di Roma del 1950 e la giurisprudenza della sua Corte. La Carta europea dei diritti fondamentali, inoltre, ne fa espressa menzione all'interno del suo art. 47. Chiarisce in esplicita nota (cap. 1, n. 16) il significato che letture diverse hanno dato al rapporto esistente tra l'interesse alla legalità comunitaria e quello di garanzia delle situazioni soggettive A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., p. 14, il quale ricorda come M. PROTTO (*L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, pp. 10-11) evidenzi che il principio di effettività della tutela rientra nel c.d. effetto utile, da intendersi come obbligo degli Stati membri di garantire mezzi di tutela efficaci al fine di assicurare una effettiva applicazione del diritto comunitario; a partire dal caso Johnston (Corte giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, C-222/84, M. Johnston, in *Racc.*, 1986, p. 1651), invece, si affianca una concezione soggettiva di effettività intesa a garantire i diritti dei singoli di modo che l'effettività della tutela giurisdizionale (in chiave di garanzia dei diritti) sia disancorata dall'effettività del diritto comunitario (effetto utile). Tale ricostruzione è stata peraltro, contestata da G. MORBIDELLI (*La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, p. 45 ss.) secondo cui è sempre l'effetto utile il 'vero trascinatore' della tutela giurisdizionale, per cui 'l'effettività del diritto comunitario è sem-

te di Giustizia rivolte agli Stati il richiamo all'effettività della tutela giurisdizionale sembra operare maggiormente per garantire concreta ed uniforme applicazione del diritto «comunitario/unitario» negli ordinamenti interni, piuttosto che come strumento direttamente funzionale all'effettività della salvaguardia della situazione giuridica soggettiva riconosciuta all'individuo dalla normativa U.E.⁽²¹¹⁾

L'adesione alla Convenzione potrà permettere al singolo interessato di adire in ultima istanza la Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6 C.E.D.U. ad esempio nel caso di mancata, od imperfetta esecuzione, di una decisione o di una sentenza della Corte di Giustizia da parte delle Istituzioni, stante la carenza nell'ordinamento U.E. di un giudizio di ottemperanza; oppure per violazione dei termini di ragionevolezza della durata di un processo proprio ad opera dell'*altra* Corte europea, la Corte di Giustizia.

pre il fine, mentre l'effettività della tutela è il mezzo'. L'autore afferma che la disputa sottintende la *vexata quaestio* se la funzione giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri abbia carattere obiettivo o soggettivo: la tesi di Proto tende a far prevalere un concezione di giurisdizione soggettiva, mentre Morbidelli una matrice oggettiva. Quando invece alla luce della Schutznormtheorie l'effettività della tutela giurisdizionale ed in generale l'esigenza di protezione delle situazioni soggettive è, da un lato, un valore in sé e, dall'altro, un mezzo per raggiungere l'effetto utile.

⁽²¹¹⁾ In questo senso, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 45, per il quale: «seppur la Corte richiama di continuo i principi in punto di tutela giurisdizionale, è da dubitare che il *back-ground* di questa 'erosione' stia nella tutela dei diritti. Se si esamina con attenzione la giurisprudenza, emerge con chiarezza che le limitazioni all'esercizio dei diritti [negli ordinamenti interni] non rilevano in quanto tali, ma perché pregiudizievoli all'effettività dell'ordinamento comunitario. [...] Il messaggio della Corte è il seguente: gli Stati devono approntare e rendere concretamente operanti, attraverso mezzi adeguati in grado di tutelare anche in via giudiziale, tutte le situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario. Così da un lato si raggiunge l'effetto utile, e dall'altro – ma in via di risulta – si garantiscono le tradizioni costituzionali comuni». Sulla stessa posizione S. AMEDEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 345 ss., così come analogamente A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 13 ss., nonché S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., p. 52 ss.

Ad oggi questo sistema integrato di giustizia non è realizzabile proprio per difetto dell'adesione alla C.E.D.U. da parte dell'Unione.

La Corte di Strasburgo, infatti, si è sempre dichiarata incompetente *ratione personae* a giudicare la responsabilità delle Istituzioni comunitarie, limitandosi a considerare unicamente i comportamenti degli Stati ad essa aderenti, anche se talvolta ricadenti nell'ambito del diritto comunitario.

Dall'altra la Corte di Giustizia, seppur inserisce la C.E.D.U. tra i principi generali del diritto dell'Unione Europea, ha sempre dichiarato la propria incompetenza ad esaminare la compatibilità delle norme statali con quelle della Convenzione Europea qualora esse fuoriescano dal campo dell'applicazione del diritto comunitario⁽²¹²⁾.

Il sistema integrato che si verrà a creare è un ulteriore contributo alla formazione di un nuovo diritto comune europeo.

6. — «*Sistema Europa*» e circolazione dei modelli giuridici.

L'ultima considerazione sul ruolo delle *Corti europee* sarà svolta sul tema della crescente circolazione dei modelli giuridici tra i diversi ordinamenti europei e sull'importanza in questo senso proprio delle due giurisprudenze richiamate, come ulteriore contributo alla rinascita di un diritto comune.

L'attuale sistema di sviluppo delle norme internazionali e la peculiare configurazione dell'ordinamento dell'Unione Europea, sono destinati ad influire con diverse modalità sulla struttura dei diritti individuali delineati dagli ordinamenti degli Stati.

Il percorso è inverso rispetto a quello evidenziato, ma è comunque

⁽²¹²⁾ Si veda per un'analisi dello stato dei rapporti tra le due corti R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Milano, 2004, p. 278 ss.

significativo del processo osmotico tra modelli nazionali e soprannazionali che da qualche tempo sta caratterizzando l'età contemporanea del diritto⁽²¹³⁾.

Le norme dei Trattati istitutivi dell'Unione e i regolamenti producono, infatti, effetti diretti ed immediati all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

La forza di cui sono dotate le fonti dell'Unione Europea realizza così la loro prevalenza sulle norme interne eventualmente contrastanti⁽²¹⁴⁾.

Il fenomeno con qualche attenuazione si realizza anche qualora si tratti di direttive, nonostante quest'ultime, per loro natura, non siano caratterizzate dall'immediata vincolantività. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, ha riconosciuto effetti diretti verticali alle direttive inattuatae a favore dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente.

L'intero ordinamento dell'Unione Europea è quindi applicabile ai soggetti di diritto di uno Stato⁽²¹⁵⁾, attualmente con il solo limite dei mancati effetti orizzontali per le direttive non trasposte nell'ordinamento interno⁽²¹⁶⁾.

⁽²¹³⁾ Si legga P. G. MONATERI, *La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione Europea*, in A. M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per a Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 87 ss; nonché R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diritto da R. SACCO, Torino, 1992, I, p. 132 ss.; ID., *Circolazione e mutazione dei modelli*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, II, p. 365 ss.

⁽²¹⁴⁾ L'ordinamento dell'Unione Europea prevale su tutte le disposizioni degli ordinamenti nazionali, e ciò si verifica anche se le disposizioni nazionali sono successive a quelle emanate dall'Unione. Questo principio, che si collega con quello della diretta applicabilità, è stato affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella nota pronuncia *Costa/ Enel* (Corte di Giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, in *Racc.*, 1964, p. 1129 ss.).

⁽²¹⁵⁾ Principio elaborato dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963, C-26/62, in *Racc.*, 1963, p. 3.

⁽²¹⁶⁾ Siffatta tipologia di atto impone obblighi solo nei confronti degli Stati, anche

È evidente pertanto l'esistenza di un rapporto dinamico tra ordinamento giuridico dell'Unione Europea e diritti interni, in cui il principio di sussidiarietà⁽²¹⁷⁾ costituisce lo snodo.

se a tal proposito va ricordato – proprio in relazione alla qualificazione giuridica delle posizioni dei singoli nei rapporti interindividuali che dipendono dalle direttive non attuate – che non si può escludere a priori che quest'ultime siano in grado di realizzare qualche effetto di natura orizzontale. Proprio la Corte di Giustizia ha evidenziato come le direttive inattuata, che non possono produrre effetti tra i privati, possono di fatto rendere immuni da responsabilità i singoli che pongono in essere comportamenti che, non consentiti dal diritto interno, sono invece previsti in una direttiva rimasta priva di attuazione. Si legga Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, C-194/94, *CIA Security International/Signalson and Securitel*, in *Racc.*, 1996, I, p. 2201. Per un commento sui possibili effetti orizzontali delle direttive inattuata nei termini indicati, si veda C. HILSON, T. DOWNES, *Making sense of rights: community rights*, in *Eur. law. rev.*, 1999, p. 121.

⁽²¹⁷⁾ Il Trattato di Maastricht ha dato ingresso al principio di sussidiarietà come strumento di limitazione all'azione della Comunità e contrappeso per gli Stati alle nuove competenze in esso stabilite. Da alcuni autori la sussidiarietà è stata definita principio costituzionale dell'ordinamento comunitario (così C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Roma, 1993, p. 5). Infatti la sussidiarietà era considerata ai sensi dell'allora art. 5 del Trattato C.E., oggi art. 5, 3c. T.U.E., principio informatore dell'ordinamento comunitario, in quanto «nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario». Quando cioè le competenze sono concorrenti, e quindi i livelli di governo nazionale e comunitario possono entrambi operare in un settore determinato, l'integrazione che si verifica implica che un potere possa sostituirsi all'altro ogni qualvolta ciò sembri maggiormente adeguato agli interessi da proteggere. Il principio di sussidiarietà, comunque, non potrà mettere mai in discussione le competenze della Comunità così come ad essa attribuite dai Trattati ed interpretate dalla Corte di Giustizia (si veda G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1993, p. 59; nonché sempre G. STROZZI, *Alcuni interrogativi a proposito della delimitazione delle competenze nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 136; A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 139). Sussidiarietà, quindi, «significa che ogni problema deve essere affrontato al livello più opportuno – locale, regionale, nazionale – cioè al livello che garantisca la più efficace soluzione» (così espressamente sul principio di sussidiarietà la Commissione europea nella sua Relazione sul funzionamento del Trattato dell'U-

La costruzione dello spazio giuridico dell'Unione Europea condiziona i sistemi giuridici degli Stati membri, non solo direttamente attraverso il vincolo comunitario ed il processo di armonizzazione dei diritti, ma in maniera non diretta anche attraverso la creazione di una competizione tra gli ordinamenti parte dell'Unione.

Proprio nelle aree di diritto estranee al processo di armonizzazione è evidente il fenomeno di *competition among the ruels*⁽²¹⁸⁾.

nione Europea del 10 maggio 1995). Detto principio assicura un corretto sviluppo dell'azione comunitaria (cfr. A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione ed il principio di sussidiarietà*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 1-2, p. 229 ss.) permettendo alla stessa – nel rapporto con gli Stati nei settori di competenze concorrente – di estendere la propria azione ricorrendone le circostanze e dall'altro di arreararla quando non più necessaria per il raggiungimento di un obiettivo che potrà essere soddisfatto, o è stato tale, da scelte effettuate dal governo locale. Non si può, infatti, non riconoscere al principio una sorta di presunzione di competenze meglio soddisfatte da azioni di governo più vicino ai cittadini, derogabile solo ed in quanto gli interessi coinvolti e la natura degli obiettivi perseguiti necessitano l'intervento del governo comunitario. Sul fatto che l'efficienza dell'azione ed il migliore conseguimento dell'obiettivo costituiscano la *ratio* giustificatrice dell'intervento comunitario secondo il principio di sussidiarietà, si veda Tribunale di primo grado CE, sentenza del 14 gennaio 1995, T-114/92, in *Racc.*, 1995, p. II-147; così come Corte di Giustizia, sentenza del 22 maggio 2003, C-103/01, in *Racc.*, 2003, p. I-5369. L'aderenza ai due criteri (maggiore efficienza dell'azione e necessità di intervento per il migliore conseguimento dell'obiettivo) come unici presupposti fondanti il ricorso al principio di sussidiarietà è richiamata dalla Commissione europea stessa, la quale si è espressamente impegnata a «legiferare» facendo ricorso al principio di sussidiarietà solo quando la realtà evidenzia la presenza dei due presupposti (impegno contenuto nella Relazione della Commissione del 7 dicembre del 2001, denominata appunto Legiferare meglio 2001, Co. (2001)728).

⁽²¹⁸⁾ Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale La Pergola nella sentenza Corte di Giustizia CE, causa 212/97, *Centros c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, in *Racc.*, 1999, I, p. 1459, punto 20, il quale afferma: «in assenza di armonizzazione, insomma, è la concorrenza tra sistemi normativi (*competition among the ruels*) a dover avere libero gioco (...)». La sentenza si riferiva all'impossibilità di uno Stato membro di rifiutare la registrazione di una s.r.l., costituita in un altro Stato comunitario, al solo scopo di eludere la normativa interna caratterizzata da regole più onerose relativamente al capitale sociale. In questa ipotesi la Corte riaffermava la possibilità dello Stato, nel quale veniva stabilita una filiale della società, di poter operare in tema di repressione di abusi, ma anche che non può definirsi abuso del diritto di stabilimento la scelta di

La partecipazione alla realizzazione di «un mercato interno caratterizzato dalla eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»⁽²¹⁹⁾, pesa sulla necessità di ciascun Stato membro di tener conto, nell'operare le proprie, delle scelte normative realizzate dagli altri paesi aderenti all'Unione⁽²²⁰⁾.

I riferiti processi si riflettono necessariamente anche sui diritti riconosciuti agli individui, posto che ogni Stato membro subisce dall'adesione all'Unione limitazioni della propria sovranità anche nel regolare le situazione giuridiche dei singoli.

Il fenomeno di reciproca influenza tra i sistemi è significativo anche prescindendo dalla forza vincolante delle fonti da cui i modelli provengono.

I diritti individuali, come è noto, sono infatti influenzati anche dalle numerose norme internazionali di natura pattizia che vincolano gli Stati alla tutela dei diritti fondamentali in esse riconosciuti. Tra queste vi è anche il catalogo di norme costituente la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Ai fini della presente indagine non è necessario interrogarsi sul fatto se la Convenzione citata riconosca o meno diritti internazionali direttamente in capo ai singoli, o piuttosto consideri propri destinatari solo gli Stati. È innegabile la rilevanza di tale riflessione, ma è altrettanto evidente che – a prescindere dall'indicazione accolta – la possibilità per il singolo di poter ricorrere ad organismi internazionali deputati alla soluzione delle controversie – come la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – implichi la circolazione di modelli giuridici

costituire una società all'estero.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. art. 26, 2 c., T.F.U.E., nonché art. 3 T.U.E.

⁽²²⁰⁾ Così M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in R. SACCO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, 2, Torino, 2001, p. 20.

tra i diversi sistemi degli Stati aderenti⁽²²¹⁾.

Si pensi solo a titolo di esempio al percorso compiuto dal riconoscimento del diritto alla *privacy*.

Quest'ultimo, infatti, è nato nella tradizione dell'ordinamento anglosassone; è entrato nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo attraverso l'attività interpretativa della sua Corte; da lì penetrato nelle tradizioni giuridiche di Stati – come anche quello italiano – alle quali in origine non necessariamente apparteneva; ha finito per questa via per costituire quella base giuridica comune alla quale attinge, per la sua stessa strutturazione, l'ordinamento giuridico comunitario⁽²²²⁾.

È semplice, quindi, constatare come il catalogo dei diritti elaborato in campo internazionale sia chiamato ad influenzare i diritti interni; e come parimenti le diverse tradizioni nazionali sono entrate nella redazione delle Convenzione C.E.D.U., così come nell'attività interpretativa della Corte europea, in un processo di circolare contaminazione che nel tempo si riproduce.

⁽²²¹⁾ Cfr. R. HELFER, *Forum shopping for human rights*, in *Univ. penn. law rev.*, 1999, p. 285, il quale ricorda come i singoli, attraverso il ricorso stabilito in alcuni Trattati di diritto internazionale a organi di tutela giurisdizionale, abbiamo avuto la possibilità di influenzare l'evoluzione del diritto interno dei propri Stati di appartenenza.

⁽²²²⁾ Ci sia consentito il rinvio al nostro, *Riservatezza e trattamento dei dati personali nella normativa dell'Unione Europea*, in A. PALAZZO e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 457 ss.

CAPITOLO QUARTO

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE COME NOZIONI AUTONOME

Sommario: 1. Diritto comune europeo e nozioni autonome. — 2. L'elaborazione delle nozioni autonome nella giurisprudenza delle Corti europee. — 3. Le nozioni autonome nella giurisprudenza dell'Unione Europea. — 4. Le nozioni autonome nell'ambito della C.E.D.U. — 5. Il significato dell'attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive nella giurisprudenza delle due Corti. — 6. Il problema del *law-making power*.

1. — *Diritto comune europeo e nozioni autonome.*

Le due Corti europee seppure, come detto, entrambe concorrono alla definizione di un nuovo diritto comune, la loro azione è comunque diversa. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, è un organo giurisdizionale all'interno di un sistema convenzionale internazionale, che seppur peculiare, non assume il ruolo di ordinamento giuridico autonomo. Tale è invece l'Unione Europea.

È stato infatti proprio il supermo organo giurisdizionale U.E. che per primo ha riconosciuto la natura di ordinamento giuridico autonomo al sistema nascente dagli allora Trattati istitutivi (CEE; CECA; EUROTAM).

Nella nota sentenza *Van Gend & Loos*, nel lontano 1963, i giudici del Lussemburgo – alla luce del contenuto dei Trattati e forse oltre le intenzioni di questi e dei padri fondatori delle allora Comunità – qualificano il neo nato sistema comunitario come ordinamento giuri-

dico autonomo e unico. Realizzata questa forte scelta, la cui portata ha effetti intorno ai quali ancora oggi ci si interroga, la stessa Corte di Giustizia si è prodotta nel rintracciare le basi su cui fondare l'ordinamento in esame.

I giudici del Lussemburgo hanno prima individuato l'esistenza dell'ordinamento comunitario. Successivamente si sono adoperati per fondare logicamente lo stesso e fornire al medesimo una base giuridica di appoggio.

La riferita problematica naturalmente non riguarda l'attività della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale invece svolge la sua funzione giurisprudenziale per organizzare degli *standards* minimi di tutela per i diritti riconosciuti nella Convenzione C.E.D.U. Essa fissa i livelli di protezione dei diritti ai quali gli Stati sottoscrittori sono chiamati ad adeguarsi nei modi che il Trattato C.E.D.U. stabilisce ed il metodo intergovernativo – che sovrintende i rapporti internazionali – richiede.

La Convenzione C.E.D.U., inoltre, non obbliga le Parti contraenti ad incorporare le sue disposizioni nel loro sistema nazionale⁽²²³⁾.

⁽²²³⁾ Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 gennaio 1978, *Irlanda/Regno Unito*, in *Racc.*, 1978, Serie A n. 25, p. 149. Invece l'esigenza di inserirsi nel circuito europeo di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali ha portato il Regno Unito ad emanare un *Bill of rights* che ha avuto l'effetto di aprire le porte di quel sistema al riconoscimento dei principi enunciati dalla Convenzione. Lo *Human Rights Act*, è entrato in vigore il 2 ottobre 2000 e nella sua sezione prima richiama gli articoli della Convenzione e del Primo e Sesto Protocollo che vengono ad avere effetti nell'ordinamento giuridico inglese. La necessità per il mondo giuridico inglese di introdurre mediante incorporazione la Convenzione C.E.D.U. si ritrova nelle parole di R. BLACKBURN, *The United Kingdom*, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe, European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford, 2001, p. 958: «*the virtual certainty of it substantially improving the UK government's standing before the European Court of Human rights, where the UK's record of defeats and human rights violations has been relatively high; and of reducing the number of UK cases needing to be taken to Strasbourg at all, since most of human rights legal questions that have arisen could have been dealt with and resolved by domestic courts*».

Anzi, proprio il carattere astratto con cui sono redatte norme della C.E.D.U. se da un lato ha fatto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il fulcro della produzione giuridica del sistema derivante dal Trattato, dall'altra è stata una delle principali ragioni per la quale si ritenuto che il valore meramente programmatico impedisse loro una diretta applicazione nel diritto interno agli Stati aderenti⁽²²⁴⁾.

Un obbligo preciso nel senso dell'incorporazione, comunque, non esiste tra le disposizioni della Convenzione.

Ben diversa è invece la sorte del sistema delle fonti di diritto di ogni Stato membro dell'Unione innanzi alle norme promanate da quest'ultima.

Ciò nonostante è possibile – a parere di chi scrive – organizzare il confronto tra le modalità operative delle due giurisprudenze intorno ad alcuni aspetti funzionali alle finalità del presente lavoro: l'elabo-

⁽²²⁴⁾ In merito va registrata una tendenza invalsa negli ultimi anni, anche ad opera della Corte di Cassazione italiana, di riconoscere alle disposizioni della C.E.D.U. il carattere della immediata applicabilità. Ciò significa che anche nel contesto normativo dell'ordinamento italiano il giudice nazionale è chiamato ad assicurare una corretta applicazione delle norme convenzionali (Cass., 12 maggio 1993, n. 5418, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 580 ss.). La Corte Costituzionale non ha mai proceduto, come afferma autorevole dottrina, a costituzionalizzare le norme della Convenzione (M. DE SALVIA, *L'acculturazione incompiuta al diritto europeo dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 2, p. 454. Secondo l'autore è proprio la mancata costituzionalizzazione dell'art. 6 della C.E.D.U. che ha spinto il legislatore italiano alla costituzionalizzazione invece del giusto processo inserendo il nuovo art. 111 Cost.). Ossia la Corte non ha mai attribuito a quest'ultime, anche se opportunamente integrate con l'interpretazione giudiziaria della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, un primato esplicito nel sistema gerarchico delle fonti di diritto italiane. La stessa però ha da tempo riconosciuto alle norme C.E.D.U. una particolare resistenza proprio nell'ambito della gerarchia delle fonti, sostenendo l'insuscettibilità dell'abrogazione così come della modificazione delle norme della C.E.D.U. ad opera di disposizioni di legge ordinaria ad esse successive (C. Cost., sentenza del 12 gennaio 1993, n. 10, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, p. 276 ss.). È possibile oggi concludere, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, che il rapporto dialettico esistente tra le disposizioni e i principi della C.E.D.U. e le norme di diritto interno si risolve in termini di prevalenza dei primi sulle seconde. Si veda su questo tema anche Cass. S.U., 1 ottobre 1986, n. 5287, in *Corr. giur.*, 1986, p. 1315.

razione delle nozioni autonome ed il ruolo riconosciuto ai singoli nei rispettivi sistemi.

Il percorso della successiva analisi, quindi, si organizzerà attraverso l'individuazione dei due momenti che possono dirsi da un lato i *risultati* dell'attività di strutturazione dell'ordinamento dell'Unione Europea ad opera dei giudici del Lussemburgo e dall'altro di organizzazione del sistema C.E.D.U. da parte della sua Corte.

L'ordine con cui si realizzerà l'indagine pone l'attenzione primariamente alla formazione delle nozioni giuridiche autonome. Successivamente si tratterà il ruolo degli individui nei sistemi in esame.

Il riconoscimento da parte delle Corti di Giustizia di situazioni giuridiche soggettive in capo ai singoli, infatti, è per l'ordinamento comunitario momento di strutturazione dello stesso.

Per il sistema C.E.D.U. la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive è, invece, anche determinazione del *locus standi* per l'accesso al suo sistema di giustizia.

Le situazioni giuridiche soggettive elaborate dalle Corti sono però, in entrambi i sistemi, qualificabili come nozioni autonome.

2. — *L'elaborazione delle nozioni autonome nella giurisprudenza delle Corti europee.*

Nell'attività interpretativa dei giudici del Lussemburgo e di quelli di Strasburgo, l'esigenza di applicare in maniera uniforme il diritto, così come il rispetto del principio di uguaglianza, hanno giustificato e giustificano il ricorso a concetti giuridici autonomi⁽²²⁵⁾.

⁽²²⁵⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 9 novembre 2000, C-357/98, *The Queen contro Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, in *Racc.*, 2000, p. 9256, punto. 26, che infatti ricorda come «tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario, quanto il principio d'uguaglianza esigono che una

Lasciare la qualificazione della fattispecie giuridica – presupposto per l'applicazione della norma convenzionale C.E.D.U. o dell'Unione Europea – alla sola interpretazione compiuta sulla scorta del diritto interno significa, infatti, introdurre delle possibili disparità di trattamento tra i destinatari provenienti da paesi diversi. Uno stesso fatto potrebbe ricevere, invero, qualificazioni dissimili.

I principi alla luce dei quali interpretare la situazione giuridica dedotta in giudizio, infatti, potrebbero mutare a seconda dell'ordinamento giuridico dal quale i criteri di qualificazione provengono.

L'autonomia delle nozioni di diritto internazionale si traduce in una garanzia di eguaglianza e di salvaguardia delle libertà fondamentali del singolo, la cui applicazione concreta viene così sottratta alla volontà discrezionale degli Stati che a quella organizzazione supranazionale aderiscono ⁽²²⁶⁾.

La determinazione del senso e del significato di una nozione giuridica avviene, così, in base al ricorso al principio dell'autonomia dei significati. Entrambe le Corti, quindi, ricorrono alle elaborazioni di concetti giuridici autonomi. Le finalità per cui ciò avviene sono però diverse.

disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, nell'intera Comunità, ad un'interpretazione autonoma ed uniforme»; cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza del 19 settembre 2000, C-287/98, *Lussemburgo/Linster*, punto 43, in *Racc.*, 2000, p. 6917; ID., sentenza del 4 luglio 2000, C-387/97 *Commissione/Grecia*, in *Racc.*, 2000, p. 5047; il principio dell'applicazione uniforme si applica anche al settore del diritto privato, cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 23 marzo 2000, C-373/97, *Dionysios Diamantis c. Elliniko Dimosio, Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE* (OAE), par. 34, in *Racc.*, 1997, p. I-1705; ID., sentenza del 26 marzo 1996, C-441/93, *Pafitis e altri contro TKE e altri*, par. 68 -70, in *Racc.*, 1996, p. I-1347.

⁽²²⁶⁾ Sul punto specifico A. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giustizia*, 1-2, 2000, p. 127.

3. — *Le nozioni autonome nella giurisprudenza dell'Unione Europea.*

Nella sua azione, l'organo giurisdizionale dell'Unione Europea procede, come detto, elaborando nozioni giuridiche che non sempre, e non necessariamente, coincidono con quelle presenti negli Stati membri anche qualora tra le prime e le seconde vi sia corrispondenza nell'espressione lessicale che le identifica.

La presenza di termini astratti negli atti legislativi di provenienza «unitaria» può, infatti, dar luogo a problemi d'attuazione e applicazione non uniforme delle norme dell'Unione Europea e delle corrispondenti misure nazionali.

È innegabile, invero, che espressioni astratte possano corrispondere a concetti giuridici per i quali esistono regole diverse nei distinti ordinamenti nazionali⁽²²⁷⁾.

Il richiamo a nozioni giuridiche provenienti dagli ordinamenti degli Stati membri, sotto il profilo dell'attribuzione del senso e della portata di un concetto contenuto nelle norme dei Trattati, e/o negli atti di diritto derivato, sarebbe infatti incompatibile con la funzione attribuita al diritto «unitario» ed alla necessità che esso trovi uniforme applicazione nell'intero territorio dell'Unione.

L'autonomia concettuale utilizzata dalla Corte, però, non risponde ad un'esigenza di uniformità soltanto formale.

⁽²²⁷⁾ Questi aspetti sono stati esaminati da uno studio del Parlamento europeo: *'Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code'* (PE 168.511, 56). Lo studio per esempio fa emergere le possibili perplessità intorno al concetto di «danno», termine per cui sussiste incertezza nel significato, infatti: «le normative europee a disciplina della responsabilità non hanno ancora un concetto ragionevolmente uniforme di danno o un'idea quanto alla sua definizione, il che naturalmente rischia di far fallire gli sforzi di elaborare direttive europee nel settore». Alcune direttive (art. 9 della dir. 85/374/C.E.E., art. 17 della dir. 86/653/C.E.E.) contengono definizioni differenti del termine «danno», ma ciascuna di queste è funzionale soltanto alla materia di cui tratta la direttiva che la contiene. Altre direttive (art. 5 della dir. 90/314/C.E.E.) fanno uso del termine senza definirlo.

I concetti così elaborati cercano spesso di soddisfare interessi diversi e talvolta aggiuntivi rispetto a quelli tenuti presenti negli ordinamenti interni, creando tra questi anche nuovi equilibri rilevanti per il sistema legale dell'Unione Europea.

Il giudice dell'Unione, in forza del ricorso al criterio dell'autonomia dei concetti, ha contribuito alla creazione dei principi oggi posti alla base del sistema dell'ordinamento dell'Unione, nonostante l'estrema frammentarietà delle fonti di riferimento.

Questa opera della giurisprudenza assicura la presenza di una linea che finisce per legare l'esigenza d'uniformità d'applicazione del diritto di provenienza europea nei diversi ordinamenti nazionali, e la rispondenza di tale applicazione al contenuto sostanziale che possa dirsi specificatamente «comunitario/unitario».

Si è osservato, infatti, che quando la Corte fa ricorso al principio dell'autonomia dei concetti del diritto «comunitario/unitario», ciò non significa semplicemente scegliere il criterio migliore, o più adatto e flessibile, per risolvere in maniera identica – e senza alterare gli equilibri caratteristici di ciascun sistema – un dato conflitto d'interessi. Si tratta viceversa della ricerca di un'unità concettuale orientata teologicamente ad introdurre criteri non già migliori, quanto invece diversi⁽²²⁸⁾, rispetto a quelli propri degli ordinamenti giuridici interni e rispondenti al perseguimento di interessi propri del sistema «comunitario/unitario».

È un esempio dell'operazione compiuta dalla Corte di Giustizia l'ipotesi della nozione di «bene». Il diritto U.E. innova in maniera significativa l'area dei beni giuridici, individuando nuove autonome figure non necessariamente note al diritto nazionale. Il riferimento è, nel caso italiano ad esempio, ai c.d. «beni immateriali» il cui sviluppo costituisce una delle caratteristiche fondamentali dell'ordinamento

⁽²²⁸⁾ Cfr. N. SCANNICCHIO, *La specificità del diritto privato*, in *Diritto privato europeo*, N. LIPARI (a cura di) di, vol. I, Padova, 1997, p. 92.

europeo. L'ordinamento giuridico «comunitario/unitario» prende atto della qualificazione in termini di beni già presente nella normativa e negli ordinamenti degli Stati membri, ma innova la regolamentazione sulla base di una valutazione di interessi in gioco distinta ed autonoma rispetto a quella presa in considerazione dalle normative statali ⁽²²⁹⁾. In alcune ipotesi poi la diversa regolamentazione di beni,

⁽²²⁹⁾ Il diritto comunitario, da un lato detta la disciplina di nuove tipologie di beni, solitamente collegati a bisogni indotti dalla tecnologia e dalle pratiche commerciali e spesso non riconosciuti in ambito nazionale. Il legislatore comunitario delinea nella dir. 2004/48/CE gli obiettivi del suo intervento facendo riferimento proprio alla Carta dei Diritti fondamentali (vedi il considerando n. 32, per cui: «la presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Essa mira in particolare ad assicurare il pieno rispetto della proprietà intellettuale in conformità all'art. 17, paragrafo 2, di tale Carta») e specifica che il termine «diritti di proprietà intellettuale» include, ai fini della direttiva, i diritti di proprietà industriale (art. 1 dir., cit.). Cfr G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva di enforcement*, in *Danno e responsabilità*, n. 5, 2007, p. 500, per il quale la precisazione fatta: «è opportuna poiché l'espressione "proprietà intellettuale" viene spesso utilizzata in senso più ristretto, per individuare i beni protetti dal diritto d'autore in contrapposizione a quelli oggetto di proprietà industriale». Il legislatore comunitario ha usato l'espressione «proprietà intellettuale» per indicare in generale i beni immateriali, quale categoria aperta (si afferma ad esempio la rilevanza delle «informazioni tutelabili o no» – art. 2, n. 22, del Regolamento n. 2321/2002 – stabilendo il principio per cui anche altri beni immateriali, non nominati dalle fonti, possano diventare oggetto di diritti). Ciò è stato espressamente confermato dalla Commissione dell'Unione Europea nella successiva Dichiarazione 2005/295/CE, in cui si afferma che rientrano «nel campo di applicazione della direttiva almeno i seguenti diritti di proprietà intellettuale: diritto d'autore, diritti connessi al diritto d'autore, diritto del costituente di una banca dati, diritti dei creatori di topografie di prodotti a semiconduttori, diritti relativi ai marchi, diritti relativi ai disegni e modelli, diritti brevettuali, compresi i diritti derivanti da certificati protettivi complementari, indicazioni geografiche, diritti relativi ai modelli di utilità, diritti di privativa per ritrovati vegetali e nomi commerciali, se protetti da diritti di privativa nella legislazione nazionale». Ancora G. SAVORANI, *op. cit.*, p. 500 ss., sul punto l'autrice evidenzia come in dottrina ci si chieda – considerata la mancata menzione nell'elenco – se rientrino nell'ambito di operatività della direttiva *enforcement* le invenzioni biotecnologiche, oggetto della Direttiva 98/48/CE, attuata in Italia con d.l. 10 gennaio 2006, n. 3, e relativa legge di conversione 22 febbraio 2006, n. 78. Dalla loro brevettabilità sembra potersi dedurre una risposta affermativa. Si veda anche R. CIPPITANI, *I beni*, in A. PALAZZO, A.

già qualificati tali dai diritti nazionali, si accompagna strettamente ad un ampliamento della rispondente nozione in vista della tutela di distinti ed autonomi interessi, alla cui salvaguardia si orienta in maniera significativa il diritto «comunitario/unitario». È il caso della normativa in materia di tutela del patrimonio artistico: da una parte, infatti, l'Unione prende atto delle relative qualificazioni presenti nei diversi ordinamenti. Dall'altro, innova ampliando l'area dei beni da disciplinare⁽²³⁰⁾.

L'istituzione giurisdizionale dell'Unione Europea, quindi, ha adottato criteri interpretativi diretti ad individuare un significato «comunitario/unitario» delle nozioni giuridiche presenti nelle norme del sistema dove essa opera, al fine di costruire lo spazio giuridico europeo.

4. — *Le nozioni autonome nell'ambito della C.E.D.U.*

La teoria delle nozione autonome, come detto, è stata elaborata anche dalla Corte di Strasburgo. Nell'interpretare il contenuto delle

SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, p. 107, secondo cui tra le invenzioni prevista dal diritto comunitario è particolarmente interessante la definizione di quelle biotecnologiche che «hanno ad oggetto un prodotto consistente in materiale biologico o che lo contiene, o un procedimento attraverso il quale viene prodotto, lavorato o impiegato materiale biologico». (art. 3 par. 1, direttiva 98/48/CE); dove per materiale biologico si intende «un materiale contenente informazioni genetiche, auto producibili o capace di riprodursi in un sistema biologico». A riguardo si veda la direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche) Ciò che accomuna i diritti summenzionati è l'immaterialità, ovvero il fatto di consistere in idee o entità prive di corporalità, suscettibili di essere riprodotte in serie, utilizzate, godute e trasferite a terzi senza limiti di quantità, di tempo o di luogo.

⁽²³⁰⁾ In questo senso P. OTRANTO, *La circolazione dei beni culturali nel testo unico del 1999, fra mercato unico, cooperazione comunitaria e protezione del patrimonio personale*, in *Quaderni dir. priv. eu.*, 2000, p. 169 ss.

disposizioni della C.E.D.U., infatti, la sua Corte applica, in linea di massima, il principio di autonomia. Anche in detto caso – e secondo tale principio – i diritti e le libertà garantiti devono essere intesi nel significato autonomo da attribuire loro nel contesto C.E.D.U. e non mediante semplice riferimento al diritto nazionale.

In effetti, dato che è compito della Corte Europea elaborare un diritto che garantisca *standards* minimi di applicazione dei diritti fondamentali in Europa, non si può far dipendere l'applicabilità di una disposizione della C.E.D.U. dalle qualificazioni giuridiche che di essa vengono date nei diversi ordinamenti degli Stati contraenti.

Le nozioni autonome permettono agli organi di Strasburgo di determinare il campo di applicazione della C.E.D.U. e di controllare la conformità alla Convenzione dell'interpretazione nazionale di certe nozioni di rilevante rilievo giuridico. Ossia concetti giuridici che, separati dal diritto interno, devono interpretarsi nel contesto della Convenzione, alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Il diritto interno, in questo senso, non è altro che un punto di partenza dell'elaborazione.

L'argomento delle nozioni autonome nella giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo, per essere meglio stigmatizzato, però deve essere collegato a quello del margine di apprezzamento.

Quest'ultimo si pone rispetto a quello delle nozioni autonome in un rapporto speculare. Infatti, tanto più cresce il margine di apprezzamento che la Corte riconosce in una determinata materia ad uno Stato, tanto più diminuisce lo spazio per l'elaborazione di una nozione autonoma in campo convenzionale per la stessa materia.

Il c.d. margine di apprezzamento è criterio utilizzato dalla Corte per valutare la sussistenza della necessità di restringere l'esercizio di un diritto o di una libertà.

La dottrina del margine di apprezzamento statale si rifà ad un atteggiamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che può es-

sere qualificato di *self-restraint*, riferendosi allo spazio in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra. Detto margine è riconosciuto a tutti gli Stati aderenti ed è identificabile con quell'area di confine la cui esistenza si indaga prima di arrivare a dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla C.E.D.U., realizza una concreta violazione della Convenzione stessa.

Ragionare in termini di margine di apprezzamento significa riconoscere una sorta di *limes* tra le misure di limitazione ammesse ai diritti fondamentali riconosciuti, e quelle non. Le prime sono interne al confine tracciato proprio dal margine di apprezzamento, dove è ammessa la discrezionalità dello Stato anche in termini di compressione dei diritti fondamentali; le seconde sono eccedenti tale margine, e pertanto costituiscono violazioni della Convenzione. La linea di demarcazione delle due zone è necessariamente (oltre che assolutamente) mobile.

È pertanto possibile che lo Stato comprima diritti qualificati come fondamentali. Ciò, però, è ammissibile se rispettata una certa proporzionalità fra misura adottata in concreto e gli scopi previsti dalla misura⁽²³¹⁾.

I giudici di Strasburgo, quindi, posti di fronte ad una misura statale che sembra porsi in contrasto con la Convenzione, possono anche astenersi dal giudicare. Ciò in quanto, lo stesso sistema C.E.D.U. permette agli Stati di fare ricorso ad un apprezzamento relativo alla portata delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalla Convenzione.

È la Corte, quindi, il soggetto deputato a rintracciare il giusto equilibrio tra il sacrificio imposto all'individuo nell'interesse genera-

⁽²³¹⁾ Il compito della Corte consiste nel verificare se le misure adottate a livello nazionale si giustifichino fin dal principio e siano proporzionate. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis*, in *Riv. int. dir. um.*, 1993, p. 512.

le e la necessità di imporlo per la salvaguardia di quella collettività. Comunità di riferimento, quest'ultima, che è luogo di garanzia dei diritti di tutti, nel possibile conflitto tra gli obblighi assunti dagli Stati in forza della loro adesione alla C.E.D.U. e la loro stessa sovranità.

Il principale problema che si viene a creare, quindi, è proprio quello di conciliare un'interpretazione uniforme della Convenzione europea con un criterio di relatività che assicuri il rispetto nel senso indicato delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei paesi aderenti alla C.E.D.U.

In questo ambito si colloca la preoccupazione di una protezione dei diritti che potrebbe assumere un carattere disomogeneo o variabile. Si teme cioè che il riconoscimento del margine di apprezzamento possa determinare un problema di uniformità di applicazione della Convenzione stessa, con la conseguente creazione di differenze fra gli Stati. Infatti, a seconda della diversa intensità del margine di apprezzamento in una stessa materia, la medesima disposizione convenzionale potrebbe avere più o meno forza di penetrazione negli ordinamenti interni.

Per tale ragione la Corte utilizza nella sua attività interpretativa nozioni autonome.

5. — *Il significato dell'attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive nella giurisprudenza delle due Corti.*

Entrambe le Corti elaborano concetti giuridici autonomi in ossequio al principio di uguaglianza e di uniformità di applicazione dei *rispettivi diritti*, ma diversa è la finalità sostanziale del ricorso a detti concetti. Se la finalità formale è per ambedue le Corti il rispetto del principio di uguaglianza, distinto è lo scopo sostanziale per cui l'operazione ermeneutica si compie.

Per la giurisprudenza di Lussemburgo elaborare concetti autonomi significa soddisfare interessi diversi e aggiuntivi rispetto a quelli degli ordinamenti interni, ma necessari alla strutturazione ed attuazione dell'ordinamento U.E. Le nozioni autonome del diritto «comunitario/unitario» sono qualcosa di più rispetto al corrispondente concetto interno; queste operano in aggiunta ad esso nel perseguire l'interesse proprio dell'ordinamento dell'Unione Europea: la costruzione del mercato interno.

Per la Corte di Strasburgo le nozioni autonome sono strumenti per determinare il campo di applicazione della Convenzione e di controllare la conformità alla medesima dell'interpretazione compiuta dal giudice nazionale delle stesse disposizioni convenzionali, secondo il principio del margine di apprezzamento.

Le situazioni giuridiche soggettive elaborate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sono qualificate dalla stessa come nozioni autonome. Del pari sono definibili come tali le situazioni giuridiche soggettive individuate come rilevati dalla Corte di Giustizia.

Come anticipato, nella giurisprudenza delle due Corti anche il riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive in capo agli individui assume un significato diverso.

Per i giudici di Lussemburgo queste costituiscono uno dei momenti della strutturazione dell'ordinamento «comunitario/unitario»: un ordinamento giuridico esiste se ed in quanto nella sua costruzione per gradi, data la presenza di un gruppo con interessi comuni e poste le norme per la qualificazione dei componenti dello stesso, da queste si fanno discendere un complesso di rapporti e situazioni (situazioni giuridiche soggettive) che assegnano diritti e doveri ai diversi soggetti, generando nel contempo nuovi rapporti ⁽²³²⁾.

⁽²³²⁾ La costruzione per gradi prosegue nell'individuazione di posizionamento di una autorità sociale che ponga le regole; ultimo elemento strumenti di tutela dell'ordine e coazione. Il riferimento è a alla teoria gradualistica di Kelsen: cfr. H. KELSEN,

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ricorre alla loro qualificazione, invece, anche per garantire agli individui la massima tutela offerta dalla Convenzione C.E.D.U., implementando l'area di accesso al suo sistema di giustizia.

Quanto segue dovrebbe suffragare le riferite considerazioni.

È dato non controvertibile, infatti, che, nello svolgimento della sua azione, la Corte di Giustizia abbia individuato situazioni giuridicamente protette nel sistema europeo di suo riferimento, definendone il contenuto rispetto a quello assegnabile loro nei diversi ordinamenti giuridici interni.

L'idea che la Comunità, prima e l'Unione poi attribuiscono ai singoli posizioni giuridiche era già invero espressa nelle prime sentenze della Corte. Per i giudici del Lussemburgo «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro diritti soggettivi»⁽²³³⁾; diritti sorgono, prosegue la Corte, non solo in quanto espressamente indicati nei Trattati, ma anche quale contropartita ad obblighi che le fonti istitutive impongono ai singoli, agli Stati ed alle Istituzioni.

Ai cittadini sono riconosciuti così diritti individuali che i giudici nazionali sono chiamati tutelare perché veicolati, all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato, attraverso l'obbligo loro imposto dai Trattati e discendente direttamente dalla scelta limitativa della propria sovranità effettuata a favore dell'ordinamento giuridico comunitario all'atto di sottoscrizione degli stessi⁽²³⁴⁾. Attribuire in ma-

Teoria generale del diritto e dello Stato, Milano, 1945; ID., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960.

⁽²³³⁾ Testualmente Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, in *Racc.*, 1963, p. 1 ss.

⁽²³⁴⁾ Si legga Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa/Enel*, in *Racc.*, 1964, p. 1129 ss.

niera diretta (principio della diretta applicabilità⁽²³⁵⁾) o in maniera indiretta (attraverso cioè norme nazionali di adattamento) diritti ed obblighi in capo ai cittadini rientra nella natura dell'Unione Europea, proprio quale ordinamento giuridico autonomo. Modalità oggi specificatamente stabilita anche nell'art. 17 del T.U.E. e connessa, pertanto, allo stesso significato di cittadinanza europea.

La qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto U.E. avviene sempre in maniera diretta, seppur possa essere diversa la ricostruzione degli effetti giuridici che derivano dalla qualificazione delle norme che le contengono⁽²³⁶⁾.

Le norme dell'Unione Europea, infatti, possono produrre invero effetti diretti nell'ordinamento dello Stato membro, sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale, tutte le volte che esse siano contenute in atti dotati di tale caratteristica⁽²³⁷⁾. Nell'ipotesi di

⁽²³⁵⁾ L'intero ordinamento dell'Unione Europea è direttamente applicabile ai soggetti di diritto. Si legga R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità del diritto comunitario*, Milano, 1980. Questo principio è stato formulato dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963, cit.: «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei caso in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie». Tale principio non è contraddetto dalla circostanza che alcune fonti siano immediatamente applicabili ad alcuni soggetti (come gli Stati) ma non ad altri. La Corte di Giustizia ha ricordato in più pronunce come l'ordinamento giuridico comunitario imponga obblighi, così come attribuisca diritti anche ai singoli cittadini.

⁽²³⁶⁾ In questi termini sul punto specifico E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Padova, 1999, p. 6.

⁽²³⁷⁾ Come le stesse norme dei Trattati, i principi generali del diritto comunitario elaborati dalla giurisprudenza e naturalmente i regolamenti e le decisioni, oppure le direttive dotate di efficacia diretta. In quest'ultimo caso siamo di fronte, come afferma la stessa giurisprudenza comunitaria, ad una circostanza particolare, per cui, se è pur vero che ai sensi dell'allora art. 249 T.C.E., oggi art. 288 T.F.U.E., l'attuazione delle

atti diritto derivato che necessitano di un'opera di adattamento da parte degli Stati⁽²³⁸⁾, l'attribuzione delle situazioni giuridiche avviene mediante il concorso della competenza statale.

Di fronte a dette ipotesi, però, i diritti – o più in generale le situazioni giuridiche riconosciute ai singoli – non hanno una pienezza diversa o inferiore rispetto a quelle attribuite attraverso atti capaci di produrre effetti diretti negli ordinamenti degli Stati. Infatti, dall'obbligo gravante su quest'ultimi di dare attuazione al diritto dell'Unione Europea la Corte di Giustizia ha fatto discendere una serie di conseguenze capaci di assicurare in ogni modo tutela ai diritti riconosciuti ai cittadini, seppur contenuti in atti non avente efficacia diretta.

Il riferimento è al diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato in ragione della mancata attuazione del diritto «comunitario/unitario»; all'obbligo di disapplicazione esistente sia in capo ai giudici, che anche agli stessi dipendenti della pubblica amministrazione⁽²³⁹⁾, delle eventuali norme di diritto interno che ostacolano l'effettività della situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento dell'Unione; così come al dovere gravante sugli organi dello Stato di interpretare il diritto interno in maniera conforme al diritto «unitario» anche se – o forse soprattutto se – quest'ultimo non sia capace di produrre effetti (principio dell'effetto utile)⁽²⁴⁰⁾.

direttive comunitarie deve essere garantita mediante adeguati provvedimenti adottati dagli Stati membri, nell'ipotesi nella quale però uno di questi abbia omissso di emanare i provvedimenti di attuazione prescritti – o abbia adottato provvedimenti non conformi ad una direttiva – i singoli cittadini hanno il diritto di far valere in giudizio le previsioni in essa contenute nei confronti dello Stato inadempiente (la Corte, in ogni caso, ha tenuto a precisare che tale eventualità sono ipotesi comunque eccezionali, si veda in tal senso Corte di Giustizia, sentenza del 11 agosto 1995, C- 433/93, *Commissione/Germania*, punto 23, in *Racc.*, 1995, p. I-2303).

⁽²³⁸⁾ Il riferimento è naturalmente alle direttive. Si veda *infra* cap. 5 e 6.

⁽²³⁹⁾ Si veda L. S. ROSSI, *L'attuazione in Italia del diritto comunitario mediante atti amministrativi*, in *Dir. comm.*, 1987, p. 391.

⁽²⁴⁰⁾ Si veda la sentenza C. Cost. 11 luglio 1989 n. 389, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 1757.

È fortemente legato, inoltre, alla qualificazione delle situazioni giuridiche dell'Unione Europea lo stretto rapporto – anch'esso emergente dalla giurisprudenza della Corte – che unisce il riconoscimento delle posizioni soggettive alla possibilità per le stesse di essere fatte valere in un giudizio ad opera dei destinatari, siano essi soggetti pubblici o privati, sì da renderle effettive attraverso l'attività giurisdizionale.

Nel cammino intrapreso sul terreno della garanzia del primato del diritto dell'Unione Europea ⁽²⁴¹⁾, la Corte di Giustizia ha raggiunto

⁽²⁴¹⁾ Lungo è negli anni l'elenco delle sentenze dalla Corte di Giustizia che hanno riconosciuto la preminenza del diritto comunitario su quello interno, si riportano alcuni riferimenti: cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm e altri/Bundeskartellamt*, in *Racc.*, 1969, p. 1; ID., sentenza del 10 luglio 1980, C-826/79, *Mireco*, in *Racc.* 1980, p. 2559; cfr. ID., sentenza del 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*, in *Racc.*, 1990, p. I-2466; cfr. ID., sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich, Bonifaci*, in *Racc.*, 1991, I-5403; cfr. ID., sentenza del 4 giugno 1992, cause riunite C-13 e 113/91, *Debus*, in *Racc.* 1992, p. I-3636; cfr. ID., sentenza del 27 aprile 1994, C-393/92, *Gemente Almelo*, in *Racc.*, 1994, p. I-477; cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Racc.*, 1996, p. I-1029; cfr. *ib.*, sentenza del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd*, in *Racc.*, 1999, p. I-1459. In conseguenza di tale principio i giudici nazionali devono disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con l'ordinamento dell'Unione Europea (come affermato dalla Corte di Giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato italiano/Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, p. 629). È necessario ricordare come nel tempo le norme comunitarie, promanando da un ordinamento giuridico diverso da quello statale, hanno fatto sorgere questioni legate al corretto coordinamento tra i diversi ordinamenti, comunitario ed interno (le problematiche di coordinamento che hanno comunque interessato ciascuno degli Stati membri e la Comunità, anche se necessariamente diverse ognuna dall'altra in relazione alle caratteristiche proprie di ognuno di essi. A riguardo si legga T. TREVES (a cura di), *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Milano, 1969; nonché A. MIZZAGLIA, *Le Comunità europee in rapporto al diritto internazionale e al diritto degli Stati membri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 5 ss; R. MONACO, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, I, Milano, 1967). L'approdo alla prevalenza del diritto europeo sul diritto interno è stato, nell'ordinamento giuridico italiano, frutto anche di una lunga, ed in qualche maniera tormentata, marcia in evoluzione segnata dalle pronunce della Consulta, che oggi può dirsi essere approdata alle posizioni proprie della Corte di Giustizia (sull'iniziale rapporto tra la

detto scopo attraverso il conferimento ai singoli di diritti individuali (la dottrina del c.d effetto diretto⁽²⁴²⁾), e successivamente mediante l'ampliamento del numero dei rimedi per far fronte alla loro viola-

Corte di Giustizia e la Corte costituzionale si veda F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970). L'ordinamento dell'Unione Europea prevale su tutte le disposizioni degli ordinamenti nazionali, e ciò si verifica anche se le disposizioni nazionali sono successive a quelle emanate dall'Unione. Questo principio, che si collega con quello della diretta applicabilità, è stato affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella nota pronuncia *Costa/Enel* (Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1964, in *Racc.*, 1964, p. 1129 ss.).

⁽²⁴²⁾ Come detto l'intero ordinamento dell'Unione Europea è direttamente anche applicabile ai soggetti di diritto. La Corte di Giustizia in più di una occasione ha individuato le disposizioni comunitarie aventi efficacia diretta per i singoli, ed in quanto tali caratterizzate dalla immediata azionabilità innanzi ai giudici ordinari. Ad esempio nella pronuncia della Corte di Giustizia, sentenza del 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn/Home Office*, in *Racc.*, 1974, p. 1337, si afferma che eventuali limitazioni alla libera circolazione dei lavoratori per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, poste in essere dai singoli Stati, non costituiscono alcun ostacolo al fatto che le disposizioni dell'art. 48 del Trattato CE, oggi art. 45 T.F.U.E., attribuiscano in capo ai singoli diritti soggettivi da poter azionare in giudizio. Sulla stessa linea la pronuncia della Corte di Giustizia, sentenza del 21 giugno 1974, C-2/74, *Reyeners/Stato Belga*, in *Racc.*, p. I-631 la quale specifica che l'allora art. 52 del Trattato C.E. (ora 48 T.F.U.E.) è norma direttamente efficace stabilendo la realizzazione della piena libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di altro Stato comunitario; o ancora la pronuncia della Corte di Giustizia, sentenza del 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.*, 1974, p. 1299, la quale afferma che gli artt. 59, par. 1, e 60, par. 3 (oggi 56 e 57 T.F.U.E.), sono dotati di efficacia diretta ed in quanto tali possono essere fatti valere innanzi a giudici nazionali, sancendo per il prestatore di servizi la soppressione di ogni discriminazione a causa della nazionalità o residenza. In ultimo è possibile ricordare anche la pronuncia della Corte di Giustizia, sentenza del 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne/Sabena*, in *Racc.*, p. I-1365, la quale chiama direttamente applicabile il principio di parità nelle retribuzioni lavorative tra uomini e donne così come sancito dall'art. 119 (ora 157 T.F.U.E.), ritenuto principio fondamentale della Comunità. L'ordinamento dell'Unione Europea costituisce parte degli ordinamenti nazionali, in cui è integrato. Va ricordato come alla luce dell'ultima riforma costituzionale l'art. 117 della Costituzione abbia ricevuto una nuova formulazione. Per la prima volta nella nostra Carta Costituzionale è stato fatto espresso riferimento all'ordinamento comunitario e agli obblighi da esso derivanti: «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

zione (il principio dell'effetto utile; c.d. disapplicazione comunitaria; il principio di responsabilità degli Stati per mancato recepimento del diritto comunitario). Ai fini della determinazione delle situazioni giuridiche soggettive la Corte utilizza, infatti, quale elemento per la loro identificazione, non solo il momento della qualificazione sostanziale, quanto la loro rilevanza dal punto di vista processuale⁽²⁴³⁾.

Lo strumento della tutela processuale è strettamente collegato al riconoscimento dei diritti e degli obblighi in capo ai cittadini da parte dell'ordinamento dell'Unione Europea. Per tale ragione le situazioni giuridiche soggettive di origine «comunitaria/unitaria» sono state qualificate come tecniche normative anziché come principi o valori di quello stesso ordinamento⁽²⁴⁴⁾.

Il riconoscimento di diritti ed obblighi in capo ai singoli individui nelle materie di competenza, esclusiva o concorrente, dell'Unione è stato strumento necessario a realizzare il sistema nascente dai Trattati istitutivi delle Comunità, prima, dell'Unione, poi, come ordinamento giuridico autonomo.

Attribuire ai singoli diritti individuali e rimedi è stato inoltre il mezzo attraverso il quale strutturare e rafforzare primato del diritto «comunitario/unitario» su quello interno⁽²⁴⁵⁾. Gli individui mediante

⁽²⁴³⁾ Sul punto E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario*, cit., p. 6 per cui: «l'idea del giudizio per i giudici del Lussemburgo è comprensiva, infatti sia delle forme di tutela processuale in senso stretto (processo civile, penale, amministrativo, contabile tributario, costituzionale e ovviamente comunitario); sia delle forme di tutela procedimentale, endo procedimentale (ad esempio nell'ambito dei procedimenti amministrativo di tutela delle norme sulla concorrenza) che extra procedimentali (ad esempio il diritto all'informazione sullo stato dell'ambiente previsto dalla direttiva 313/90 (...))».

⁽²⁴⁴⁾ Sempre E. PICOZZA, *op. cit.*, p. 4.

⁽²⁴⁵⁾ Afferma M. RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, in *Comm. market law rev.*, 1997, p. 308: «without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

le cause, le controversie e l'ampliamento dei sistemi di tutela, hanno assunto così il ruolo dei «principali guardiani del rispetto del diritto comunitario»⁽²⁴⁶⁾. Con il riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive, quindi, la Corte di Giustizia contribuisce alla costruzione dell'ordinamento giuridico dell'odierna Unione Europea.

Diverso, come detto, è il significato riconducibile alla qualificazione delle situazione giuridiche soggettive da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In questo caso alcune di esse coincidono con la situazione sostanziale che legittima l'azione. L'espressione «diritti e libertà» riconosciuti dalla Convenzione⁽²⁴⁷⁾ evidenzia, poi, la doverosità per lo Stato membro di adeguarsi agli obblighi derivanti dalla C.E.D.U., è ciò senza che siano necessarie indicazioni o precisazioni ulteriori dei diritti e delle libertà in essa sanciti.

Ogni Stato membro, con la sottoscrizione del Trattato, ha assunto l'obbligo di vigilare sulla propria legislazione interna affinché collimi con il contenuto della Convenzione, e di adottare eventuali misure di armonizzazione se necessarie a tal fine. È il non rispetto degli impegni assunti dalle parti contraenti che giustifica, anche ad opera dei singoli individui, il ricorso all'organo giurisdizionale C.E.D.U. Previsione, questa, necessaria ad assicurare il rispetto degli impegni derivanti agli Stati contraenti dalla sottoscrizione della Convenzione e dai suoi Protocolli⁽²⁴⁸⁾.

Anche nella C.E.D.U. gli individui, quindi, svolgono un ruolo di vigilanza sulla corretta applicazione delle norme che a tale sistema

⁽²⁴⁶⁾ Testualmente J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, F. MARTINES (a cura di), Bologna, 2003, p. 47, anche se è doveroso ricordare come l'autore si riferisca espressamente al principio del c.d. effetto diretto.

⁽²⁴⁷⁾ Il riferimento è all'articolo 1 C.E.D.U. (Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo): «le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione».

⁽²⁴⁸⁾ Recita così l'art. 19 C.E.D.U.

appartengono. È infatti previsto una struttura di garanzia di tale strumento normativo. I singoli, oltre ad essere i veri beneficiari del sistema di diritti e libertà previsti dalla Convenzione, sono anche autorizzati ad attivare il meccanismo di garanzie stabilito dalla stessa.

Si è parlato in questo senso di personalità di natura procedurale, o limitata personalità giuridica internazionale, riconosciuta agli individui attraverso la possibilità di mettere in moto di meccanismi di accertamento della violazione dei diritti e delle libertà C.E.D.U.⁽²⁴⁹⁾. Lo Stato, proprio in forza dell'adesione, non può impedire l'avvio del meccanismo di garanzia previsto dal Trattato; ne sottrarsi alle conseguenze derivanti dall'innestato procedimento⁽²⁵⁰⁾.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo quindi, proprio attraverso la sua attività di qualificazione delle situazioni soggettive, realizza l'ampliamento delle posizioni che consentono l'azione nel sistema. Questo ha permesso l'identificazione di situazioni giuridiche soggettive in capo ai singoli che prima erano escluse dal novero di quelle che identificano la legittimazione alla richiesta dei provvedimenti.

In alcuni casi, quindi, le situazioni giuridiche soggettive identificate dal giudice di Strasburgo costituiscono l'area dello *standing* entro

⁽²⁴⁹⁾ Il riferimento è a G. SPERDUTI, *L'individuo et le droit international*, in *Rec. des cours*, 90, 1956, p. 737, il quale afferma a riguardo che gli individui, rispetto al sistema di garanzia posto in essere dalla Convenzione, siano titolari a livello processuale di interessi legittimi all'osservanza delle norme internazionali da parte degli Stati, in analogia alla situazione in cui si trovano gli stessi individui che intendono contestare.

⁽²⁵⁰⁾ Il riferimento è oggi all'art. 34 del protocollo n. 11 C.E.D.U. oramai in vigore dal 1° novembre 1998, il quale ha fatto venir meno l'obbligo della preventiva accettazione della competenza della Corte ad analizzare i ricorsi presentati dai singoli. Gli Stati si sono impegnati così a non ostacolare in alcun modo l'esercizio di detto diritto riconosciuto ai singoli. In tema sull'importanza di detta innovazione si veda G. RAIMONDI, *Il Protocollo n. 11 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: una corte unica per la protezione dei Diritti dell'Uomo in Europa*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, 1, p. 61 ss.

il quale al singolo è permesso il controllo giurisdizionale delle violazioni, realizzate dallo Stato aderente, di quanto riconosciuto nella Convenzione. Esempio per eccellenza del significato che assume la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive nell'opera della Corte C.E.D.U., è l'identificazione delle questioni oggetto dell'attività procedimentale (*diritti ed obblighi di natura civili*) alla quale dovranno essere applicate le garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

6. — *Il problema del law-making power.*

L'aver trattato le situazioni giuridiche quali nozioni autonome pone la necessità, prima di procedere ulteriormente, di riflettere intorno a ciò che viene considerato una vera e propria questione problematica. Ossia il significato da attribuire al modo con cui le Corti europee svolgono la loro attività.

Per entrambi gli organi giurisdizionali esiste, infatti, il problema – sollevato da molti autori – di quale sia la reale natura della funzione creativa innegabilmente attribuibile alla loro giurisprudenza (di cui, tra l'altro, l'elaborazione delle nozioni autonome e la qualificazione delle situazioni soggettive sono la massima espressione).

Si pone il problema se l'elaborazione dei principi generali e le nozioni autonome da parte della Corte di Giustizia e dalla Corte C.E.D.U. siano espressione di una funzione discrezionale connessa all'attività giurisdizionale; oppure siano dimostrazione dell'esercizio di un vero e proprio *law-making power*, che farebbe di ciascuna curia un soggetto capace di esercitare un potere normativo a loro non espressamente attribuito.

Come evidenziato, la formazione del diritto dell'Unione Europea, così come quello del sistema convenzionale C.E.D.U. è per molta sua

parte di origine giurisprudenziale⁽²⁵¹⁾. La problematica dell'eventuale esistenza di un vero e proprio *law-making power* in capo ai giudici dei sistemi normativi in esame, può essere ricostruita accostando dell'una e dell'altra giurisprudenza gli aspetti che vengono evidenziati come parti sintomatiche della questione sull'incerta natura della funzione svolta dagli organi giurisdizionali in esame.

Per tale ragione di seguito verranno indicati gli argomenti da quali si fa discendere la natura normativa dalle sentenze emesse dalle *due Corti*.

In primis i giudici di Lussemburgo, così come quelli della non lontana Strasburgo, eserciterebbero un vero e proprio potere normativo sostitutivo o comunque equivalente a quello delle Istituzioni o degli Stati sottoscrittori, tutte le volte che con le loro pronunce procedono all'integrazione del lacunoso ordinamento «comunitario/unitario» gli uni, e di quello del sistema C.E.D.U., gli altri.

Il riconoscimento di un *law-making power* in capo alla Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si fa quindi derivare dalla natura incompleta dell'ordinamento U.E., in specie, e più in generale di ogni ordinamento sopranazionale compreso quello convenzionale C.E.D.U.⁽²⁵²⁾.

La stessa astrattezza insita nelle definizioni dei diritti e delle libertà fondamentali presenti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o la presenza di termini astratti negli atti legislativi di provenienza «comunitaria/unitaria», avrebbero contribuito a generare lo sviluppo della funzione normativa in capo alle due Corti.

Le giurisprudenze in esame creerebbero, quindi, norme giuridi-

⁽²⁵¹⁾ Così N. SCANNICCHIO, *La specificità del diritto privato*, cit., p. 100.

⁽²⁵²⁾ È un problema questo che riguarda anche il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo all'interno della C.E.D.U. si veda in questo seno G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts. How to interpret the ECHR*, in *Eu. jour. int. law*, 15, 2004, p. 278 ss.

che ogni volta che esse applicano una disciplina incompleta e incoerente presente nel sistema legale dove rispettivamente operano, oppure integrano norme definite in termini astratti.

Nello specifico della Corte del Lussemburgo tale convinzione viene rafforzata dal ricorso che la medesima fa all'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento U.E. e delle nozioni autonome. Nell'opera della Corte di Giustizia si è sottolineato come proprio l'elaborazione dei principi generali e delle nozioni autonome, non serva solo a chiarire il senso dell'ordinamento⁽²⁵³⁾, quanto piuttosto a realizzare – attraverso l'integrazione e il completamento della lacune dell'ordinamento in esame⁽²⁵⁴⁾ – la funzione pretoria⁽²⁵⁵⁾ che si riconosce propria alla giurisprudenza dell'Unione Europea.

Per detta ragione si ritiene che la Corte di Giustizia abbia proceduto alla costruzione dell'ordinamento giuridico «comunitario/unitario» esercitando un vero e proprio *law-making power*⁽²⁵⁶⁾.

A ciò avrebbe dovuto porre rimedio già nel lontano 1986 il c.d. Atto unico europeo⁽²⁵⁷⁾.

⁽²⁵³⁾ Cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1993, p. 410, afferma che costituiscono principi interpretativi, il principio dell'effetto diretto, la buona fede e la certezza del diritto. Si veda sul punto anche R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado de la Unión europea*, in *Jus poli*, 2007, p. 45 ss. Nonché F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, p. 545 ss.; M. VACCA, *L'integrazione dell'ordinamento comunitario con il diritto degli Stati membri e con i principi generali di diritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1991, p. 339 ss.

⁽²⁵⁴⁾ A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, p. 526.

⁽²⁵⁵⁾ In questo senso si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Léger per cui: «l'esistenza di tali principi è dedotta per via pretoria dal giudice, al fine di colmare eventuali lacune dell'ordinamento giuridico e per affermare valori non scritti, ma talvolta essenziali».

⁽²⁵⁶⁾ Si legga M. BETTATI, *Le "law-making power" de la Cour*, in *Pouvoir*, 1989, p. 57 ss.

⁽²⁵⁷⁾ L'affermazione è di V. BETTATI, *op. cit.*, p. 65 ss, per cui la modifica dei Tratta-

Principi generali e nozioni autonome, quindi, sarebbero espres-

ti C.E.E. ed Euratom avvenuta nel 1986 sembrava anche diretta a circoscrivere la riferita funzione, incidendo – limitandola – sulla precedente giurisprudenza comunitaria in almeno in tre settori: la realizzazione del mercato unico interno, la libera circolazione delle merci e le limitazioni all'esportazioni. Il 17-18 febbraio 1986 venne approvato l'Atto Unico europeo che entrò poi in vigore il 1° luglio 1987. Si parla di Atto Unico europeo in quanto riuniva in uno solo diversi testi, quelli approvati dal Consiglio Europeo riunitosi a Lussemburgo dal 2 al 4 dicembre 1985 riguardanti sia la modifica ai testi del Trattato C.E.E. sia un progetto di Trattato sulla cooperazione europea in materia di politica estera. Testi elaborati da due differenti comitati. Per la scelta dell'atto finale prevalse l'adesione all'indirizzo tracciato dalla Commissione, per cui detti testi dovevano venir raggruppati in uno, fermo restando che le Comunità sarebbero rimaste fondate su i Trattati e sugli atti che successivamente li hanno modificati, ed invece la politica estera sarebbe stata disciplinata direttamente dall'Atto Unico (sulla scelta di come articolare l'Atto unico europeo si veda F. POCAR, *Diritto dell'unione e delle comunità europee*, Milano, 1996, p. 47 che così stigmatizza il risultato finale: «l'Unione Europea rimaneva viceversa un'aspirazione piuttosto che un concetto chiaro e definito»). La Commissione presentò un calendario per l'adozione di 282 provvedimenti tra regolamenti e direttive che avrebbero dovuto condurre, come detto, alla realizzazione del mercato unico entro il 1992. Mercato unico significava sostanzialmente «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (...)» (così l'allora art. 13 del Trattato C.E.E.). Con l'Atto Unico vennero formalizzate alcune politiche comuni, di cui si era discusso durante il Vertice di Parigi, e che fino a quel momento venivano regolamentate per mezzo dell'art. 235 CEE, oggi 352 T.F.U.E. Era composto da due titoli, uno sanciva le modifiche da effettuare ai Trattati di Roma e le manovre da effettuare per il completamento del mercato unico, l'altro conteneva le norme sulla collaborazione in politica estera, mai codificata prima di allora. Inoltre vennero trattate in modo formale anche altre politiche: ambiente (l'art. 25 dell'Atto Unico europeo aggiunge al Trattato C.E.E. il titolo settimo relativo all'azione comunitaria in materia ambientale, la cui finalità sono sintetizzabili nell'obiettivo di «salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente, di contribuire alla protezione della salute umana, di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali»); ricerca e sviluppo (l'art. 24 dell'Atto unico europeo aggiunge al Trattato CEE un titolo, il quarto per la precisione, il quale attraverso la ricerca e lo sviluppo tecnologico persegue lo scopo di «rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell'industria europea, dell'industria europea e di favorire lo sviluppo della sua competitività industriale (...) mirando a permettere all'impresе di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno della Comunità»); sociale (ai sensi dell'art. 22 dell'Atto unico europeo si intende «promuovere il miglioramento dell'ambiente di lavoro, tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori», nonché ai sensi dell'art. 22 «sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti sociali»);

sione delle necessità che la giurisprudenza intervenga laddove l'ordi-

sviluppo regionale (ai sensi dell'art. 23 dell'Atto unico europeo si intendeva ridurre «il divario tra le diverse regioni e il ritardo delle regioni meno favorite»). La cooperazione in materia di politica economica e monetaria (ai sensi dell'art. 20 dell'Atto unico Europeo si attribuiscono alla Comunità competenze in materia di cooperazione in tema di politica economica e monetaria diretta ad «assicurare la convergenza della politica economica e monetaria necessaria per l'ulteriore sviluppo della Comunità») pur essendo fissata nel preambolo dell'atto come obiettivo, stante l'opposizione britannica a posizioni più avanzate, in realtà non fece alcun passo in avanti rispetto alle esperienze già acquisite. Altre novità importanti riguardavano il Parlamento europeo. Si introdussero infatti due procedure (la procedura di cooperazione e quella del parere conforme) che stabilivano una maggiore partecipazione del Parlamento al procedimento decisionale del Consiglio. Molto importante era la parte dell'Atto Unico europeo che si riferiva alla cooperazione in politica estera dei diversi Paesi che finalmente venne formalizzata, anche se le sue azioni sarebbero rimaste di carattere intergovernativo. L'istituzionalizzazione della cooperazione in politica estera, praticata di fatto da qualche tempo in ambito comunitario (si veda per questo riferimento l'art. 1, 3 c, dell'Atto Unico europeo, il quale stabilisce che in tema di cooperazione politica le disposizioni contenute nell'Atto in esame: «confermano e completano le procedure contenute nei rapporti di Lussemburgo (1970), Copenaghen (1973) e Londra (1981) nonché la Dichiarazione solenne dell'Unione Europea (Stoccarda 1983) nonché la prassi progressivamente instauratasi tra gli Stati membri), vincolava gli Stati membri a definire ad attuare in comune una politica estera europea», e per tale ragione questi erano tenuti a «informarsi reciprocamente e a consultarsi in merito ad ogni problema di politica estera di interesse generale per assicurare che la loro influenza congiunta si eserciti nel modo più efficace attraverso la convergenza delle loro posizioni e la realizzazioni di azioni comuni» (testualmente art. 30, par. 2, lett. a, b) Atto unico europeo). Erano previste consultazioni su ogni settore, quattro incontri annuali dei ministri degli esteri e la cooperazione tra Consiglio e Parlamento in questo ambito (l'Atto Unico europeo con la previsione della partecipazione di un membro della Commissione europea agli incontri dei ministri degli affari esteri ha sostanzialmente associato detta Istituzione ai lavori della Cooperazione politica europea (art. 30, par. 3, lett. b), nonché ha assicurato ai sensi dell'art. 30, par. 4, la presenza del Parlamento europeo.). Allo scopo, poi, di preparare le discussioni tra i ministri e dare continuità alla cooperazione da un lato e seguire lo stato di attuazione della cooperazione politica dall'altro, vennero istituiti un Comitato politico, composto dai direttori dei Ministeri, e un gruppo di corrispondenti europei. Venne istituito, altresì, un Segretariato permanente con la funzione di programmare le diverse azioni. Sebbene ci fossero tutte queste novità non si creò una vera e propria strategia unitaria ma la cooperazione in politica estera restò, come detto, nell'ambito di una cooperazione intergovernativa. Con l'Atto Unico europeo venne formalizzata la prassi dei consigli europei che riuniva i capi di Stato e i primi ministri

namento di riferimento sia caratterizzato da lacune, come può esser-

degli Stati membri, che prima avveniva in modo informale. Altra novità fu di aver affidato la presidenza del consiglio a rotazione ad uno Stato membro. In ogni caso anche se l'Atto unico europeo nella sua stesura finale è risultato caratterizzato da elementi di incisività ridotti rispetto alle proposte che lo hanno preceduto (nel breve periodo dal 1983 al 1986 il processo di «Unione Europea» ha conosciuto fasi di significativo sviluppo, rappresentato dai seguenti testi di natura programmatica: «*Dichiarazione solenne sull'Unione Europea*» - Stoccarda 1983, e «*progetto parlamentare di Trattato sull'Unione Europea*» - Parlamento europeo 1984. Per una lettura dei testi sopraindicati si veda F. LAY, *L'iniziativa italo-tedesca per il rilancio dell'Unione Europea (origini della Dichiarazione di Stoccarda)* Padova, 1983; G. P. ORSELLO, *Ordinamento comunitario e unione europea*, Roma, 1983; nonché sempre ID., *Note sul progetto di trattato istitutivo dell'unione europea*, in *Affari soc. int.* 1984, p. 53 ss; S. PANEBIANCO, *Il progetto sull'Unione Europea*, in *Dir. Scambi intern.*, 1985, p. 1 ss; G. GAZZO, *Il compromesso del possibile*, in *Comunità europee*, 1985, p. 11; A. CHITI BATELLI, *Elezioni comunitarie e progetto costituente*, Manduria, 1984; R. A. CANGELOSI, *Dal progetto di Trattato Spinelli all'Atto Unico Europeo*, Milano, 1987; V. GUIZZI, *Dalla Comunità all'unione europea*, in *Boll. inf. costituz. e parlam.*, 1984, p. 3 ss.). Si sottolinea come il progetto approvato con una forte maggioranza (238 sì, 31 no, 43 astensioni) dal Parlamento europeo e presentato dalla Commissione prevedeva un nuovo Trattato in sostituzione di tutti quelli esistenti dove la Comunità si sarebbe trasformata in una vera e propria Unione, sulla scorta della proposta firmata da Spinelli. È innegabile, comunque, che al suo interno siano rintracciabili elementi di cesura rispetto al passato. Uno di essi è sicuramente rappresentato dall'introduzione della votazione a maggioranza all'interno del Consiglio, per l'ingresso della quale in di detta istituzione comunitaria è stato necessario attendere vent'anni. L'Atto Unico europeo, infatti, seppur non fa decadere la prassi delle decisioni all'unanimità nate dall'accordo di Lussemburgo (detto accordo, stilato in Lussemburgo il 26 gennaio 1966 tra i Ministri degli esteri dei paesi membri accoglieva, come frutto di mediazione, le esigenze francesi dirette a veder ridimensionato il ruolo della Commissione e soprattutto a veder rinviata l'applicazione del voto maggioritario in seno al Consiglio. La Francia si era mostrata apertamente ostile a questo principio, con la c.d. politica della «sedia vuota», in virtù della quale il governo francese ritirò i propri rappresentanti in seno alla Commissione, minacciando di farlo da tutte le altre istituzioni comunitarie come secco «no» alla proposta della Commissione di riforma della politica dei sussidi all'agricoltura europea), introduce la votazione a maggioranza del Consiglio in alcune materie che possono dirsi essenziali per il perseguimento dell'azione comunitaria. Sul punto L. A. DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, 1996, p. 25: «l'uovo di colombo che ha permesso di far accettare agli Stati membri la modifica verso la procedura decisionale a maggioranza è stata la scelta di inserirla in un contesto apparentemente neutro: il mercato unico era un concetto

lo un ordinamento sopranazionale rispetto ad uno statale.

La convinzione che la Corte di Giustizia svolga una funzione di centro di produzione di diritto sarebbe rafforzata anche dallo stesso atteggiamento che la medesima tiene nel momento creativo dei principi generali. La Corte non avrebbe infatti chiarito fino in fondo proprio il ruolo di detti principi e i criteri attraverso i quali si giunge alla loro identificazione. Il giudice dell'Unione Europea realizzerebbe, infatti, l'individuazione dei principi generali attraverso un rinvio piuttosto generico e poco circostanziato agli ordinamenti nazionali, adottando tra l'altro una terminologia non sempre precisa rispetto a tali principi, i quali spesso possono variare, o comunque non essere omogenei tra di loro da sentenza a sentenza⁽²⁵⁸⁾.

noto, che non dava adito a controversie, e l'elaborazione di un programma di instaurazione si ampio, ma in cui prevaleva il profilo tecnico, non pareva comportare una modifica significativa degli equilibri esistenti. Inoltre, gli Stati ritenevano che la procedura di decisione a maggioranza fosse comunque neutralizzabile attraverso la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 100 A, attraverso cui lo Stato che si fosse veduta imposta una misura di armonizzazione sgradita, avrebbe potuto evaderla per motivazioni di tutela di interessi nazionali fondamentali (quali la moralità pubblica, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, al tutela della salute, al protezione dell'ambiente di lavoro, dell'ambiente ed altri ancora. Il Consiglio deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, in cooperazione con il Parlamento europeo e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno» (l'art.18 dell'Atto Unico Europeo introduce nei termini indicati l'art. 100 A T.C.E.E. sul delibare a maggioranza del Consiglio).

⁽²⁵⁸⁾ Si veda in questo senso ancora R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado de la Unión europea*, cit., p. 56, il quale ricorda analizzando il fenomeno dell'elaborazione del diritto dell'obbligazioni che ciò che in alcune sentenze sono chiamati «principi» non lo sarebbero in altre. L'autore spiega il riferito atteggiamento della Corte di Giustizia affermano che la funzione creativa sarebbe comprovata dallo scarso rigore con il quale si utilizzano metodologie come quella comparativistica o quella storica. Come si fa notare, dopo il caso *Algera* [sentenza del 12 luglio 1957, *Algera e.a./Assemblée*, in *Racc.*, 1957, p. 81] l'analisi compiuta dalla Corte sugli ordinamenti nazionali al fine di individuare i principi generali è sempre

Nell'elaborazione dei principi generali la Corte farebbe anche uno scarso utilizzo, o comunque non rigoroso, dalle metodologie interpretative, come quella comparativistica o quella storica che si ritengono chiavi dell'attività ermeneutica del giudice.

Dall'esame delle sentenze non appare neanche che il giudice dell'Unione Europea, facendo riferimento a nozioni provenienti da altri ordinamenti, integri il proprio. Se così fosse, infatti, non avrebbe senso proprio il ricorso all'elaborazione di nozioni autonome.

Siffatto atteggiamento della giurisprudenza in esame viene quindi spiegato proprio dalla volontà della Corte di Giustizia di ritagliarsi degli spazi di discrezionalità ampi, entro i quali esercitare la sua attività volta alla creazione di sue regole materiali⁽²⁵⁹⁾.

Stessa *accusa* viene rivolta alla Corte C.E.D.U. rispetto all'elaborazione delle nozioni autonome. Il ricorso all'elaborazione delle nozioni autonome ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è, infatti, letta come un suo atto di illegittima attività legislativa⁽²⁶⁰⁾.

molto sintetica e si sostanzia solitamente in un rinvio generico e poco circostanziato. Nelle stessa sentenza del caso CCRE (Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 2003, C-87/01 P, *Commissione/ Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE)*, in *Racc.*, 2003, p. I-07617) l'ammissibilità in astratto della compensazione non è argomentata, se non attraverso il riferimento alla precedente giurisprudenza della Corte; pur in presenza dell'accurata indagine dell'avvocato generale.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., p. 526.

⁽²⁶⁰⁾ G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280: «a climate of hostility towards judicial creativity surrounds the role of the European Court of Human rights to interpret the European Convention on Human rights. Many people are uncomfortable with the idea of international judges deciding controversial matters that affect national governments. Other more passionate advocates of democracy dislike the judicial branch altogether because judges are unelected and accountable to nobody. Strasbourg judges have no friends among moral sceptics either: if human rights have non objective moral standing then the ECtHR merely exercises a power to impose the subjective preferences of a small group of people dressed in black robes».

La presupposizione dell'esistenza di tale potere in capo alle due Corti europee ha suscitato molte reazioni ostili, sia sotto il profilo politico sia sotto quello scientifico⁽²⁶¹⁾.

In realtà, come viene fatto rilevare da più parti, il presunto *law-making power* dei giudici in esame non è esplicitamente previsto ne dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea da un lato, ne dalla Convenzione C.E.D.U. dall'altro.

Nello specifico del sistema dell'Unione Europea, la mancanza di una previsione nei termini riferiti non sarebbe superabile neanche dall'assenza di un rapporto (tendenzialmente) biunivoco esistente all'interno dell'U.E. tra istituzioni e funzioni⁽²⁶²⁾.

Nell'ordinamento dell'Unione Europea la stessa funzione, infatti, può essere ripartita tra più istituzioni, oppure il medesimo organismo «unitario» può concentrare su di sé il momento della responsabilità politica delle scelte (inteso nel più vasto senso di selezione

⁽²⁶¹⁾ Si veda per le critiche alla Corte di Giustizia, H. RASMUSSEN, *La Corte di Giustizia*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Commissione delle CE, Lussemburgo – Bruxelles, 1983, p. 203: «la missione della Corte di Giustizia avrebbe dovuto essere quella di una giurisprudenza che veglia al rispetto della legittimità nell'ambito della Comunità. La Corte è invece divenuta, grazie a un'interpretazione integrazionista sistematica delle norme giuridiche dei Trattati, l'infaticabile 'voce della coscienza' di una volontà politica di integrazione che andava indebolendosi nel corso degli anni. La Corte ha trasformato le visioni contenute nel preambolo del Trattato, e nelle sue disposizioni preliminari in fonti di diritto. Così facendo essa è intervenuta regolarmente e probabilmente troppo spesso al posto del legislatore comunitario»; per quelle alla Corte europea P. MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. rights. law jour.*, 194, 1998, p. 6 ss: «*the open textured language and the structure of the Convention leave the Court significant opportunities for choice in interpretation; and attitudes in society, the Court makes new law*».

⁽²⁶²⁾ Una prima lettura sull'organizzazione comunitaria relativamente all'articolazione delle funzioni tra le istituzioni si veda E. VITTA, *L'integrazione europea. Studio sulle analogie ed influenze di diritto pubblico interno negli istituti di integrazione europea*, Milano, 1962, p. 112; per un approfondimento della tematica si veda L. PIRIS, *Dopo Maastricht, le istituzioni comunitarie sono diventate più efficaci, più democratiche, più trasparenti?*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 3 ss.

e composizione degli interessi degli individui e della società) ed il momento della risoluzione delle controversie alla stregua delle scelte già compiute⁽²⁶³⁾.

Ciò nonostante, anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea il potere legislativo spetta soltanto alle Istituzioni investite espressamente della forza di elaborare le fonti giuridiche dell'Unione tra le quali, nelle previsioni dei Trattati, non vi ricomprende la Corte.

L'aspetto che riconosce un potere di creazione di diritto in capo al giudice non trova alcun fondamento neanche analizzando, seppur sommariamente, le funzioni di quest'organo⁽²⁶⁴⁾.

È, infatti, rilevabile come le sentenze del giudice dell'Unione non abbiano valore di precedente nel senso che è proprio, ad esempio, degli ordinamenti di *common law*⁽²⁶⁵⁾. Sistemi giuridici questi dove realmente all'attività interpretative degli organi giurisdizionali si può riconoscere questo valore.

⁽²⁶³⁾ Testualmente L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, p. 3.

⁽²⁶⁴⁾ Ai sensi dell'art. 263 T.F.U.E. la Corte di giustizia incide effettivamente sull'ordinamento giuridico comunitario annullando gli atti delle istituzioni. Nello stesso tempo il giudice comunitario può influenzare i giudici nazionali, attraverso l'interpretazione pregiudiziale o le condanne per inadempimento di uno Stato membro qualora la giurisprudenza interna non consentisse l'adempimento. Si veda Corte di giustizia, sentenza del 22 settembre 1998, *Coote/Granada Hospitality*, C-185/97, in *Racc.*, p. I-5199, punto 18. Si faccia riferimento per quel che riguarda l'interpretazione delle direttive a Corte di Giustizia, sentenza del 15 maggio 1986, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, in *Racc.*, p. 1651, cpv. 51, 53, per cui: «la *jurisdiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, paragraphe 3, du traité CEE*»; si veda inoltre la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario, in questo senso Corte di giustizia, sentenza del 22 maggio 2003, *Connect Austria*, C-462/99, in *Racc.*, p. I-5197.

⁽²⁶⁵⁾ Si legga R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1992, p. 329 ss.; L. NEVILLE BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, p. 368 ss.; G. GORLA, voce «*Precedente giudiziale*», in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990.

Come cartina di tornasole del limite specificato si faccia riferimento agli effetti delle pronunce conseguenti ad un giudizio promosso pregiudizialmente ai sensi dell'ex art. 234 T.C.E., oggi 267 T.F.U.E. Il supremo giudice «unitario» è in questi casi l'organo deputato ad interpretare i principi dell'ordinamento dell'Unione, gli atti e la validità di quest'ultimi. In questi ricorsi «la Corte si è ritenuta, [poi] (...) competente ad interpretare norme di diritto interno incorporanti le disposizioni del diritto della Comunità europea»⁽²⁶⁶⁾.

Si è soliti ricondurre su due piani gli effetti delle decisioni adottate in via pregiudiziale dai giudici del Lussemburgo. Esiste un effetto diretto conseguenza della pronuncia interpretativa. Questo consiste nel vincolare il giudice della causa principale che ha promosso il rinvio, il quale dovrà nel caso concreto conformare la sua decisione alla soluzione prospettata dai Giudici lussemburghesi. Nei giudizi relativi ai rinvii pregiudiziali l'interpretazione fornita vincola nella forma, quindi, soltanto il giudice del rinvio.

Cosa diversa è ammettere che i provvedimenti interpretativi abbiano comunque un'efficacia *erga omnes*, nel senso di escludere i giudici nazionali di ultima istanza dall'obbligo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia nel momento in cui la contesa promossa innanzi a questi «sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia stata già decisa in via pregiudiziale»⁽²⁶⁷⁾; ed in ogni caso quando l'oggetto del ricorso è riferibile ad una «giurisprudenza costante della Corte che risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere»⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁶⁾ Così delimita la competenza della Corte di Giustizia, P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, 2003, p. 237.

⁽²⁶⁷⁾ Così la nota pronuncia Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1992, C-283/81, *Cilfit*, in *Racc.*, 1992, p. 3415.

⁽²⁶⁸⁾ Ancora Corte di giustizia, 6 ottobre 1992, causa 283/81, *Cilfit*, *cit.*

Ma tale affermazione non esclude – anzi fa rimanere ferma – la possibilità dei giudici nazionali di presentare la stessa questione alla luce di elementi che possano dirsi nuovi, così come resta possibile per la Corte di Giustizia mutare il proprio indirizzo giurisprudenziale⁽²⁶⁹⁾. Dato che conferma come la pronuncia pregiudiziale non costituisca precedente nel senso proprio del termine.

A fianco agli illustrati effetti diretti, poi, vengono riconosciute alle pronunce pregiudiziali anche conseguenze indirette, come il fatto che l'interpretazione della norma dell'Unione compiuta attraverso una sentenza della Corte di Giustizia abbia la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate; in altri termini, si impone al giudice nazionale la non applicazione della norma interna configgente con l'applicazione della norma «unitaria» provvista di effetto diretto così come interpretata dalla Corte di Giustizia⁽²⁷⁰⁾.

Ma i riconosciuti effetti sono ben lontani da potersi qualificare come precedente nel senso suo proprio⁽²⁷¹⁾.

Oltre a ciò fa gioco forza rilevare come le stesse pronunce delle Corte di Giustizia non svolgano neanche per i giudice dell'Unione il ruolo di precedente. Se è pur vero, infatti, che il giudice dell'Unione è solito richiamarsi alle sue sentenze⁽²⁷²⁾, tuttavia nei fatti quest'ultimo non è obbligato da nessuna norma a seguire la propria antecedente giurisprudenza. Molto spesso questi cambia atteggiamento su una data questione, così come in Tribunale di prima istanza non

⁽²⁶⁹⁾ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1963, cause 28-30/62, *Da Costa e altri*, in *Racc.*, 1963, p. 59.

⁽²⁷⁰⁾ In questi termini G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Torino, 2003, p. 285.

⁽²⁷¹⁾ Si veda per una ricognizione sul sistema del precedente A. REPOSO, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004, p. 189 ss.

⁽²⁷²⁾ Si veda a tal proposito Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 2003, C-87/01 P, *Commissione/ Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE)*, cit.

sempre segue l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia⁽²⁷³⁾.

Questa mancanza di vincolatività del precedente esclude che nell'ordinamento dell'Unione Europea valga la regola dello *stare decisis*⁽²⁷⁴⁾, che è proprio di una pronuncia giurisprudenziale che abbia natura normativa.

Dal lato della Convenzione C.E.D.U. è logico che il potere normativo risieda in capo agli Stati sottoscrittori. Nessuna norma, in essa positivamente posta, permette una lettura diversa che riconosca alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo detta funzione; come del pari le sue pronunce non costituiscono per la stessa precedente. I giudici nazionali, poi, sono chiamati per primi a dare attuazione la Convenzione ed il ricorso al Corte C.E.D.U. è solo di ultima istanza, quando il paese membro ed i suoi organi giurisdizionali non sono stati in grado di garantire una tutela sufficiente dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione.

Nulla vieta, infatti, ai giudici nazionali nelle loro pronunce di dare dei diritti e delle libertà riconosciute dalla C.E.D.U. un'interpretazione più ampia e maggiore di quella che di essi fornisce la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'interpretazione dell'organo giurisdizionale in esame costituisce il minimo di tutela da garantire al catalogo dei diritti fondamentali, sotto il quale non è possibile scendere da parte degli stati aderenti. È proprio per questo fatto che le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non possono costituire precedente nel senso tecnico del termine.

⁽²⁷³⁾ Si ricorda infatti, che il nuovo Trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (2008/c 115/01), versione consolidata in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea – C 115 – 51° anno – 9 maggio 2008 al suo articolo 19, par. 1, specifica che: «la Corte di giustizia dell'Unione Europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati». Tutti gli organi giurisdizionali quindi assicurano il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati.

⁽²⁷⁴⁾ Cfr. L. NEVILLE BROWN, T. KENNEDY, *The Court of justice of the European Communities*, cit., p. 368 ss.

In tema ancora di ordinamento dell'Unione Europea, al fine di verificare l'esistenza di un potere legislativo in capo alla Corte di Giustizia, si pone il problema se questo si possa supporre qualificandolo, come pure anche è stato fatto⁽²⁷⁵⁾, quale componente dell'*acquis*.

In realtà la risposta è negativa anche in questo caso. Non appare, infatti, espressione di un potere legislativo la circostanza che la giurisprudenza possa essere considerata fra gli elementi costitutivi dell'*acquis*. Quest'ultimo viene identificato con le «*permanents, fondamentaux, essentiels pour la cohésion de l'ensemble et la réalisation des objectifs fixés*»⁽²⁷⁶⁾.

Se le sentenze della Corte di Giustizia si vogliono qualificare come *acquis*, allora a queste può essere riconosciuto valore di precedente solo per gli Stati di nuova adesione. Infatti il riferimento alla giurisprudenza come *acquis* è consueto nei documenti della Commissione, ma non sempre lo è negli atti relativi alle condizioni di adesione prima del 1993, anno di entrata in vigore dei c. d. criteri di *Copenaghen*.

Successivamente il Consiglio europeo di Madrid del 1995 ha dichiarato che ciascun paese candidato deve adeguare le strutture amministrative per consentire il corretto recepimento della normativa U.E. (appunto il cosiddetto *acquis* comunitario) a livello nazionale, e la sua corretta attuazione attraverso opportune strutture amministrative e giudiziarie⁽²⁷⁷⁾. Dal 1995 in poi, quindi, l'adesione all'Unione di nuovi Stati avviene attraverso il rispetto di criteri fissati ed è sottratta

⁽²⁷⁵⁾ Come propone con articolate argomentazioni: A. PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Dir. un. eu.*, n. 1, 1996, p. 5 ss.

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. P. PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, in *Rev. trim. droit eu*, 1981, p. 617.

⁽²⁷⁷⁾ Indispensabili per far regnare la fiducia reciproca, che è il presupposto dell'adesione all'U.E.

alla negoziazione in senso stretto tra Consiglio e nuovo Stato membro⁽²⁷⁸⁾.

⁽²⁷⁸⁾ Negli ultimi anni si è stabilito un particolare processo per l'adesione di nuovi paesi all'interno dell'Unione Europea, anche in considerazione del numero e della eterogeneità dei paesi che hanno chiesto di aderire all'Unione. Sul problema, sentito maggiormente a seguito dell'ultimo allargamento, della eterogeneità di valori e di principi dei paesi nuovi entrati, soprattutto alla luce dell'estensione ad oriente dei confini geografici, si veda F. CERUTTI, *L'identità europea: un problema politico*, in S. LUCARELLI (a cura di), *La polis europea. L'Unione Europea oltre l'Euro*, Trieste, 2002, p. 133, il quale sottolinea come la questione della identità europea, dal punto di vista politico, dovrà essere sentita come «insieme coerente di valori civili e politici, di principi morali e giuridici e di finalità generali che, in qualità di cittadini europei, siamo inclini a considerare come nostri, come qualcosa, cioè, che ci costituisce in comunità politica» nella consapevolezza che un sistema di valori condiviso possa nascere solo grazie ad istituzioni politiche comuni e alle formulazioni ad atti politici coerenti con detta strategia. Si veda anche M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Roma, 2004, il quale sottolinea come la faticosa formazione di una società civile europea sia uno sforzo unitario capace di connotare la nascente Europa come «potenza civile». Oggi i paesi candidati all'adesione devono rispettare, in primo luogo, i cosiddetti «criteri di Copenaghen», dal nome del Consiglio europeo del 1993 che li ha indicati nel: a) la stabilità istituzionale a garanzia della democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la tutela delle minoranze; b) un'economia di mercato efficiente e la capacità di far fronte alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all'interno dell'Unione; c) la capacità dei paesi candidati di assumersi gli obblighi di tale appartenenza, compresa l'adesione agli obiettivi di un'unione politica, economica e monetaria. Il Consiglio europeo di Madrid del 1995, poi, ha dichiarato che ciascun paese candidato deve adeguare le strutture amministrative per consentire il corretto recepimento della normativa U.E. (il cosiddetto *acquis* comunitario) a livello nazionale, e la sua corretta attuazione attraverso opportune strutture amministrative e giudiziarie, indispensabili per far regnare la fiducia reciproca, che è il presupposto dell'adesione all'UE. In particolare, quindi, i paesi candidati devono recepire la complessa normativa dell'Unione, suddivisa in trentuno «capitoli»: 1. Libera circolazione delle merci; 2. Libera circolazione delle persone; 3. Libera prestazione dei servizi; 4. Libera circolazione dei capitali; 5. Diritto societario; 6. Politica di concorrenza; 7. Agricoltura; 8. Pesca; 9. Politica dei trasporti; 10. Imposizione; 11. Unione economica e monetaria; 12. Statistiche; 13. Politica sociale e occupazione; 14. Energia; 15. Politica industriale; 16. Piccole e medie imprese; 17. Scienza e ricerca; 18. Istruzione e formazione; 19. Telecomunicazioni e tecnologie dell'informazione; 20. Cultura e politica audiovisiva; 21. Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali; 22. Ambiente; 23. Tutela dei consumatori e della salute; 24. Cooperazione in materia di giustizia e affari interni;

Per ciò se già per gli Stati membri dell'Unione e della Comunità prima del 1995 non è utile, considerare la giurisprudenza della Corte parte dell'*acquis*, una differenza di regime può semmai, ed eventualmente, rintracciarsi nell'adesione i nuovi stati membri qualora le pronunce giurisprudenziali vengono considerate parte dell'*acquis*; solo per quest'ultimi, allora, le sentenze sarebbero fonti giuridiche⁽²⁷⁹⁾.

La riferita disparità tra adesioni antecedenti e successive al 1995 esclude di per se la natura di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia, anche qualora siano qualificate come *acquis*.

Da quanto detto si deduce che né ai giudici di Lussemburgo né a quelli di Strasburgo appartiene un vero e proprio *law-making power*.

Ciò nonostante, come detto, l'ampio potere discrezionale che si ritagliano le due curie è visto come un comportamento – se non proprio contrario alla legge – almeno ai limiti della legalità⁽²⁸⁰⁾ in ragione

25. Unione doganale; 26. Relazioni esterne; 27. Politica estera e di sicurezza comune; 28. Controllo finanziario; 29. Disposizioni finanziarie e di bilancio; 30. Istituzioni; 31. Altre. Specificatamente l'art. 49 del Trattato UE, introdotto ad Amsterdam richiede che gli Stati che intendano far parte dell'Unione debbono rispettare i «principi sanciti nell'art. 6 par. 1». Quindi ai requisiti di natura economica si debbono aggiungere i requisiti «politici», e cioè al principio di libertà, di democrazia, dello stato di diritto ed il rispetto dei diritti umani e della libertà fondamentali. La procedura di negoziazione è stata stabilita dal Consiglio nel 1997. La negoziazione avviene con ciascun paese separatamente e dipende dal ritmo con cui ciascun candidato soddisfa alle condizioni richieste. La Commissione propone posizioni comuni di negoziazione dell'Unione per ciascun capitolo. Le posizioni di negoziazione devono essere approvate all'unanimità dal Consiglio. I risultati della negoziazione sono inseriti in una bozza di Trattato, che deve ricevere l'approvazione del Consiglio e, con la procedura di parere conforme, del Parlamento europeo. Il Trattato di adesione viene inviato ai paesi candidati e agli Stati membri per la ratifica, secondo le rispettive procedure interne (referendum, autorizzazione dei parlamenti nazionali, e così via). Il paese candidato entra a far parte dell'Unione a partire dalla data prevista dal Trattato di adesione.

⁽²⁷⁹⁾ Si veda C. CURTI GIALDINO, *Acquis communautaire*, in *Dir. un. eur.*, 2, 1996, p. 650 ss.

⁽²⁸⁰⁾ Si veda M. Akehurst, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *Brit. year book int. law*, 1981, p. 129 ss.

del fatto che quest'ultimo non sembra essere contemplato dall'ordinamento giuridico dell'Unione né tanto meno dal sistema legale C.E.D.U.

Vi è però un vizio di fondo nella lettura data all'attività delle due Corti europee.

Elaborare principi o nozioni autonome appartiene alle competenze proprie giurisdizionali, non è espressione di un potere normativo⁽²⁸¹⁾.

Due possono essere i piani di lettura che si possono individuare per suffragare detta affermazione: uno che appartiene più propriamente alle caratteristiche del sistema legale C.E.D.U. e l'altro è comune anche all'ordinamento dell'Unione.

In primis è la peculiare struttura della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che attribuisce un ruolo di particolare creatività alla sua Corte.

I diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, quasi nella loro totalità, si caratterizzano per essere concepiti in maniera tale da sfuggire da una definizione troppo precisa del loro contenuto. Proprio detta scelta redazionale attribuisce così il compito di circoscriverne l'oggetto all'interpretazione giudiziaria, che sarà chiamata a farlo alla luce della fattispecie concreta.

La funzione delle norme sui diritti fondamentali, infatti, è quella di tradurre i valori riconducibili alla dignità della persona umana in enunciazioni, che per loro stessa natura non possono che essere astratte e generali.

Tale necessitata astrattezza insita nelle definizioni dei diritti e delle libertà fondamentali non è però sinonimo di imprecisione supposta delle norme che la prevedono.

⁽²⁸¹⁾ Cfr. U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, in *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 ss. che ricorda che il potere di elaborare principi rientra nel competenza giudiziale.

Nel sistema disegnato dalla C.E.D.U., che racchiude il catalogo dei diritti rappresentati il nucleo proprio della legalità costituzionale europea, la norma non è infatti fine a se stessa. Essa al contrario, proprio per come astrattamente costruita, permettere l'enucleazione del diritto applicabile alla fattispecie concreta⁽²⁸²⁾. Il diritto comune europeo in tema di diritti fondamentali dell'uomo scaturisce dall'interpretazione giudiziaria delle disposizioni contenute nella C.E.D.U. La Convenzione in esame ne costituisce il punto di partenza.

I diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione C.E.D.U. sono redatti e pensati sì da costituire dei veri e propri parametri di valutazione, attraverso i quali misurare i valori di cui il Trattato è portatore.

Proprio partendo dalle norme intese come termini di confronto, la Commissione europea e la prima Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno fin dall'inizio della loro attività elaborato un vero e proprio diritto giudiziario, inteso come diritto interpretato che abbraccia tutti i settori tradizionali dello stesso.

La C.E.D.U., per la sua stessa Corte, è strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle contemporanee condizioni di vita⁽²⁸³⁾. La caratteristica essenziale della Convenzione C.E.D.U. è infatti il dinamismo e lo sviluppo ininterrotto dei principi in essa fissati attraverso l'attività ermeneutica.

Riflessione comune ad entrambe le Corti europee è invece la seguente: l'idea che la giurisprudenza crea diritto quando applica una disciplina incompleta e incoerente non appartiene solo al diritto

⁽²⁸²⁾ Ancora M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 32, il quale precisa poi a p. 75: «gli Stati aderenti alla C.E.D.U. hanno di fatto conferito al suo organo giurisdizionale il compito di elaborare un diritto dei diritti dell'uomo che possa dirsi loro comune, proprio attraverso l'interpretazione e l'applicazione giurisdizionale del parametro convenzionale».

⁽²⁸³⁾ La Convenzione è «uno strumento vivo da interpretare (...) alla luce delle condizioni di vita attuali», si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 30 giugno 1993, *Sigurður Sigurjónsson/Iceland*, in *Racc.*, 1993, p. 264.

«comunitario/unitario» o a quello internazionale più in generale⁽²⁸⁴⁾. Il problema, di fatto, ha investito anche gli ordinamenti nazionali, i quali per loro natura, o comunque rispetto a quelli sopranazionali, dovrebbero godere di un carattere di maggiore completezza. Si pensi in questo senso al contenuto dell'articolo 12 cpv. delle disposizioni preliminari al codice civile italiano, il quale espressamente sancisce la necessità del ricorso ai principi generali quali strumenti di integrazione del diritto in presenza di lacune⁽²⁸⁵⁾. Ed usando solo a titolo di esempio l'ordinamento italiano, ben si può vedere come la giurisprudenza e la dottrina abbiano elaborato principi generali quali «la buona fede», «l'ingiustificato arricchimento», «la risarcibilità del danno» e così via pur facendo riferimento ad un ordinamento nazionale che per sua natura dovrebbe essere completo, o comunque non incompleto quanto potrebbe essere un ordinamento sovra nazionale⁽²⁸⁶⁾.

Autorevolmente si afferma⁽²⁸⁷⁾ che sia un falso problema proprio quello di misurare il grado di completezza di un ordinamento giuridico. L'incompletezza riguarda tutti gli ordinamenti⁽²⁸⁸⁾. Non esiste

⁽²⁸⁴⁾ Il riferimento è a G. GAJA, voce *Principi del diritto* (diritto internazionale), *Encicl. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1983, p. 533 ss., il quale afferma che la Corte svolge un ruolo creativo come anche altre corti internazionali e degli arbitri.

⁽²⁸⁵⁾ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 457.

⁽²⁸⁶⁾ Per una panoramica dei principi elaborati in materia di diritto civile, A. PINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 cpv. Disp. Prel.)*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, I, p. 633 ss. e ciò sia che detti principi siano formulati a partire da una particolare disposizione, sia che vengano elaborati in modo diverso

⁽²⁸⁷⁾ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 360 ss.

⁽²⁸⁸⁾ Si legga R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 125 ss, per cui è proprio legislatore a chiedere agli interpreti di integrare la legislazione attraverso i principi generali, richiede. Cfr. anche E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 212. Sul tema degli strumenti per superare le lacune del diritto si veda N. BOBBIO, voce «*Lacune del diritto*», in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 419 ss.; R. GUASTINI, voce «*Lacune del*

un sistema legale che in quanto tale possa dirsi completo, a prescindere dalla sua natura di ordinamento nazionale o sopranazionale.

Il linguaggio giuridico, infatti, per sua stessa natura non può essere completo ed esaustivo di ogni implicazione che da esso possono derivare. Il legislatore nella redazione delle proposizioni normative espresse è solito non trarre tutte le conseguenze normative che sono da esse desumibili.

È rimessa proprio al metalinguaggio del giudice e della dottrina più in generale la funzione di completare il linguaggio del legislatore.

Perché nell'ordinamento dell'Unione Europea o nel sistema legale internazionale che nasce dalla C.E.D.U. dovrebbe accadere qualcosa di diverso da quello che accade in un ordinamento interno, rispetto all'esercizio dell'attività discrezionale del giudice che svolge una funzione *maieutica* nei confronti del senso o polisenso delle proposizioni normative?

La giurisprudenza dell'Unione e quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al pari dei giudici nazionali, non elabora concetti quali i principi generali o nozioni autonome per ragioni che sono dipendenti dal maggiore o minore grado di completezza/incompletezza del sistema in cui operano. La ragione del ricorso a queste figure deve essere evidentemente ricercata in logiche diverse da quelle della necessità di dare completezza ad un ordinamento che non sia tale.

Sia la formulazione dei principi generali che delle nozioni autonome devono quindi essere ricondotte alla manifestazione di un potere in capo alle due Corti europee che è squisitamente giudiziario e non legislativo: «è probabile, infatti, che anche per il diritto comunitario [e per il sistema C.E.D.U.] – come è accaduto per gli ordinamenti nazionali di *civil law* – si sia vista una “funzione normativa” là dove [in-

diritto», in *Dig. disc. priv., sez. dir. civ.*, vol. X, Torino, 1993, p. 269 ss.

vece] c'è la discrezionalità riconosciuta solitamente al giudice»⁽²⁸⁹⁾.

Nei casi sopra indicati il giudice dell'Unione così come quello europeo del sistema C.E.D.U. non diventano legislatori ma esercitano il potere giurisdizionale che è proprio della funzione che svolgono⁽²⁹⁰⁾. Nulla altro di più.

Il metodo interpretativo della Corte di Giustizia, tra l'altro, ha avuto un grande successo anche fuori dall'Europa. Le Corti latino-americane, istituite nell'ambito degli accordi intergovernativi (Mercosur, Sica, Comunità andina)⁽²⁹¹⁾ fanno sempre più riferimento ai concetti elaborati dalla giurisprudenza dell'Unione, seguendone inoltre il metodo interpretativo, che costituisce in Europa un essenziale strumento di integrazione giuridica. È il caso del Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur, il quale, richiamando anche

⁽²⁸⁹⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado de la Unión europea*, cit., p. 69, nonché sul punto si veda A. PINO, *La ricerca giuridica*, Padova, 1996, in particolare il capitolo XVII, p. 375 ss. dedicato alla attività giurisdizionale.

⁽²⁹⁰⁾ È questa l'opinione U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309. Sulla differenza tra «creatività» dei giudici e funzione legislativa cfr. V. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1982, p. 774 ss. Ancora R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado de la Unión europea*, cit., p. 67, ricorda come la Corte di Giustizia sia caratterizzata sicuramente da una discrezionalità particolarmente ampia, che gli deriva dall'essere giudice costituzionale e insieme giudice di ultima istanza. Ricorda A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea* in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Le permanenze nell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, p. 4, che debba essere: «opportunitamente richiamato, per la testimonianza sulla disattenzione della dottrina per lo studio dell'interpretazione, il pensiero dell'ultimo dei grandi pandettisti secondo cui «pochi capitoli della dottrina giuridica erano così arretrati rispetto alla prassi come quello dell'interpretazione: l'ermeneutica giuridica è oggi caduta in discredito, e non senza sua colpa». Il riferimento è F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig 1893, p. 140.

⁽²⁹¹⁾ Sul punto v. più ampiamente R. VIRZO, *L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla giurisprudenza della Corte centroamericana di giustizia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 2-3, p. 569.

talune decisioni della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (ad es.: *Commissione c. Francia* – C-265-95; caso *Schmidberger* (C-112-00)), utilizza nozioni quali i diritti umani, la diligenza e la buona fede, il diritto alla corretta informazione e così via, che non sono esplicitamente contenuti nelle fonti intergovernative.

In realtà l'opera della Corte di Giustizia dell'Unione Europa così come quello della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si colloca in una più generale tendenza di rilettura del ruolo dell'ermeneutica nel diritto, che tende a superare il vecchio positivismo legislativo di impronta ottocentesca e conferma l'esistenza di un via dell'interpretazione che viene autorevolmente definita di stampo «valoristico-dogmatico»⁽²⁹²⁾.

Le considerazioni attraverso le quali si giunge ad affermare questo, partono da lontano e registrano il dato che, avendo perduto la dottrina il suo potere creativo – anche se con carattere suppletivo – che la stessa aveva avuto con i *doctores medievali*, «l'interpretazione giudiziale è l'unica ad avere effetto sul piano dell'ordinamento giuridico degli stati moderni, ove si forma un ordine giudiziario composto di giudici subordinati e di Grandi Tribunali. Limitato all'accertamento

⁽²⁹²⁾ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 74-75 (concetti ribaditi a pp. 82, 85, 87): «Nelle costituzioni del secondo dopoguerra [...] le norme sui diritti fondamentali istituzionalizzano valori metalegislativi riconosciuti dalla costituzione quali istanze assiologiche di controllo delle scelte del diritto positivo. Questo non è più giustificato semplicemente sulla base della sua positività, ma in base alla conformità a criteri o misure di “diritto giusto” [...]. Superare il positivismo legislativo non significa abbandonare il principio di positività del diritto. I valori non sono per se stessi norme, né principi di deduzione di norme; non esprimono una volontà deontica, ma sono (in linguaggio kantiano) condizioni della possibilità di norme aventi la qualità del “diritto giusto”. Ai valori è sì “immanente la tendenza a darsi un'esistenza fenomenica, ad esistenzarsi”, ma essi “non hanno in sé la forza di stabilirsi nella sfera degli atti”: per realizzarsi devono avere “la risorsa di un'altra forma che si impegni per loro”. Questa forza, nel campo del diritto, è la norma positiva, la sola fornita del carattere essenziale del diritto che è l'effettività, la capacità di imprimere una forma alla realtà».

del fatto è il potere dei subordinati; ha invece carattere di interpretazione creativa quello dei Grandi Tribunali»⁽²⁹³⁾.

Si è invero autorevolmente affermato, come proprio l'insegnamento di Dilthey⁽²⁹⁴⁾ – per il quale ogni sapere è vincolato dalla concretezza della situazione storica e temporale dalla quale sorge – mostri come ogni aspetto della vita anche quello giuridico è esperienza storica che si esprime in un processo relazionale segnato dalla continuità⁽²⁹⁵⁾. Le risposte fornite in diverse esperienze storiche al problema della «incompletezza» del dato normativo (autonomo o eteronomo) e all'individuazione dei criteri, quali l'analogia, l'equità, la giustizia, la libertà, che possono orientare l'attività dell'interprete che si pone dinanzi alla regola giuridica, e del loro contenuto concreto sono un chiaro esempio di questa continuità.

Non è stato, infatti, eliminato il problema di fondo dell'individuazione dei possibili valori di riferimento del processo interpretativo che, più in generale, ripropone il tema centrale del rapporto tra ermeneutica e metafisica con il distacco della filosofia del diritto dalla morale, storicamente simboleggiabile dal passaggio dall'*aequitas sin-*

⁽²⁹³⁾ A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma giuridica nella cultura europea*, in *Juripolis*, 2010, p. 17 ss.

⁽²⁹⁴⁾ A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione della norma civile*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, spec. pp. 79 ss.; *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss.

⁽²⁹⁵⁾ Cfr. W. DILTHEY, *Critica della ragione storica*, trad. italiana a cura di P. Rossi, Torino, 1954. Su Dilthey si veda il saggio di C. ANTONI, *Dallo storicismo alla sociologia*, Firenze, 1951, pp. 3-38, che osserva a p. 36: «Dilthey si era proposto di fornire la giustificazione filosofica all'opera della Scuola storica. È stato perciò considerato il teorico di quel moderato spiritualismo della storiografia tedesca dell'Ottocento, che è partita dall'ideale d'umanità di Humboldt. In effetti egli rappresenta nella seconda metà del secolo, lo sforzo della cultura storica tedesca di uscire dal positivismo». Dilthey potrebbe essere considerato il precursore di quel positivismo orientato dalla prospettiva storica che porterà alla dogmatizzazione dei valori sostenuta con forza da Luigi Mengoni, si veda nota 292.

gularis all'*aequitas constituta* ⁽²⁹⁶⁾: «dopo la parentesi storica del positivismo legislativo e scientifico, durante la quale la distinzione tra diritto e morale è stata teorizzata in termini di separatezza, la teoria giuridica si è riaperta all'esigenza di ricondurre il diritto positivo a un fondamento etico (e non meramente pragmatico): un *retour de refoulé* preparato dalla filosofia dei valori del primo Novecento (in contrasto con il formalismo kantiano), ma attuato tenendo ferma la positività come carattere essenziale del diritto e, con essa, la *language dependance*, la quale assicura quel genere di conoscenza oggettivante che è l'oggettività dell'interpretazione» ⁽²⁹⁷⁾.

È in innegabile in questo senso l'importanza della conoscenza storica ai fini della comprensione giuridica e quindi dalla consapevolezza dell'importante ruolo ermeneutico svolto da tale forma di sapere, realizza l'incontro fecondo tra il diritto e la storicità ⁽²⁹⁸⁾. Per questo il giurista che non vuole fermarsi alla concettuologia artificiosa del primo positivismo tedesco di impronta puchtiana, sarà chiamato a rivalutare nei termini della ricerca le intuizioni di *Jhegerig* in materia di rapporto tra diritto e interesse ⁽²⁹⁹⁾.

La linea di confine tra un uso corretto o meno dei principi ermeneutici corre, allora, lungo il filo della c.d. positivizzazione del

⁽²⁹⁶⁾ Tale aspetto è il punto debole del decostruzionismo di Derrida così come dello strutturalismo antistorico. Per una ricostruzione di questo passaggio si veda A. SASSI, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, p. 6 ss.

⁽²⁹⁷⁾ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 116-117.

⁽²⁹⁸⁾ A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 6.

⁽²⁹⁹⁾ In Italia, nella prima metà del secolo scorso assume valenza fondamentale l'opera di Gioacchino Scaduto, su cui A. PALAZZO, F. SCAGLIONE, *Gioacchino Scaduto e la scienza del diritto civile nel XX secolo*, in G. SCADUTO, *Diritto civile*, I, 2002, Perugia, Università degli Studi di Perugia, p. 11 ss.

loro contenuto attuata con l'ausilio di una dogmatica storicamente orientata in chiave ermeneutica: la razionalizzazione dei valori e quindi l'argomentazione giuridica assiologicamente orientata, passa attraverso la creazione, la ridefinizione, o in taluni casi la «rifondazione» su basi aggiornate, dei dogmi del diritto civile. Ciò, in buona sostanza, significa non relegare *tout court* al potere giudiziario il compito di guidare l'orientamento ai valori del diritto privato, almeno nei sistemi di *civil law* permeati dall'idea – e dalla realtà che è anche il frutto di una tradizione plurisecolare – del «sistema» retto dai concetti quali *strumenti* conoscitivi e ordinatori del diritto⁽³⁰⁰⁾.

In Europa questo è avvenuto con la c.d. istituzionalizzazione dei valori morali nel *corpus* ordinamentale attraverso il filtro costituzionale e comunitario, attuato essenzialmente con la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione* del 7 dicembre 2000, oggi con valore giu-

⁽³⁰⁰⁾ Cfr., per un limpidissimo esempio di applicazione concreta di questa metodologia giuridica, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pp. 17-18: «Poiché i valori non possono essere oggetto di una visione immediata, ma sono attingibili solo mediatamente per via di una corretta concettualizzazione, il controllo di intersoggettività della decisione postula la traduzione delle funzioni delle clausole generali in corrispondenti strutture dogmatiche assiologicamente orientate, idonee a garantirne la concretizzazione in termini coerenti con la razionalità complessiva del sistema. Perciò la “precisazione teoretica” delle clausole generali non può esaurirsi nell'analisi delle rispettive funzioni e dei valori al cui servizio si pongono, ma deve includere anche la costruzione degli strumenti concettuali di fondazione delle decisioni che le concretizzano. Così, ad esempio, [...] la clausola di correttezza, considerata sotto l'aspetto della funzione integrativa dei rapporti obbligatori, si precisa nella teoria degli “obblighi di protezione”; sotto un altro aspetto, per cui essa opera anche come limite della pretesa del creditore all'adempimento, e quindi (nel caso di pretesa fondata su contratto) come limite al principio *pacta sunt servanda*, è precisata dalla teoria della inesigibilità della prestazione, mentre sotto un terzo aspetto, per cui nei rapporti di organizzazione (per es. il rapporto di lavoro) essa impone in certe materie al potere di governo dell'organizzazione la misura della discrezionalità tecnica, la precisazione dogmatica si svolge nella teoria della parità di trattamento nei rapporti tra privati; la funzione-limite di efficacia del contratto, riconoscibile dalla clausola di buona fede nel caso che venga meno la “base del contratto”, è teorizzata dalla dottrina della “presupposizione”, e via esemplificando».

ridico di Trattato in ragione delle previsioni di cui all'art. 6 del Trattato di Lisbona. Si parla di passaggio dal «positivismo delle regole» al «positivismo dei principi»⁽³⁰¹⁾.

La chiave di volta per la comprensione dei valori dogmatizzati resta la *storicità* intesa come prospettiva interpretativa diacronica al servizio della dogmatica, la quale non può fare a meno del suo passato, il cui fine ultimo è pur sempre la costruzione e, soprattutto, il mantenimento nel tempo di un sistema giuridico privo di antinomie e, pertanto, coerente in tutte le sue parti⁽³⁰²⁾.

Il canone ermeneutico che i Romani esprimevano nel principio dell'impossibilità di una corretta interpretazione «*nisi tota lege prospecta*», oggi va inteso nella necessità di tener conto di tutte le componenti strutturali dell'esperienza giuridica, nessuna norma potendo essere compresa se non nell'unità, razionalità e coerenza del sistema⁽³⁰³⁾.

⁽³⁰¹⁾ A. PALAZZO, *op. cit.*, p. 7.

⁽³⁰²⁾ Si vedano L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 81; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 164: «nella dogmatica giuridica, con la sua funzione tipica di consolidazione e di conferma nel tempo di alcuni dati giuridici, si deposita il tasso di ragionevolezza pratica peculiare ad un ordinamento giuridico storico». Sostanzialmente negli stessi termini si esprime F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, p. 45: «Al pensiero dogmatico, più in particolare, spetta verificare i risultati del pensiero problematico, alla luce del sistema normativo positivo, così da vincolare l'attività interpretativa, essenzialmente e insopprimibilmente valutativa, ma sempre soggetta al vincolo del diritto positivo che solo può fornire i criteri di valutazione preventivamente conoscibili ed atti a garantire un minimo di certezza anche in società complesse e disarmoniche. Insomma, solo il pensiero dogmatico può soddisfare quell'esigenza di razionalità sistematica dei risultati dell'interpretazione che li stabilizzi in modo tale da rendere possibile un controllo sull'applicazione del diritto». Sulla dogmatica giuridica v. anche l'efficace sintesi di R. GUASTINI, *Dogmatica giuridica*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ., vol. VII, Torino, 1991, p. 26 ss.

⁽³⁰³⁾ N. LIPARI, *L'interpretazione giuridica come fatto comunitario*, in *Per saturam. Studi per Severino Caprioli* (a cura di) G. DIURNI, P. MARI F. TREGGIARI, Fondazione centro italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, II, 2008, pp. 539-550.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea giunge ai risultati richiamati attraverso la creazione di un modello interpretativo che può dirsi comunitario. Ed invero proprio nel contesto dello spazio europeo, l'atto giuridico non viene visto solo per le sue caratteristiche tecniche proprie, ma per il suo significato nella globalità del sistema.

CAPITOLO QUINTO

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE NEI RAPPORTI VERTICALI

Sommario: 1. I criteri di emersione delle situazioni giuridiche soggettive nei rapporti verticali dell'ordinamento comunitario. — 2. Mancanza di tutele costitutive nell'ordinamento dell'Unione europea. — 3. Situazioni giuridiche soggettive e tutela ex artt. 263 e 266 T.F.U.E. — 4. Eseguitività ed esecutività delle pronunce comunitarie. — 5. Responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazione del diritto comunitario. — 6. Inadempimento dello Stato. — 7. Potere di disapplicazione dei giudici nazionali. — 8. La «lettura comunitaria» della Schutznormtheorie. — 9. Situazione giuridiche soggettive e ricostruzione unitaria del significato di diritto soggettivo. — 10. I Diritti strumentali. — 11. Gli interessi diffusi e collettivi.

1. — *I criteri di emersione delle situazioni giuridiche soggettive nei rapporti verticali dell'ordinamento comunitario.*

Esiste un interessante legame tra la storia dell'integrazione nell'Unione Europea e le situazioni giuridiche che questo ordinamento ha riconosciuto e riconosce ai singoli, in ragione della funzione che soprattutto la Corte di Giustizia ha ad esse attribuito nel tempo.

Come anticipato⁽³⁰⁴⁾, la metodologia di emersione delle situazioni giuridiche varia nel tempo, connessa come è al percorso d'integrazione europeo.

È possibile, quindi, dividere cronologicamente i momenti in cui si utilizzano diverse metodologie di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive.

⁽³⁰⁴⁾ Vedi cap. 1, par. 1.

Gli anni intorno al 1990 costituiscono lo spartiacque. Il riferimento giurisprudenziale è alla sentenza *Francovich*⁽³⁰⁵⁾.

Inizialmente l'identificazione delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli nei confronti delle Istituzioni avveniva facendo ricorso alla c.d. *Schutznormtheorie*⁽³⁰⁶⁾, e ciò almeno nel primo momento in cui la Corte ha operato. Periodo grossomodo coincidente con gli anni '60 e '80 del novecento. Nello stesso arco temporale la Corte utilizzava il principio del c.d. effetto diretto per l'identificazione della situazione soggettiva nei confronti dello Stato e dei singoli. In entrambe i casi ogni posizione individuale riconosciuta dalla norma comunitaria asurgeva a rango di diritto.

Non si ripercorre in queste pagine la storia dell'integrazione europea, né il ruolo svolto in questo senso – soprattutto nei primi anni d'azione della Comunità e comunque almeno fino al 1992 – dal ricorso alla teoria dei poteri impliciti⁽³⁰⁷⁾.

⁽³⁰⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, in *Racc.*, 1991, p. I-5357.

⁽³⁰⁶⁾ Si veda cap. 1, par. 2.

⁽³⁰⁷⁾ La Corte di Giustizia aveva applicato anche alla Comunità il principio dei poteri impliciti mutuato dal diritto internazionale. La giurisprudenza internazionale nel tempo, infatti, ha ammesso l'attribuzione di competenze e funzioni non espressamente conferite ad organi internazionali quando questi sono necessari alla realizzazione degli obiettivi fissati dall'atto costitutivo di riferimento ed indispensabili per un adeguato esercizio dei propri compiti. Nel tempo la Corte di Giustizia si è adoperata proprio perché, attraverso l'applicazione della teoria dei poteri impliciti, non si procedesse ad una vera e propria modifica dei Trattati. Tuttavia poteri di azione della Comunità, in ambiti diversi da quelli che è possibile ricavare direttamente dalle riferite disposizioni, sono stati individuati facendo ricorso ad un criterio sussidiario per colmare, soprattutto, lacune inizialmente esistenti in alcuni settori dei Trattati: «quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il Trattato abbia previsto i poteri d'azione all'uopo richiesti, il Consiglio deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso». È il contenuto dell'art. 352 T.F.U.E. (già 308 T.C.E.), il quale, seppur certo non istituisce competenze nuove per la Comunità, disciplina le

Si ricorda solo come le competenze comunitarie siano andate cre-

ipotesi di competenza che vanno oltre quelle risultanti da disposizioni specifiche. La Corte ha tenuto comunque a precisare in ordine all'art. 308 T.C.E. che esso «non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità. Esso non può essere in ogni caso utilizzato quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, ad una modifica del Trattato che sfugge alla procedura prevista dal Trattato medesimo» (così la Corte di Giustizia nel parere 2/94 del 28 marzo 1996, concernente l'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, in *Racc.*, 1996, p. I-1759). L'esigenza di ricorrere a detto principio è stata sentita maggiormente nel periodo antecedente l'adozione dell'Atto Unico europeo a partire dagli anni settanta del secolo scorso, di fronte all'esigenza di adottare provvedimenti chiamati a completare il processo d'instaurazione del mercato comune in campi non direttamente attribuiti alla Comunità o per ampliare quelli già propri. I Trattati, infatti, non comprendevano ancora alcune attribuzioni rivelatesi nevralgiche per la realizzazione di detto obiettivo: si pensi alla politica energetica o alle materie ambientali. Negli anni '70, quindi, detto principio è stato utilizzato per rafforzare le competenze e per estenderle a nuove materie. Si veda ad esempio alcuni atti licenziati su questa base: Reg. CEE del Consiglio del 9 novembre 1973 in G.U.C.E. L112/1 del 12 novembre 1973 sulla politica energetica; o la direttiva del Consiglio del 19 giugno 1979 n. 79/580 in G.U.C.E. L 158 del 26 giugno 1979 sulla tutela del consumatore, o la direttiva del Consiglio del 16 giugno 1975 e dell'8 dicembre 1975 rispettivamente in G.U.C.E. L 194 del 25 luglio 1975 e L 31 del 5 febbraio 1976 in materia di politica ambientale. Successivamente l'uso di detto articolo si è ristretto (si veda U. LEANZA, *Il Ricorso all'art. 235 del Trattato CEE*, in *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri, vita e Pensiero*, II, Milano 1978, p. 342 ss.) circoscrivendo l'azione ad opera della giurisprudenza della Corte: «dalla stessa lettera dell'art. 235 (ora 308) si desume che il valersi di detta norma come base legale di un atto è ammesso solo quando nessun'altra disposizione del Trattato attribuisca alle istituzioni comunitarie la competenza necessaria per l'emanazione dell'atto stesso» (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 26 marzo 1983, *Commissione/Consiglio*, C-45/86, in *Racc.*, 1987, p. 1493), riconoscendo il limite all'articolo proprio nel principio di attribuzione delle competenze alla Comunità ad opera degli Stati. È possibile, quindi, il ricorso a detta norma solo quando i poteri d'azione richiesti e collegati agli scopi della Comunità, sanciti dall'art. 2 T.C.E., e all'azione di cui all'art. 3 T.C.E., oggi artt. 2,3,4 T.F.U.E., non trovino una base giuridica propria nelle disposizioni del Trattato, in quanto non conferiti alle Istituzioni in attuazione del principio di attribuzione. L'art. 352 T.F.U.E., così come strutturato, era «stato pensato e voluto dai costitutori della Comunità al fine di evitare che un'interpretazione estensiva della teoria dei poteri impliciti da parte del giudice comunitario potesse espropriare gli Stati membri, al di là di quanto da essi voluto e consentito, di competenze e poteri normativi interni agli ordinamenti statali» (cfr. P. CIRIELLO, *La Comunità Europea e i suoi principi giuridici. Lezioni di diritto co-*

scendo nel tempo in modo esponenziale e funzionale al raggiungimento degli obiettivi della Comunità prima, dell'Unione poi.

Questo aumento dei poteri, di carattere essenzialmente concorrente, ha implementato il ricorso ad una normazione derivata sotto la forma della direttiva.

La natura di questi atti avrebbe potuto compromettere il primato del diritto comunitario e la sua uniformità di applicazione.

La direttiva, infatti, per sua struttura obbliga solo gli Stati destinatari e, pertanto, l'utilizzo massiccio di tale atto di diritto derivato esautorava i singoli dal ruolo che sino a quel momento avevano svolto in termini di garanzia del diritto comunitario.

Le direttive sfornivano la Corte dell'ausilio dei cittadini ai quali, in detti atti, non venivano direttamente attribuite situazioni giuridiche da poter promuovere innanzi alle giurisdizioni comunitarie o a quelle interne.

Se le direttive non fornivano più questa possibilità, se le competenze erano cresciute in maniera tale che l'intervento dell'Unione toccava settori nuovi e diversi rispetto ai tradizionali, i giudici del Lussemburgo hanno cercato una via alternativa alla modalità sino a quel momento utilizzata per l'individuazione delle situazioni soggettive. Ciò proprio in ragione del ruolo che è attribuito al singolo sin dalla *Van Gend & Loss*.

La situazione che si era venuta a creare, infatti, rendeva difficile inquadrare nel sistema dei diritti realizzato con il ricorso alla *Schutznormtheorie* ed alla teoria dell'effetto diretto, le nuove situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento comunitario originava, in ragione dell'incremento delle sue competenze.

Di qui il ricorso al principio dell'effetto utile.

munitario, Napoli, 2004, p. 156), permettendo comunque, attraverso il suo ricorso, un adeguamento nel tempo, alla luce degli obiettivi perseguiti, degli strumenti d'azione in mano alle istituzioni.

Per questa strada si è fatto del processo, o meglio del rimedio, il luogo di emersione delle situazioni giuridiche soggettive comunitarie in capo ai singoli.

I rimedi, ossia gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, hanno assunto il ruolo di mezzi di selezione delle situazioni giuridiche rilevanti.

Si è affiancato al tradizionale un nuovo sistema di qualificazione delle situazioni soggettive, realizzato mediante la concreta applicazione delle norme europee.

Si introduce, così, un controllo sull'attuazione della norma «unitaria» conformemente all'effetto perseguito dall'ordinamento dell'Unione, mediante il ricorso agli organi giurisdizionali, in caso di mancata od imperfetta esecuzione ad opera degli Stati dell'obbligo contenuto nella direttiva.

I giudici sono i soggetti deputati a garantire l'effettività delle norme dell'Unione anche quando queste non attribuiscono situazioni giuridiche soggettive direttamente in capo ai singoli, ma vincolano comunque gli Stati ad un preciso obbligo.

Esiste, infatti, per questi ultimi un dovere di dare esatta attuazione alle norme dell'Unione. Obbligo che viene sanzionato non solo quanto esso è totalmente disatteso, ma anche quando l'attuazione della normativa «comunitaria/unitaria» non avviene conformemente alle finalità dell'atto di riferimento.

L'enunciazione delle regole, quindi, non è più il solo luogo della rilevanza e dell'efficacia delle situazioni giuridiche soggettive. Attraverso l'opera della Corte, anche l'Europa continentale ha visto emergere alcune situazioni giuridiche mediante il ricorso al sistema dei rimedi.

Il ricorso al sistema rimediato era tanto più necessario quanto dovuto sul piano della ricerca dell'effettività della tutela da assicurare ai diritti di provenienza comunitaria.

La sola disapplicazione del diritto interno non era, infatti, più tu-

tela sufficiente a garantire i singoli nei confronti dello Stato, quando i loro diritti erano *in pectore* contenuti in direttive inattuate.

Va comunque ricordato – quale ulteriore premessa logica a quanto seguirà – che i rimedi previsti dall'ordinamento giuridico U.E. non coincidono solo con quello risarcitorio.

Esistono nell'ordinamento giuridico in esame forme rimediali diverse da quest'ultimo. Ne è un esempio il principio della disapplicazione, come sopra richiamato.

Ognuno di questi, comunque, contribuisce a delineare la definizione «comunitaria/unitaria» di diritti e di interessi.

È innegabile, difatti, che nel momento in cui sono stati individuati diritti risarcibili a causa della violazione dell'ordinamento giuridico comunitario da parte di uno Stato, questo ha conciso con la scelta del sistema di fare del processo e dei rimedi il luogo di qualificazione delle situazioni soggettive.

Quanto è accaduto nell'ordinamento comunitario, successivamente alla c.d. sentenza *Francovich*, è stato proprio quello di trovarsi innanzi ad una situazione giuridica i cui caratteri identificativi non discendono direttamente dalla norma, ma indirettamente dal tipo di tutela accordata⁽³⁰⁸⁾.

L'opzione esercitata dalla giurisprudenza del Lussemburgo, attraverso la risarcibilità dei danni nei confronti degli Stati inadempienti, ha fatto del sistema dei rimedi posto in essere dal legislatore europeo lo strumento attraverso il quale qualificare le situazioni giuridiche soggettive per lo stesso rilevanti.

Il ragionamento che si sta compiendo, però, è legato al rimedio del risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro per la mancata attuazione del diritto U.E.

⁽³⁰⁸⁾ Cfr. M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law*, in *Com. market law rev.*, 34, 1997, p. 328 ss.

Nella qualificazione della situazione giuridica risarcibile convivono, infatti, i due sistemi di emersione delle situazioni giuridiche soggettive presenti nell'ordinamento in esame: la c.d. *Schutznormtheorie* da un lato e quello rimediale dall'altro.

A seconda che l'azione di responsabilità sia diretta nei confronti delle Istituzioni, piuttosto che nei riguardi degli Stati nazionali, il riferimento sarà l'una o l'altra modalità di qualificazione delle situazioni soggettive.

Va infatti richiamato alla mente che esiste un diritto al risarcimento anche nei riguardi delle Istituzioni per i danni dalle medesime arrecati nell'esercizio delle loro funzioni⁽³⁰⁹⁾.

In questo caso, però, siamo comunque di fonte ad una previsione normativa, l'art. 340 T.F.U.E., che in se identifica ed attribuisce un diritto.

I caratteri identificativi della situazione giuridica soggettiva che sorge in seguito ad un danno sono, comunque, gli stessi indipendentemente dal fatto che questo sia stato cagionato dalle Istituzioni *ex art. 340 T.F.U.E.*, oppure dagli Stati per effetto del loro mancato adempimento.

Quello che muta, come già detto, è il diverso luogo di qualificazione della situazione in capo al singolo.

Il ricorso al principio dell'effetto utile non significa abbandono della teoria né dell'effetto diretto, né della c.d. *Schutznormtheorie*.

A queste, oggi, si affianca l'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive attraverso i rimedi, garantendo anche così – come è nel disegno della Corte – il primato del diritto comunitario sopra tutto e tutti.

⁽³⁰⁹⁾ Il riferimento è all'art. 340 T.F.U.E., 2 par., il quale stabilisce come «l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali, comuni agli Stati membri, i danni cagionati dalle Istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

2. — *Manca di tutele costitutive nell'ordinamento dell'Unione europea.*

Il sistema di tutela apprestato dall'ordinamento U.E. attraverso il ricorso al principio dell'effetto utile, oltre a significare l'ingresso di un nuovo criterio di emersione delle situazioni giuridiche soggettive, in realtà rafforza una tendenza tipica del medesimo sistema.

L'ordinamento dell'Unione si caratterizza per l'inclinazione ad evitare il ricorso ad una tutela di carattere costitutivo sia nei confronti delle Istituzioni sia nei confronti degli Stati.

Infatti, i sistemi di garanzia predisposti dall'ordinamento in esame nei confronti delle Istituzioni che agiscono in violazione dei diritti riconosciuti ai singoli, non prevedono nessuna modalità di sostituzione del giudice nella produzione di un effetto giuridico che l'ordinamento rimette, in prima battuta, alla decisione dei suoi organismi «unitari».

Il fatto è speculare per gli Stati inadempienti rispetto all'obbligo di emanazione di un atto derivante da un obbligo comunitario alla sua corretta emanazione.

In nessuno dei due casi si è prevista, da parte dell'ordinamento comunitario, alcuna tutela che implichi la coartazione del riesercizio del potere da parte dell'Istituzioni o degli Stati inadempienti.

Le ragioni di tale scelte si possono intuire. Rimane, però, il dato che l'ordinamento in esame innanzi alle violazioni delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli nei rapporti verticali ha scelto, per la loro garanzia, la via della tutela per equivalente.

La ricognizione che segue dovrebbe supportare la riferita considerazione.

3. — *Situazioni giuridiche soggettive e tutela ex artt. 263 e 266 T.F.U.E.*

Le situazioni giuridiche che sono riconosciute in norme del Trattato, in quelle di diritto derivato, nei principi generali ed in norme che in ogni caso sono vincolanti la Comunità – in quanto parametro della illegittimità degli atti ad esse eventualmente contrari – sono assistite, oltre che dalla responsabilità aquiliana, anche dalla tutela garantita dall'art. 263 T.F.U.E., già art. 230 T.C.E.

Vi sono, quindi, situazioni giuridiche soggettive contenute in norme di vario genere la cui violazione da luogo all'illegittimità dell'atto.

A fianco dell'annullamento *ex* 263 T.F.U.E., già art. 232 T.C.E., – o anche la sua omissione in caso di ricorso per carenza⁽³¹⁰⁾ – le richiamate posizioni individuali sono assistite anche dalla garanzia ripristinatoria di cui all'art. 266 T.F.U.E.

Accertata l'illegittimità del provvedimento «unitario», quindi, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea pone in capo alle Istituzioni – dalle quali proviene l'atto oggetto di annullamento ov-

⁽³¹⁰⁾ Si veda in questo senso Tribunale di primo grado, sentenza del 11 luglio 2007, T-167/04, *Asklepios Kliniken*, in *Racc.*, 2007, p. 50, nell'ambito di un ricorso per carenza ai sensi dell'allora art. 232 T.C.E. in cui una società tedesca specializzata nella gestione di ospedali privati aveva proposto una azione diretta a far constatare che la Commissione si era illegittimamente astenuta dal prendere posizione sulla denuncia concernente l'esistenza di aiuti di Stato che si pretendeva essere stati accordati dalle autorità tedesche agli ospedali del settore pubblico. Il Tribunale ricorda che gli artt. 230 CE e 232 CE, oggi artt. 263 e 266 T.F.U.E., costituiscono l'espressione di un unico rimedio giurisdizionale. Di conseguenza, come l'art. 263 T.F.U.E., consente ai singoli di proporre un ricorso per annullamento contro un atto comunitario che li riguarda direttamente ed individualmente, così l'art. 266 T.F.U.E. conferisce loro anche la facoltà di proporre ricorso per carenza contro un'istituzione che abbia omesso di adottare un atto che li avrebbe riguardati allo stesso modo. Nello stesso senso Corte di Giustizia, sentenza del 18 novembre 1970, C-15/70, *Chevalley/Commissione*, in *Racc.*, 1970, p. 975, e del Tribunale di primo grado, sentenza del 10 maggio 2006, T-395/04, *Air One/Commissione*, in *Racc.*, 2006, p. II-1343.

vero il cui comportamento omissivo è stato dichiarato illegittimo – il dovere di assumere tutti i provvedimenti necessari per dare esecuzione alla sentenza della Corte di Giustizia.

Di fronte ad una pronuncia che consegue ad un procedimento per carenza, l'Istituzione sarà chiamata ad adottare l'atto la cui illegittima omissione è stata accertata.

Innanzitutto ad una sentenza di annullamento competerà, invece, all'Istituzione di rideterminare l'assetto degli interessi secondo il dettato della pronuncia⁽³¹¹⁾.

⁽³¹¹⁾ L'ipotesi in ultimo in esame, per la verità, apre a diverse e possibili conseguenze: l'annullamento di un atto ed il discendente obbligo di conformazione alla sentenza, infatti, potrebbero riverberarsi finanche su provvedimenti non direttamente oggetto di ricorso, con ogni conseguenza anche in tema di certezza del diritto e tenuta del principio dell'affidamento. Per conformarsi al precetto della sentenza potrebbe essere sufficiente che l'amministrazione comunitaria proceda alla riemanazione dello stesso atto, emendato questa volta dei vizi colpiti dalla pronuncia. Attività assolutamente necessaria per evitare *vulnus* nell'ordinamento, specialmente se l'annullamento dell'atto ha colpito un provvedimento qualificabile – secondo i Trattati – come dovuto (giurisprudenza costante ricorda che qualora l'atto sia stato annullato per un vizio di procedura, l'*iter* per la sua nuova emanazione riprenda dal punto colpito dall'invalidità, Tribunale primo grado, sentenza del 20 aprile 1999, T-305/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, p. II-931). Possono verificarsi situazioni dove, però, l'intervento che l'istituzione è chiamata a compiere è di un grado di complessità maggiore rispetto al precedente. Vale a dire, posto che il contenuto del primo comma dell'art. 231 C.E. contiene la regola generale per cui «se il ricorso è fondato, la Corte di Giustizia dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato», il suo secondo comma afferma che «tuttavia, per quanto concerne i regolamenti, la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi». L'art. 264 T.F.U.E. espressamente, quindi, chiama l'istituzione convenuta ad adattare l'ordine giuridico comunitario, o meglio alcune parti di esso, ai principi enunciati dalla sentenza della Corte a cui si deve dare esecuzione. L'annullamento di un atto in questa ipotesi finirà, pertanto, per riverberarsi su provvedimenti non direttamente oggetto di ricorso. La giurisprudenza comunitaria ha elaborato nel tempo una serie di alternative del possibile intervento dell'istituzione convenuta, basate sul distinguo che l'atto non direttamente impugnato incida o meno su diritti quesiti. Sarà sempre possibile, pertanto, un'abrogazione non retroattiva di provvedimento – non oggetto diretto di ricorso – di portata generale o meno, quando ciò non incida negativamente su alcun diritto, reso dallo stesso provvedimento defini-

Vale a dire che corre l'obbligo all'Istituzione convenuta di com-

tivo e stabile (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 24 giugno 1976, C-56/76, *Elz/Commissione*, in *Racc.*, 1976, p. 1097). Al contrario il principio della certezza del diritto e dell'affidamento dei cittadini sulla stabilità delle norme e dei loro effetti sono possibili ostacoli alla eventuale revoca, con efficacia retroattiva, del provvedimento generale non oggetto di impugnazione. La sicurezza della permanenza della situazione giuridica delineata dall'atto estraneo al ricorso di annullamento, potrebbe, infatti, porsi in contrasto con l'assetto normativo disegnato nella sentenza dalla Corte di Giustizia che deve essere eseguita. Occorre, pertanto, conciliare le due opposte esigenze. La necessità di tutelare il principio di certezza del diritto prevarrà sull'interesse dell'amministrazione a revocare un proprio atto legittimo quando da questo discendono diritti soggettivi. In questa ipotesi non sarà mai possibile dotare di efficacia retroattiva la revoca di una decisione dell'amministrazione comunitaria (Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 1957, 7/56 e 3-7/57, *Algera/Alta autorità*, in *Racc.*, 1957, p. 81. Si veda inoltre Corte di Giustizia, sentenza del 25 gennaio 1979, C-98/78, *Racke*, in *Racc.*, 1979, p. 69, che ammette una particolare deroga al principio enunciato: è possibile dotare di efficacia retroattiva la revoca di un atto legittimo se ciò fosse assolutamente necessario per raggiungere lo scopo individuato in sentenza, nel rispetto, comunque, del legittimo affidamento degli interessati). Il dovere di provvedere ai sensi degli articoli 266 e 264 T.F.U.E. potrebbe, poi, interessare atti che presuppongano l'esistenza, e quindi anche la legittimità, del provvedimento travolto dalla pronuncia di annullamento, oppure atti il cui contenuto sia in contrasto con il nuovo assetto d'interessi uscito dalla sentenza oggetto di esecuzione da parte dell'istituzione. In questi casi la Corte sembra distinguere tra atti meramente ricognitivi e provvedimenti costitutivi di posizioni giuridiche soggettive, rimettendo all'amministrazione interessata il dovere di prendere in considerazione la specifica situazione degli amministrati coinvolti. Ossia la scelta operata dall'istituzione dovrà essere guidata dalla ricognizione intorno alle conseguenze che nel caso concreto possono derivare dalla revoca dell'atto, dalla ragionevolezza dell'affidamento generato dalla stabilità e definitività della situazione regolata dall'atto, come pure dagli interessi economici coinvolti (Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 1962, 14/61, *Hoogovens/Alta autorità*, in *Racc.*, 1962, p. 473; Corte di Giustizia, sentenza del 26 febbraio 1987, C-226/87, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo*, in *Racc.*, 1987, p. 3611). Dalla ponderazione così delineata degli interessi, l'amministrazione interessata potrà ritenere opportuno dotare di efficacia retroattiva la revoca di un proprio atto legittimo, nel rispetto di rigorose condizioni temporali. La revoca di un provvedimento siffatto dovrà avvenire entro un termine ragionevole quando questi è costitutivo di posizioni soggettive (Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 57, C-7/56 e 3-7/57, *Algera*, cit.; si veda anche Corte di Giustizia, sentenza del 25 gennaio 79, C-98/78, *Racke*, cit.). Detta rigidità temporale si attenua quando l'atto oggetto di revoca è qualificato come meramente ricognitivo (Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 62, C-14/61, *Hoogovens*, cit.).

piere ogni attività capace di determinare la situazione che si sarebbe verificata se non fosse mai venuto in essere l'atto annullato o l'inattività sanzionata.

L'articolo 263 T.F.U.E. impone, in ogni caso, all'organo «unitario» anche il dovere di risarcire il danno ulteriore derivante dall'atto annullato o dall'inerzia illegittima, purché sussistano le condizioni di cui al secondo comma dell'art. 340 T.F.U.E. ⁽³¹²⁾.

Giurisprudenza costante ha meglio precisato che proprio l'obbligo di esatta ottemperanza, discendente dall'articolo 263 T.F.U.E., comprende anche il preciso dovere per l'Istituzione convenuta di verificare se il precedente comportamento illegittimo o l'atto annullato abbiano provocato danni.

Qualora ciò sia avvenuto l'organo U.E. dovrà provvedere a risarcirli, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 340 cit. ⁽³¹³⁾.

Ai sensi dell'art. 263 T.F.U.E. sono comunque risarcibili i danni conseguenti alla diretta violazione del dovere di ottemperanza: specificatamente l'inadeguata o la mancata adozione dell'atto dovuto in ossequio alla sentenza di condanna rivolta alla Istituzione ⁽³¹⁴⁾. La violazione, infatti, dell'obbligo sancito dal Trattato nell'articolo in

⁽³¹²⁾ Cfr. Tribunale di primo grado, sentenza del 20 maggio 1999, T- 220/97, *Ecroyd/Commissione*, in *Raccolta*, 1999, p. II-677.

⁽³¹³⁾ Da questa affermazione discende comunque un'altra considerazione: la presenza di una sentenza di condanna nei confronti di una amministrazione comunitaria, e quindi la lesione della posizione giuridica soggettiva riconosciuta all'interessato, non fa automaticamente nascere in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno, configurandosi questo solo ricorrendo le condizioni dell'illecito extracontrattuale *ex art. 288 T.C.E.* oggi 340 T.F.U.E. Così Corte di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, C-412/92, *Parlamento/Mireille Meskens*, in *Racc.*, 1994, p. I-3757; Tribunale di primo grado, sentenza del 20 maggio 1990, T-220/87, *Ecroyd/Commissione*, in *Racc.*, 1990, p. II-1677.

⁽³¹⁴⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 8 ottobre 1992, T-84/91, *Meskens/Parlamento*, in *Racc.*, 1992, p. II-2335; Corte di Giustizia, sentenza del 26 aprile 1988, *Asteris/Commissione*, in *Racc.*, 1988, p. 2181.

esame costituisce un comportamento illecito⁽³¹⁵⁾.

Saranno, inoltre, oggetto di risarcimento le conseguenze dannose sussistenti malgrado l'Istituzione «unitaria» abbia dato esecuzione alla sentenza di cui ella era destinataria⁽³¹⁶⁾ ai sensi del secondo comma dell'art. 263 T.F.U.E.

Va rilevato come l'articolo citato, nella sua seconda parte, non subordini il risarcimento del danno all'esistenza di un nuovo illecito ad opera delle Istituzioni, distinto e diverso da quello derivante dall'originario atto annullato o dal comportamento omissivo sanzionato.

Il Trattato permette di risarcire il danno che deriva dall'atto annullato o dall'inerzia riconosciuta illegittima, che eventualmente permanga anche successivamente all'intervento dell'amministrazione in esecuzione del relativo provvedimento giurisdizionale⁽³¹⁷⁾.

Il risarcimento possibile, ai sensi del secondo comma dell'articolo in esame, si riferisce, esattamente, al danno ulteriore causato dall'atto o dall'illegittima omissione che può pertanto sussistere, come detto, indipendentemente dalla esecuzione della sentenza e nonostante quest'ultima⁽³¹⁸⁾.

⁽³¹⁵⁾ Si veda punto n. 81 Tribunale di primo grado, sentenza del 8 ottobre 1992, T-84/91, *Meskens c. Parlamento*, cit.

⁽³¹⁶⁾ Tribunale di primo grado, sentenza del 27 giugno 1991, T-120/89, *Stahlwerke Peine-Salzgitter/Commissione*, in *Racc.*, 1991, p. II-279; Corte di Giustizia sentenza del 9 agosto 1994, C-412/92 P., *Parlamento c. Meskens*, cit.

⁽³¹⁷⁾ In questi termini tra le molte Corti di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, causa 412/92, *Parlamento c. Mireille Meskens*, cit.

⁽³¹⁸⁾ Chiariscono il punto le conclusioni dell'avvocato generale, M. DARMON nella sentenza Corte di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, C-412/92, P. *Meskens/Parlamento*, cit.: «è vero che l'istituzione deve ricercare una soluzione che rimedi integralmente al pregiudizio subito dal candidato [nel caso in esame il giudizio era stato introdotto da una dipendente della Comunità esclusa da una procedura concorsuale] al quale è stata illegittimamente rifiutata la possibilità di concorrere. Se però una sorta di "restituito in integrum" risulta impossibile [...] una riparazione totale, il danno residuo – la cui esistenza ed entità va provata da chi se ne ritiene vittima – dà luogo ad un risarcimento pecuniario. Tale peraltro il senso del secondo comma dell'art.

Infatti, l'azione posta in essere dalle Istituzioni in adempimento della condanna loro rivolta potrebbe non essere capace, o comunque sufficiente, a porre nel nulla le conseguenze dannose già verificatesi ad opera dell'atto o dell'inazione impugnata.

Siffatto diritto al risarcimento del danno è stato qualificato come «forma residuale di riparazione da fatto illecito»⁽³¹⁹⁾ ritenendolo azionabile esclusivamente nei confronti del danno che continui a sussistere nonostante l'esecuzione della sentenza⁽³²⁰⁾. In seguito a condanna, infatti, l'Istituzione potrebbe totalmente conformarsi a quest'ultima, procedendo a tal fine ad un riesercizio del potere nei termini contenuti nella sentenza *ex artt.* 263 e 266 T.F.U.E. ad essa indirizzata.

L'intervento doveroso dell'amministrazione convenuta pone in essere, così, una sorta di *restituito in integrum* della situazione giuridica lesa.

Talvolta, però, il comportamento dell'Istituzione, foss'anche totalmente ossequioso ed aderente della sentenza a questi indirizzata, potrebbe non garantire la riparazione totale delle conseguenze lesive subite dall'interessato in seguito al mancato, o illegittimo esercizio del potere da parte dell'amministrazione convenuta.

176, che dispone: «tale obbligo (quello di adottare i provvedimenti richiesti dall'esecuzione della sentenza di annullamento) non pregiudica quello eventualmente risultate dall'applicazione dell'art. 215, secondo comma» relativo come è noto alla responsabilità extracontrattuale della Comunità [...]. Se il ricorso al Tribunale [il riferimento è alla sentenza di primo grado impugnata innanzi alla Corte di Giustizia] fosse stato fondato sul secondo comma dell'art. 176 del Trattato, il collegio, applicando l'art. 215, secondo comma, al quale quello fa rinvio, avrebbe potuto verificare se, nonostante la nuova normativa adottata dal Parlamento [quest'ultimo in seguito all'introduzione del precedente ricorso aveva emanato norme nuove e diverse] sussistesse un pregiudizio residuo in capo alla signora *Merskens* e ordinare la riparazione attraverso il risarcimento».

⁽³¹⁹⁾ Testualmente F. HONORATI, *art. 233 CE*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'unione europea*, F. POCAR, (a cura di), cit., p. 796.

⁽³²⁰⁾ Anche Corte di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, C-412792, *P. Meskens/Parlamento*, cit.; Corte di Giustizia, sentenza del 4 maggio 1998, C-259/96 P, *Consiglio c. De nil e impens*, in *Racc.*, 1998, p. I-2915.

L'eventuale danno residuo darà luogo ad un risarcimento pecuniario.

In questa ipotesi l'azione risarcitoria per equivalente sarà capace di garantire la tutela effettiva del diritto, incidendo laddove l'azione ripristinatoria comunque non sarebbe in grado di intervenire.

La Corte precisa che potrà essere intrapreso procedimento diretto a far valere la non ottemperanza di una pronuncia da parte di una Istituzione anche qualora, rispetto al caso concreto, particolari circostanze oggettive rendano impossibile ristabilire l'ordine violato attraverso l'atto annullato o il comportamento omissivo illegittimo⁽³²¹⁾.

In questo caso è da precisare che non viene sovvertito affatto il principio di autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento⁽³²²⁾. Nell'ipotesi enunciata, in capo al ricorrente si configurerebbe solo un interesse qualificato a promuovere un ricorso di annullamento anche qualora vi sia una impossibilità oggettiva per l'Istituzione di conformarsi alla sentenza⁽³²³⁾.

⁽³²¹⁾ () Va rilevato, tra l'altro nonostante l'assenza di ogni pregiudizialità, come l'azione di annullamento in violazione dell'obbligo di cui all'art. 266 T.F.U.E. possa essere promossa in ogni modo quale condizione per la richiesta danni ex art. 340 T.F.U.E. L'azione di annullamento fungerebbe in questo caso come una forma di rafforzamento della successiva domanda risarcitoria.

⁽³²²⁾ Si vedano sul punto le conclusioni dell'avvocato generale GERANDL REISCHL, in Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1980, C-76/79, *Konecke/Commissione*, in *Racc.*, 1980, p. 687: «se però bisogna dar ragione alla Commissione quando sostiene che la constatazione dell'illegittimità di un atto in un processo di annullamento non costituisce affatto una premessa per far valere pretese relative alla responsabilità della pubblica amministrazione, è tuttavia dubbio che soltanto sulla base di questa considerazione si possa negare l'interesse ad agire [...]. Non è però da escludere [...] la riflessione – e ciò potrebbe dimostrare un interesse sufficiente – che in un procedimento per responsabilità della pubblica amministrazione si debba far fronte all'obiezione che a torto la ricorrente abbia tralasciato di chiedere l'annullamento dell'atto da lei ritenuto illegittimo e di cercare di ottenere almeno parzialmente l'adeguata costituzione di una situazione legittima, facendo valere il dovere della Commissione ai sensi dell'art. 176 del Trattato CE».

⁽³²³⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1980, C-76/79, *Konecke/Commissione*, cit.

4. — *Eseguibilità ed esecutività delle pronunce.*

Di fronte all'inadempimento delle Istituzioni dell'obbligo di conformazione loro derivante da sentenza, il cittadino europeo è, in realtà, sfornito di una tutela sufficientemente forte, in quanto l'ordinamento «unitario» è sprovvisto di un giudizio di esecuzione delle proprie pronunce giurisdizionali.

Non è previsto, infatti, nell'ordinamento che stiamo trattando alcun giudizio di ottemperanza⁽³²⁴⁾ delle sentenze della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado in caso di mancata od imperfetta esecuzione della pronuncia ad opera dell'Istituzione destinataria.

⁽³²⁴⁾ Sul carattere della natura esecutiva del giudizio di ottemperanza B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, p. 20 ss., il quale riconduce questo giudizio, «forma fisiologica della funzione giurisdizionale esecutiva», al processo di esecuzione individuandone comunque la specialità di «completamento di cognizione» rispetto ad ogni altro giudizio di analoga natura. La specialità consiste, afferma l'autore, nella qualità del soggetto obbligato: «speciale, rispetto alla posizione del privato esecutato (e, come tale, in grado di condizionare la disciplina applicabile), è solo la posizione dell'amministrazione obbligata e inadempiente contro cui si rivolge il giudizio di ottemperanza». Si veda anche M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, p. 1814, il quale afferma: «tenuto conto della tendenza alla progressiva omologazione del processo amministrativo agli schemi del processo civile, appare preferibile la ricostruzione del giudizio di ottemperanza come un giudizio propriamente di esecuzione, fermo restando che profili cognitori possono rendersi necessari sempre che siano strettamente strumentali all'esecuzione». Precisa, poi, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 1, p. 383: «l'area della discrezionalità residua dell'amministrazione dopo la sentenza di annullamento è esterna rispetto all'ottemperanza che concerne le statuizioni imperative nascenti dal giudicato e pertanto non incide (non può incidere) sull'ambito di operatività della garanzia processuale prevista per il rispetto dell'ottemperanza stessa». In ultimo si riporta la significativa di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, p. 269 e *passim*, il quale ricostruisce il processo di ottemperanza come processo di esecuzione il quale al termine della sua ricostruzione giunge a dire: «tramonta la convinzione che la esecuzione forzata in forma specifica urti contro la libertà sovrana dell'individuo e a maggior ragione urti contro la posizione sovrana dell'amministrazione; si parifica quest'ultima ai cittadini, il processo di ottemperanza ad altre specie di processo esecutivo, il giudice amministrativo al giudice civile».

In seguito a condanna, infatti, l'Istituzione potrebbe totalmente conformarsi a quest'ultima, procedendo a tal fine ad un riesercizio del potere nei termini contenuti nella sentenza ex artt. 263 e 266 T.F.U.E. ad essa indirizzata.

Nel caso in cui l'Istituzione rimanga inerte innanzi all'obbligo di conformazione di cui all'art. 263 T.F.U.E., nessuna azione potrà essere diretta a coartare il riesercizio del potere da parte dell'organismo comunitario garantendo la riemanazione del provvedimento.

Nessun giudizio nell'ordinamento in esame è finalizzato a rendere esecutivo nei fatti il precetto dell'autorità giudiziaria⁽³²⁵⁾.

In tema di conformazione delle sentenze da parte dell'Istituzioni l'ordinamento U.E. indirizza la tutela delle situazioni giuridiche soggettive verso il solo strumento del risarcimento del danno, piuttosto che prevedere mezzi di tutela specifica.

Di fronte a tale dato c'è semmai da interrogarsi sulla effettività della tutela realmente garantita dall'ordinamento in esame al diritto in questione.

Nel momento in cui le norme escludono «espressamente il ricorso a rimedi che assicurino il raggiungimento dell'interesse che costituisce l'essenza del diritto tutelato, diviene arduo non pensare che la scelta processuale finisca per influenzare, di fatto, il contenuto stesso della

⁽³²⁵⁾ Qualora il giudice europeo abbia individuato un errore nello svolgimento dell'attività amministrativa – annullando il provvedimento o dichiarando omissiva un'eventuale istituzione – la doverosità dell'esercizio del potere ed «il carattere continuo di questo [...] [imporrebbero] alla amministrazione di non abbandonare a sé il procedimento a suo tempo iniziato e concluso, [proprio] nell'ipotesi in cui l'atto terminale venga caducato» (così C.E. GALLO, *Risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2003, p. 628, per il quale si realizza così una sorta di redistribuzione dei costi tra cittadino e amministrazione). La previsione di un eventuale giudizio di esecuzione renderebbe nei fatti concreto il provvedimento del giudice, realizzando un sistema per il riesercizio del potere amministrativo. Garantire, invece, la sola azione risarcitoria – rispetto allo scopo realizzato dalla tutela ripristinatoria – significa certificare da parte dell'ordinamento comunitario che il potere non venga più riesercitato, o che permanga nella veste non esatta sanzionata dal giudice.

situazione sostanziale»⁽³²⁶⁾.

La modalità con cui i Trattati hanno disciplinato le conseguenze della mancata o non corretta esecuzione, l'azione risarcitoria appunto, documenta il dato che alla modifica giuridica dei rapporti, avvenuta attraverso la sentenza *ex art. 263 T.F.U.E.* o *ex art. 266 T.F.U.E.*, si è scelto di non far conseguire una variazione di fatto degli stessi quando l'adeguamento della realtà non si realizzi per opera delle medesime Istituzioni.

In questi termini, e nel caso concreto del primo comma dell'art. 263 T.F.U.E., l'azione risarcitoria non è comunque in grado di realizzare a pieno l'effettività della tutela dell'interessato nei confronti del mancato esercizio del potere da parte delle amministrazioni «comunitarie/unitarie».

L'illustrata preferenza per la tutela risarcitoria sembra aver dato corpo, nell'ordinamento europeo, alla considerazione più volte espressa «anche rispetto a certe scelte poste in essere negli ordinamenti interni» per cui «il risarcimento dei danni sia una conseguenza che è reputata meno dannosa per l'amministrazione che non il rifacimento di una attività amministrativa complessa e la modificazione di una realtà di fatto che non è facile alterare per ricondurla a diritto»⁽³²⁷⁾.

5. — *Responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazione del diritto U.E.*

Il discorso fatto può ripetersi nei confronti degli Stati.

⁽³²⁶⁾ Testualmente sul rapporto tra tutela specifica e per equivalente, nonché sull'incidenza delle tutele processuali offerte da un ordinamento sul contenuto sostanziale del diritto, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 2; nonché A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Roma-Bari, 1982, p. 10 ss.

⁽³²⁷⁾ Ancora C.E. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 629.

È vero, infatti, che l'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive in capo ai singoli attraverso le norme di diritto dell'U.E. ha giustificato il ricorso – o meglio la necessità – per lo stesso ordinamento comunitario di organizzare un regime di responsabilità degli Stati.

La logica di detta scelta si può così giustificare.

Nel corso del tempo, come sopra evidenziato, il riconoscimento di una forma di tutela aquiliana nei confronti degli Stati inadempienti rispetto agli obblighi comunitari, anche se non espressamente prevista dai Trattati, era diventata sempre più utile al fine di assicurare proprio l'effettiva realizzazione degli obiettivi perseguiti da questi ultimi.

Esisteva inoltre una innegabile necessità di garantire il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento.

La loro stessa previsione – ed attribuzione – non avrebbe senso se queste non fossero assistite da una adeguata tutela che ne garantisca la loro effettività. E ciò maggiormente quando lo Stato, chiamato a rispettare gli obblighi «comunitari/unitari» non lo faccia e le situazioni soggettive, in ragione dell'atto normativo in cui sono contenute, non sono direttamente azionabili innanzi alle competenti giurisdizioni.

La scelta del ricorso alla tutela risarcitoria, per soddisfare i bisogni sopra indicati, è stata dettata dall'esigenza di rispettare il potere d'attuazione esistente in capo agli Stati.

Il problema che si poneva era legato dalla necessità di conciliare l'esigenza della garanzia delle situazioni di provenienza europea con la riserva di potere che compete esclusivamente agli Stati in tema di attuazione delle norme «comunitarie/unitarie» sforbite di efficacia diretta.

Tale riserva impediva al giudice dell'Unione di intervenire sul legislatore nazionale imponendo allo stesso un *facere*. Di qui il ricorso all'individuazione di una via che offrisse una tutela alternativa a quella sostanziale, impossibile da garantire.

Si è fatto così ricorso ad una tutela patrimoniale.

Per questa via si è trasformato in debitore del singolo il legislatore inattivo rispetto agli obblighi comunitari ⁽³²⁸⁾.

6. — *Inadempimento dello Stato.*

L'operazione descritta è stata realizzata dalla giurisprudenza comunitaria utilizzando i principi generali del sistema.

La Corte ha fatto anche in questo caso ricorso al principio del primato del diritto comunitario, la sua *Grundnorm*.

Spartiacque nel senso indicato è la oramai nota sentenza *Franco-vich* del 1991 ⁽³²⁹⁾.

La riferita pronuncia condanna l'Italia per il mancato recepimento di una direttiva (la n. 80/987/CEE) riguardante la creazione di un sistema di garanzie per i lavoratori dipendenti in caso di insolvenza del datore di lavoro ⁽³³⁰⁾.

Pur non ripercorrendo la storia delle sentenza oramai nota è impossibile non ricordarla nel momento in cui questa disegna innegabilmente un orizzonte nuovo in tema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria.

⁽³²⁸⁾ L'espressione è mutuata da G. TESAURO, *Responsabilità degli stati per violazione del diritto comunitario*, (Atti del Congresso dell'Unione degli avvocati Europei, Venezia, 30/31 maggio- 1 giugno 1996), Bruxelles, 1997, p. 304: «collegato all'obbligo dello Stato di trasporre la direttiva (...) un diritto a pretendere dallo Stato una tutela patrimoniale alternativa a quella sostanziale, che la mancata osservanza dell'obbligo non abbia reso possibile (...) dalla violazione dell'obbligo, sancito da una norma sprovvista di effetto diretto, di realizzare con la trasposizione il risultato voluto dalla direttiva, si è ricostruito un diritto dei beneficiari di ricevere una compensazione patrimoniale corrispondente al trattamento (...) oggetto della direttiva stessa».

⁽³²⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e n. C-9/90, *Franco-vich* e a., cit.

⁽³³⁰⁾ V. anche Corte di Giustizia, 8 ottobre 1996, *Dillenkofer*, cause riunite C-178 e 179, 188-190/94, in *Racc.*, 1996, p. I-4845.

Inoltre, come sopraccennato, è con la riferita pronuncia che viene a modificarsi lo stesso criterio di emersione delle situazioni soggettive.

Il sistema rimediale e della qualificazione processuale delle posizioni individuali viene ad affiancare il sistema classico⁽³³¹⁾ di loro emersione attraverso l'enunciazione nel principio. La sentenza edifica, infatti, le linee del regime giuridico della responsabilità degli Stati.

La *Francovich* prende posizione proprio a riguardo dell'ipotesi della mancata adozione di misure legislative interne imposte per l'attuazione di una direttiva comunitaria ed, insieme alla successiva sentenza *Brasserie du pêcheur*⁽³³²⁾, permette di costruire le linee del regime giuridico della responsabilità extracontrattuale degli Stati⁽³³³⁾.

Va infatti ricordato come detta pronuncia non sia stata la prima ad ammettere l'esistenza di una responsabilità in capo agli Stati per violazione della normativa comunitaria.

Sentenze precedenti alla *Francovich*, infatti, affermavano come lo Stato, riconosciuto inadempiente nei confronti delle prescrizioni di provenienza comunitaria, fosse gravato dal duplice obbligo di ritirare tutti gli atti adottati in violazione del diritto comunitario, nonché quello di eliminare gli effetti antiggiuridici degli stessi.

Tale finalità poteva essere perseguita anche attraverso il risarcimento del danno⁽³³⁴⁾.

⁽³³¹⁾ L'espressione è parafrasata da A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., p. 51.

⁽³³²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, cit.

⁽³³³⁾ La sentenza richiamata, Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich* e *a.*, cit., punto 33 della motivazione, specifica proprio che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe inficiata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro».

⁽³³⁴⁾ Il riferimento è Corte di Giustizia, sentenza del 16 dicembre 1960, C-6/60, *Humblet c. Stato belga*, in *Racc.*, 1960, p. 1092, nonché ID., sentenza del 22 gennaio

Francovich e *Brasserie du pêcheur*, però, precisano i criteri della responsabilità dello Stato per violazione di regole comunitarie, e lo fanno ricalcando la disciplina della responsabilità delle Istituzioni dell'Unione nei confronti dei singoli.

La lettura congiunta di queste due pronunce ci porta a dire che la piena efficacia delle norme è assicurata unicamente attribuendo ai singoli la possibilità di ottenere un risarcimento qualora i propri diritti di origine «comunitaria/unitaria» siano lesi da uno Stato membro.

L'effettività della tutela dei diritti di matrice europea sarà garantita attraverso la possibilità di ottenere il risarcimento del danno. E ciò proprio nei casi in cui all'individuo è sottratta la possibilità di far valere davanti al giudice nazionale le disposizioni di una direttiva non *self-executing* (il caso della sentenza *Francovich*)⁽³³⁵⁾; oppure nel momento in cui i singoli possano adire le giurisdizioni competenti in ragione della lesione di un diritto loro direttamente conferito da una fonte comunitaria (l'ipotesi contenuta nella sentenza *Brasserie du pêcheur*).

L'ordinamento tende così a collegare la gravità dell'infrazione alla consistenza dell'interesse leso al quale ritiene di dover assicurare tutela.

Non è la natura della situazione giuridica l'elemento determinante per far sorgere la responsabilità aquiliana⁽³³⁶⁾.

1976, *Russo c. AIMA*, C-60/75, in *Racc.*, 1976, p. 45, la quale nel suo punto 9 afferma: «nell'ipotesi che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà risponderne, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione».

⁽³³⁵⁾ La sentenza riguardava proprio il caso di disposizioni della direttiva, per il loro carattere insufficientemente preciso, non si prestavano ad essere direttamente applicate.

⁽³³⁶⁾ Più di un autore ha ritenuto che quello descritto sia lo stesso meccanismo

Risiede in questa considerazione la chiave di volta della *Franco-vich* e della *Brasserie du pêcheur*. Tale dato è il sintomo del cambio metodologico più volte ricordato: «la situazione giuridica non viene più fondata sulla teoria della rilevanza e dell'efficacia, ma sul “*quantum* modale di tutela” cioè sul rimedio»⁽³³⁷⁾.

La lettura offerta dalla giurisprudenza dell'Unione tende così a legare la risarcibilità del danno non alla natura della posizioni soggettiva violata, quanto all'importanza che di questa violazione compie l'ordinamento.

Il dovere dello Stato di dare attuazione alla normativa europea costituisce un obbligo preciso ed incondizionato previsto da norme protettive. È la violazione di detto obbligo che fa sorgere un diritto risarcibile.

Rimane fermo il dato, però, che il cittadino, innanzi alla violazione di un proprio diritto ad opera dello Stato che gli è attribuito dall'ordinamento «unitario», è sfornito di qualsiasi tutela di natura costitutiva.

E ciò sia quando lo Stato non esercita correttamente il suo potere discrezionale nell'attuazione di una direttiva, sia anche quando lo Stato semplicemente viola una posizione soggettiva discendente da norme comunitarie direttamente applicabili.

che è stato seguito in Italia anche dalle Sezioni Unite della Cassazione nella notissima sentenza 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487. In questo senso si veda G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999, 5, p. 1126.

⁽³³⁷⁾ Testualmente A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., p. 74, il quale fa riferimento del «*quantum* modale di tutela» per descrivere la precisa scelta operata dalla Corte di Giustizia, espressione mutuata da M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, cit., p. 24.

7. — *Potere di disapplicazione dei giudici nazionali.*

L'azione risarcitoria nei confronti degli Stati nasce, come detto, al mutare del quadro di riferimento delle competenze comunitarie, originato dal loro incremento.

Il sistema di tutele esistente non era più sufficiente innanzi alle esigenze di garanzia dei singoli trasformate dai nuovi poteri di Bruxelles.

La disapplicazione rimane una garanzia in capo ai cittadini significativa sotto vari punti di vista.

La norma «unitaria» caratterizzata da immediata applicabilità impedisce alla norma nazionale eventualmente contrastante, non importa se anteriore o posteriore, di venire in rilievo per la disciplina del rapporto giuridico sottostante⁽³³⁸⁾.

Esiste in capo ai giudici nazionali un potere di disapplicazione del diritto interno quando discordante con quello «comunitario/unitario».

Disapplicazione ad opera del giudice non significa né la nullità, né invalidità della norma nazionale, ma solo la sua inapplicabilità al rapporto controverso⁽³³⁹⁾.

Questa forma di tutela è un portato diretto del principio della supremazia del diritto «comunitario/unitario» su quello interno.

Il potere di disapplicare del diritto interno a favore di quello «unitario» non staziona, tra l'altro, solo in capo al giudice ordinario, ma alla stessa pubblica amministrazione nazionale, compresi gli enti locali.

Rimane comunque fermo l'obbligo per gli Stati di emendare il proprio ordinamento dalle normative in contrasto con le disposizioni del diritto dell'Unione⁽³⁴⁰⁾.

⁽³³⁸⁾ Affermazioni sono riferibili anche alla nostra Corte Cost., sentenza del 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. Cost.*, 1984, p. 1098.

⁽³³⁹⁾ Ancora la Corte Cost., sentenza del 8 giugno 1984, n. 170, *cit.*

⁽³⁴⁰⁾ Recepisce questo orientamento anche la nostra Corte Costituzionale, ne è un esempio la nota sentenza Corte Cost., sentenza del 11 luglio 1989 n. 389, in *Giur. Cost.*, 1989, I, p. 1757.

L'effetto della disapplicazione si produce relativamente a norme sostanziali, così come procedurali e processuali.

A proposito di quest'ultimo caso, infatti, il giudice nazionale è stato invitato a non dare applicazione ad eventuale disposizione di diritto processuale nazionale che neghi la possibilità di «valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine»⁽³⁴¹⁾.

Quando il diritto «unitario» gode della caratteristica dell'effetto diretto non opera il principio della disapplicazione, quanto la necessità per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto di provenienza europea.

Qualora, infatti, la norma dell'Unione non sia direttamente applicabile in ragione del proprio rango gerarchico di fonte «unitaria», l'organo giurisdizionale – ovvero amministrativo nazionale – non si trova davanti alla necessità di applicare una norma «unitaria» a preferenza di una norma interna eventualmente contrastante⁽³⁴²⁾.

Piuttosto questi sarà chiamato ad interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva⁽³⁴³⁾. E ciò anche quando, per esempio, per questi atti di diritto

⁽³⁴¹⁾ È la nota Corte di Giustizia, sentenza del 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame* in *Dir. proc. Amm.*, 1991, p. 255. In questi termini si esprime la Corte di Giustizia nella sentenza *Peterbroeck*, Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, C-312/93, in *Racc.*, 1995, p. I-4599.

⁽³⁴²⁾ Così F. MORFINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e diritto comunitario*, in *T.A.R.*, 4, 2005, p. 222.

⁽³⁴³⁾ Afferma P. OLIVER, W.H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Comm. mark. law rew.*, 2004, p. 421, che è pacifico che le norme del T.C.E., oggi del T.F.U.E., possano acquistare rilevanza anche nelle controversie tra privati quando si tratta di interpretare le norme di diritto interno alla luce del diritto comunitario, e che ciò possa essere assimilato ad un effetto orizzontale del diritto dell'Unione non caratterizzato da diretta applicabilità.

derivato non sia scaduto il termine di recepimento.

Nel momento in cui tale tempo è superato ed il risultato prescritto dalla direttiva non è ottenibile dallo Stato, neanche mediante interpretazione conforme del giudice, allora sarà possibile far ricorso all'azione risarcitoria – ricorrendone i presupposti – con le modalità sopra descritte⁽³⁴⁴⁾.

La disapplicazione è una forma di tutela che nel sistema in esame può essere definita di chiusura.

Non sempre, infatti, la violazione di una norma caratterizzata dalla diretta applicabilità implica il sorgere di una responsabilità extracontrattuale in capo allo Stato.

Al contrario, però, la difformità della normativa interna rispetto a quella unitaria dotata di diretta applicabilità, implica sempre la disapplicazione a favore di quella di provenienza europea.

Di fronte agli atti «comunitari/unitari» caratterizzati della efficacia diretta, successivamente alla fase del loro recepimento nel diritto interno, il potere di disapplicazione esistente in capo ai giudici nazionali è strumento di verifica della discrezionalità dell'autorità nazionale nell'applicazione del diritto dell'Unione.

È il mezzo che realizza il controllo che gli organi legislativi nazionali non abbiano ecceduto il limite del potere loro spettante⁽³⁴⁵⁾.

Tale affermazione appare tanto più significativa alla luce della sentenza *Unilever Italia Spa/Central Food Spa*⁽³⁴⁶⁾.

La pronuncia in esame enuncia la necessità di procedere alla disapplicazione della normativa interna qualora questa contrasti con

⁽³⁴⁴⁾ Si veda chiaramente sul punto Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, *Faccini Dori/Recreb*, in *Racc.*, 1994, p. I-3325, punti 26, 27, 28, 29, 30.

⁽³⁴⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 24 ottobre 1996, C-72/95, *Kraijveld*, in *Racc.*, 1996, I, p. 5403.

⁽³⁴⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2000, C-443/98, *Unilever Italia Spa/Central Food Spa*, cit.

quella comunitaria di natura tecnica, anche se questa è contenuta in una direttiva non ancora attuata e non caratterizzata dalla diretta applicabilità. Questo accade anche di fronte alle violazioni da parte dello Stato di un principio generale contenuto in una direttiva ancora non scaduta ⁽³⁴⁷⁾.

Queste sentenze, che sembrano evidenziare una tendenza diversa da quella generale sopra indicata, in realtà sono il sintomo del significato di disapplicazione come controllo sulla discrezionalità dello Stato.

Quando questa è totalmente ridotta, come innanzi ad una previsione tecnica che non ammette variazioni od un principio generale, è possibile disapplicare la normativa interna contrastante anche prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva. Nelle ipotesi indicate il decorso del tempo nulla muterebbe rispetto al ridotto margine di potere riconosciuto allo Stato.

In questo caso è come se il controllo sull'esercizio della discrezionalità fosse anticipato, perché ridotta al minimo la scelta delle modalità con cui effettuare il recepimento.

La disapplicazione, pertanto, sembra chiudere il cerchio delle tutele nel sistema predisposto dall'ordinamento U.E.

L'avvocato generale Legèr ha affermato, nelle proprie conclusioni a *Linster*, che nell'ipotesi sopra indicate i singoli hanno un vero e proprio «diritto di rivolgersi ai giudici nazionali per ottenere che sia assicurato il rispetto della gerarchia delle norme», tramite un controllo di legittimità del diritto interno ⁽³⁴⁸⁾.

Le parole dell'avvocato generale suffragano la lettura della dottrina che fa della possibilità di ottenere la disapplicazione di una norma interna, un vero e proprio diritto di richiedere al giudice nazionale il

⁽³⁴⁷⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, C-144804, in *Racc.*, 2004, p. I-9981

⁽³⁴⁸⁾ Così l'Avv. generale Legèr nelle conclusioni in Corte di giustizia, sentenza del 19 settembre 2000, C-287/98, *Linster*, cit., punti 82 e 85.

sindacato giurisdizionale sulla normativa interna. Il diritto sarebbe di natura procedurale e non sostanziale⁽³⁴⁹⁾.

Naturalmente la disapplicazione opera solo nel momento in cui esiste una norma di provenienza europea che possa essere applicata immediatamente in *vece* di quella nazionale contrastante. In assenza di questa condizione è possibile il ricorso alla sola interpretazione conforme.

8. — *La «lettura comunitaria» della Schutznormtheorie.*

In tema di *Schutznormtheorie* nell'ordinamento giuridico U.E. è doveroso precisare, come autorevolmente sostenuto, che la giurisprudenza europea faccia ricorso a questa teoria compiendo un'opera di adattamento della stessa⁽³⁵⁰⁾.

L'individuazione in alcuni principi generali di norme vocate al conferimento di diritti ai singoli è forse l'espressione più limpida del ricorso alla *Schutznormtheorie* da parte della Corte, come criterio di emersione delle situazioni soggettive riconosciute all'individuo nei confronti delle Istituzioni.

La Corte considera i diritti e gli interessi che sono oggetto della norma protettiva dell'individuo, ma nel compiere questa operazione

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. D. EDWARD, *Direct Effect, the Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, II, Milano, 1998, p. 423 ss.

⁽³⁵⁰⁾ In Corte di Giustizia, sentenza del 2 giugno 1976, cause riunite 56/74-60/74, *Kurt Kampffmeyer e a./Commissione e Consiglio*, in *Racc.*, 1976, p. 711, l'Avv. generale *Gand* concludeva affermando *Schutznormtheorie* non dovesse essere considerata in maniera troppo rigorosa. Non mancano voci contrarie connesse alla non necessità proprio per la Corte di non fare ricorso a questa teoria tra l'altro affatto comune alle tradizioni giuridiche di molti Stati europei, afferma infatti L. GOFFIN, *Responsabilità non contractuelle de la CE*, in *Cayers dr. eur.*, 1968, p. 83, il quale afferma che la *Schutznormtheorie* non sia affatto comune né alla tradizioni giuridica francese, né a quella belga, né a quella olandese.

di comprensione prescinde dalla ricerca della presenza o meno di un interesse pubblico⁽³⁵¹⁾.

L'uso della *Schutznormtheorie* nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea riflette le esigenze di questo sistema e si allontana dalla sua originaria impostazione, per cui la ricerca del fine pubblico nella norma di tutela non è essenziale⁽³⁵²⁾.

È stato posto in dubbio se dopo la sentenza *Paul*⁽³⁵³⁾ il ricorso alla *Schutznormtheorie* nella giurisprudenza della Corte si configuri ancora nei termini indicati.

L'uso della teoria sullo scopo della norma – per stabilire la linea di confine fra gli interessi di fatto e quelli suscettibili di garanzia, nonché l'obbligo gravante sugli Stati di proteggere gli interessi dei singoli rilevanti per l'ordinamento U.E. – ha sempre garantito, infatti, la tutela di quest'ultimi nelle questioni controverse dedotte in giudizio, indipendentemente dal rapporto intercorrente, sulla scorta del diritto nazionale, tra detti interessi e l'interesse pubblico⁽³⁵⁴⁾.

La pronuncia *Paul* sembra aver posto in dubbio questa regola.

La sentenza in esame ha assunto rilevanza perché pare fornire una lettura della c.d. teoria della *Schutznormtheorie* divergente rispetto a quella consolidata nel tempo dalla giurisprudenza della Corte.

Non ci si occuperà in queste pagine della questione del rappor-

⁽³⁵¹⁾ Il riferimento è a M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, p. 24: «l'applicazione che viene fatta dalla giurisprudenza comunitaria della *Schutznormtheorie*, (...) considera come situazioni soggettive gli interessi oggetto di una norma protettiva dell'individuo, a prescindere dalla presenza o meno di un interesse pubblico (...)».

⁽³⁵²⁾ Ricostruisce efficacemente la lettura originaria della teoria in questione M. CARRÀ, *La (ir)responsabilità dello Stato per omessa vigilanza bancaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2005, p. 1182, in nota 37.

⁽³⁵³⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 12 ottobre 2004, C-222/02, *P.Paul ed altri/Bundesrepublik Deutschland*, in *Giur. it.*, 2005, p. 385 ss.

⁽³⁵⁴⁾ Il riferimento è a Corte di Giustizia, sentenza del 19 dicembre 1968, C -13/68, *Saigoil*, in *Racc.*, 1968, p. 601.

to tra indennizzo e risarcimento del danno. L'aspetto è sicuramente meritevole di attenzione per la discutibilità delle conclusioni, ma la questione è lontana dall'interesse principale per cui qui si richiama la c.d. sentenza *Paul*⁽³⁵⁵⁾.

Così come non sarà oggetto di trattazione – per le stesse ragioni evidenziate – il dato che le direttive 94/19, 77/80, 89/229 e 89/646⁽³⁵⁶⁾ non conferiscano diritti ai singoli. La Corte esclude, infatti, che le direttive richiamate attribuiscano diritti ai titolari di conti bancari in caso di indisponibilità dei loro depositi, derivante da carente vigilanza sugli enti creditizi da parte delle autorità nazionali.

Quel che è rilevante ai fini della presente trattazione – e ciò che sorprende maggiormente – è l'affermazione contenuta nel punto 2 del dispositivo della sentenza in esame.

La sentenza *Paul* nega la responsabilità dello Stato tedesco per omessa o non corretta vigilanza dell'autorità chiamata al controllo sugli enti creditizi.

Il presupposto su cui la Corte fonda la sua pronuncia è la norma nazionale tedesca, secondo la quale i compiti dell'autorità di vigilanza sugli enti di credito sono svolti nell'interesse pubblico. Cosa che di per sé escluderebbe, secondo il diritto interno, che i correntisti possano chiedere allo Stato il risarcimento dei danni loro causati da una vigilanza carente da parte dell'autorità competente⁽³⁵⁷⁾.

⁽³⁵⁵⁾ Va comunque sottolineato come la soluzione adottata nel caso del rapporto tra indennizzo e risarcimento sia in qualche misura dipendente anche dalle conclusioni che la Corte raggiunge sul punto della finalità della norma. Si veda per una lettura sul punto P. PISANI, *Concorso di obbligazioni indennitarie, risarcitorie e gestorie nella disciplina del rapporto tra autorità di vigilanza bancaria e risparmiatore depositante*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2006, p. 871 ss.

⁽³⁵⁶⁾ Il riferimento è alle direttive del Consiglio concernenti al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio (dir. 77/780/CEE, modificata con dir. 88/646/CEE), nonché la direttiva riguardante i fondi propri degli enti creditizi.

⁽³⁵⁷⁾ Ricostruisce la normativa tedesca in esame D. SICLARI, *Drittbezogenheit del*

La Corte di Giustizia avvalta questa lettura.

Le conclusioni a cui giunge la sentenza sono incompatibili con l'intera giurisprudenza U.E. fin ora formatasi.

In forza della pronuncia in esame la tutela risarcitoria sarebbe accordata solo se la norma violata non persegua esplicitamente la finalità di tutelare un interesse pubblico. Quando questo avviene la garanzia risarcitoria sarebbe esclusa.

Nel caso di specie l'interesse tutelato dall'attività di vigilanza godrebbe della garanzia aquiliana nel momento in cui l'azione dell'autorità di garanzia non venga svolta nell'esclusiva finalità di perseguire un pubblico interesse ⁽³⁵⁸⁾.

Questa affermazione si pone in assoluto contrasto con tutta la giurisprudenza della stessa Corte, per tre ordini di ragioni.

Primariamente esiste una consolidata tendenza nell'Unione a non sottrarre ad alcuna responsabilità le proprie Istituzioni «unitarie» nei casi in cui esse sono chiamate a svolgere funzioni di vigilanza. Ne sono esempi numerose sentenze in tema di responsabilità extracontrattuale in caso di omissione di vigilanza da parte della Commissione ⁽³⁵⁹⁾.

Sull'atteggiamento della Comunità/Unione rispetto alle proprie Istituzioni basti ricordare anche le conseguenze politiche della omessa vigilanza della Commissione nel caso BSE e lo «scardinamento» conseguente del c.d. sistema comitale incaricato dei controlli a tutela della salute umana ⁽³⁶⁰⁾.

dovere di ufficio, öffentlichen, interesse ed esclusione della responsabilità dell'autorità di vigilanza bancaria nell'ordinamento tedesco, in *Giur. it.*, 2005, p. 390 ss.

⁽³⁵⁸⁾ Cfr. R. CONTI, R. FOGLIA, *Osservatorio della Corte di Giustizia CE*, in *Corr. giur.*, 12, 2004, p. 1664.

⁽³⁵⁹⁾ *Ex multis* Corte di Giustizia, sentenza del 30 gennaio 1992, *Finsider e a./Commissione*, C-363/88 e C-364/88, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 761.

⁽³⁶⁰⁾ È nel 1997, proprio in occasione della prima crisi legata all'encefalopatia bovina, che a livello comunitario si è iniziato a pensare come modificabile il sistema delle consulenze scientifiche, e quindi il sistema dei Comitati chiamati a svolgere attività di

Non è nel DNA dell'Unione, quindi, l'instaurazione di un sistema di impunità delle amministrazioni.

Non sembra possibile pertanto ammettere una immunità in capo ad un organo amministrativo nazionale soprattutto in un sistema, quale quello della responsabilità extracontrattuale, che sta convergendo – come si evidenzierà (vedi *infra* cap. 5 e 6) – verso una ricostruzione unitaria degli elementi caratterizzanti la responsabilità ex art. 340 T.F.U.E. e quella degli Stati.

Sarebbe priva di logica giustificazione una immunità per organi di

consulenza, esistenti all'interno della Commissione. Con la decisione 23 luglio 1997 n. 97/579 gli allora sei comitati, sicuramente caratterizzati da un esiguo coordinamento tra loro, venivano sostituiti da otto nuovi organi posti sotto l'egida di un Comitato direttivo previsto con decisione del 10 giugno 1997 n. 97/404, chiamato a svolgere funzioni di coordinamento degli organi consultivi. Venivano così istituiti: 1) comitato scientifico della tossicità, dell'ecotossicità e dell'ambiente, 2) comitato scientifico dei medicinali e dei dispositivi medici, 3) comitato scientifico dei prodotti cosmetici e dei prodotti alimentari destinati ai consumatori, 4) comitato scientifico delle piante, 5) comitato scientifico della alimentazione umana, 6) comitato scientifico delle misure veterinarie collegate con la sanità pubblica, 7) comitato scientifico della salute e del benessere degli animali, 8) comitato scientifico dell'alimentazione animale. Il Libro Bianco, in ogni caso, individuava la non adeguatezza del sistema dei comitati nella gestione delle crisi in materia di sicurezza alimentare per carenze derivanti dall'inefficienza organizzativa oltre che dall'inesperienza scientifica, nonostante che, con l'istituzione dei nuovi comitati, furono maggiormente definite funzioni e regole fondamentali. È dalle riflessioni nate intorno ad eventi di crisi, sulle conseguenze dei seri rischi alla salute, oltre a quelle sui mercati e sui consumi, che è nata la necessità di creare strumenti diretti a ridare fiducia ai consumatori ed ai mercati medesimi, siano essi in seno alla comunità che a paesi terzi. Una delle modalità pensate dal legislatore del regolamento n. 178/2002 per perseguire detto scopo è la predisposizione di una struttura specialistica, per cui ogni provvedimento normativo chiamato ad incidere direttamente od indirettamente nella materia alimentare potrà e dovrà essere fondato su una seria base scientifica, frutto dell'attività di detto organismo: «il fondamento tecnico e scientifico della normativa comunitaria in materia di sicurezza degli alimenti e dei mangimi dovrebbe contribuire al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute nella Comunità. La Comunità deve poter contare su un'assistenza scientifica e tecnica indipendente, efficiente e di elevata qualità». Di qui la previsione di istituire un'Autorità Europea per la sicurezza alimentare con le finalità sopra sommariamente riferite, pensata con il Libro Bianco attuata con il regolamento n. 178/2002.

vigilanza nazionali che non sia tale per le Istituzioni «unitarie», quando nelle norme che di entrambi sovrintendono l'attività è comunque presente il perseguimento di un interesse pubblico.

Ogni attività di vigilanza, infatti, è svolta nel prevalente interesse pubblico.

La sentenza *Paul* urta significativamente, poi, con i criteri che da tempo stanno informando anche gli ordinamenti interni in tema di responsabilità extracontrattuale⁽³⁶¹⁾: la violazione di una norma dell'ordinamento giuridico interno, che accerti la rilevanza di un determinato interesse, comporta il risarcimento del danno a carico di chi la lesione pone in essere, «chiunque questi sia».

Chiosa a quanto affermato è la sentenza *Brasserie du Pecher* che in massima afferma: nell'ipotesi di responsabilità degli Stati «occorre (...) far riferimento al regime stabilito per la responsabilità extracontrattuale della Comunità». E ciò per due ordini di ragioni: «da un lato, tale regime si basa, ai sensi dell'art. 215, secondo comma, del Trattato [oggi art. 288 T.C.E.], sui principi generali comuni ai diritti degli Stati membri e, dall'altro, i presupposti del sorgere della responsabilità della Comunità e di quella degli Stati membri in circostanze analoghe non debbono differire, in mancanza di specifica giustificazione». La tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione non può, infatti «variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno»⁽³⁶²⁾.

Secondo dato di contrasto della sentenza con la consolidata giurisprudenza U.E. in materia, sono le norme utilizzate dalla Corte come parametro di riferimento.

I giudici del Lussemburgo nel caso in esame usano come paradigma di valutazione le direttive più sopra richiamate, nelle quali non

⁽³⁶¹⁾ Con buona pace anche della nota Cass. n. 500/99, cit.

⁽³⁶²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, cit..

rintracciano la capacità di riconoscere diritti in capo ai cittadini.

L'affermazione in se è già discutibile.

In ogni caso la sentenza *Brasserie du Pecher* afferma chiaramente come la responsabilità extracontrattuale degli Stati non sorga solo per omessa od errata trasposizione delle direttive.

Essa nasce anche dalla violazione delle c.d. norme superiori identificabili in alcuni precetti contenuti nei Trattati.

La sentenza in esame è in contrasto con le norme fondamentali dei Trattati che regolano il mercato interno.

Il riferimento della Corte avrebbero dovuto essere l'art. 153 T.C.E., oggi art. 12 e art. 169 T.F.U.E., in tema di tutela dei consumatori, l'art. 127 T.F.U.E. in materia di rispetto del sistema bancario delle regole comunitarie sulla concorrenza, nonché gli stessi artt. 3, 4, 5 e 6 T.U.E. per la parte relativa al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, che nel caso riguarderebbe proprio il sistema di tutela degli individui in materia di responsabilità extracontrattuale della P.A. ⁽³⁶³⁾.

Ma più significativamente, seguendo sempre la sentenza *Brasserie du Pecher*, l'organo giurisdizionale comunitario sarebbe giunto alla condanna dello Stato tedesco anche per altra via.

Il riferimento è ancora la sentenza richiamata che affronta il problema tedesco del sistema del risarcimento del danno. Nello svolgimento della nota motivazione, la Corte pone l'accento al rapporto tra risarcimento del danno e mancanza di diritti riconosciuti ai singoli nella norma violata.

Anche qui si pone il problema della norma che persegue interessi pubblici – ed è l'ipotesi anche del caso *Paul* – e non riconosce quindi immediatamente diritti in capo ai singoli.

La Corte risolve in questi termini il problema: «la condizione posta

⁽³⁶³⁾ Si veda per un approfondimento dei riferimenti fatti P. PISANI, *Concorso di obbligazioni indennitarie, risarcitorie e gestorie nella disciplina del rapporto tra autorità di vigilanza bancaria e risparmiatore depositante*, cit., p. 877 ss.

dal diritto tedesco in caso di violazione di norme nazionali sovraordinate contenute in una legge, condizione che subordina il risarcimento al fatto che l'atto o l'omissione del legislatore riguardi una situazione individuale, renderebbe praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento effettivo dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario, posto che i compiti devoluti al legislatore nazionale riguardano in via di principio la collettività senza interessare alcuna persona o categoria di persone considerate individualmente»⁽³⁶⁴⁾.

Da quanto brevemente detto non vi sono ragioni che possono giustificare il contenuto della pronuncia in esame, se non il rispondere ad una esigenza estremamente pratica. Come sottolineato da molti, più di tutto ha potuto il senso pratico di evitare valanghe di ricorsi nei confronti degli Stati sul tema delicato della vigilanza nel settore bancario⁽³⁶⁵⁾.

Proprio la giustificazione pratica data alle altrimenti non spiegabili ragioni della sentenza *Paul*, è preoccupante. La Corte di Giustizia, infatti, si è storicamente caratterizzata per essere stata sorda ad ogni esigenza che fosse diversa da quella di garantire il primato del diritto comunitario⁽³⁶⁶⁾.

⁽³⁶⁴⁾ Ancora Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur/Bundesrepublik Deutschland e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, cit., punto 71.

⁽³⁶⁵⁾ È l'avvocato generale C. Stix-Hackl che al paragrafo 12 delle sue conclusioni afferma che ammettere un'azione di responsabilità «condurrebbe ad un paralisi dell'attività di vigilanza delle autorità competenti, le quali potrebbero diventare bersaglio di onerose richieste risarcitorie».

⁽³⁶⁶⁾ Afferma P. PISANI, *Concorso di obbligazioni indennitarie, risarcitorie e gestorie nella disciplina del rapporto tra autorità di vigilanza bancaria e risparmiatore depositante*, cit., p. 890: «quello che preoccupa l'interprete è che la sentenza in commento della Corte di Giustizia possa venir letta come un segnale di arresto nel processo d'integrazione europea e nell'edificazione di un comune regime della responsabilità civile della p.a. nella sue nuove e vecchie articolazioni istituzionali. Diamo alla Corte di Giustizia l'alibi dell'insufficienza della prospettazione dei quesiti da parte del giudice *a quo*. Ma se così non fosse, saremmo di fronte ad un sintomo, purtroppo non isolato, di un istinto suicida dell'Europa».

In realtà, nonostante l'importanza della sentenza, non si può affatto dire che il contenuto di quest'ultima, discutibile sotto vari punti di vista, abbia ad oggi inciso in qualche modo sulla modalità della Corte di intendere il ricorso alla più volte richiamata teoria sullo scopo della norma.

Al momento la lettura fatta in questa sentenza dalla Corte è rimasta circoscritta. Non si sono susseguiti ancora, ad opera dei giudici di Lussemburgo, interventi sulla linea della *Paul*.

Si potrebbe chiosare la pronuncia in esame richiamando l'aristotelico adagio che una rondine non fa (ed anzi nel caso di specie non deve fare) primavera⁽³⁶⁷⁾.

9. — *Situazione giuridiche soggettive e ricostruzione unitaria del significato di diritto soggettivo.*

Nei confronti delle Istituzioni ogni situazione ricompresa nel fine

⁽³⁶⁷⁾ Il riferimento è ad ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, C. MAZZARELLI, trad. di, Milano, 1993, I, 7, 1097a7 – 1098b8, per il quale la felicità per l'uomo coincide con la realizzazione dell'essenza razionale: «(...) una rondine non fa primavera, né un sol giorno: così un sol giorno o poco tempo non fanno nessuno beato o felice. Il bene, dunque, resti delineato in questo modo: è certo infatti che bisogna prima buttar giù un abbozzo e poi, in seguito, svilupparlo. (...) Non cercare la precisione allo stesso modo in tutte le cose, ma di cercarla in ciascun caso particolare secondo la materia che ne è il soggetto e per quel tanto che è proprio di quella determinata ricerca. (...) Alla stessa maniera bisogna procedere anche negli altri casi, affinché gli elementi accessori non soverchino l'opera principale. E non bisogna ricercare la causa in tutte le cose in modo uguale, ma in alcune è sufficiente che venga messo adeguatamente in luce il fatto, come, per esempio, anche nel caso dei principi: il dato di fatto è un che di originario, cioè è un principio. Alcuni dei principi si giunge a vederli per induzione, altri per sensazione, altri mediante una specie di abitudine, altri ancora diversamente. Bisogna, dunque, sforzarsi di tener dietro a ciascun tipo di principio in conformità con la sua natura, e impegnarsi a definirlo adeguatamente. I principi, infatti, hanno un gran peso sugli sviluppi successivi: si ammette comunemente che il principio costituisce più che la metà del tutto, cioè che per suo mezzo diventano chiare molte delle cose che si vanno cercando».

della norma si eleva a diritto. È il ricorso alla più volte richiamata teoria tedesca che qualifica in siffatti termini le posizioni giuridiche che possono essere incluse nella norma di riferimento.

Una attenzione maggiore si deve avere in relazione al significato di diritto di provenienza U.E. quando di questo sono destinatari lo Stato ed i singoli individui.

In questi due casi, per l'ordinamento giuridico in esame, le posizioni individuali sono contenute o in norme direttamente applicabili o in norme caratterizzate dell'effetto diretto.

Se esse sono inserite in un atto di diritto derivato caratterizzato dalla diretta applicabilità devono godere di un'immediata tutela innanzi al giudice statale, contraddistinta dalla adeguatezza e dalla effettività.

Alla Corte non interessa, però, quale sia il giudice nazionale da adire al fine di veder tutelato un proprio diritto di provenienza «comunitaria/unitaria».

All'ordinamento in esame importa che a prescindere da quale sia la curia interna competente, questa garantisca sufficientemente la posizione individuale.

Compete, quindi, «all'ordinamento giuridico di ciascun Stato membro designare il giudice competente a risolvere controversie vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dall'ordinamento giuridico comunitario, fermo restando tuttavia che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti»⁽³⁶⁸⁾.

Vale a dire l'obbligo gravante sugli Stati di proteggere gli interessi dei singoli nei termini indicati – contro eventuali violazioni delle disposizioni in cui sono qualificati – è tale indipendentemente dal

⁽³⁶⁸⁾ In questi termini così da molto tempo si attesta la giurisprudenza comunitaria, in particolare Corte di Giustizia, sentenza del 9 luglio 1985, C-179/94, *Bozzetti*, in *Racc.*, 1985, p. 2317; si veda inoltre id., sentenza del 11 dicembre 1973, C -120/73, *Lorenz*, in *Foro it.*, 1974, IV, c. 218.

rapporto intercorrente, secondo il diritto nazionale, tra detti interessi e l'interesse pubblico ai cui eventualmente inerisce la questione⁽³⁶⁹⁾.

In questo senso può essere letta la sorte europea del nostro interesse legittimo.

L'interesse legittimo non è incompatibile con un sistema come quello dell'Unione. Gli è semmai indifferente.

È pacifico, infatti, che detta situazione giuridica è sconosciuta in ambito dell'Unione, al pari di come è sconosciuta ad alcuni degli altri sistemi normativi di diversi paesi membri⁽³⁷⁰⁾.

La qualificazione sul piano interno come interesse legittimo di una situazione soggettiva fondata sul diritto comunitario «non può considerarsi né preclusa né scorretta».

Ogni situazione giuridica che nasce dal diritto «unitario», però, deve essere trattata nella sostanza, e cioè dal punto di vista della tutela apprestata, come diritto. E ciò a prescindere dal *nome* con cui l'ordinamento interno può ad essa riferirsi.

Detto sistema legale tende solamente a «garantire la tutela piena ed effettiva di tutte le [proprie] situazioni giuridiche»⁽³⁷¹⁾; per questa ragione si può affermare che quest'ultimo non conosce la distinzione tra diritti ed interessi.

Ossia non ha rilevanza ai fini della tutela ai cui lo stesso ordinamento dell'Unione tende, se la situazione giuridica soggettiva di pro-

⁽³⁶⁹⁾ Il riferimento è a Corte di Giustizia, sentenza del 19 dicembre 1968, C -13/68, *Saigoil*, in *Racc.*, 1968, p. 601.

⁽³⁷⁰⁾ In realtà la Corte di Lussemburgo ha evitato di prendere una posizione diretta sulla compatibilità o meno dell'interesse legittimo con il diritto comunitario, pur avendo alcuni giudici italiani avanzato detta richiesta, il riferimento è alla nota pronuncia Corte di Giustizia, sentenza del 23 febbraio 1994, C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, in *Racc.*, 1994, p. 483.

⁽³⁷¹⁾ Ancora L. CESARINI, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo: le nuove prospettive di una situazione giuridica tradizionale*, in B. CAVALLO, (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, p. 362.

venienza U.E. sia assimilabile o meno, nel nostro diritto interno, alla figura degli interessi legittimi o ad altro.

Quel che è certo è che l'esistenza della riferita situazione soggettiva tipica del sistema italiano non può far ipotizzare, per l'ordinamento dell'Unione, alcuna discriminazione di trattamento della posizione giuridica di derivazione «unitaria», in ragione dall'esistente differenza interna tra diritti ed interessi⁽³⁷²⁾.

Diritti ed interessi sono ricostruiti in termini unitari in forza della medesima tutela ad essi apprestata.

«Nell'ottica europea l'interesse legittimo (...) non è una situazione soggettiva – essendo da questo punto vista un diritto – quanto semmai è una “formula organizzatoria” propria del sistema processuale amministrativo italiano. In quanto tale volta ad individuare il giudice competente e da attribuire un sistema compiuto di tutela dei diritti»⁽³⁷³⁾.

Gli Stati membri hanno, infatti, l'assoluta libertà di organizzare il proprio sistema di giustizia anche in forza del riferimento a situazioni soggettive.

Alla situazione soggettiva di derivazione «comunitaria/unitaria» deve comunque essere offerta una tutela piena e non solo alcuni mezzi di garanzia per il sol fatto che in un ordinamento interno – come in quello italiano – una situazione di provenienza U.E. possa essere ricondotta alla figura degli interessi legittimi piuttosto che a quella dei diritti⁽³⁷⁴⁾.

⁽³⁷²⁾ Sul principio di non discriminazione Corte di Giustizia, sentenza del 5 marzo 1980, C-265/78, *Ferwerda*, in *Racc.*, 1980, p. 617.

⁽³⁷³⁾ Testualmente A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo e comparato*, in B. CAVALLO (a cura di), *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, Torino, 2002, p. 30.

⁽³⁷⁴⁾ Per un'analisi della interferenza delle pronunce della Corte di Giustizia sulla conformazione dei mezzi di tutela e protezione presenti nei diversi sistemi interni in relazione alle situazioni giuridiche soggettive si veda R. CARATA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992.

Per tale ragione è possibile la loro risarcibilità quando sono contenuti in norme di derivazione «unitaria»⁽³⁷⁵⁾, e ciò a prescindere dalle conseguenze della nota sentenza della Cassazione del 1999⁽³⁷⁶⁾.

Di qui anche la possibilità della disapplicazione del provvedimento amministrativo se in contrasto con il diritto di provenienza europea.

Per questa via anche l'esistenza di un dovere di interpretazione conforme al diritto dell'Unione, esistente in capo sia all'organo giudiziario competente in materia di controversie contro l'amministrazione pubblica sia agli stessi organi della P.A.

Si è autorevolmente sostenuto, però, che il riferimento che spesso viene fatto nelle sentenze della giurisprudenza U.E. al termine «diritti» non significhi, in realtà, che la situazione soggettiva presa in esame dalla norma sia un diritto nel senso stretto del termine.

Né tanto meno sussisterebbe l'intenzione della Corte di trasformare tutte le posizioni giuridiche dei privati rilevanti per l'ordinamento in esame, in diritti⁽³⁷⁷⁾.

I giudici del Lussemburgo – in ragione dell'autonomia lasciata agli Stati membri di organizzare il sistema di tutela – si limiterebbero in vero a rinviare alle qualificazioni che gli ordinamenti nazionali compiono delle posizioni individuali «comunitarie/unitarie»⁽³⁷⁸⁾.

A queste farebbero anch'essi riferimento e non vi sarebbe alcun-

⁽³⁷⁵⁾ Cfr. S. CASSASE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario su i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. It. dir. pubbl. Com.*, 1993, p. 329, per cui non si può non riconoscere, infatti, che gli sviluppi del diritto comunitario, in tema di responsabilità delle istituzioni comunitarie e degli stati membri, abbiano in qualche misura aperto la strada ad una vera e propria armonizzazione dei diritti nazionali verso uno *ius commune* della responsabilità dell'amministrazione.

⁽³⁷⁶⁾ Si veda per un compiuto esame della nota sentenza I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 239 ss.

⁽³⁷⁷⁾ Così A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 29.

⁽³⁷⁸⁾ Ancora A. TIZZANO, *op. cit.*, c. 29.

na qualificazione unitaria delle situazioni soggettive di provenienza europea.

In realtà tale autorevole ricostruzione non sembra essere totalmente aderente al dato reale.

Primariamente non si vede perché non debba avere rilievo il fattore letterale delle pronunce della Corte al di comprendere cosa la stessa qualifichi come diritto⁽³⁷⁹⁾.

Secondariamente va tenuta in considerazione la tendenza di utilizzare gli stessi criteri identificativi delle norme preordinate a conferire diritti sia nella responsabilità extracontrattuale degli Stati che in quella delle Istituzioni, ed in qualche misura anche in quella di rapporti tra privati.

Il riferimento alla violazione del principio di precauzione è significativo nel senso indicato (vedi *infra* cap. 6).

Come sottolineato più volte, nei confronti delle Istituzioni – in forza del richiamo al principio della *Schutznormtheorie* – ogni posizione individuale comprensibile nella norma è un diritto.

Sarebbe, allora, privo di giustificazione utilizzare gli stessi criteri identificativi delle norme preordinate a conferire diritti nelle tre forme di responsabilità, e nel contempo ammettere che vi è una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche quando queste sono comprese nel precetto il cui non rispetto porta alla responsabilità delle Istituzioni, e una natura diversa – desumibile dall'ordinamento interno – delle posizioni individuali incluse nello stesso precetto quando questo è violato dallo Stato o dal singolo.

La tendenza ad una ricostruzione unitaria delle situazioni di pro-

⁽³⁷⁹⁾ Si veda ad esempio quelle emesse in tema di risarcimento del danno cagionato dallo Stato per violazione del diritto comunitario. In tutte queste sentenze si procede sempre alla individuazione della norma comunitaria vocata al conferimento di diritti ai singoli, la cui violazione giustifica l'azione nei confronti dell'ordinamento nazionale. Si parla anche, in questo caso, solo di diritti.

Evidentemente il fattore testuale ha qualche significato.

venienza U.E. sotto il profilo della garanzia è confermata proprio dal lasciare lo Stato libero di organizzare gli strumenti di tutela alle situazioni giuridiche di provenienza europea.

Quando la garanzia prevista dall'ordinamento interno non è adeguata ed effettiva, allora interviene l'ulteriore sistema di tutela previsto dall'Unione.

E qui, all'interno cioè delle diverse tutele predisposte dal sistema legale dell'Unione, le situazioni giuridiche soggettive sono ricostruite in termini unitari come diritti.

Specularmente si può meglio dire che, a prescindere dalla loro natura, ad esse sono riconosciute le stesse tutele.

E ciò anche quando esse fanno ingresso negli ordinamenti degli Stati membri.

Qui possono essere assimilate a posizioni giuridiche diverse da quella del diritto. E proprio perché comprese in una certa posizione giuridica piuttosto che in un'altra possono anche godere di un proprio sistema di tutela: quello cioè che l'ordinamento interno assicura alla tipologia di posizione individuale alla quale sono paragonabili sul piano nazionale.

Il sistema di garanzia previsto dallo Stato, però, potrebbe essere meno intenso di quello preteso dalla Unione per le proprie situazioni individuali.

L'Unione Europea vuole, infatti, sempre garantito ad opera dell'ordinamento statale il suo *standard* di tutela. E ciò seppure questo, come detto più volte, possa variare e non essere unico.

Di qui la predisposizione di una rete di tutele uniformi (risarcimento, disapplicazione ed interpretazione conforme) dirette a garantire l'effettività di un diritto quando questa non è possibile in ragione del sistema esistente nello Stato.

Diverso è invece il caso in cui le situazioni soggettive di diritto interno – paradigma per l'assimilazione di quelle di provenienza eu-

ropea – possano non godere di tutto il corredo di tutela che assiste quelle dell’Unione ad esse assimilabili ai fini della determinazione della giurisdizione. In questa ipotesi è come se si verificasse una sorta di discriminazione tra posizioni giuridiche assimilabili, e quindi tra gli individui che ne sono portatori.

Il fatto, però, che una situazione giuridica in un sistema nazionale goda di una garanzia minore rispetto a quella analoga, o simile, di origine europea è un problema del tutto interno che non è di interesse dell’Unione.

Situazione che si è verificata in Italia per il risarcimento del danno degli interessi legittimi. È noto che le c.d. direttive appalti prevedevano situazioni giuridiche soggettive assimilabili agli interessi legittimi. È altrettanto notorio che per un certo periodo di tempo la posizione giuridica di provenienza comunitaria, seppur assimilata agli interessi legittimi ai fini della individuazione della giurisdizione, godeva anche della tutela risarcitoria – così come *comunitariamente* prevista – che era esclusa per posizioni analoghe interne.

Gli interessi legittimi di italica matrice avevano, quindi, sul piano interno una tutela diversa e sicuramente inferiore rispetto alla garanzia che assisteva le posizioni giuridiche contenute nella direttiva appalti. Deficitavano cioè della possibilità di essere risarciti.

La conclusione di questo percorso, anche sul piano della circolazione dei modelli giuridici⁽³⁸⁰⁾, è nota⁽³⁸¹⁾.

Ai fini del nostro ragionamento il richiamo all’esperienza italiana serve a suffragare quanto cercato di affermare in queste pagine.

Si mira a sostenere, cioè, che l’assimilazione di una posizione giuridica di provenienza esterna con un’altra tipica dell’ordinamento di

⁽³⁸⁰⁾ P. G. MONATERI, *La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l’Unione europea*, in A. M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 87 ss.

⁽³⁸¹⁾ Cfr. Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3201.

destinazione non cambia la natura giuridica della posizione individuale di matrice europea.

Nel caso italiano le situazioni giuridiche della direttiva appalti godevano della tutela risarcitoria, analoghe posizioni individuali interne, no. Quel che è certo però che le prime non mutavano la natura loro riconosciuta dell'ordinamento europeo in ragione dell'assimilazione agli interessi legittimi.

L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea ricostruisce in termini unitari ogni situazione soggettiva per esso rilevante.

Ogni situazione giuridica garantita dal sistema legale in esame, seppur non essendo cooptabile a pieno titolo tra i diritti soggettivi, usufruisce della stessa tutela⁽³⁸²⁾.

Questa ricostruzione unitaria avviene non solo nei confronti delle Istruzioni. Essa rileva anche per le posizioni individuali contenute nelle norme che possono essere fatte valere nei confronti dello Stato o degli individui, valendo semmai le qualificazioni interne alle quali si assimilano, come momenti di individuazione del giudice competente.

Sono riprova di questa ricostruzione unitaria della situazioni giuridiche, dal punto di vista della tutela apprestata, i c.d. diritti strumentali.

10. — *Diritti strumentali.*

Il sistema giuridico in esame riconosce agli individui diritti procedurali ai quali appresta molte volte la stessa tutela che si riconosce a quelli sostanziali.

Le situazioni giuridiche procedurali hanno, pertanto, una innegabile rilevanza nell'ordinamento in esame.

⁽³⁸²⁾ Il riferimento è anche al cap. 1, par. 3 e 4.

Danno luogo, ad esempio, all'eventuale annullamento dell'atto comunitario ai sensi dell'art. 263 T.F.U.E., nonché alla tutela di cui all'art. 266 T.F.U.E.

Gli articoli richiamati, quindi, garantiscono la stessa tutela ad ogni situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento in esame come rilevante, a prescindere dalla sua natura sostanziale o procedimentale.

Le situazioni giuridiche soggettive U.E. di natura procedimentale che possono dar luogo all'illegittimità di un atto sono, infatti, assistite dagli stessi strumenti di tutela di quelle che possono essere definite di natura sostanziale.

Vi è nella scelta di una comune tutela una sorta di equiparazione delle situazioni giuridiche soggettive, per cui quelle che possono essere qualificate come procedimentali godono, nell'ipotesi in esame, della stessa dignità di quelle definite di diritto in senso proprio.

Questo dato incide necessariamente su una possibile ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive U.E.

Un atto delle Istituzioni è annullabile ex art. 263 T.F.U.E. anche, infatti, per l'esistenza di un vizio procedurale.

La parte interessata può ad esempio, ai sensi dell'art. 108 T.F.U.E., agire per l'annullamento di una decisione adottata al termine della fase preliminare d'esame degli aiuti prevista dall'articolo citato, al fine di salvaguardare i propri diritti procedurali ⁽³⁸³⁾.

⁽³⁸³⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 2005, C-78/03 P, *Commissione/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum*, in *Racc.*, 2005, p. I-10737. In questi termini anche la sentenza Tribunale di primo grado, sentenza del 20 settembre 2007, T-375/03, *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Commissione*, in *Racc.*, 2007, p. 24, la quale riconosce espressamente l'esistenza di diritti procedurali in capo ai singoli ad esempio il Tribunale di primo grado, dopo aver constatato che i membri della ricorrente erano parti interessate legittimati ad agire per la difesa dei loro diritti procedurali e che la ricorrente sollevava effettivamente un motivo relativo al fatto che la Commissione avrebbe dovuto avviare la procedura formale d'esame prevista dall'allora art. 88, n. 2, T.C.E. oggi 108 T.F.U.E., a causa del fatto che essa stava incontrando serie

Esistono, quindi, vizi procedurali che inficiano gli atti, e sono assistiti da una tutela ripristinatoria, conseguente all'annullamento, al pari di vizi che nascono dalla violazione di norme sostanziali.

Diritti procedimentali sostanziali, inoltre, possono dar luogo alla disapplicazione della normativa interna anche se contenuti in direttive non attuate. Il riferimento è alla sentenza *Unilever* (vedi *infra* cap.6).

È pacificamente ammessa, poi, in materia di responsabilità delle autorità nazionali la risarcibilità dei diritti strumentali. Si ricordi in questo senso proprio la sentenza *Francovich* ⁽³⁸⁴⁾. Ed in questi stessi termini può essere letta anche la pronuncia *Wells* ⁽³⁸⁵⁾.

In entrambi i casi l'omissione di un procedimento interno, previsto da una direttiva, ha originato in capo allo Stato inadempiente la conseguenza del risarcimento del danno.

Sul piano della disapplicazione della normativa interna sembra che la violazione di un vizio procedurale dia luogo ad un diritto quando la normativa «comunitaria/unitaria» è applicabile sul piano interno in sostituzione di quella statale.

Qualora, invece, manchi la normativa U.E. da poter applicare in vece di quella interna, questo non sembra che sorgano diritti procedurali in capo ai singoli. In mancanza di una previsione normativa da applicare non si rinvergono diritti ⁽³⁸⁶⁾.

difficoltà quanto alla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune, ha dichiarato il ricorso ricevibile e ha aggiunto che, benché i motivi di merito supplementari sollevati fossero irricevibili in quanto tali, gli argomenti sviluppati dovevano nondimeno essere esaminati ai fini di valutare se la Commissione stesse effettivamente incontrando serie difficoltà.

⁽³⁸⁴⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, cit.

⁽³⁸⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*, cit.

⁽³⁸⁶⁾ Spiega il fenomeno descritto A. BARTOLINI op. cit.: «la differenziazione è stata spiegata ricorrendo alla dicotomia di due logiche contrapposte, indicate come quelle dell'«*Invocability of Exclusion*» e dell'«*Invocability of Substitution*». La logica della sostituzione sta ad indicare l'evenienza in cui, a seguito della disapplicazione della

Del pari dalla violazione di diritti procedurali può sorgere la responsabilità extracontrattuale delle Istituzioni. In questo senso è significativa la sentenza *Fresh Marine*⁽³⁸⁷⁾.

Questa ha riconosciuto nella violazione di un obbligo formale il presupposto della responsabilità extracontrattuale della Commissione.

Quest'ultima, infatti, è stata chiamata responsabile dei danni cagionati a delle imprese in una procedura *antidumping*, individuando in questa disciplina gli obblighi che le Istituzioni erano chiamate a rispettare.

La Commissione avrebbe violato la richiamata normativa non realizzando una istruttoria insufficiente ed omettendo, per tale ragione, di provvedere alla creazione dei dazi provvisori di protezione.

La riferita sentenza ha quindi un duplice valore.

Il primo è riconducibile al fatto che la responsabilità delle Istituzioni viene rintracciata all'interno della normativa *antidumping* e non, invece, in norme qualificate come superiori.

In ogni caso il risarcimento viene riconosciuto per la violazione di un precetto strumentale e non di natura sostanziale⁽³⁸⁸⁾.

normativa interna, viene applicata la direttiva comunitaria; quella dell'esclusione serve, invece, a configurare quei casi dove la disapplicazione serve solo a «demolire» la normativa interna, senza alcuna sostituzione del vuoto con precetti di derivazione comunitaria». L'autore richiama in nota sulla problematica enunciata P.V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of «Horizontal» Direct Effect of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 7/02, in www.jeanmonnetprogram.org/papers, affermando, poi, che questa distinzione ripercorra quella invalsa nel nostro ordinamento tra tutela di spettanza e tutela strumentale.

⁽³⁸⁷⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 2003, C-472/00, *Fresh Marine Company SA*, in *Racc.*, 2003, p. I-07541.

⁽³⁸⁸⁾ Per un'analisi più approfondita del valore della sentenza *Fresh Marine*, si veda A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, cit., p. 95 ss., il quale sul punto specifico della violazione di una norma procedure afferma: «così facendo, viene, peraltro, riconosciuto il risarcimento per la violazione di un obbligo formale. Difatti, l'obbligo di decidere sulla base delle migliori infor-

Significative sul valore assunto da alcuni diritti procedurali all'interno dell'ordinamento dell'Unione sono anche le conclusioni presentate dall'Avvocato generale *Léger* nel caso *Heidi Hautala* relative al diritto d'accesso⁽³⁸⁹⁾.

L'avvocato generale ricorda come il principio di accesso ai documenti, tra i diritti procedurali, sia ormai da intendersi addirittura come un diritto fondamentale. A detta di *Léger* il suo valore sarebbe stato rilevato «dal punto di vista comunitario in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e all'adozione della Carta dei diritti fondamentali»⁽³⁹⁰⁾.

La Carta di Nizza, in questo senso, fornirebbe gli indizi per rivelare la vera natura delle norme dell'Unione di diritto positivo⁽³⁹¹⁾, che nel caso del diritto d'accesso giungerebbe ad integrare la natura di diritto fondamentale della persona.

mazioni, non attiene alla disciplina delle utilità sostanziali, ma a quella delle regole procedurali, formali, strumentali».

⁽³⁸⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 2001, C-353/99 P, *Consiglio/Heidi Hautala*, in *Racc.*, 2001.

⁽³⁹⁰⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 2001, C-353/99 P, *Consiglio/Heidi Hautala*, cit., par. 80.

⁽³⁹¹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 10 luglio 2001, C-353/99 P, *Consiglio/Heidi Hautala*, cit., parr. 83 e 86: «certamente non si deve ignorare la volontà chiaramente espressa dagli autori della Carta di non dotarla di forza giuridica obbligatoria. Ma, a parte qualsiasi considerazione relativa alla sua portata normativa, la natura dei diritti enunciati nella Carta [...] vieta di considerarla come una semplice elencazione senza conseguenze di principi meramente morali. Occorre ricordare che tali valori hanno in comune il fatto di essere unanimemente condivisi dagli Stati membri, che hanno scelto di renderli visibili trascrivendoli in una Carta, al fine di rafforzarne la tutela. La Carta ha innegabilmente collocato i diritti che ne costituiscono l'oggetto al più alto rango dei valori comuni degli Stati membri. [...] Come lasciano supporre la solennità della sua forma e del procedimento che ha condotto alla sua adozione, la Carta dovrebbe costituire uno strumento privilegiato utile ad identificare i diritti fondamentali. Detta Carta ha in sé indizi che contribuiscono a rivelare la vera natura delle norme comunitarie di diritto positivo».

Quel che è certo è che molti diritti procedurali nell'ordinamento dell'Unione Europea godono di una tutela analoga a quella assicurata ai diritti sostanziali.

11. — Gli *interessi diffusi e collettivi*.

L'ordinamento U.E. riconosce rilevanza giuridica anche agli interessi collettivi. La loro qualificazione avviene sia attraverso il precetto che nel processo.

Da tempo, infatti, la Corte ha affermato l'esistenza, anche in capo alle associazioni portatrici di interessi diffusi, del diritto di avvalersi di una direttiva quando vi è la necessità di contestare il corretto esercizio del potere⁽³⁹²⁾.

Il caso di riferimento è *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*. La questione nasceva nei Paesi Bassi a seguito della decisione in cui lo Stato aveva rilasciato ad una società, la *PO kokkelvisserij*, delle licenze per la pesca meccanica di cuori eduli in una zona ZPS del *Waddenzee*. Due associazioni ambientaliste, la *Waddenvereniging* e la *Vogelbeschermingsvereniging*, hanno proposto ricorso dinanzi al *Raad van State* contro le decisioni di rigetto della questione dalle stesse sollevata già davanti al Segretario di Stato. Esse sostenevano che la pesca di cuori eduli, così come autorizzata, pregiudicasse in maniera durevole la geomorfologia, la flora e la fauna del fondale del *Waddenzee*. Ai fini del nostro discorso rileva come la *Waddenvereniging* e la *Vogelbeschermingsvereniging* hanno sostenuto che le autorizzazioni contrastassero con la direttiva 92/43/CEE, la c.d. *Habitat* ed Uccelli.

⁽³⁹²⁾ In tal senso Corte di Giustizia, sentenza del 7 settembre 2004, C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*, in *Racc.*, 2004, p. I-7405.

Durante il procedimento innanzi al *Raad van State* il giudice adito promuove azione pregiudiziale.

La questione che il giudice del rinvio pone era quella se lo stesso potesse controllare il rispettato dei limiti posti alla discrezionalità delle autorità nazionali competenti dall'art. 6, n. 3 della direttiva *Habitat*, sebbene questa non fosse stata attuata nell'ordinamento giuridico dello Stato interessato malgrado la scadenza del termine previsto.

Al di là della questione di merito in senso stretto ed oggetto della pregiudiziale sollevata dal giudice, rileva ai nostri fini la posizione delle associazioni ambientaliste che hanno promosso un'azione sulla non corretta attuazione da parte del governo della direttiva citata.

La sentenza in esame afferma che «per quanto riguarda il diritto, per il singolo, di avvalersi di una direttiva e, per il giudice nazionale, di prenderla in considerazione, sarebbe incompatibile con l'effetto vincolante che l'art. 249 CE riconosce alla direttiva, escludere, in linea di principio, che l'obbligo da essa imposto possa esser fatto valere dalle persone interessate. Particolarmente nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, imposto agli Stati membri di adottare un determinato comportamento, l'effetto utile dell'atto sarebbe attenuato se ai cittadini comunitari fosse precluso di valersene in giudizio ed ai giudici nazionali di prenderlo in considerazione (...)»⁽³⁹³⁾.

Con l'affermazione sopra riportata la Corte sembra accogliere nella nozione di «persone interessate» le associazioni ambientaliste che hanno promosso l'azione innanzi alle giurisdizioni interne, chiedendo il controllo della discrezionalità dell'attività statale in materia di attuazione del diritto comunitario.

⁽³⁹³⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 7 settembre 2004, C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*, cit., punto 66.

In forza dell'effetto utile sembra quindi che anche le associazioni portatrici d'interessi diffusi siano legittimate a chiedere innanzi al giudice nazionale il controllo della discrezionalità sull'attività dello Stato.

Sul piano dei rapporti intersoggettivi, invece, perché siano riconosciuti diritti collettivi sembra essere necessaria la loro qualificazione attraverso il precetto.

In quest'ambito, quindi, è il precetto che qualifica direttamente la situazione individuale.

Qui la qualificazione di questi interessi non è contenuta in atti di diritto derivato direttamente applicabili. Siamo lontano, pertanto, dalla logica di selezione delle questioni utilizzata in queste pagine.

La trattazione della questione degli interessi diffusi nei rapporti orizzontali merita, comunque, qualche accenno per una sorta di simmetria con la problematica affrontata nei rapporti verticali.

Il riferimento è chiaramente la direttiva n. 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori⁽³⁹⁴⁾. La norma attribuisce rilevanza a dette situazioni giuridiche nel momento in cui individua i soggetti legittimati all'azione in giudizio.

Qui le associazioni di consumatori possono pretendere la cessazione di un comportamento lesivo degli interessi riconosciuti al consumatore, posto in essere da un altro soggetto privato, o che opera come tale, nel mercato.

Significativamente la direttiva n. 98/27/CE rimette, poi, agli Stati membri l'individuazione degli organismi pubblici indipendenti e le organizzazioni riconosciute in un altro Stato dell'Unione perché siano inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori⁽³⁹⁵⁾.

⁽³⁹⁴⁾ Si veda per una antesignana analisi del problema B. CAPPONI, *Diritto comunitario e azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Foro it.*, 1994, c. 439 ss.

⁽³⁹⁵⁾ In Italia è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 137 del 15 giugno 2001 il

Rimane ferma la possibilità per le autorità competenti di valutare se, nel caso di specie, lo scopo di tale ente giustifichi l'azione intrapresa.

La trasposizione nell'ordinamento interno delle direttive di cui all'elenco allegato alla direttiva 98/27 cit., quindi, costituisce la copertura normativa per le posizioni di interesse collettivo di rilevanza comunitaria in tema di tutela dei consumatori.

Decreto Lgs. n. 224, 23 aprile 2001, proprio per completare l'attuazione della direttiva 98/27/CE, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e inclusa nell'allegato B della legge 21 dicembre 1999, n. 526 (legge comunitaria 1999). Si legga per un primo commento G. DE MARZO, *Tutela inibitoria degli interessi collettivi e diritto comunitario*, in *Contratti*, 2001, p. 990. Eloquente ai fini del nostro discorso è proprio il dato che, ai sensi dell'art. 4 della direttiva, la legittimazione degli enti appartenenti ad altri Stati membri implica la presentazione di un elenco comunitario redatto dalla Commissione, pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, naturalmente aggiornato. La cadenza dell'aggiornamento ogni sei mesi (art. 4, par. 3 dir. 98/27/CE).

CAPITOLO SESTO

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E TUTELE NEI RAPPORTI ORIZZONTALI

Sommario: 1. Le ragioni dell'indagine dei rapporti orizzontali. — 2. L'applicabilità del diritto U.E. nei rapporti interindividuali. — 3. Situazioni giuridiche soggettive U.E. nei rapporti orizzontali ed il sistema di tutela. — 4. Situazioni giuridiche contrattuali. — 5. Rapporti intersoggettivi e norme dei Trattati direttamente applicabili. — 6. L'invalidità del contratto ex artt. 101 e ss. T.F.U.E. come espressione delle «permanenze» nel diritto civile. — 7. La tutela risarcitoria. — 8. Le situazioni giuridiche dell'Unione europea e rapporti patrimonialmente neutri. — 9. Diritto di proprietà e diritti reali. — 10. La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione europea nei rapporti interindividuali. — 11. Gli effetti orizzontali delle direttive inattuata. — 12. La liceità del comportamento statale e ripetizione dell'indebitato. — 13. Verifica dell'estendibilità dei risultati raggiunti in tema di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive U.E. nei rapporti verticali a quelli orizzontali.

1. — *Le ragioni dell'indagine dei rapporti orizzontali.*

In ragione dei risultati raggiunti in tema di rapporti verticali, nonché dalla ricognizione sulle modalità di caratterizzazione delle situazioni giuridiche soggettive «comunitarie/unitarie», nella pagine che seguono si procederà ad una ricostruzione dell'attuale quadro delle situazioni soggettive che caratterizzano l'ordinamento in esame verificandole attraverso i rapporti orizzontali che da esse sono direttamente influenzati. Si cercherà, pertanto, di esaminare se i risultati raggiunti in tema di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive dell'Unione europea nei rapporti verticali siano estendibili anche a quelli orizzontali.

L'intero ordinamento giuridico U.E., con il solo limite delle direttive⁽³⁹⁶⁾, può dirsi, infatti, intermente applicabile nei sistemi interni.

Sono dotate di questa capacità alcune norme dei Trattati ed i principi generali del diritto dell'Unione quando impongono obblighi e contengono diritti sufficientemente precisi ed incondizionati⁽³⁹⁷⁾.

⁽³⁹⁶⁾ Sono dotate di efficacia diretta, per espressa previsione normativa, le direttive. La direttiva individua un obiettivo che deve essere raggiunto da uno o da più Stati membri entro un certo periodo di tempo. Sono gli Stati che, attraverso misure di recepimento, dovranno scegliere i mezzi più opportuni per raggiungere gli obiettivi fissati nella stessa (già art. 249, paragrafo 1, comma 3, T.C.E., oggi artt. 288, 289, 290, 291 e 292 T.F.U.E.) (per un approfondimento si veda già L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*, in *Foro it.*, 1992, III, c. 173; anche P. BARETTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro opponibilità ai singoli*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 253 e F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1980; *ib.*, *Il problema degli effetti diretti delle decisioni e delle direttive comunitarie*, in *Annuario di diritto int.*, 1965, p. 363). In linea di principio le direttive si distinguono dai regolamenti e dalle decisioni proprio perché non immediatamente applicabili ai soggetti di diritto diversi dagli Stati, essendo necessarie a tal fine misure di recepimento. La direttiva, infatti, è stata concepita come strumento di armonizzazione degli ordinamenti nazionali di fattispecie regolate in modo diverso (si pensi ad esempio al diritto societario). Gli atti interni con cui si procede al recepimento di una direttiva, quando questa ha per oggetto il ravvicinamento delle normative nazionali, devono essere cogenti. Non si considera forma idonea il recepimento attuato con meri atti amministrativi, per loro natura modificabili dalla stessa amministrazione (si veda Corte di Giustizia, sentenza del 25 maggio 1982, C-96/81, *Commissione/Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1981, p. 1791, e ID., sentenza del 9 giugno 1993, C-95/92, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, 1993, p. 3119; ID., sentenza del 18 ottobre 2001, C-354/99, *Commissione/Irlanda*, in *Racc.*, 2001, p. I-7657. Si veda Corte di Giustizia, sentenza del 25 maggio 1982, C-96/81, *Commissione/Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1981, 1791, e ID., sentenza del 9 giugno 1993, C-95/92, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, 1993, p. 3119; ID., sentenza del 18 ottobre 2001, C-354/99, *Commissione/Irlanda*, in *Racc.*, 2001, p. I-76579).

⁽³⁹⁷⁾ I principi generali dell'ordinamento giuridico, di regola sono dotati di efficacia diretta. Le previsioni contenute nei Trattati, quando hanno un carattere meramente programmatico e si contraddistinguono per essere incomplete o comunque dirette a regolare solo i rapporti intergovernativi, sono dotate solo della forza loro derivante dall'efficacia diretta. Sul punto veda S. AMADEO, *Norme comunitarie posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 44 e la giurisprudenza ivi richiamata.

Sono direttamente applicabili i regolamenti⁽³⁹⁸⁾, le decisioni⁽³⁹⁹⁾ e

⁽³⁹⁸⁾ Il regolamento è una fonte caratterizzata da una portata generale, capace di produrre effetti nei confronti di soggetti individuati come categorie generali ed astratte in base a criteri oggettivi. Secondo la Corte di Giustizia, sentenza del 5 maggio 1977, C-101/76, *Koninklijke Scholten Honig/Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 1977, p. 797: «*constitue un règlement une mesure qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comport des effets juridiques à l'égard de personnes envisagée de manière générale et abstraite*». L'obbligatorietà di tutti i suoi elementi permette allo stesso di essere portatore di diritti ed obblighi per i destinatari, che possono essere fatti valere davanti ai giudici nazionali. Si veda Corte di Giustizia, sentenza del 14 dicembre 1971, C-43/71 *Politi/Ministero delle finanze*, in *Racc.*, 1971, p. 1039, per la quale: «*en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire, tout règlement produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger*». Immediata applicabilità significa anche non necessità di alcun provvedimento di recepimento o adattamento all'ordinamento nazionale. Si veda anche Corte di Giustizia, sentenza del 17 maggio 1972, C-93/71, *Leonensio/Ministero dell'Agricoltura e Foreste*, in *Racc.*, 1972, p. 287.

⁽³⁹⁹⁾ Le decisioni condividono con i regolamenti l'obbligatorietà. Almeno in astratto una decisione si differenzia da un regolamento perché non ha una portata generale, ma è indirizzata a soggetti o a categorie di soggetti determinati (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 15 luglio 1963, C-25/62, *Plaumann/Commission e CEE*, in *Racc.*, 1963, p. 199: «*un acte doit être considéré comme une décision s'il vise un sujet déterminé et n'a d'effets obligatoires qu'à l'égard de celui-ci*»). Le decisioni (siano esse del Consiglio, della Commissione o della B.C.E.) sono assistite dal carattere dell'esecutorietà, cioè della «particolare efficacia di cui è dotato il provvedimento amministrativo, per il fatto che esso può essere attuato direttamente dall'amministrazione, senza bisogno di intervento da parte del giudice» (così P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 339. Gli atti della Commissione sono assistiti da altri caratteri tipici degli atti delle pubbliche amministrazioni nazionali, come quello della presunzione di legittimità. Infatti Corte di Giustizia, sentenza del 8 luglio 1999, C-235/92 P, *Montecatini SpA/Commissione*, in *Racc.*, 2001, p. I-06427: «(...) gli atti delle istituzioni comunitarie godono, in linea di principio, di una presunzione di legittimità e producono pertanto effetti giuridici, anche se sono viziati da irregolarità, fintantoché non siano annullati o revocati»). Le decisioni che importano un obbligo pecuniario costituiscono titolo esecutivo (già art. 256 T.C.E., oggi 299 T.F.U.E.) Una decisione può essere indirizzata anche agli Stati membri. In quest'ultimo caso la portata della decisione è di carattere generale, in quanto è diretta a tutti i soggetti sottoposti alla sovranità degli Stati. Nella riferita ipotesi, qualora le decisioni impongano alle autorità nazionali un obbligo preciso ed incondizionato di adottare un atto normativo, queste sono caratterizzate dall'effetto diretto (Corte di Giustizia, sentenza del 6 ottobre 1970, C-9/70, *Grad*, in

le direttive *self-excuting* ⁽⁴⁰⁰⁾.

La loro natura di fonti di diritto caratterizzate dalla diretta applicabilità significa rilevanza anche nei rapporti interindividuali.

Non potrebbe, in realtà, essere altrimenti dato il tipo di relazione esistente tra le fonti «comunitarie/unitarie» e quelle interne. A seconda dei destinatari del precetto di provenienza europea, quest'ultimo sarà applicabile anche alla regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra privati.

In realtà non potrebbe essere altrimenti in ragione, non solo della più volte richiamata sentenza *Van Gend & Looss*, ma delle stesse previsioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

L'art. 20 T.F.U.E. relativo alla nozione di cittadinanza europea afferma espressamente che «i cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nel (...) Trattato» ⁽⁴⁰¹⁾.

Racc., 1970, p. 825: «nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante decisione, obbligato uno Stato membro o tutti gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario»).

⁽⁴⁰⁰⁾ In questi anni l'interpretazione della Corte di Giustizia si è mossa nella direzione di ammettere l'immediata applicabilità delle direttive indipendentemente dalle misure di recepimento degli Stati membri. E ciò almeno nelle seguenti ipotesi: quando la direttiva impone ai destinatari un obbligo di astensione; quando questa non fa che confermare obblighi contenuti nei Trattati o in altre fonti direttamente applicabili (si veda Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, C-33/70, *Sace Spa c. Ministero delle Finanze*, in *Racc.*, 1970, p. 1213, punti 33-70); quando il contenuto della direttiva è sufficientemente preciso, tale da lasciare un margine non molto ampio alle misure di attuazione degli Stati (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 19 gennaio 1982, C-8/81, *Becker*, in *Racc.*, 1982, p. 53); e quando è scaduto il termine per il recepimento della stessa (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*, in *Racc.*, 1979, p. 1629). Questo termine è ritenuto vincolante, con la conseguenza che il suo superamento realizza una violazione del Trattato ai sensi dell'allora art. 226 T.C.E. (si veda Corte di Giustizia, sentenza del 26 febbraio 1976, C-52/75, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, 1976).

⁽⁴⁰¹⁾ Il Trattato di Maastricht introduce il concetto di «cittadinanza dell'Unione Europea» (si veda art. G lett. c) del Trattato di Maastricht). I diritti che vengono rico-

Di seguito si cercherà, quindi, di ricostruire i rapporti intersogget-

nosciuti ai cittadini dell'Unione sono: 1) il diritto di voto attivo e passivo nelle elezioni amministrative ed europee 2) il diritto di trasferirsi e risiedere in un paese membro diverso dal proprio 3) il diritto di protezione diplomatica in tutti i paesi terzi 4) il diritto di petizione al Parlamento Europeo e al Mediatore 5) i diritti sociali e di solidarietà fra i cittadini 6) i diritti umani e civili. Il Trattato di Amsterdam ha poi aggiunto alcune parti al Trattato di Maastricht, per cui oggi ai cittadini europei si riconoscono espressamente i seguenti diritti: 1. diritto a circolare e soggiornare liberamente sul territorio dell'Unione, come detto. 2. diritto a rivolgersi alle istituzioni europee in una delle lingue comprese nei Trattati comunitari. È facilmente comprensibile che quella europea è una cittadinanza comune, che si aggiunge e non si sostituisce a quella dello Stato di appartenenza (sul carattere si dalle origini strettamente complementare della cittadinanza europea rispetto alla cittadinanza nazionale R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 622 ss.; A. TIZZANO, *Codice dell'Unione Europea*, Padova, 1995, p. 142 ss, nonché V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; B. NASCIBENE, *Profili della cittadinanza dell'Unione Europea*, in *Dir. un. eur.*, 1996 p. 246 ss; M. ORLANDI, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Napoli 1996, p. 33 ss; U. VILLANI, *La cittadinanza dell'unione Europea*, in *Studi in ricordo di A. F Panzera*, voll. II, Bari 1995, p. 1001 ss.). Si è cittadini dell'Unione in quanto si è cittadini di uno degli Stati membri. L'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati, i diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani del 1950 e fornisce degli strumenti per attuare le sue politiche: il diritto di voto. Ogni cittadino dell'Unione può essere eletto come membro del Parlamento europeo, anche se ha la residenza in uno Stato membro di cui non possiede la cittadinanza. Inoltre possono prendere parte alle elezioni municipali sia in veste di elettori che di candidati in Stati di cui non hanno la nazionalità. È bene ricordare che alcuni Stati dell'Unione, come la Francia, hanno dovuto modificare la propria Carta costituzionale relativamente ai nuovi diritti elettorali sanciti dal Trattato, sulla base del principio di non discriminazione da nazionalità per i cittadini degli Stati membri. Ciò è stabilito dalle direttive 93/109 del 1993 e con la 94/80/CE del 1994. I cittadini dell'Unione hanno la facoltà di far valere i loro diritti nello Stato in cui hanno la residenza. È vietato candidarsi o votare per il Parlamento europeo in più di uno Stato membro. I cittadini che hanno la residenza in un Paese diverso da quello di origine hanno la facoltà di esprimere il loro voto nelle elezioni municipali e mantenere comunque il diritto di voto nello Stato di appartenenza. Qualora fosse impedito loro di presentarsi come candidati nel proprio Stato, non potranno presentarsi neanche in un altro Stato membro. L'art. 8 del Trattato di Maastricht riconosce, inoltre, il diritto dei cittadini alla tutela da parte delle autorità consolari quando si recano in Paesi terzi. È prevista tale tutela in caso di morte, malattia, incidenti, detenzione e violenza. La Commissione ha emanato un documento «Tutela consolare dell'Unione» in cui vengono descritte le varie modalità di assistenza prestata da Consolati e Ambasciate. Cit-

tivi che possono essere immediatamente regolati da norme dell'Unione, al fine di indagare la natura delle situazioni giuridiche soggettive, poste dai precetti «comunitari/unitari», che hanno effetti orizzontali. A tal fine, il proseguo del lavoro sarà organizzato tenendo conto della natura delle fonti di provenienza «unitaria», analizzando primariamente le posizioni giuridiche soggettive che nei rapporti interindividuali nascono dalle norme direttamente applicabili. Successivamente si affronterà il caso delle direttive non ancora attuate e dei loro possibili effetti orizzontali.

Oggetto dell'indagine, infatti, sono le situazioni soggettive che discendono direttamente dalle norme U.E.

Si prescinde, pertanto, da ogni riferimento connesso alla regolamentazione dei rapporti intersoggettivi che nascono in ragione del recepimento interno del precetto dell'Unione oggi, della Comunità prima. L'interesse di queste pagine non è, infatti, quello di svolgere una completa trattazione del diritto privato europeo.

L'attuazione sul piano interno delle norme «comunitarie/unitarie» caratterizzate dall'effetto diretto è espressione della libertà/discrezionalità lasciata allo Stato. Quando il precetto europeo ha trovato posto in una legge dello Stato è questa che regola direttamente i rapporti intersoggettivi.

Rimane in capo al singolo, come conseguenza immediatamente discendente dai principi del diritto U.E., il controllo sulla discreziona-

tadinanza europea significa anche diritto di petizione al parlamento europeo. Trattasi di un meccanismo extragiudiziale di protezione dei cittadini. Questo diritto esisteva già dal 1953, promosso dalla C.E.C.A.; il nuovo articolo 21 T.C.E., già 8D del Trattato di Maastricht, ha trasformato una prassi istituzionale in un diritto con una base giuridica. Tale diritto è riconosciuto a tutti i cittadini residenti in uno Stato membro dell'Unione. L'art 195 T.C.E. (oggi art. 228 T.F.U.E.), invece, riconosce il diritto di ricorrere al mediatore europeo e stabilisce i compiti che spettano al mediatore: indagare su casi di cattiva amministrazione degli organi comunitari, accogliere reclami da parte dei cittadini, frodi, problemi ambientali, trasparenza delle informazioni, contratti tra Commissione e imprese private, avvicina i cittadini alle istituzioni europee.

lità dello Stato in forza dell'effetto utile, ma il rapporto intersoggettivo controverso è comunque disciplinato da una normativa interna. Diverso è invece valutare se alle fonti non direttamente applicabili sia comunque riconoscibile qualche effetto diretto nei rapporti interindividuali.

2. — *L'applicabilità del diritto U.E. nei rapporti interindividuali.*

All'indagine così come sopra delineata è necessario, però, premettere una breve riflessione sul significato di soggettività giuridica nell'ordinamento in esame in quanto funzionale e strettamente connessa alla determinazione delle situazioni soggettive U.E.

Il mercato interno è infatti il luogo in cui l'Unione cerca di raggiungere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sensibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne; così come essa intende cercare, attraverso l'organizzazione del mercato, una crescita sostenibile, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici insieme ad un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri⁽⁴⁰²⁾.

La realizzazione del mercato interno, nel perseguimento degli scopi indicati⁽⁴⁰³⁾, ha significato pertanto, ed essenzialmente, la creazio-

⁽⁴⁰²⁾ Sugli obbiettivi dell'Unione si veda in generale gli artt. 3 T.U.E. e ss.

⁽⁴⁰³⁾ Si veda S. GUERRIERI, *Della Comunità a sei all'Unione a quindici*, in S. GUERRIERI, A. MANZELLA, F. SDOGATI (a cura di) *Dall'Europa a quindici alla grande Europa. La sfida Istituzionale*, Bologna, 2001, p. 70: «la nascita dell'Europa dei sei ebbe luogo, con il Trattato di Parigi del 1951 sulla base del principio funzionalistico della cooperazione settoriale, da promuovere a partire da un settore chiave quale il carbone e l'acciaio». Per un'analisi delle diverse teorie sull'Unione europea e sulla valutazione se ancora il metodo funzionalista si possa dire applicabile all'U.E., si veda N. NUGENT, *Governo e politiche dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 525 ss.

ne di uno spazio di libera circolazione⁽⁴⁰⁴⁾.

Il mercato è, infatti, pensato come un luogo fisico e giuridico in cui assicurare circolazione libera di beni, servizi, persone e capitali e dove costituire al suo interno un'unione doganale⁽⁴⁰⁵⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo, Norme e funzionamento*, Torino, 1990, nonché R. SANTANIELLO, *Il mercato unico europeo*, Bologna, 1998.

⁽⁴⁰⁵⁾ L'obiettivo di costruzione del mercato unico è stato inizialmente perseguito attraverso l'istituzione dell'Unione doganale. Gli Stati membri si sono accordati ad eliminare qualsiasi barriera al commercio ed a stabilire una tariffa doganale esterna comune (cioè relativa al commercio al di fuori dei confini dell'Unione). Tale aspetto rappresenta anche la differenza tra un'Unione doganale ed un'Area di libero scambio: in quest'ultimo caso ogni paese che la compone, pur abbattendo le barriere al commercio con gli altri Stati membri, decide autonomamente la propria politica commerciale nei confronti degli Stati terzi. Questo può creare problemi di gestione dell'Area di libero scambio poiché le decisioni dei diversi paesi consentono alle merci esterne di entrare dove le tariffe sono più basse e poi di circolare liberamente. Nel caso di Unione doganale invece, gli Stati rinunciano ad avere una politica commerciale autonoma (che diventa gestita in modo collegiale attraverso gli organi decisionali dell'Unione) eliminando, così, questi possibili problemi di gestione. L'Unione economica, invece, rappresenta un ulteriore approfondimento dell'integrazione tra Stati comportando la libera circolazione, oltre che delle merci, anche delle persone, dei servizi e dei capitali. L'ultimo livello di integrazione (quello raggiunto dai paesi dell'Unione europea) è rappresentato dall'Unione Monetaria, cioè dalla sostituzione delle monete nazionali con una moneta unica e delega delle funzioni di politica monetaria ad organi sopranazionali. Specificatamente in tema di Unione doganale si può affermare che «la Comunità è fondata sopra un'Unione doganale che costituita dal complesso degli scambi ed impone il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'esportazione ed all'importazione ed all'imposizione di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi» (testualmente già l'art. 23 T.C.E., oggi 28 T.F.U.E.). L'Unione doganale fin dalla nascita della Comunità è sempre stata considerata strumento essenziale per la costituzione del mercato interno. L'Unione doganale consiste, come detto, nell'accordo corrente fra gli Stati membri diretto alla reciproca soppressione delle barriere doganali e ad adottare nei confronti dei paesi terzi una comune tariffa (il contenuto delle caratteristiche dell'Unione doganale, così come risultante dal Trattato CE, ricalca quello contenente l'Accordo Generale sulle Tariffe Doganali e sul Commercio (GATT) concluso a Ginevra il 30 ottobre 1947). L'Unione doganale comporta: 1. la creazione di un'unica e comune tariffa doganale (TDC) per il territorio doganale comune; il completamento della progressiva abolizione dei dazi è avvenuto già a partire dal 1968; il superamento delle

Nella fase iniziale della Comunità l'attribuzione delle libertà avviene essenzialmente in riferimento ai soggetti chiamati a svolgere un preciso ruolo nel mercato.

Dalle norme dei Trattati Istitutivi, quindi, e dagli atti di diritto derivato sono state nel tempo regolate diverse figure giuridiche: lavoratori dipendenti ed autonomi; così come persone fisiche e giuridiche che svolgono un'attività economica nel mercato interno (consuma-

così dette restrizioni quantitative, ossia il superamento delle misure nazionali in forza delle quali gli Stati potevano autorizzare l'ingresso di un determinato prodotto entro un limite prestabilito. Per le restrizioni quantitative però il Trattato CE ha stabilito deroghe importanti al divieto generale di loro istituzione: le disposizioni del Trattato che stabiliscono il divieto di restrizioni quantitative «lasciano impregiudicati i divieti e le restrizioni all'importazione, all'esportazione ed al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o dalla preservazione di vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale e commerciale». In ogni caso tali possibili deroghe al divieto non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una dissimulata restrizione al commercio tra gli Stati membri (cfr. già art. 30 T.C.E., oggi art. 36 T.F.U.E.). 2. Il divieto per gli Stati membri di istituire dazi doganali, nonché tasse ad effetto equivalente ed ogni altra qualsiasi regolamentazione restrittiva (si veda per un approfondimento sul punto M. MARESCA, *Le tasse ad effetto equivalente*, Padova, 1984, nonché L. DANIELE, *Le restrizioni quantitative e le misure ad effetto equivalente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. eur.*, 1984, p. 147 ss). Il divieto di imposizione di tasse ad ogni effetto equivalente è stato più volte stigmatizzato dall'attività della Corte di Giustizia (si veda Corte di Giustizia, sentenza del 14 dicembre 1962, C-2 e 3/62 *Commissione/Lussemburgo e Belgio PanPepato*, in *Racc.*, 1962, p. 791) la quale ha richiamato l'attenzione sul fatto che qualsiasi diritto unilateralmente imposto capace di colpire le merci per il semplice fatto che esse varchino la frontiera, a prescindere dalla sua denominazione o qualificazione, rileva ai fini della violazione del divieto l'imposizione di tasse perché la qualificazione di un atto come tassa ad effetto equivalente è desumibile non dallo scopo diretto che persegue o dice di perseguire l'atto, ma dall'effetto che esso produce. 3. L'importo totale dei dazi riscossi in forza delle tariffe doganali uniche destinati alle casse della Comunità. 4. La creazione e l'applicazione nel territorio di una legislazione doganale comune. 5. I territori doganali degli Stati membri sono sostituiti da un unico territorio doganale. 6. Libera circolazione all'interno del mercato dell'Unione dei beni provenienti dai paesi terzi quando questi hanno assolto al pagamento del loro ingresso nell'area doganale comune.

tori, imprese, P.M.I., gruppi d'impresa); sono stati creati, poi, nuovi soggetti non necessariamente conosciuti nei diritti nazionali: è il caso del Gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.), delle Società per azioni europee (S.E.) e delle Società cooperative europee (S.C.E.).

Con il tempo il riconoscimento della soggettività nel sistema legale comunitario si è *spostato* oltre il mercato, transitando da questi soggetti alla figura del cittadino europeo: il diritto U.E. non considera più le persone fisiche solo perché soggetti del mercato (già art. 17 T.C.E., oggi art. 20 T.F.U.E.).

La stessa attenzione, o evoluzione se così può essere definita, si è avuta anche nei confronti dei soggetti diversi dalle persone fisiche. Le persone giuridiche hanno acquisito rilevanza per l'ordinamento comunitario anche se non operanti in maniera diretta nel mercato stesso. È il caso degli enti *no-profit*, gli enti che si occupano di istruzione e ricerca⁽⁴⁰⁶⁾, così come gli enti pubblici.

In queste pagine non ci si occuperà della disciplina specifica di dette figure, seppur la stessa è connessa alla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive U.E. Il loro richiamo e la loro sommaria elencazione serve ad evidenziare il significato di cui sono portatrici, in termini privatistici, le norme dell'Unione Europea direttamente applicabili.

Godono, infatti, della riferita caratteristica molte norme dei Trattati Istitutivi connesse alla realizzazione del mercato.

Sul piano strettamente privatistico la diretta applicabilità di alcuni precetti sulla libera circolazione ha implicato il riconoscimento implicito della soggettività giuridica delle persone fisiche, e non solo, che di essi erano destinatarie.

Si usi come paradigma la figura del lavoratore.

⁽⁴⁰⁶⁾ Sia permesso il rinvio a R. CIPPITANI, V. COLCELLI, *Diritto privato europeo e capacità negoziale delle Università*, in *Rass. giur. umbra*, 2, 2007, p. 968 ss.

Essere un lavoratore per il diritto U.E. significa consentire ad una persona di esercitare in concreto tutti i diritti connessi a questa qualifica sul piano del diritto interno, nonché godere di tutte le situazioni soggettive riconosciute nei precetti comunitari.

Si pensi in questo senso alla nozione di lavoratore titolare del diritto di libera circolazione.

L'attuale art. 45 T.F.U.E., già art. 39 T.C.E., afferma che per libertà di circolazione di un lavoratore si intende – seppur in termini non esaustivi – il diritto di rispondere ad un'offerta di lavoro, il diritto di spostarsi liberamente, così come di svolgere un'attività lavorativa in maniera conforme alla normativa applicata ai lavoratori nazionali.

Libera circolazione significa pure diritto di rimanere sul territorio di uno Stato anche dopo aver occupato un impiego⁽⁴⁰⁷⁾.

Di questi diritti godono tutti i soggetti che possono essere qualificati secondo la giurisprudenza dell'Unione Europea come lavoratori. Sono tali, con l'esclusione dei dipendenti pubblici⁽⁴⁰⁸⁾, le persone fisiche che svolgono realmente ed effettivamente un'attività a favore

⁽⁴⁰⁷⁾ Si vedano in questo senso il Regolamento 1612/68 del Consiglio, 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità; regolamento 1251/70 della Commissione del 29 giugno 1970, relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno stato membro dopo aver occupato un impiego.

⁽⁴⁰⁸⁾ Nella pronuncia della Corte di Giustizia, sentenza del 2 luglio 1996, *Commissione/Lussemburgo*, C-473/93, in *Racc.*, 1996, p. I-3207 si afferma che le limitazioni all'accesso a certi impieghi pubblici deve essere strettamente motivata dalla circostanza che le comportano: «*une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques*». Nel caso richiamato non è stata considerata legittima l'esclusione dall'insegnamento in uno Stato membro di un cittadino di un altro Stato, fondata sulla tutela dell'identità nazionale. Tale tutela, che la Corte considera legittima, ai sensi dell'art. 6, par. 3, del Trattato UE, può essere realizzata attraverso mezzi considerati proporzionati, come la richiesta di un'appropriata conoscenza linguistica. Per tale ragione si può affermare che benché l'art. 39 del Trattato di Roma non dovrebbe applicarsi «agli impieghi nella pubblica amministrazione» la giurisprudenza comunitaria è molto cauta sul punto.

e sotto la direzione di un'altra persona, percependo una retribuzione⁽⁴⁰⁹⁾. Il verificarsi di queste condizioni è accertato dal giudice in base a circostanze concrete⁽⁴¹⁰⁾. L'aderenza al caso positivo ha portato la giurisprudenza U.E. ad ampliare significativamente la nozione in esame.

Rientrano oggi nella definizione giurisprudenziale di lavoratore anche forme di collaborazione non strettamente riconducibili al rapporto dipendente. È stato qualificato come «lavoratore» la persona che svolge un progetto individuale di reinserimento presso un ente con finalità sociali ed assistenziali. Ciò anche qualora egli percepisca benefici in natura come il vitto e l'alloggio, oppure piccole somme di denaro a titolo di rimborso⁽⁴¹¹⁾. È noto, poi, il caso della lettura giurisprudenziale che fa anche del tirocinante un lavoratore⁽⁴¹²⁾, così come del titolare di una pensione⁽⁴¹³⁾.

⁽⁴⁰⁹⁾ Si veda Corte di Giustizia, sentenza del 7 settembre 2004, *Trojani*, C-456/02, in *Racc.*, 2004, p. I-7573, punto 15. Corte di Giustizia, sentenza del 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, in *Racc.*, 2121, punti 16-17; ID., sentenza del 26 febbraio 1992, *Bernini*, C-3/90, in *Racc.*, 1992, p. I-1071.

⁽⁴¹⁰⁾ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2003, *Ninni-Orasche*, C-413/01, in *Racc.*, 2003, p. I-13187, punto 27.

⁽⁴¹¹⁾ Il riferimento è Corte di giustizia, sentenza del 7 settembre 2004, *Trojani*, C-456/02, cit., relativa all'Esercito della Salvezza.

⁽⁴¹²⁾ La definizione giurisprudenziale di lavoratore si riferisce infatti non solo i rapporti di lavoro dipendente in senso stretto, ma anche a quelli di lavoro autonomo parasubordinato e altri rapporti di lavoro c.d. «atipici». Le sentenze Corte di Giustizia, sentenza del 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, cit., punto 19 e ID., sentenza del 26 febbraio 1992, *Bernini*, C-3/90, cit. punto 15, qualificano lavoratore anche chi effettua un tirocinio nell'ambito della formazione professionale. Il tirocinio, infatti, può essere considerato come una preparazione pratica all'esercizio dell'attività lavorativa oltre il fatto che il tirocinante percepisce un contributo per il proprio sostentamento (il riferimento è a Corte di Giustizia, 17 marzo 2005, *Kranemann*, C-109/04, in *Racc.* 2005, p. I-2421, punti 15-16).

⁽⁴¹³⁾ Ai sensi dell'art. 7, Reg. n. 1612/1968, nonché in ragione di giurisprudenza sul punto, cfr. Corte di Giustizia, 15 marzo 2001, *Mazzoleni e ISA*, C-165/98, in *Racc.*, 2001, p. I-2189, per lavoratore si intende anche il titolare di una pensione di qualun-

Nell'originaria impostazione del Trattato la libera circolazione delle persone, come detto, era riferita essenzialmente alla possibilità di ogni cittadino comunitario di esercitare liberamente l'attività lavorativa in ogni Stato membro. Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, al suo art. 45, consente ai lavoratori subordinati (con la sola esclusione dei dipendenti pubblici) di spostarsi liberamente nei territori dei paesi membri, di fissarvi dimora, di rimanervi senza impedimenti per svolgere la propria attività lavorativa.

Dopo il Trattato di Maastricht si è estesa ad ogni cittadino europeo – quindi non solo al lavoratore, sia esso autonomo o dipendente – la libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro, prescindendo dallo svolgimento di ogni attività lavorativa⁽⁴¹⁴⁾.

Sono numerose sia le disposizioni sia del Trattato, sia di diritto derivato relative alla realizzazione di una libera circolazione dei lavoratori⁽⁴¹⁵⁾, oggi riferite ad ogni persona in possesso della cittadinanza di uno

que tipo, anche di invalidità, sebbene sia pagata da un paese diverso da quello in cui il pensionato soggiorna.

⁽⁴¹⁴⁾ Già art. 18 T.C.E., oggi 21 T.F.U.E.

⁽⁴¹⁵⁾ La libera circolazione delle persone può concretarsi nel diritto allo stabilimento. I cittadini comunitari hanno garantito il diritto di stabilirsi nel territorio di uno Stato membro e qui esercitare un'attività professionale o comunque rilevante dal punto di vista economico in modo non salariato, trasferendo o creando un centro per la propria attività (stabilimento a titolo principale). Dall'altra possono aprire in un paese comunitario diverso dal proprio un centro secondario della propria attività (stabilimento a titolo secondario). Indipendentemente dall'ipotesi che si può verificare al cittadino europeo che abbia deciso di stabilirsi in un altro paese membro andranno sempre applicate le stesse condizioni che la legislazione del paese di stabilimento riferisce ai propri cittadini (già art. 43 T.C.E., oggi 49 T.F.U.E.). Esiste sicuramente un'affinità di detto diritto con la libera circolazione di servizi, in cui la possibilità di effettuare la propria attività in un altro paese comunitario è però esercibile senza la necessità di un insediamento permanente. Sono eccezioni a questo principio le previsioni sancite già dagli artt. 45 e 46 del T.C.E., oggi 51 e 52 T.F.U.E. Per la prima disposizione sono escluse dall'applicazione delle norme sul diritto di stabilimento le attività che nello Stato membro «partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio

Stato membro, e rafforzate dalla previsione della cittadinanza europea.

di pubblici poteri». L'art. 46 T.C.E. (oggi 52 T.F.U.E.) rimette in capo agli Stati membri la possibilità di limitare la libertà di stabilimento per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Strettamente connesso al diritto di stabilimento, e quindi al libero esercizio dell'attività professionale o economica, è sempre stato il problema del riconoscimento del valore dei titoli di studio e delle qualifiche professionali conseguiti in ognuno dei diversi Stati membri. Diverse sono state le direttive d'armonizzazione in detto settore perché potesse essere data concretezza ed effettività al diritto in esame. Oggi il principio del mutuo riconoscimento del titolo di studio è stato oggetto di una recente intervento comunitario (dir. 2001/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2001) che ha introdotto alcune novità rispetto alla precedente regolamentazione (si veda la dir. 89/48/CEE e dir. 92/51/CEE): per facilitare il riconoscimento dei titoli di studio lo Stato membro che si troverà a valutare i titoli e le esperienze del professionista dovrà tenere conto anche della formazione che questi abbia effettuato nel proprio paese d'origine, anche qualora lo Stato d'appartenenza non rilasci alcuna certificazione. Parimenti, al fine di assicurare la certezza del riconoscimento dei titoli che attestano la formazione professionale, si è stabilito che qualora uno dei Paesi membri riconosca ad un cittadino europeo la formazione professionale che questi abbia ottenuto in un paese terzo alla Comunità tale riconoscimento dovrà valere per ogni Stato membro. In ogni caso, a norma della dir. 89/48/CEE, sono riconosciuti titoli attestanti una formazione professionale che abilitano l'esercizio di una professione di almeno tre anni. Stante la mancanza di un'uniformità tra i Paesi membri per l'esercizio delle professioni il riconoscimento può essere subordinato ad alcune condizioni, come il superamento di una prova attitudinale o di un tirocinio quando vi siano notevoli difformità tra le materie insegnate in uno Stato rispetto ad un altro. La direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 profondamente innova, invece, in tema di libera circolazione delle persone e loro soggiorno superando la precedente impostazione che disciplinava la libera circolazione ed il soggiorno per categorie (lavoratori, studenti etc.), e fondando la disciplina in dette materie su di un'unica base giuridica, l'art. 18 T.C.E. oggi 21 T.F.U.E.: «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (...)». Il diritto di soggiorno per i cittadini dell'Unione e i loro familiari è consentito indistintamente nei seguenti termini: a) qualora il cittadino soggiorni in uno Stato dell'Unione per un periodo non superiore a tre mesi non è richiesta alcuna formalità se non il possesso di un valido documento di riconoscimento in corso di validità; b) qualora, invece, il cittadino europeo soggiorni un tempo superiore ai tre mesi, allora deve o essere lavoratore autonomo o subordinato, o comunque disporre di risorse finanziarie sufficienti per il proprio mantenimento all'interno dello Stato ospitante e di un'assicurazione per la malattia; c) qualora un cittadino comunitario soggiorni legalmente e continuativamente in uno Stato membro per più di cinque anni allora potrà inoltrare richiesta per il soggiorno permanente. Il diritto d'ingresso (si veda art.

Quanto affermato indica, quindi, la possibilità per ogni cittadino europeo di stipulare contratti e dare attuazione ad ogni situazioni giuridica a questi ultimi connessa in tutti gli Stati dell'Unione, senza alcuna limitazione legata alla nazionalità.

Il riconoscimento della soggettività giuridica nel sistema U.E. implica anche il superamento delle regole di diritto privato internazionale che talvolta la limitano in relazione alla nazione di provenienza.

Si pensi al caso italiano della reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi⁽⁴¹⁶⁾. Il riferito articolo oggi è applicabile solo nei confronti dei cittadini non appartenenti all'Unione Europea⁽⁴¹⁷⁾.

Ovvero si faccia riferimento al caso svizzero dell'acquisto di beni immobili sul territorio elvetico da parte di uno straniero. La legge sull'acquisto degli immobili in Svizzera, per opera di persone straniere, subordina l'atto d'acquisto ad un'autorizzazione amministrativa⁽⁴¹⁸⁾.

Ai cittadini europei nei territori degli Stati membri non può più essere opposta alcuna limitazione, connessa alla propria nazionalità di provenienza, sul piano dei possibili rapporti giuridici.

5 dir. 2004/38/CE) del cittadino europeo in uno Stato membro è garantito dalla sola formalità della presentazione della carta d'identità o del passaporto in corso di validità. Strettamente connessi alla politica della libera circolazione delle persone sono molti dei contenuti della cittadinanza europea.

⁽⁴¹⁶⁾ Si legga R. CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, cit., p. 57.

⁽⁴¹⁷⁾ Va ricordato che l'espressione «a condizioni di reciprocità» va intesa sia nel senso che lo Stato straniero riconosce nel proprio ordinamento un diritto uguale o simile a quello che il suo cittadino intende esercitare in Italia, sia nel senso che lo stesso Stato, nel riconoscerlo, non pone discriminazioni a danno del cittadino italiano, in questo senso *ex multis* App. Genova, sentenza del 28 aprile 1993, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, p. 734. Si ricorda che in forza dell'art. 24 della Costituzione, il diritto alla tutela giurisdizionale è riconosciuto allo straniero incondizionatamente. In questo senso Cass., Sez. Un., sentenza del 1981 n. 2112, massima in C. CIAN, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1999, p. 16.

⁽⁴¹⁸⁾ Legge sull'acquisto degli immobili da persone straniere del 16 dicembre 1983, c.d. legge *Friedrich*.

La libertà di circolazione e soprattutto quella di stabilimento, è stata estesa anche ai soggetti diversi dalle persone fisiche. Ossia a quei soggetti che il Trattato chiama complessivamente «società», da intendersi «società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato» (art. 48, T.C.E., oggi 54 T.F.U.E.), con l'eccezione, anche se limitata, «delle società che non si prefiggono scopi di lucro» (*non-profit-making*).

3. — *Situazioni giuridiche soggettive U.E. nei rapporti orizzontali ed il sistema di tutela.*

Il sistema di tutela che caratterizza le posizioni soggettive rilevanti nei rapporti orizzontali è quello presente in ogni Stato membro.

I Trattati, infatti, rispetto alle norme aventi diretta applicabilità, nonostante abbiano istituito «un certo numero di azioni dirette che possono eventualmente venire esperite dai singoli innanzi alla Corte di Giustizia, non ha comunque inteso istituire mezzi di impugnazione dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale»⁽⁴¹⁹⁾.

Sottolinea in questo senso la Commissione – nella sua *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 T.C.E.*⁽⁴²⁰⁾ – come sia necessario che i singoli e le imprese abbiano accesso a tutti rimedi giuridici che gli Stati nazionali abbiano previsto, alle stesse condizioni che si applicano nel caso di violazione di norme di diritto nazionale.

⁽⁴¹⁹⁾ Testualmente Corte di Giustizia, sentenza del 7 luglio 1981, *Rewe/Hauptzollamt*, C-158/80, in *Racc.*, 1981, p. 1838.

⁽⁴²⁰⁾ Pubblicata in G.U.C.E. C 39, 13 febbraio 1993, p. 6.

Trattando la Commissione la questione dell'applicazione degli artt. artt. 85, 86 T.C.E. (oggi 105, 106 T.F.U.E.), essa prosegue affermando che questa parità di trattamento sul piano interno tra le situazioni giuridiche soggettive di provenienza comunitaria e quelle che trovano origine nelle leggi nazionali «non riguarda solo la dichiarazione definitiva della violazione delle regole della concorrenza, ma si riferisce a tutti gli strumenti giuridici atti a promuovere una tutela giudiziaria efficace».

Le situazioni giuridiche soggettive U.E. rilevanti nei rapporti interindividuali, quindi, trovano i loro strumenti di tutela nei sistemi interni, in una sorta di equiparazione di trattamento con le posizioni giuridiche nazionali. Cosa che non sorprende affatto, dato il rapporto di penetrazione che sussiste tra le norme comunitarie direttamente applicabili ed il sistema delle fonti nazionali.

In tema di effettività dei diritti riconosciuti dall'ordinamento U.E. in capo al cittadino europeo è doveroso sottolineare come la Corte di Giustizia riservi al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazione del diritto di provenienza europea un ruolo residuale.

Ossia il risarcimento del danno costituisce una garanzia minima.

La tutela effettiva dei diritti rilevanti a livello dell'Unione europea deriva dalla possibilità di avvalersene in azioni dinnanzi ai giudici nazionali⁽⁴²¹⁾.

4. — *Situazioni giuridiche contrattuali.*

Per le ragioni sopra esposte, la seguente parte d'indagine si concentra sulla disciplina delle norme direttamente applicabili nei rap-

⁽⁴²¹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, *Theresa Emmont/Minister for social Welfar*, C-208/90, in *Racc.*, 1991, p. I-4269.

porti contrattuali. Non troverà, pertanto, trattazione il tentativo, che si sta compiendo da qualche anno, in tema di ricostruzione unitaria della disciplina dei contratti. Seppur, infatti, le *operazioni* condotte dalla c.d. Commissione Lando e dall'Accademia europea di diritto privato rivestono una notevole importanza al fine di comporre un diritto contrattuale comune, il frutto di questa attività ricostruttiva non ha forza cogente nei rapporti intersoggettivi salvo suo espresso richiamo. Così come del pari di solito non hanno questa forza i principi che in materia contrattuale sono disseminati nelle diverse normative «comunitarie/unitarie».

In realtà, infatti, è possibile ricostruire – grazie alla giurisprudenza ed ad alcuni atti di diritto derivato⁽⁴²²⁾ – gli elementi che caratterizzano il contratto nell'ordinamento U.E. Questa ricostruzione riguarda, però, essenzialmente i contratti dei singoli con la Commissione, quale rappresentante sul piano interno dell'Unione europea.

In questo caso esiste una disciplina in materia di contratti direttamente applicabile, ma essa è una normativa *ad hoc* che regola i rapporti tra l'Unione ed il singolo, sia quando la prima è parte di rapporti negoziali comuni (acquisti, forniture etc.), sia quando la stessa usa il contratto come attuazione dei programmi dell'Unione di finanziamento⁽⁴²³⁾.

Le norme che sovrintendono a questi negozi non trovano applicazione nei rapporti interindividuali diversi da quelli che vedono

⁽⁴²²⁾ Precisa in questo senso R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 144, che: «il diritto comunitario non contiene una disciplina generale degli elementi o requisiti del contratto, come accade, per esempio, nel diritto italiano». Dall'esame delle fonti l'autore, però, ricostruisce le caratteristiche contratto comunitario intorno ai c.d. elementi essenziali del contratto del codice italiano.

⁽⁴²³⁾ Per una completa analisi dei contratti d'attuazione dei programmi comunitari e delle loro caratteristiche R. CIPPITANI, R. FUCCI, *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione*, Perugia, 2007.

come controparte la Commissione. O comunque il loro utilizzo nei rapporti intersoggettivi non può andare oltre l'essere un riferimento interpretativo e di chiarimento di norme «comunitarie/unitarie» che, questa volta sì, regolano direttamente rapporti individuali controversi o che da quest'ultime traggono origine⁽⁴²⁴⁾.

⁽⁴²⁴⁾ Un esempio in questo senso può essere desunto dall'applicazione della normativa comunitaria relativamente alla sussistenza di limiti alla capacità negoziale delle Università in tema di partecipazione agli appalti. La questione è trattata in R. CIPPITANI, V. COLCELLI, *Diritto privato europeo e capacità negoziale delle Università*, cit., p. 993. Il problema che si poneva era connesso ad una «(...) presunta limitazione alla capacità negoziale delle università, come di altri enti pubblici e non *profit*, (...) riguardante la legittimazione alla partecipazione ai pubblici appalti. Un certo pensiero espresso in giurisprudenza e nella prassi amministrativa sembra negare la legittimazione delle Università a partecipare ai pubblici appalti. Di particolare rilievo, per le sue potenziali implicazioni pratiche, è la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, contenente "istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Servizio tutela ambienti naturali e fauna della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia – procedure aperte in attuazione del progetto S.A.R.A. Sistema Aree Regionali Ambientali». La questione sottoposta all'Autorità era se potessero considerarsi «operatori economici» ai sensi dell'art. 34 del d. Lgs. n. 163/2006, e quindi partecipare agli appalti per servizi anche liberi professionisti associati, società di professionisti, nonché «raggruppamenti temporanei di Enti pubblici e privati, Università, dipartimenti universitari, istituti di ricerca». Secondo l'Autorità la nozione di «operatore economico» è legata a quella di «esercizio professionale di una attività economica» e che a tale proposito «Giova richiamare...l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale "imprenditore" è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi». Da tali rilievi deriverebbe che «le Università ovvero i Dipartimenti universitari, non [rientrano] in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza». Con un principio che, a parere dell'Autorità, va applicato anche agli enti pubblici e, valutata la questione caso per caso, anche agli Istituti di ricerca. L'esclusione delle Università dalla nozione di «operatore economico», inoltre, dipenderebbe dalla circostanza che tali soggetti non sono considerati nella elencazione, da considerare tassativa, di cui all'art. 34 del codice degli appalti, che avrebbe ribadito quanto già stabilito dall'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (v. sul punto anche le deliberazioni n. 83/2007 e 179/2002 in cui si afferma che «stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione,

La ricostruzione di un sistema di regole che sovrintende una nozione «comunitaria/unitaria» di contratto è poi possibile in ragione delle numerose normative europee che trattano il tema. Si pensi soprattutto alla disciplina sul consumo.

Però anche questo secondo aspetto non potrà essere oggetto della presente trattazione, in quanto molte delle caratteristiche che si pos-

contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989. (...) La definizione di impresa, o meglio di imprenditore che emerge dal nostrano codice civile, non coincide con quella di provenienza comunitaria. (...) È impresa, infatti, per il supremo organo giurisdizionale comunitario "qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità". Su tale presupposto la Corte di giustizia ha considerato imprese non solo le società, comprese quelle cooperative ma anche le associazioni, le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica, e le associazioni, di categoria tra imprese. L'estrema duttilità di questa definizione ha permesso di estendere anche a coloro che svolgono professioni intellettuali la definizione di impresa. È il caso delle sentenze sugli agenti immobiliari, periti assicurativi, medici specialisti, avvocati e spedizionieri (...). Le stesse istituzioni nei loro documenti mutuano la definizione d'impresa elaborata dalla giurisprudenza. Il riferimento è ad esempio alla raccomandazione del 6 maggio 2003, C(2003) 1422 def., emanata dalla Commissione (...). Le fonti comunitarie derivate, inoltre, evidenziano proprio come le cooperative realizzino imprese ad economia sociale al pari di associazioni, fondazioni e mutue, il cui obiettivo primario è quello di "fornire servizi ai propri membri o a una comunità più ampia" e non perseguire come scopo principale la realizzazione di un profitto. Dall'attività giurisprudenziale della Corte di Giustizia emerge chiaramente come anche le Università possano considerarsi imprese nel momento in queste svolgano attività di produzione di servizi, anche qualora ciò si realizzi senza alcun scopo di lucro (...). Parimenti non possono essere desunti limiti alla partecipazione agli appalti da parte delle università dalla lettura restrittiva che spesso viene realizzata dell'art. 34, d.lgs. 163/2006. (...) Per pacifica giurisprudenza del giudice comunitario, il significato proprio di una fonte nazionale di recepimento va correttamente intesa ai sensi del diritto comunitario e specificamente della direttive recepita. Per quanto detto l'elemento interpretativo più rilevante è quello che discende della direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE alla luce delle quali vanno interpretate le disposizioni del codice sugli appalti. Gli atti di diritto derivato richiamati non contengono alcuna tassativa elencazione comparabile a quella del citato art. 34 (v. l'art. 4 delle direttive che, tra l'altro, è richiamato dalla sotto rubrica dell'art. 34) e fanno esclusivo riferimento alla nozione di operatore economico e di imprenditore».

sono attribuire ai contratti di origine «unitaria» in tema di diritto dei consumatori, sono contenute in norme non direttamente applicabili. È la legge del paese membro che dà attivazione al precetto U.E. vincolante nei rapporti contrattuali, non la normativa dell'Unione.

Questa conferisce al singolo solo un potere di controllo sull'operato dello Stato in tema di attuazione del precetto di provenienza europea avente ad oggetto rapporti contrattuali. Si pensi in tal senso al sistema dei rimedi introdotti nel nostro ordinamento giuridico dalle diverse direttive sul consumo: nullità di protezione⁽⁴²⁵⁾, diritto di ripensa-

⁽⁴²⁵⁾ L'art. 36 del codice del consumo contiene, invece, la sanzione della nullità per le c.d. clausole vessatorie (il legislatore italiano, nel recepire la direttiva 93/13/CEE, ha preferito utilizzare il termine «vessatorie» anziché «abusives», presenti, invece, nella direttiva). Le disposizioni erano già contenute negli artt. 1469 *bis* e ss. c.c. e sono state trasfuse negli artt. da 33 a 37 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Gli articoli in ultimo citati, rispetto alla precedente disposizione (*ex art. 1469quinquies c.c.*), sanziona le clausole vessatorie, non più in termini di inefficacia, bensì di nullità, mediante appunto l'introduzione di una esplicita ipotesi di nullità di protezione). Quelle pattuizioni, cioè, presenti «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista (...) che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33, I c., del codice del consumo). La nullità prevista dall'art. 36 del codice del consumo è detta anche di *protezione*. Le previsioni di cui all'art. 36 d.lgs. n. 206/2005 si caratterizzano, infatti, per essere poste nell'interesse riconosciuto del consumatore, ed operano solo a vantaggio di quest'ultimo. L'ordinamento europeo, da dove la norma *provviene*, si caratterizza spesso per predisporre rimedi specifici quale reazione a clausole, o pattuizioni, che contrastano con gli interessi che l'ordine comunitario intende proteggere, in questo caso quelli, appunto, dei consumatori. Le previsioni della norma in esame derogano i principi generali contenuti nel codice civile. Ciò è comprensibile se si rifletta su come la sanzione della nullità di cui all'art. 36 D.lgs. 206/2005 non è posta a tutela di un interesse generale, ma a favore di una sola delle parti del contratto, il consumatore, secondo un modello di nullità diverso e distinto da quello tradizionalmente disciplinato dagli artt. 1418 e ss. del codice civile (M. NUZZO, *Commento agli artt. 33-38, in Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. ALPA, L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005, p. 262 ss.). Con il rimedio in esame, il diritto comunitario ha inciso sulle sopra indicate invalidità, nullità e annullabilità, in forza della preminente tutela che quell'ordinamento accorda ad alcune categorie di soggetti e a ben precisati interessi, come quello della libertà della concorrenza (per tale ragione che la sanzione di cui all'art. 36 cod. cons. viene annoverata tra le cosiddette nullità di protezione di regime speciale rispetto alle

previsione generale del codice, ed infatti l'attuale previsione della sanzione della nullità delle clausole vessatorie, comminata dall'art. 36 Codice del consumo, ha recepito le istanze della dottrina propensa a ravvisare, nell'inefficacia di cui al precedente art. 1469 *quinquies* c.c., la più grave forma di invalidità del contratto. Sul tema G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, c. 146 ss; G. PASSAGNOLI, *Art. 1469-quinquies comma 1, 3 e 5*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 158 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 45; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 403 ss.; F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, 1119 ss.; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti dei consumatori» e condizioni generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, p. 501 ss.). Per cui, anche la nullità ai sensi dell'art. 36 cit. può essere sollevata *ex officio* del giudice, ma detto intervento è comunque posto non nell'interesse generale di codicistica memoria, ma di quello particolare del consumatore. Il giudice anche qualora, ai sensi dell'art. 183 c.p.c., rappresenti alle parti la possibile declaratoria di nullità della clausola, non potrà pronunciarla se la pattuizione concretamente non si risolva in un pregiudizio del consumatore. La rilevabilità d'ufficio quindi è strumento di protezione di quest'ultimo seppur resta la necessità di raccordare il regime della rilevabilità d'ufficio con la sua tutela, proprio al fine di soddisfare la *ratio* del decreto legislativo. Gli interessi pubblicistici alla cui soddisfazione mira la previsione della rilevabilità d'ufficio emergono solo in via subordinata. È di fatto rimesso alla attenzione primaria dell'interprete di quel contratto la protezione effettiva degli interessi concreti della parte contrattuale riconosciuta più debole (in questo senso S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2959'). In tale ottica la caducazione dell'intero contratto, fuori dall'eccezione della nullità parziale, potrebbe non essere infatti utile alla finalità di salvaguardare quella parte del negozio che sarebbe comunque in grado di soddisfare l'interesse protetto. Ed anzi potrebbe finire per avvantaggiare proprio la parte opposta da quella protetta dalla norma, il professionista (così rileva V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto de consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 918, la regola espressa in base alla quale «il contratto rimane efficace per il resto», non fa l'art. 1419, comma 1, c.c., a vantaggio del consumatore, «eliminata la clausola vessatoria, l'originario equilibrio del contratto è alterato a favore del consumatore e a danno del professionista: questi avrebbe interesse alla totale inefficacia del contratto, che invece gli è preclusa; mantenere in vita il contratto col nuovo equilibrio favorevole al consumatore avvantaggia quest'ultimo»). La sanzione di nullità dell'intero contratto, infatti, «lungi dal realizzare l'interesse alla protezione del contraente debole, realizzerebbe l'effetto opposto, ponendolo nell'indisponibilità del bene della vita oggetto del contratto» (S. STEFANELLI, *Il codice del con-*

mento⁽⁴²⁶⁾, diritto di ripristino nella compravendita di beni di con-

sumo, in (a cura di) A. PALAZZO, A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2007, p. 209).

⁽⁴²⁶⁾ A tutela del consumatore l'art. 64. del D.lgs n. 206/2005 stabilisce il diritto di recesso dal contratto concluso a distanza o fuori dei locali commerciali. A norma dell'art. 45 d. lgs. n. 206/2005 si considerano stipulati fuori dai locali commerciali i negozi sorti: «a) durante la visita dell'operatore commerciale al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura; b) durante una escursione organizzata dall'operatore commerciale al di fuori dei propri locali commerciali; c) in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata; d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale». Ai sensi dell'abrogato art. 9, comma 1, le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 50/1992 si applicavano anche alle forme di vendita definite «speciali», realizzate «sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici». Su tali particolari forme di vendita si veda G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 875 ss.; C. ROSSELLO, *Contratti conclusi via Internet: i profili giuridici, con particolare riguardo alla direttiva sui contratti a distanza con i consumatori e alla tutela dei dati personali*, in *Econ. dir. terziario*, 1998, p. 69 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1189 ss.; F. TORRIELLO, *La protezione dell'acquirente a distanza*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1066 ss.; G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999; M. CRISOSTOMO, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: l'esordio di una disciplina*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2304; M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d. leg. n. 50/1992*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 152; N. LIPARI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 176; M. CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 715 ss. La previsione nasce da un lato dalla riconosciuta necessità di tutelare il consumatore che si trovi a contrattare in condizioni particolari e che per tali ragioni possa essere danneggiato dal c.d. *effetto sorpresa*. Dall'altro dal bisogno di predisporre strumenti in mano ai consumatori che discendono dalla peculiarità di queste particolari modalità di contrattazione. Gli acquirenti non troverebbero mai sufficiente tutela negli strumenti previsti dal codice civile, che presuppongono una parità di armi tra le parti e normali condizioni in cui la contrattazione avviene. Il d.lgs. n. 206/2005, per tali ragioni, riconosce al consumatore il potere di recedere liberamente e senza addurre alcuna motivazione dal contratto. L'esercizio di

questo potere è reso effettivo attraverso la previsione di un obbligo di informazione a carico del professionista. (cfr. art. 47 cod. consumo. Specificatamente sul significato di informazione al consumatore in merito al diritto di recesso si legga Cassazione, Sezione III civile, sentenza 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Vita not.*, 2004, p. 307: «ed invero la direttiva del Consiglio CEE 577/85, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, all'articolo 4 (trasfuso nell'articolo 5 del decreto legislativo in esame) prevede che il commerciante debba informare il consumatore del suo fondamentale diritto al recesso, consegnando detta informazione scritta al momento della stipulazione del contratto, così prevedendo il carattere preventivo della informazione o in altri termini, ora più correnti nella prassi, il carattere del consenso informato sull'esercizio del diritto fondamentale di recesso. Tale puntualizzazione è stata colta dalla migliore dottrina. Il legislatore italiano, nel trasfondere il principio della direttiva nella norma nazionale (articolo 5 comma secondo) non ne attenua il rigore, prevedendo l'inserzione della clausola di recesso nel contesto delle altre clausole del contratto, proprio perché considera due requisiti essenziali di forma, con norma inderogabile ed imperativa perché attiene all'ordine pubblico dei rapporti economici nelle negoziazioni tra una parte debole (il consumatore) e la parte commercialmente forte (il commerciante o l'imprenditore). Il primo requisito attiene alla autonomia della clausola di recesso che deve restare separata dalle altre clausole, per rendere chiara, trasparente ed immediata la informazione. Non è allora ammissibile che la clausola sia inserita in un contesto uniforme di clausole di apparente pari rilevanza, ed inserite secondo una sequenza numerata, come è nella nota d'ordine in esame. Il secondo requisito attiene alla evidenza grafica della informazione, che deve avere caratteri grafici eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento». Sull'obbligo di informazione si veda anche D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 377 ss.) Nella sostanza il diritto di ripensamento riconosce al consumatore la possibilità di pentirsi dopo la conclusione del contratto, sciogliendo unilateralmente il vincolo (per la precisione l'art. 45, comma 2, d. lgs. n. 206/2005 consente il recesso, oltre che dai contratti, anche dalle proposte contrattuali, sia vincolanti che non vincolanti, effettuate dal consumatore in relazione alla fornitura di beni o alla prestazione di servizi e per le quali non sia ancora intervenuta l'accettazione del professionista). L'acquirente si libera in tal modo dall'obbligo di pagare il prezzo, oppure potrà recuperare quanto già versato, restituendo il bene o rinunciando al servizio (cfr. artt. 66 e 67 d. lgs. n. 206/2005. Il diritto di recesso era originariamente previsto dall'art. 4 d. lgs. n. 50/1992. Si veda sul punto G. SANTOSUOSSO, *Il diritto di ripensamento nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali dell'imprenditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 130; V. N. SCANNICCHIO, *Vendite fuori dell'impresa, diritto di recesso ed effetti delle direttive comunitarie nei rapporti tra privati*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 99 ss.). Da più parti si è riconosciuto anche alla previsione di cui all'art. 64 del codice del consumo vera e propria natura rimediale, piuttosto che quella di diritto,

avendo riguardo esclusivo all'individuazione del bisogno di tutela che detta previsione intende soddisfare. Infatti, peculiari – e funzionali alla specifica tutela del consumatore – sono le caratteristiche del recesso disegnato dalla d. lgs. n. 50/1992 prima, dal codice del consumo poi, rispetto al diritto di recesso disciplinato dal codice civile. Il recesso di cui all'art. 1373 c.c. è atto unilaterale recettizio con cui si esercita il diritto potestativo, convenzionalmente attribuito ad una o ad entrambe le parti, di sciogliere il contratto (così M. BIANCA; *Il contratto*, Milano, 1987, p. 737). Nei contratti ad esecuzione periodica e continuata il recesso è esercitabile in ogni tempo; nei contratti ad esecuzione istantanea, come la vendita, il mutuo o la permuta, il recesso è esercitabile solo sino al momento in cui il contratto non ha avuto esecuzione. Per i contratti ad effetto reale sussistono, comunque, delle vere e proprie incertezze dottrinali e giurisprudenziali sull'applicabilità di detto istituto. I contratti ad effetti reali producono, infatti, l'immediato trasferimento in capo ad una delle parti della proprietà oppure la costituzione, o il trasferimento, di un diritto reale su un bene determinato. In dette tipologie di contratti il recesso produrrebbe il ritrasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale in capo all'originario alienante. La problematica dell'applicabilità del recesso a dette tipologie di contratti, quindi, è legata alla disciplina degli effetti nel tempo prodotti dal contratto. In questi casi al recesso dovrebbe essere attribuita una efficacia *ex tunc*, oppure essere rimessa alla libera determinazione delle parti la regolamentazione circa la retroattività dei suoi effetti, anche nei confronti dei terzi (sempre M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 739, il quale afferma che la retroattività degli effetti del recesso non trova alcun riscontro nel diritto positivo, né tanto meno nella necessità di salvaguardare i diritti dei terzi i cui diritti acquisiti comunque non sarebbero travolti. *Contra* R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 692, per i quali la retroattività degli effetti non potrebbe essere prevista arbitrariamente dalle parti, ma solo da legislatore, proprio in quanto capace di pregiudicare i diritti dei terzi). Seppur verosimilmente l'eventuale retroattività del recesso non potrà travolgere i diritti dei terzi nati in forza di atti opponibili alle parti. Si pone, poi, il problema se il contratto in attesa dello scadere del termine entro il quale esercitare il recesso sia sospensivamente o risolutivamente condizionato. Le problematiche accennate relativamente ai contratti ad effetto reale riguarderebbero anche il recesso regolato dal codice del consumo, che si riferisce essenzialmente ai contratti di compravendita. Le difficoltà sopra indicate e la particolare funzione attribuita all'istituto in esame nel codice del consumo, invece, hanno portato ad una riflessione nuova intorno al ripensamento: il recesso di cui all'art. 64 cit. visto come forma di tutela specifica del contraente debole piuttosto che come diritto potestativo (ricostruisce il recesso come diritto Trib. di Roma 15 febbraio 2002, in *Temì romana*, 2001, 2, p. 76, il quale afferma: «il consumatore che stipula una proposta o un atto di acquisto al di fuori dei locali commerciali ha diritto di esercitare ai sensi dell'art. 4 e ss D.Lgs. n. 50/1992, lo *ius poenendi* ovvero il diritto potestativo di ripensamento; l'esercizio di questo diritto, denominato «reces-

sumo⁽⁴²⁷⁾.

so» dalla normativa di riferimento, produce effetti propri dell'atto di revoca). La fase della contrattazione per una delle parti così si dilata oltre il momento del perfezionamento dell'accordo di cui all'art. 1326 cc, consentendo al consumatore una sorta di riflessione ulteriore sul negozio, che attraverso il ripensamento lo pone nella condizione in cui lo stesso si trovava prima della stessa stipula del contratto, con salvezza di ogni suo diritto, compreso quello della correttezza, della trasparenza e dell'equità nei rapporti contrattuali (art. 2, II c., lett. c), d.lgs. 205/2006».

⁽⁴²⁷⁾ La direttiva 1999/44 CE ha introdotto nel sistema giuridico interno un sistema rimediabile diverso, ed in qualche misura lontano, dalle forme di tutela che storicamente hanno caratterizzato il contratto di compravendita nell'ordinamento italiano. Nel nostro sistema giuridico la tutela dell'acquirente nella vendita era difatti legata alla tecnica della garanzia per vizi occulti ai sensi dell'art. 1490 c.c. La protezione dell'acquirente avveniva esclusivamente attraverso la previsione dell'obbligo, gravante sul venditore, di garantire che la cosa venduta fosse immune da vizi che la rendessero inadatta all'uso alla quale era destinata, o ne diminuivano in modo apprezzabile il valore. Conseguiva, così, l'effetto che di fronte alle difformità gravanti il bene compravenduto l'acquirente potesse domandare a sua scelta o la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo di vendita. Gli usi potevano escludere per determinati vizi la risoluzione del contratto. È innegabile come la tecnica della riferita garanzia non conduca alla soddisfazione dell'interesse principale del compratore, quello, cioè di avere un bene idoneo all'uso per il quale si è proceduto all'acquisto. La tutela tradizionalmente offerta all'acquirente dal codice civile produce il solo effetto di riequilibrare i termini dell'avvenuto scambio incidendo o sul prezzo, mediante riduzione, o sull'atto negoziale attraverso la risoluzione. Nei termini riferiti l'alienante sembra essere garante del risultato a cui il negozio tende – l'assenza di vizi della cosa compravenduta – e non anche inadempiente rispetto all'obbligazione di dare o consegnare il bene oggetto del contratto. L'effetto immediatamente traslativo – in forza del consenso – nella compravendita sembra spostare l'obbligazione del venditore dalla consegna della cosa alla garanzia sui vizi della stessa. Le previsioni comunitarie hanno innegabilmente introdotto un nuovo modello di relazione contrattuale tra le parti, incentrato intorno ad una diversa scelta dei rimedi. La direttiva 1999/44/CE con d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24 ha novellato il codice civile (artt. 1519 *bis* – *nonies*) prevedendo il diritto di ripristino per i vizi dell'oggetto del contratto. Oggi la previsione è parte del codice del consumo (art. 130 del d.lgs. n. 206/2005). L'art. 130 del codice del consumo stabilisce, infatti, che qualora la cosa compravenduta presenti un difetto di conformità rispetto al contratto, il consumatore «ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione (...), ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto (...)» (art. 130, 2 comma, del d. lgs. n. 206/2005). Il citato articolo accorda al consumatore una serie di rimedi (sostituzione, riduzione del

Oppure si faccia riferimento, in questo senso, al ruolo che l'ob-

prezzo e, per ultimo, risoluzione del contratto) tra i quali scegliere quello più opportuno per la soddisfazione del proprio interesse, foss'anche sotto il profilo della convenienza. Va chiarito immediatamente però che il rimedio del ripristino è in posizione prioritaria rispetto alla possibilità di scegliere la riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto (avversa l'idea di una gerarchizzazione dei rimedi proposti G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 901; si veda anche App. Torino, 22 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 2112, con nota di A. CIATTI, *Azione inibitoria, sostituzione in corso di causa di condizioni generali di contratto abusive ed esclusione della facoltà del compratore di risolvere il contratto di compravendita*, il quale osserva che la gerarchizzazione potrebbe frustrare proprio l'interesse del consumatore diretto allo scioglimento del contratto piuttosto che alla sua conservazione). L'alternatività dei rimedi è solo apparente. La norma mette in evidenza che la prima richiesta del consumatore all'alienante deve limitarsi alla riparazione o alla sostituzione del bene non conforme. La previsione, infatti, riconoscendo al consumatore il diritto al ripristino della conformità del bene, attribuisce a quest'ultimo un vero diritto potestativo all'«esatto adempimento» (G. PISCIOTTA, *Scambio dei beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, p. 23) In questo caso il diritto del consumatore si realizza attraverso un'obbligazione di un *facere* in capo al venditore, in quando questi è chiamato a realizzare tutte le attività necessarie per eliminare il difetto. Quando, invece, è avanzata da parte dell'acquirente la richiesta di sostituzione, l'interesse di quest'ultimo trova compimento in forza di una obbligazione di *dare* (la norma precisa che il ripristino mediante la riparazione o la sostituzione del bene deve avvenire senza spese per il consumatore). La riparazione del bene o sua sostituzione, quindi, sono il rimedio specifico e principale posto a tutela del consumatore. In via subordinata, quando cioè la richiesta di sostituzione o di riparazione non è andata a buon fine – e cioè la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose, il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro un termine congruo, la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha cagionato all'acquirente inconvenienti notevoli – allora il consumatore può chiedere alternativamente o una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (G. PISCIOTTA, *op. cit.*, p. 23 che sottolinea come solo nel caso in cui «il venditore non abbia provveduto entro il termine congruo o nel caso che la riparazione o la sostituzione precedentemente effettuata abbia arrecato notevoli inconvenienti al consumatore, questi potrà rivolgersi al giudice per ottenere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto»). La disposizione in esame, quindi, introduce a tutela del diritto di credito del consumatore un rimedio diretto ad ottenere il suo esatto adempimento, anche successivamente alla consegna del bene compravenduto. Lo strumento rimediale scelto dal legislatore comunitario prima, nazionale poi, mira a fornire al compratore una tutela piena, efficace, tale anche da salvaguardare l'economia dell'affare (L. DI PAOLA *Vendita dei beni di consumo: si rafforzano le garanzie per l'acquirente*,

bligato di informazione ha assunto nei contratti sul piano, ad esempio,

in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 319, il quale evidenzia anche come il rimedio risarcitorio non è sempre in grado di compensare effettivamente il disagio subito per il mancato, tempestivo, utilizzo del bene). È innegabile, infatti, che di norma il consumatore/ acquirente giunge alla conclusione di un contratto anche in forza da una aspettativa sulle qualità, le prestazioni, le caratteristiche del bene che ne è oggetto. Attraverso la riparazione o la sostituzione, la legge riconosce al consumatore la possibilità di ottenere la qualità e le prestazioni cercate a spese del venditore inadempiente, salvaguardando ove possibile il rapporto contrattuale. Il rimedio previsto mira ad ottenere in capo al consumatore l'utilità finale per la quale il negozio era stato concluso, e non una soddisfazione alternativa a questa come nel caso delle previsioni di cui all'art. 1490 c.c. (in questi termini A ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, p. 71). Il mutamento di rotta rispetto alla previsione codicistica è percepibile, diverso è interrogarsi sulla portata di questo cambiamento. si aggiunga che il diritto alla riparazione o alla sostituzione è esercitabile a prescindere che il difetto di conformità sia o meno imputabile alla colpa del venditore (così L. FOLLIERI, *Commento agli art. 130*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo*, 2007, p. 947). L'intervento del legislatore è capace di incidere sulla stessa relazione contrattuale (A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita dei beni di consumo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 1 ss.). Il rimedio a carattere specifico – l'obbligo del ripristino appunto – realizzerebbe a carico dell'alienate/professionista una prestazione di un fare rivolta direttamente alla soddisfazione del bisogno di tutela del compratore. Necessità di essere tutelato per il consumatore che non discenderebbe solo dal singolo atto di compravendita, ma dalla stessa attività di negoziazione tra lui ed il professionista. In questi termini si viene a modificare la stessa obbligazione gravante sul venditore, che non consta più del solo obbligo di trasferire il bene oggetto del contratto. Quest'ultima si espande alla consegna di una cosa che sia da un lato conforme a quanto dal venditore dichiarato nell'atto di consenso traslativo, e dall'altro all'altezza dell'attesa dell'acquirente (si veda art. 129 cod. consumo. Ed ancora G. AMADIO, *op. cit.*, in S. PATTI (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004, p. 193). La previsione di cui all'art. 130 del codice del consumo sembra così introdurre qualche *crepa* nel sistema italiano del codice (civile) in ordine alla storica prevalenza accordata al risarcimento del danno rispetto all'adempimento in natura, quale reazione all'inadempimento di una delle parti. La norma in esame apre ad una «tutela reale del diritto di credito nel codice civile» (l'espressione è di I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 14), in forza della quale si offre al consumatore il rimedio più adatto a soddisfare i bisogni concreti del creditore di fronte all'inadempimento della controparte (si legga N. TROCKER, *Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità europea*, in A.A.V.V., *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, p. 273).

della responsabilità pre-contrattuale nei contratti finanziari. Ovvero all'obbligo di informazione come strumento per la formazione consapevole del consenso nei contratti di consumo ed il qualificarsi come pratica commerciale sleale⁽⁴²⁸⁾ anche l'omissione di alcuni dati concernenti le caratteristiche del prodotto oggetto del rapporto contrattuale. Il dolo omissivo come semplice reticenza nell'informazioni è così cagione di nullità del contratto. Nel sistema giuridico italiano, invece, prima del recepimento della normativa europea, si è storicamente posto il problema della configurabilità del dolo omissivo tra i vizi della volontà che danno luogo all'annullabilità del contratto *ex art.* 1439 c.c. Giurisprudenza costante, infatti, escludeva il configurarsi del dolo omissivo in ragione del semplice silenzio anche su situazioni di interesse per la controparte o di reticenza, in quando detti comportamenti non avrebbero mutato la rappresentazione della realtà. Colui che poneva in essere dette omissioni avrebbe soltanto non contrastato la percezione della realtà alla quale era pervenuto autonomamente l'altro contraente⁽⁴²⁹⁾.

L'informazione *tutta* oggi, invece, permea la normativa dei contratti che trae origine da quella U.E., tanto da dirsi che il contratto nel diritto dell'Unione è caratterizzato dalla formalità. La forma scritta nel sistema legale in esame, infatti, assolve un ruolo diverso da quello tipico di molti ordinamenti interni. «Nel diritto comunitario la forma è legata al “formalismo” e cioè alla necessità che venga rispettato un determinato contenuto previsto a tutela degli interessi fondamentali dell'ordinamento»⁽⁴³⁰⁾. Essa serve a rendere trasparenti le caratteri-

⁽⁴²⁸⁾ Si veda F. SCAGLIONE, *La tutela civile nei contratti ad offerta concorrenziale*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, p. 233 ss.

⁽⁴²⁹⁾ Si veda *ex multis* Cass. civ., sentenza del 1981, n. 4383 in *Rep. Foro it.*, 1981, p. 567.

⁽⁴³⁰⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, cit., p. 147.

stiche del contratto⁽⁴³¹⁾. La forma assolve così la funzione di informare e nel contempo di verificare se è stato rispettato il contenuto previsto dalla norma soprattutto dal punto di vista delle informazioni da fornire⁽⁴³²⁾.

Tutti questi aspetti elencati, seppur significativi, sul piano interno sono introdotti da norme nazionali che traducono precetti U.E. Essi hanno avuto la capacità di mutare con forza il quadro di riferimento in materia di contratti, ma sono pur sempre vincolanti per le parti in ragione di una legge interna.

Di seguito, invece, verranno affrontate le ipotesi per cui i rapporti contrattuali vengono «incisi» per effetto diretto delle norme «comunitarie/unitarie» caratterizzate dalla diretta applicabilità.

Per tale ragione molte situazioni, anche estremamente significative, non trovano spazio nella presente trattazione in quanto contenute in direttive non direttamente applicabili.

5. — *Rapporti intersoggettivi e norme dei Trattati direttamente applicabili.*

Ci sono rapporti intersoggettivi che sono regolati da norme dei Trattati che in ragione della loro natura precisa ed incondizionata sono direttamente applicabili.

Come detto l'attribuzione della c.d. libertà di circolazione è avvenuta inizialmente proprio al fine di regolare la nascita del mercato comune prima, interno oggi. La circolazione dei beni⁽⁴³³⁾, ser-

⁽⁴³¹⁾ Cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 158.

⁽⁴³²⁾ Ancora R. CIPPITANI, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁽⁴³³⁾ Per un approfondimento su alcuni aspetti di detta libertà si veda B. NASCIMBENE, *Il controllo dei prezzi e delle tariffe nel quadro della libera circolazione delle merci e dei servizi*, in *Contratto e imp. eur.*, 1996, p. 57 ss.; M. C. BARUFFI, *Il divieto di vendita*

vizi⁽⁴³⁴⁾, capitali⁽⁴³⁵⁾ e persone è garantita dal principio del mutuo riconoscimento: non saranno più le regole del Paese di arrivo a decidere per l'effettiva circolazione dei servizi, dei beni, dei capitali e delle persone, ma quelle dello Stato da dove essi provengono. Rimane consentito al primo solo la possibilità di imporre limitazioni alla loro libera circolazione per motivi attinenti alla salute, alla sicurezza pubblica, correttezza nel commercio a tutela dei consumatori.

sottocosto e la nuova giurisdizione della Corte di giustizia: il caso Keck e Mithouard, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 91 ss.

⁽⁴³⁴⁾ L'art. 50 T.C.E. (oggi 57 T.F.U.E.) qualifica come servizi «le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone», comprendendo quindi attività legate alle libere professioni, alle attività artigianali, commerciali ed industriali. Dovrà, allora, essere garantita la possibilità per ogni cittadino di uno Stato membro di offrire la propria attività in qualsiasi altro Stato diverso dal proprio senza alcuna necessità di stabilirvisi. Alla libera circolazione dei servizi si applicherà il principio del trattamento nazionale per cui sono nulle le clausole di leggi nazionali con cui le prestazioni di servizi sul territorio di uno Stato siano subordinate a requisiti di residenza o nazionalità.

⁽⁴³⁵⁾ Detta libertà è stata assicurata nel tempo da varie direttive sul presupposto che sono vietate tutte «le restrizioni ai movimenti di capitale tra Stati membri e paesi terzi» (già art. 56 T.C.E., oggi 63 T.F.U.E.) realizzando la completa liberalizzazione dei movimenti dei capitali, con la soppressione di tutti i controlli e le restrizioni in materia di cambi (di assoluto interesse P. MENGOZZI, *Un contributo della Corte di giustizia delle Comunità europee ad un arricchimento del regime della circolazione dei capitali*, in *Banca imp. e soc.*, 1983, p. 223 ss.). Nell'ambito della libera circolazione di capitali le direttive comunitarie dirette a realizzare concretamente il principio di libertà di capitali e dei servizi finanziari hanno profondamente inciso nel settore bancario, nel settore assicurativo e finanziario. In tema di circolazione di capitali la Comunità riserva agli Stati l'adozione di misure unilaterali nei confronti dei paesi terzi, qualora ricorrano gravi ragioni politiche e motivi d'urgenza (si veda L. S. ROSSI, *Libera circolazione dei capitali e ordine pubblico nel diritto comunitario: il caso dell'antiriciclaggio*, in *Riv. Dir. int. priv. e proc.*, 1996, p. 43). Lo Stato membro dovrà fornire tempestivamente comunicazione alla Commissione e nei confronti degli altri Stati membri essendo in capo al Consiglio dell'Unione, in ogni caso, il potere di modificare o revocare detti provvedimenti a maggioranza qualificata dopo proposta della Commissione. Tali misure unilaterali da parte degli Stati potranno essere adottate solo qualora il Consiglio non abbia disposto in materia.

Non è più possibile per lo Stato di destinazione stabilire regole e condizioni più gravose di quelle caratterizzanti il Paese d'origine.

Il principio del mutuo riconoscimento è entrato a far parte così dell'ordinamento comunitario attraverso l'opera della Corte di Giustizia con una serie di importanti sentenze, tra le quali la nota *Cassis Dijon*⁽⁴³⁶⁾ dove detto principio viene per la prima volta riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria.

L'iniziale modalità con cui si pensò realizzabile il Mercato unico era legata all'idea di un divieto di discriminazione della merce basato sulla nazionalità: si imponeva un divieto generalizzato di non discriminazione posto a carico di ciascuno Stato membro, attuato sostanzialmente dalle regole presenti nel paese di destinazione.

Tale iniziale impostazione, però, nel tempo ha mostrato i suoi limiti: nei fatti si poteva verificare la possibilità della sopravvivenza di pratiche profondamente discriminatorie tali da non garantire affatto la realizzazione dell'effettiva circolazione dei beni.

Pertanto oggi la circolazione dei beni, così come dei servizi e dei capitali e delle persone è garantita dal principio del mutuo riconoscimento⁽⁴³⁷⁾ in forza del quale, quindi, sussiste una presunzione di equivalenza tra le diverse legislazioni degli Stati membri dell'Unione.

Anche il principio del mutuo riconoscimento contribuisce alla

⁽⁴³⁶⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 20 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.*, 1979, p. 649.

⁽⁴³⁷⁾ Non si può negare che ad un tale mutamento d'ottica, concretizzatosi nell'Atto Unico europeo, non dovesse corrispondere anche una forzata, quanto assolutamente necessaria, opera di armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri. La necessità dell'armonizzazione trova la sua realizzazione nell'art. 114 T.F.U.E. (già 94 T.C.E.) sul riavvicinamento delle legislazioni e nel seguente art. 115 (già art. 95 T.C.E.), così come aggiunto proprio dall'Atto Unico europeo, il quale prevede che il Consiglio adotti a maggioranza qualificata delle «misure relative al riavvicinamento, delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

qualificazione della soggettività giuridica dei soggetti del mercato interno nel senso sopra specificato.

Vi sono, pertanto, numerose norme dei Trattati dotate di diretta applicabilità che trovano attuazione nei rapporti intersoggettivi.

In questo caso, però, siamo fuori dalla tipica analisi dei rapporti verticali che discendono dalle norme dei Trattati dotate di diretta applicabilità.

In questo tipo di indagini si valuta la compatibilità della normativa statale con le libertà garantite dall'Unione, oppure l'ammissibilità di limitazioni alla stesse. Sono, infatti, consentite agli Stati restrizioni alla libera circolazione purché esse rispondano ad esigenze imperative, proporzionate al fine perseguito e scelte in modo tale da costituire il minor ostacolo possibile alla libertà di scambio⁽⁴³⁸⁾, favorendo così il libero esercizio dell'attività commerciali tra gli Stati membri.

Nei rapporti orizzontali, invece, libertà di circolazione delle persone significa, ad esempio, per il prestatore di servizi la necessità di sopprimere ogni discriminazione tra i propri dipendenti a causa della nazionalità o residenza⁽⁴³⁹⁾. Gli artt. 56 e 57 T.F.U.E. (già artt. 49 e 50 T.C.E.) sono infatti dotati di diretta applicabilità e possono essere fatti valere innanzi a giudici nazionali.

In materia di parità di trattamento tra uomo e donna (art. 174 T.F.U.E., già art. 141 T.C.E.), il datore di lavoro non può discriminare

⁽⁴³⁸⁾ In questo senso numerose sentenze della Corte di Giustizia: ID, sentenza del 26 giugno 1980, C-793/79, *Menzies*, in *Racc.*, 1980, p. 2071, sulla commercializzazione dell'aceto non di vino in Italia; Corte di Giustizia, sentenza del 12 marzo 1987, C-178/84, *Commissione/Germania*, in *Racc.*, 1987, p. 1227, sulla commercializzazione della birra in Germania; Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1988, C-90/86, *Zoni*, in *Racc.*, 1988, p. 4285, sulla commercializzazione della pasta di grano tenero in Italia; Corte di Giustizia, sentenza del 23 febbraio 1988, C-261/84, *Commissione/Repubblica francese*, in *Racc.*, 1988, p. 216, sulla commercializzazione del latte in polvere in Francia.

⁽⁴³⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, cit.

i sui dipendenti sul piano della retribuzione in base al sesso⁽⁴⁴⁰⁾.

I soggetti privati, poi, non possono limitare l'altrui libertà di circolazione.

Anche le azioni poste in essere dai privati, e comunque non dagli Stati, possono, invero, costituire delle limitazioni alla libera circolazione e pertanto anch'esse incorrere nei divieti stabiliti dal Trattato.

Le disposizioni, infatti, che impediscono ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese di origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione – o che comunque lo dissuadono a farlo – costituiscono ostacoli alla libertà garantita dall'art. 54 T.F.U.E. (già 48 T.C.E.) anche quando queste sono poste in essere da associazioni sportive alle quali il cittadino appartiene⁽⁴⁴¹⁾.

La Corte di Giustizia europea ha, poi, stabilito in una recente sentenza⁽⁴⁴²⁾ che le azioni collettive – nel caso di specie uno sciopero – finalizzate ad indurre un'impresa straniera a sottoscrivere con un sindacato un contratto collettivo di lavoro idoneo a dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento, costituiscono ostacolo alla sua libertà di circolazione.

Dette restrizioni sono ammissibili solo se giustificate da ragioni dipendenti dalla tutela dei lavoratori, purché sia dimostrato che siano idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito. Ma è essenziale che esse – così come accade per le limitazioni impo-

⁽⁴⁴⁰⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne/Sabena*, in *Racc.*, 1976, p. I-1365. La sentenza *Defrenne/Sabena*, la quale chiama direttamente applicabile il principio di parità nelle retribuzioni lavorative tra uomini e donne, così come sancito dall'art. 119 (ora 157 T.F.U.E.).

⁽⁴⁴¹⁾ Il riferimento è alla celebre Corte di Giustizia, sentenza del 15 dicembre 1995, *URBSFA/Bosman*, C-415/93, in *Racc.*, 1995, p. I-4921.

⁽⁴⁴²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 11 dicembre 2007, *The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union*, C-438/05, in *Racc.*, 2007, p. I-10779; conforme Corte di Giustizia, sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, in *Racc.*, 2007, p. I-11767.

ste dagli Stati – non vadano al di là di quanto necessario per conseguire l'obiettivo indicato.

Le norme contenute negli atti Istitutivi che regolano il sistema di concorrenza nel mercato interno sono forse quelle dotate della capacità maggiore, se così si può dire, di incidere nei rapporti intersoggettivi (artt. 101 e ss. T.F.U.E., già artt. 81 e ss. T.C.E.). Se ne darà di seguito conto valutando di esse l'idoneità di invalidare il contratto in ragione della loro violazione.

6. — *L'invalidità del contratto ex artt. 101 e ss. T.F.U.E. come espressione delle «permanenze» nel diritto civile.*

Il mancato rispetto delle norme dei Trattati istitutivi in materia di concorrenza da luogo alla nullità del contratto con cui la violazione si pone in essere, o dei contratti a valle che derivano dall'intesa illecita.

Gli artt. 101 e 102 T.F.U.E (già artt. 81 e 82 T.C.E.) segnano il percorso della disciplina antimonopolista scelto dall'Unione Europea ed esprimono il modello economico del tipo di mercato che essa ha inteso costruire e salvaguardare.

Le nullità che derivano dagli artt. artt. 101 e 102 cit. possono essere di natura assoluta o di natura relativa, in base all'interesse fondamentale che si intende garantire attraverso il rimedio.

La nullità assoluta deriva da una illiceità degli atti dipendente dal contrasto con un norma di ordine pubblico economico di protezione, quali sono quelle che danno luogo all'abuso di posizioni dominanti o ad intese restrittive della concorrenza.

Queste, infatti, vietano la contrattazione o contraggono la libertà negoziale del contraente/impresa più debole.

Si falsa così proprio il sistema concorrenziale previsto dai Trattati istitutivi.

Gli artt. 101 e 102 T.F.U.E. integrano, infatti, fattispecie poste a tutela di un interesse pubblico fondamentale per l'ordinamento dell'Unione Europea, quale è quello della creazione di un mercato concorrenziale e la sua sopravvivenza.

I negozi contrattuali che pongono in essere intese restrittive della concorrenza sono nulli ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 101 T.F.U.E.

Gli accordi, le pratiche concordate tra imprese, o decisioni di associazioni di imprese⁽⁴⁴³⁾ che ricadono sotto questa disposizione, sono prive di effetti nei rapporti fra i contraenti, benché non lo siano nei confronti dei terzi⁽⁴⁴⁴⁾.

Sono sanzionati dall'invalidità assoluta anche gli atti che costituiscono abuso di posizione dominante, nonostante il silenzio dell'art. 102 T.F.U.E. sul punto.

È oramai prevalente la lettura di dottrina e giurisprudenza che risolve il problema, sul piano civilistico, delle conseguenze dell'abuso di posizione dell'impresa sancendo per gli accordi che ricadono nella fattispecie – come ad esempio le imposizioni di prezzi non equi – la nullità⁽⁴⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴³⁾ Per un'analisi sugli effetti della normativa comunitaria in tema di contratti, nel caso di specie quelli ad offerta monopolistica, si veda F. SCAGLIONE, *La tutela civile nei contratti ad offerta monopolistica*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, p. 279 ss.

⁽⁴⁴⁴⁾ È copiosa ed anche risalente la giurisprudenza sugli effetti che la previsione di cui all'art. 81 T.C.E. produce direttamente tra le parti di un contratto, si veda Corte di Giustizia, sentenza del 30 giugno 1966, C-56/65, *Société Technique Minière/ Maschinenbau Ulm GmbH*, in *Racc.*, 1966, p. 261; ID., sentenza del 25 novembre 1971, C-22/71, *Bèguelin Import Co/S.A. G.L. Import Export*, in *Racc.*, 1971, p. 949.

⁽⁴⁴⁵⁾ ⁰ Si veda in questo senso G. PASSIGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 240. Oppure R. PARDOLESI, *Contratto e diritto della concorrenza*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata l'autorità indipendenti: la metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, p. 170, il quale ricorda anche la posizione dei giudici italiani relativamente alla sanzione dell'abuso di posizioni dominate sia ex art. 82 T.C.E. oggi

La nullità sanzione è così lo strumento rimediale connesso alla violazione di principi di ordine pubblico economico, in ragione dei quali «la causa o la funzione del contratto [che da origine ad intese vietate o ad abusi di posizione] non può porsi in contrasto con l'interesse pubblico al mantenimento di una struttura di mercato concorrenziale»⁽⁴⁴⁶⁾.

L'Unione, però, proprio attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia anti-*trust*, sembra volere garantire, oltre la funzionalità del mercato così come da essa pensato, anche la libertà negoziale dei contraenti e perseguire la parità sostanziale delle parti nel contratto.

La libertà negoziale delle parti private è infatti lo strumento necessario alla sopravvivenza del mercato concorrenziale.

Gli artt. 81, 82 e ss. T.C.E. assumo così la funzione di strumento di equilibrio tra le parti di un contratto.

Si autorevolmente sottolineato⁽⁴⁴⁷⁾ come, in ragione della funzione assoluta dei rimedi previsti negli artt. 101 e 102 cit., la giurisprudenza europea ponga a fondamento del diritto contrattuale il principio di parità sostanziale tra le parti e lo persegua assicurando loro la libertà negoziale attraverso la nullità assoluta dei contratti di intese restrittive o che nascono da abusi di posizione.

La pretermissione dell'interesse della parte debole nella determinazione del contenuto del contratto è il segnale della rilevanza dello

102 T.F.U.E., sia ex art. 3 l. 287/90, norme per la tutela della concorrenza e del mercato: «la logica avvallata dalle sezioni unite (...) punta risolutamente nella direzione della nullità. È difficile immaginare che il contratto, cui è deputato il compito di realizzare i guasti dell'impresa, possa sfuggire al giudizio di incompatibilità con l'ordinamento giuridico: la pattuizione derivata, in quanto inficiata dall'afferenza alla tram anticoncorrenziale, partecipa dello stesso disvalore».

⁽⁴⁴⁶⁾ Così F. SCAGLIONE, *La tutela civile nel mercato concorrenziale*, in A. PALAZZO, A. SASSI, A. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, p. 230.

⁽⁴⁴⁷⁾ Il riferimento sempre F. SCAGLIONE, *La tutela civile nel mercato concorrenziale*, cit., p. 232.

equilibrio economico tra le prestazioni.

La sanzione dell'abuso di dipendenza economica costituisce, così, una delle modalità attraverso la quale le regole della correttezza negoziale si traducono in un principio generale di giustizia contrattuale nei casi di equilibrio tra le posizioni economiche delle parti.

In questo anche la sanzione della c.d. pratica dei prezzi predatori – espressione dell'abuso della posizione dominante ex art. 102 T.F.U.E. – è riconducibile alla ricerca di una parità sostanziale nel contratto, perché essa è espressione di condizioni di transazione non eque.

Nasce attraverso le conseguenze sui contratti delle previsioni di diritto U.E., poste a garanzia del mercato e del suo funzionamento, un nuovo diritto dei contratti.

Nell'ordinamento in esame, infatti, al contratto viene affidato non solo il ruolo di autoregolamentazione degli interessi privati direttamente coinvolti, ma una vera e propria funzione di garanzia dell'ordine oggettivo, ossia dell'ordine pubblico economico voluto dall'Unione.

Le regole di validità e le regole di comportamento (buona fede, correttezza, equità sostanziale tra le parti, etc.), interagendo tra di loro nelle previsioni di cui agli artt. 101 e 102 T.F.U.E., assicurano la tutela migliore alla parte più debole del rapporto nonché l'ordine pubblico economico del mercato interno.

Il contratto oggi «spogliato di molti dei suoi connotati di volontarietà, è visto essenzialmente nella sua funzione oggettiva, nello scambio contrattuale, sindacabile alla stregua dei criteri di buona fede nella formazione, nell'interpretazione e dell'esecuzione del contratto»⁽⁴⁴⁸⁾.

In questi termini il diritto dell'Unione è espressione delle permanenze che da secoli permeano il diritto civile europeo.

⁽⁴⁴⁸⁾ Così F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 926.

Il supremo organo giurisdizionale U.E. ha ben presente, infatti, come i fondamenti della cultura giuridica europea, definibili *permanenze*⁽⁴⁴⁹⁾, siano la base della «semantica profonda»⁽⁴⁵⁰⁾ degli ordinamenti degli Stati europei e segnino «nella storia del diritto, la coincidenza fra i diritti civili permanenti e le diverse culture etiche»⁽⁴⁵¹⁾.

Si pensi alla nozione di equità⁽⁴⁵²⁾ o a quella di buona fede come principio generale. Se nelle fonti normative dell'Unione il riferimento alla buona fede è compiuto a livello di diritto derivato essenzialmente nelle direttive e nei regolamenti (riferite per lo più all'ambito dei rapporti fra cittadini e istituzioni «unitarie» o nazionali), nei Trattati istitutivi la buona fede – seppur non espressamente menzionata – viene in rilievo proprio nelle disposizioni concernenti le regole di concorrenza applicabili alle imprese, sotto il profilo della correttezza professionale specifica dell'art. 101 T.F.U.E.⁽⁴⁵³⁾.

⁽⁴⁴⁹⁾ Si veda A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica e diritto privato*, Padova, 2002, I, p.1 ss.

⁽⁴⁵⁰⁾ L'espressione di R. CIPPITANI, *op. cit.*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2007, p. 179.

⁽⁴⁵¹⁾ Testualmente A. SASSI, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 3.

⁽⁴⁵²⁾ Si vedano a riguardo della funzione del principio di equità nel diritto comunitario tra le altre Corti di Giustizia, sentenza del 18 gennaio 1996, C-446/93, *Seim*, in *Racc.*, 1996, p. I-173, par. 41; ID., sentenza del 26 marzo 1987, C-58/86, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Aviron*s., in *Racc.*, 1987, p. 1525, par. 22; Tribunale di Primo grado, sentenza del 4 luglio 2002, T-239/00, *Sci UK c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, p. II-2957, par. 44-50. Si veda ancora sul ruolo dell'equità anche quale principio di diritto comunitario A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006.

⁽⁴⁵³⁾ Cfr. A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2008, p. 122. L'autore prosegue affermando che: «secondo la giurisprudenza comunitaria, infatti, la buona fede è operante anche nell'ordinamento dell'Unione europea, ma in quanto non esplicitamente formulata (anche se immanen-

La nuova funzione dei contratti, ispirata ad una logica di garanzia di interessi generali dell'ordinamento dell'Unione, trova realizzazione anche, o forse soprattutto, attraverso la nullità relativa.

Ci sono contratti, infatti, che sono illeciti o sono nulli come conseguenza della nullità dell'intesa a monte da cui derivano.

Significativa in questo senso è la sentenza *Courage*⁽⁴⁵⁴⁾. Il procedimento da cui essa trae origine è stato introdotto dalla *Courage* nei confronti di un gestore di un *pub*, il quale eccitava nel giudizio – promosso a causa di forniture di birra rimaste insolute – che gli obblighi di acquisto di birra presenti nel suo contratto con la IEL, locatrice del locale, fossero contrastanti con il divieto di intese restrittive di cui all'allora art. 81 T.C.E. La IEL aveva, infatti, un accordo con la *Courage* per cui nei suoi locali dovesse essere venduta solo un certo tipo di birra, acquistabile dai conduttori di *pub* IEL in quantità pre-stabilite in forza dell'accordo tra questa e la *Courage*.

La pronuncia richiamata sancisce per la prima volta l'esistenza di un collegamento funzionale tra l'interesse fondamentale per l'ordinamento comunitario alla sopravvivenza del sistema del mercato concorrenziale, ed il comportamento di una delle parti che si concretizza in imposizioni di condizioni contrattuali inique.

La violazione della libertà di concorrenza è sanzionata, inoltre, dalla nullità relativa anche di eventuali contratti con il consumatore.

In questo caso la libertà della concorrenza si realizza nell'interesse del consumatore meritevole di tutela civile.

Attraverso la previsione della nullità relativa viene sancita l'esi-

te in alcune disposizioni: art. 81 Tratt. C.E.), la sua applicazione deriva essenzialmente dal diritto internazionale consuetudinario e da quello patrizio, così come riconosciuto dalla Corte internazionale di giustizia e codificato dall'articolo 18 della Convenzione di Vienna sui trattati internazionali»

⁽⁴⁵⁴⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, in *Racc.*, 2001, p. I-6297.

stenza di un nesso tra l'interesse privato dei consumatori all'equità del contratto ed l'interesse pubblico al mantenimento della struttura della concorrenza nel mercato.

I rimedi ablativi ricordati, in ogni caso, si collegano non al comportamento doloso dell'impresa, quanto – come detto – ai principi dell'ordine pubblico economico. Il dato sottolineato fa rimanere del tutto impregiudicata la questione della responsabilità risarcitoria dell'impresa.

7. — *La tutela risarcitoria.*

È possibile avanzare richiesta risarcitoria del danno causato da comportamenti o da contratti che possono restringere, o falsare, il gioco della concorrenza ai sensi dell'art. 101 T.F.U.E., in quanto norma preordinata a conferire diritti ai singoli.

La piena efficacia dell'articolo citato, e specificatamente l'effetto utile del divieto stabilito al suo n. 1, sarebbero messi in discussione «se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli dal contratto o da un comportamento» che può restringere o comunque alterare la concorrenza nel mercato interno⁽⁴⁵⁵⁾.

Nelle cause riunite *Manfredi* cit.⁽⁴⁵⁶⁾, confermando la lettura già fornita dalla pronuncia *Courage/Creaban*⁽⁴⁵⁷⁾, la Corte ha ricordato

⁽⁴⁵⁵⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75.

⁽⁴⁵⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Danno e resp.*, 2007, p. 19. Si veda diffusamente sul problema del danno *antitrust* R. PARDOLESI, *La qualificazione del danno antitrust*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenza dei giudici nazionali. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento 15-16 giugno 2007*, Trento, 2007, p. 101 ss.

⁽⁴⁵⁷⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, C-453/99 cit.

come l'art. 81, n. 1, T.C.E., oggi 101 T.F.U.E., produca effetti diretti nei rapporti orizzontali ed attribuisca ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare. La natura di tale norma, a tutela dell'ordine pubblico economico comunitario, legittima chiunque a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale disposizione ed a chiedere, conseguentemente, il risarcimento dei danni subiti, qualora sussista un nesso di causalità tra l'intesa o la pratica ed il danno⁽⁴⁵⁸⁾.

La legittimazione all'azione è in capo a chiunque subisca il danno, quindi non solo alle imprese, ma eventualmente anche al consumatore pregiudicato da una pratica cartellistica⁽⁴⁵⁹⁾.

La casistica in materia di violazione degli allora artt. 81, 82 e ss. T.C.E. – in ragione della loro funzione di disegno del mercato che l'Unione intende salvaguardare – affianca spesso l'azione risarcitoria, ricorrendone le condizioni, alla nullità assoluta o relativa degli atti.

La tutela risarcitoria garantisce l'interesse fondamentale del contraente debole alla conservazione del contratto qualora ciò costituisca lo strumento di riequilibrio delle condizioni contrattuali. Ossia l'interesse fondamentale del contraente preteremesso dalla trattativa e costretto a subire il contratto può coincidere con la volontà di veder eliminato il contratto squilibrato od iniquo. In questo caso il rimedio maggiormente idoneo a soddisfare il suo interesse sarà l'azione di nullità connessa ad un'azione risarcitoria. Il ristoro dei danni subiti si avrà nei limiti dell'interesse negativo.

⁽⁴⁵⁸⁾ Sul nesso di causalità ricorda, A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 320: «che, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di "nesso di causalità", purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)».

⁽⁴⁵⁹⁾ In questo senso proprio la Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*.

Al contrario può esistere nel contraente debole la necessità e l'interesse di conservare quel contratto posto in essere in violazione delle regole di concorrenza.

Il riequilibrio delle condizioni del contratto potrà avvenire mediante ricorso all'azione risarcitoria, la quale trova la sua ragione nella violazione delle norme poste a tutela del mercato. Il risarcimento, in questi casi, non è connesso a nessuna azione ablativa⁽⁴⁶⁰⁾. Qui l'ordinamento in esame affida al contratto non solo il ruolo di autoregolamentazione degli interessi privati direttamente coinvolti, ma la funzione di garanzia dell'ordine pubblico economico voluto dall'Unione. Da tale dato ne emerge un altro relativo al valore del risarcimento del danno nell'ordinamento dell'Unione Europea. La responsabilità dell'Unione e dello Stato, infatti, si può configurare anche in assenza di un comportamento illecito. In questo caso è la particolare entità del danno subito dal ricorrente il titolo sufficiente all'azione.

Il diritto al risarcimento del danno discende anche dalla violazione di previsioni contenute in norme direttamente applicabili.

È possibile l'inserimento in contratti, con soggetti giuridici aventi sede in paesi terzi all'Unione, di clausole contrattuali tipo predisposte dalla Commissione per il trasferimento dei dati personali.

L'utilizzo di questo sistema di clausole ha delle conseguenze dirette nel rapporto contrattuale in cui esse sono richiamate.

Infatti, seppure l'azione dell'Unione in tema di tutela dei dati personali ha creato «un sistema normativo e pretorio relativamente (...) completo, perfezionato ed adeguato agli sviluppi tecnologici in materia di tutela della *privacy*»⁽⁴⁶¹⁾, l'intervento in questo settore da

⁽⁴⁶⁰⁾ Per una completa analisi sul tema si veda F. SCAGLIONE, *La tutela civile dei contratti ad offerta monopolistica*, cit., p. 313 ss.

⁽⁴⁶¹⁾ Testualmente sul sistema normativo comunitario M MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 35,

parte dell'Unione si è articolato attraverso fonti non caratterizzate dalla diretta applicabilità⁽⁴⁶²⁾.

Esse pertanto non sono state destinate ad avere effetto immediato nei rapporti tra i singoli.

Sono, al contrario, chiamate a vincolare gli individui le clausole contrattuali dirette al trasferimento dei dati personali verso paesi terzi all'Unione, quando richiamate nei contratti.

Esse, infatti, sono contenute in decisioni emanate dalla Commissione e pertanto sono direttamente applicabili nei rapporti orizzontali.

La Comunità permette il trasferimento dei dati personali solo nei confronti di paesi terzi che garantiscano un livello adeguato di protezione⁽⁴⁶³⁾. Rimane vietata, quindi, la circolazione di flussi di dati

che prosegue affermando che detto sistema: «ha influenzato positivamente gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di cui alcuni come l'Italia in modo specifico, tramite l'introduzione di istituti che non erano ancora noti o sufficientemente applicati a livello nazionale».

⁽⁴⁶²⁾ Il Parlamento europeo ed il Consiglio adottano il 24 ottobre del 1995 la direttiva n. 95/46/CE (in G.U.C.E. L 281/31 del 23 novembre 1995) relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento delle informazioni personali e loro libera circolazione. Il 15 dicembre 1997 viene emanata la direttiva n. 97/66/CE (in G.U.C.E. L 24/1 del 30 gennaio 1998. Per un commento a questa come alla dir. 95/46/CE si veda P. PIRODDI, *Art. 286 CE*, in F. POCAR., *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 959 ss.) sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, oggi abrogata dalla n. 2002/58/CE del 12 luglio 2002 (in G.U.C.E. L 201 del 31 luglio 2002) relativa al settore delle comunicazioni elettroniche. Il problema del trattamento dei dati da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari è invece affrontato dal regolamento n. 45/2001 del 18 dicembre 2000 (in G.U.C.E. L 8/1 del 12 gennaio 2001). In questo caso siamo di fronte ad un atto dotato di diretta applicabilità ma nei rapporti tra i singoli e le Istituzioni. La Carta dei diritti, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000, riconosce, poi, espressamente la protezione del dato personale come diritto fondamentale della persona.

⁽⁴⁶³⁾ Si veda il *Considerando* n. 2, dir. n. 95/46/CE: «i sistemi di trattamento dei dati sono al servizio dell'uomo» pertanto «essi, indipendentemente dalla nazionalità o dalla residenza delle persone fisiche, debbono rispettare le libertà e i diritti fondamentali delle stesse».

personali nei confronti di Stati non in grado di offrire idoneo livello di tutela⁽⁴⁶⁴⁾.

In ogni caso, la Comunità non esclude che flussi di dati personali possano essere diretti verso un paese terzo anche nell'ipotesi in cui questo non fornisca sufficienti garanzie sul sistema di tutela.

La presenza di una norma dell'Unione che censurasse totalmente questa possibilità, infatti, avrebbe potuto essere non compatibile con l'attuale assetto degli scambi internazionali.

In un'economia globalizzata come quella contemporanea la finalità di garantire un alto ed efficace livello di sicurezza nel trattamento dei dati non può essere assicurata all'interno dello spazio europeo e parimenti non perseguita nei rapporti, soprattutto com-

⁽⁴⁶⁴⁾ La direttiva n. 95/46/CE impone di valutare il livello di adeguatezza della protezione apprestata da parte del paese terzo destinatario del flusso di informazioni, ed individua i criteri attraverso i quali compiere detta comparazione. L'esistenza di un sufficiente livello di protezione andrà *misurato* «con riguardo a tutte le circostanze relative ad un trasferimento o ad una categoria di trasferimenti di dati» (art. 25 dir. n. 95/46/CE). Saranno, quindi, indici di valutazione «la natura (...) [delle informazioni], le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese di origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate» (sempre art. 25, par. 2, dir. n. 95/46/CE). Gli Stati membri e la Commissione, in ogni caso, sono chiamati a comunicarsi vicendevolmente quando un paese terzo non sia in grado di garantire, in relazione ai criteri sopra indicati, un livello di protezione adeguato. Se la Commissione costata (la procedura di constatazione è disciplinata dall'art. 31, par. 2, dir. n. 95/46/CE) poi, attraverso l'ausilio di un comitato composto dai rappresentanti degli Stati membri, che un paese esterno alla Comunità non offra un livello di protezione sufficiente, gli Stati membri dovranno adottare le misure necessarie per impedire ogni trasferimento di dati – della stessa natura – verso la nazione in questione. La Commissione potrà anche avviare con il paese terzo negoziati diretti a porre rimedio alla situazione risultante dalla constatazione (art. 25, par. 4, dir. n. 95/46/CE). In considerazione della legislazione nazionale, degli impegni internazionali ed in particolare di quelli assunti in seguito a negoziati condotti con la stessa Comunità, la Commissione può, al contrario, valutare che un paese terzo offra sufficienti garanzie circa il livello di protezione dei dati, offrendo adeguata tutela alla vita privata, alle libertà ed ai diritti fondamentali della persona. Anche in questo caso gli Stati membri adotteranno le misure necessarie per conformarsi alla decisione della Commissione.

merciali ed imprenditoriali, con i paesi terzi.

La consapevolezza che «lo sviluppo degli scambi internazionali comporta necessariamente il trasferimento oltre frontiera di dati personali»⁽⁴⁶⁵⁾, ha condotto l'allora Comunità a predisporre a tal fine adeguate misure di garanzia.

La mancanza di una previsione normativa che non trattasse l'aspetto del flusso dei dati verso paesi terzi avrebbe finito, infatti, per vanificare anche gli effetti del sistema in materia di *privacy* presente all'interno dell'area geografica europea.

La direttiva n. 95/46/CE, quindi, individua le condizioni in cui questo trasferimento è ammissibile⁽⁴⁶⁶⁾. Uno Stato membro può, allora, autorizzare il trasferimento di dati verso un paese terzo che non garantisca un livello di protezione adeguato, qualora il responsabile del trattamento presenti garanzie sufficienti per la tutela della vita privata, dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone, nonché

⁽⁴⁶⁵⁾ Cfr. *Considerando* n. 56, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁴⁶⁶⁾ Si veda art. 26, par. 1, dir. n. 95/46/CE. *In primis* il passaggio di dati può avvenire nel momento in cui la persona interessata abbia manifestato in maniera inequivocabile il proprio consenso al trasferimento previsto, e quest'ultimo sia necessario per l'esecuzione di un contratto, o di misure contrattuali, tra la persona interessata ed il responsabile del trattamento. Il trasferimento, poi, potrebbe essere necessario per la stipula o l'esecuzione di un contratto corrente tra il responsabile del trattamento ed un terzo, negozio concluso, o comunque da concludere, nell'interesse della persona titolare dei dati. Altra ipotesi prevista è riconducibile alla possibilità che il trasferimento sia prescritto dalla legge sia al fine di salvaguardare un interesse pubblico rilevante, sia per costatare, esercitare o difendere un diritto innanzi alle autorità giudiziarie. La salvaguardia di un interesse vitale del titolare dei dati è altra situazione riconosciuta dalla direttiva n. 46/95/CE come capace di autorizzare il flusso di dati verso paesi non in grado di offrire un adeguato livello di tutela. In ultimo la normativa comunitaria fa riferimento alla possibilità che le informazioni oggetto di trasferimento provengano da un pubblico registro il quale, in forza di disposizioni legislative o regolamentari, sia predisposto per l'informazione e sia aperto alla pubblica consultazione, o comunque all'interrogazione da parte di chiunque possa dimostrare un legittimo interesse. Rimane ferma la necessità di rispettare le condizioni che la legge prevede per la consultazione.

per l'esercizio dei diritti connessi⁽⁴⁶⁷⁾. Dette garanzie possono risultare da clausole contrattuali, sottoposte alla preventiva approvazione da parte delle autorità nazionali (art. 26, par. 2, dir. 95/46/CE).

La stessa Commissione, ai sensi dell'art. 26, par. 4, dir. 46/95/CE, ha predisposto⁽⁴⁶⁸⁾ clausole contrattuali tipo, come ulteriore strumento attraverso il quale procedere al trasferimento di dati verso paesi terzi con un livello di sicurezza non corrispondente agli *standards* di protezione richiesti dall'Unione⁽⁴⁶⁹⁾.

Le clausole contrattuali tipo fondano un sistema a carattere volontario e costituiscono un insieme unico di norme per la protezione di dati da poter utilizzare su scala internazionale.

Esse sono, allora, una delle possibilità previste dalla normativa U.E. attraverso la quale procedere al trasferimento legale dei dati personali in paesi terzi con *standards* di tutela non adeguati⁽⁴⁷⁰⁾.

⁽⁴⁶⁷⁾ Ancora art. 26, par. 2, dir. n. 95/46/CE.

⁽⁴⁶⁸⁾ Il procedimento per la redazione di clausole contrattuali tipo dirette al trasferimento di dati personali verso paesi esterni alla Comunità vede coinvolta la Comunità, un comitato composto dai rappresentanti degli Stati membri (art. 31, par. 2, dir. 46/95/CE) ed un gruppo di lavoro sulla protezione dei dati personali, istituito ai sensi dell'art. 29 della dir. cit., con carattere consultivo ed indipendente. Le proposte per la redazione delle clausole possono provenire dai rappresentanti dell'impresa, come le camere di commercio internazionali.

⁽⁴⁶⁹⁾ L'obiettivo principale delle clausole contrattuali tipo è quello di facilitare la circolazione dei flussi di dati provenienti dalla Comunità, nel rispetto dei principi enunciati dalla direttiva, attraverso la fissazione di un unico insieme di norme di protezione dei dati che i responsabili del trattamento possono impiegare su scala mondiale. In mancanza di una normativa internazionale in materia, le clausole contrattuali tipo costituiscono uno strumento estremamente utile allorché dati personali sono trasferiti al fuori dell'Unione europea in paesi che non garantiscono un adeguato livello di protezione. Testualmente a riguardo delle clausole contrattuali tipo, E. BIGI, *La Commissione europea approva un nuovo set di clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali verso i paesi terzi*, in *Contratti*, 2005, p. 311.

⁽⁴⁷⁰⁾ A fianco al sistema delle clausole contrattuali tipo, alle quali possono aderire imprese non europee che intendano effettuare trattamenti di informazioni provenienti dall'Europa, è stato elaborato un metodo *ad hoc* per garantire il commercio dei dati

Nel 2001 e nel 2002 la Commissione ha provveduto all'emanazione di due decisioni – la n. 2001/497/CE⁽⁴⁷¹⁾ e n. 2002/16/CE⁽⁴⁷²⁾ – contenenti una prima elaborazione di clausole contrattuali tipo.

Le organizzazioni imprenditoriali sono state con sicurezza le prime utilizzatrici di dette clausole⁽⁴⁷³⁾.

L'acquisizione nel tempo di una notevole esperienza, derivante dall'impiego di queste formule negli scambi internazionali, ha maturato l'esigenza, nelle stesse organizzazioni imprenditoriali, di offrire e predisporre un sistema di clausole contrattuali alternativo a quelle

con gli Stati Uniti d'America. Gli U.S.A., infatti, possiedono un sistema di tutela diverso da quello di cui si è dotata l'Unione europea. Per tale ragione per evitare difficoltà nei rapporti commerciali transoceanici è stato negoziato dalla Commissione europea con rappresentanti USA un sistema di principi, il *Safe Harbor*, al quale possono aderire le imprese americane che intendano utilizzare dati provenienti dai paesi dell'Unione. Gli eventi del 11 settembre 2001, poi, hanno chiamato la Commissione europea e gli Stati Uniti ad un ulteriore confronto. Infatti, in seguito ai tragici attentati il governo americano ha varato una normativa diretta ai vettori di aeri i quali sono obbligati, entrando nel territorio statunitense, alla trasmissione dei dati personali dei passeggeri. Detta previsione, seppur comprensibile sul piano della sicurezza interna di quel paese, dall'altra poteva costituire una violazione sistematica del diritto alla riservatezza dei passeggeri europei, così come tutelato dall'ordinamento comunitario. Questo ha chiamato la Commissione a constatare, con decisione n. 2004/535 del 14 maggio 2004, l'adeguatezza del livello di protezione dei dati offerto dalla normativa americana. Il Gruppo di tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati (si vedano i pareri n. 2/2004 del 20 gennaio 2004 e n. 6/2006 del 22 giugno 2004), invece, ad oggi considera il sistema predisposto dagli Stati Uniti come non in grado di offrire sufficienti garanzie alla protezione dei dati personali dei passeggeri provenienti dai paesi europei.

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. decisione della Commissione del 15 giugno 2001, in G.U.C.E. L 181 del 4 luglio 2001, p. 19.

⁽⁴⁷²⁾ Cfr. decisione della Commissione del 27 dicembre 2001, in G.U.C.E. L 6, del 10 gennaio 2002, p. 52.

⁽⁴⁷³⁾ Precisamente Camera di Commercio Internazionale (ICC), Japan Business Council in Europe (JBCE), European Information and Communications Technology Association (EICTA), EU Committee of the American Chamber of Commerce in Belgium (Amcham), Confederation of British Industry (CBI), International Communication Round Table (ICRT) e Federation of European Direct Marketing Associations (FEDMA).

presenti nelle decisioni n. 2001/497/CE e n. 2002/16/CE.

La Commissione, accogliendo allora la richiesta degli operatori del settore, ha introdotto, per il trasferimento di dati personali a paesi terzi, un insieme alternativo di clausole, novellando la decisione n. 2001/497/CE con la n. 2004/915/CE⁽⁴⁷⁴⁾. L'ultimo sistema di clausole contrattuali elaborato dall'esperienza, ha portato modifiche al precedente soprattutto dal punto di vista della responsabilità degli operatori.

La loro predisposizione implica che gli Stati membri riconoscano come garanzie sufficienti al trasferimento di dati le clausole contrattuali predisposte delle indicate decisioni europee⁽⁴⁷⁵⁾.

Per tale ragione queste possono essere inserite direttamente nei contratti.

Anzi agli esportatori, dal momento che ciascun gruppo di clausole costituisce un insieme coerente, non è riconosciuta la possibilità di modificarle né totalmente o parzialmente, né di combinarle in alcun modo⁽⁴⁷⁶⁾.

Esse, comunque, non sono idonee a produrre alcun effetto su clausole contrattuali di altra natura.

I dati personali oggetto di trasferimento devono essere rilevanti

⁽⁴⁷⁴⁾ Le clausole contrattuali tipo proposte dalle associazioni imprenditoriali ed accolte nella decisione in ultimo citata hanno lo scopo di rafforzare l'uso di clausole tra gli operatori, ad esempio rendendo flessibili i requisiti in materia di verifica o precisando le norme che disciplinano il diritto di accesso (così *Considerando* n. 4 della decisione 2004/915/CE). Con quest'ultima modifica gli esportatori di dati nella Comunità e gli importatori di dati in paesi terzi avrebbero la facoltà di optare per uno degli insiemi di clausole contrattuali tipo (quelle presenti già nelle decisioni n. 2001/497/CE e n. 2002/16/CE o quelle introdotte con la decisione n. 2004/915/CE) o scegliere un altro fondamento giuridico per il trasferimento di dati tra quelli previsti dalla dir. n. 46/95/CE e sopra illustrati.

⁽⁴⁷⁵⁾ Va ricordato primariamente come la previsione di clausole contrattuali tipo – ad opera delle decisioni indicate – non incide sulle autorizzazioni nazionali che gli Stati membri possono concedere in forza di disposizioni adottate in attuazione dell'articolo 26, par. 2, della direttiva 95/46/CE.

⁽⁴⁷⁶⁾ Si veda ancora il *Considerando* n. 3 della decisione 2004/915/CE.

e rispondenti a finalità determinate, esplicite e legittime. Successivamente alla acquisizione, i dati non potranno essere utilizzati per scopi incompatibili con la finalità del conseguimento iniziale. Deve essere pertanto sempre fornita alle persone interessate corretta informazione degli scopi per cui si compie la raccolta, così come indicata l'identità del soggetto responsabile del trattamento. È essenziale che ai titolari dei dati sia garantito diritto d'accesso, con facoltà di cancellare e modificare le informazioni ritenute non corrette o incomplete.

L'utilizzo delle clausole contrattuali tipo deve sempre assicurare idonea tutela giurisdizionale alle persone interessate, le quali «devono poter agire in giudizio, anche ai fini del risarcimento dei danni, nei confronti dell'esportatore che è il responsabile del trattamento dei dati personali trasferiti. Eccezionalmente le persone interessate dai dati devono potere agire in giudizio nei confronti dell'importatore, anche ai fini del risarcimento dei danni, [...] qualora l'esportatore sia scomparso di fatto, abbia giuridicamente cessato di esistere o sia divenuto insolvente»⁽⁴⁷⁷⁾.

L'esportatore e l'importatore di dati rispondono agli interessati per la violazione degli obblighi contrattuali, seppur nei limiti del danno realmente sofferto, sostituendo, così, al criterio della responsabilità solidale, previsto dalla decisione n. 2001/497/CE, un regime di responsabilità basato sugli obblighi di normale diligenza.

L'esportatore è inoltre il responsabile dei danni subiti se non compie sforzi ragionevoli al fine di determinare il grado di affidabilità dell'importatore, ossia se non valuta correttamente se questi sia in grado o meno di rispettare i obblighi giuridici derivati dalle clausole (*culpa in eligendo*)⁽⁴⁷⁸⁾.

⁽⁴⁷⁷⁾ Così il *Considerando* n. 16 della decisione n. 2002/16/CE.

⁽⁴⁷⁸⁾ Si legga il *Considerando* n. 5 della decisione 2004/915/CE.

L'interessato ha in questo caso la possibilità di avviare a questo titolo azioni contro l'esportatore di dati.

Per esercitare tale controllo è riconosciuta la possibilità all'esportatore di effettuare verifiche degli impianti dell'importatore o di esigere prove che dimostrino la disponibilità di risorse finanziarie sufficienti per far fronte alle sue eventuali responsabilità⁽⁴⁷⁹⁾.

Se l'esportatore di dati rifiuta di eseguire il contratto e persiste il mancato rispetto degli obblighi da parte dell'importatore, l'interessato potrà invocare le clausole contro l'importatore di dati ed infine avviare un'azione dinnanzi ai tribunali di uno Stato membro.

L'accettazione della giurisdizione e l'accordo di conformarsi alla decisione di un tribunale o di un'autorità di protezione di dati interna ad uno Stato dell'Unione, non pregiudica gli eventuali diritti processuali degli importatori di dati stabiliti in paesi terzi, ad esempio in materia di appello⁽⁴⁸⁰⁾.

Le regole in tema di contratti di trasporto aereo sono forse le uniche norme dell'Unione, poste a protezione del consumatore, caratterizzate dalla diretta applicabilità. Diversamente, infatti, la copiosa produzione comunitaria prima, dell'Unione poi, in tema di protezione del consumatore è contenuta in direttive, tra l'altro molte delle quali oggetto di sentenze della Corte di Giustizia nelle quali si esclude la loro applicabilità nei rapporti orizzontali. Tali pronunce hanno di fatto sottratto la possibilità di una loro applicazione diretta nei rapporti interindividuali, dovendo attendere in questo senso il loro recepimento nelle diverse normative nazionali.

Il trasporto aereo in Europa è oggi disciplinato dal Reg. n. 261/04.

⁽⁴⁷⁹⁾ Quanto all'esercizio dei diritti del terzo beneficiario da parte degli interessati, si prevede un maggior coinvolgimento dell'esportatore di dati nella risoluzione dei reclami degli interessati, essendo l'esportatore obbligato a mettersi in contatto con l'importatore, e se necessario ad eseguire il contratto entro il termine normale di un mese.

⁽⁴⁸⁰⁾ Cfr *Considerando* n. 6 della decisione 2004/915/CE.

Il regolamento citato ha istituito regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri nel caso di negazione di imbarco, cancellazione di volo e ritardo prolungato.

Il sistema di tutela che il regolamento predispone per la violazione del contratto di trasporto, intercorrente tra una compagnia aerea ed un passeggero, viene definito dall'art. 12 come «tutela minima».

Le conseguenze stabilite dal regolamento in esame ad alcune patologie che possono colpire il contratto sono, quindi, cumulative o alternative ad eventuali altre forme di tutela previste da fonti giuridiche diverse per lo stesso disservizio⁽⁴⁸¹⁾.

Le conseguenze previste innanzi ad un ritardo prolungato, alla cancellazione del volo o alla negazione dell'imbarco constano in una compensazione pecuniaria (art. 7), nel rimborso o in un imbarco alternativo (art. 8) e nel diritto di ricevere una assistenza (art. 9) che consista nel non dover sostenere nessuna spesa per pasti e bevande durante l'attesa, così come una sistemazione in albergo se necessaria.

Tra l'altro l'art. 12 cit. qualifica le conseguenze che esso stabilisce per l'inadempimento del contratto – la compensazione pecuniaria, il rimborso o l'imbarco su di un volo alternativo e l'assistenza nella permanenza a terra – come risarcimento.

I diritti riconosciuti dal Reg. 261/04 in caso di inadempimento del contratto di trasporto, quindi, sono qualificabili come risarcimenti in forma specifica. In caso di non integrale riparazione della voce del danno subito concorrono altre forme di tutela previste da altre norme, anche eventualmente interne. La compensazione pecuniaria, il rimborso o l'imbarco su di un volo alternativo e l'assistenza nella permanenza a terra lasciano infatti impregiudicate ulteriori azioni ri-

⁽⁴⁸¹⁾ Art. 12 Reg. 261/04: «il Regolamento lascia impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare. Il risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento può essere detratto da detto risarcimento».

sarcitorie per lo stesso titolo, il cui valore potrà essere detratto dal *quantum* stabilito nei casi sopra citati.

I diritti riconosciuti ai passeggeri sono irrinunciabili⁽⁴⁸²⁾. Non possono, pertanto, essere fatti oggetto di restrizione o di deroga neanche mediante clausole inserite appositamente nel contratto. Nel caso ciò si verifichi queste clausole sembrano potersi qualificare come vessatorie e come tali sanzionabili mediante la disciplina della nullità di protezione.

Molte delle situazioni che danno origine agli inadempimenti del contratto di trasporto – le cui conseguenze sono quelle sopra indicate – configurano anche la fattispecie del c.d. danno da vacanza rovinata.

La Corte ha, infatti, da tempo accolto il principio secondo il quale il consumatore di servizi turistici ha diritto al risarcimento del danno morale. E ciò oltre la voce del danno derivante dall'inadempimento, o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in esecuzione del contratto turistico⁽⁴⁸³⁾.

8. — *Le situazioni giuridiche dell'Unione europea e rapporti patrimonialmente neutri.*

L'ampiezza dell'intervento europeo è tale che finisce per toccare le situazioni giuridiche soggettive più diverse.

Il transito che è avvenuto, infatti, di molte della materie del così detto terzo pilastro (Cooperazione in materia di giustizia ed affari interni⁽⁴⁸⁴⁾) nel primo – dove operava il sistema comunitario – ha

⁽⁴⁸²⁾ Art. 15 Reg. 261/04.

⁽⁴⁸³⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 12 marzo 2002, C-168/00, *S. Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, in *Foro it.*, 2002, 4, c. 329.

⁽⁴⁸⁴⁾ La Politica di Cooperazione in Materia di Affari Interni e Giustizia (GAI) era competenza nuova attribuita all'Unione dal Trattato di Maastricht. Consta di materie

permesso l'intervento del legislatore comunitario in settori che erano stati storicamente sottratti alla competenza dell'Unione e dell'allora Comunità⁽⁴⁸⁵⁾.

dove operava la cooperazione intergovernativa, e soprattutto si riferisce a materie delle quali non esisteva traccia nei precedenti Trattati. Era regolata dall'art. K del Trattato di Maastricht. La Politica di Cooperazione in Materia di Affari Interni e Giustizia si concentra su molte tematiche, di assoluta importanza: cooperazione giudiziaria in materia civile e penale; cooperazione di polizia; lotta contro il razzismo e la xenofobia; lotta contro il traffico di droga e di armi; lotta contro il terrorismo e il crimine organizzato. Lo scopo da perseguire era quello di coordinare quei settori in cui era evidente la volontà dei singoli Stati di mantenere la propria sovranità. Ciò sembrò necessario in seguito alla caduta di tutte le barriere che ostacolavano la libera circolazione degli individui all'interno del contesto europeo, per avere un maggior controllo anche alla luce della sottoscrizione da parte di alcuni Stati del Trattato di Schengen (il Trattato fu sottoscritto il 14 giugno 1985 inizialmente da Belgio, Francia, Lussemburgo, Germania e Paesi Bassi). Sarà in seno al Consiglio dei Ministri che gli Stati membri coordineranno, sulla base di informazioni e consultazioni reciproche, le loro azioni nei campi sopra indicati, attuando scelte di collaborazione tra le loro reciproche amministrazioni (si veda l'art. K 3 del Trattato di Maastricht). Su iniziativa di ciascuno Stato membro e della Commissione, il Consiglio dell'Unione, poi, può decidere di adottare posizioni comuni, azioni comuni, promuovere ogni forma di cooperazione tra gli Stati al fine raggiungere gli obiettivi dell'Unione, nonché predisporre Convenzioni di cui è raccomandata l'adozione da parte degli Stati membri (si veda l'art. K 3 lett. b) del Trattato di Maastricht). Il Trattato sottolineava, comunque, che le previsioni contenute nel suo articolo K) non costituiscono ostacolo a collaborazioni più strette tra due o più Stati, purché ciò non sia in contrasto con quelle elaborate a livello di Unione (si legga l'art. 37 del Trattato di Maastricht). Tale cooperazione nel tempo si è sviluppata in diversi settori: lotta al crimine organizzato; politiche di asilo e visti; il fenomeno dell'immigrazione; le sostanze stupefacenti; cooperazione di polizia, e il terrorismo. Per un commento sul funzionamento dell'allora «Terzo pilastro» N. PARISI, D. RINALDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il «Terzo pilastro» del Trattato di Maastricht*, Torino 1996, nonché A. TIZZANO, *Brevi note sul «terzo pilastro» del Trattato di Maastricht*, in *Dir. un. eur.*, 1996, p. 391ss.

⁽⁴⁸⁵⁾ Molte materie, dopo il Trattato di Nizza, sono state ricondotte al «primo pilastro» (e cioè regolate con il metodo comunitario) con il Trattato di Amsterdam, specificatamente quelle relative ai visti, agli asili, immigrazione, superamento delle frontiere esterne, e cooperazione in materia civile. L'ingresso nel primo pilastro della cooperazione giudiziaria in materia civile ricompresa tra le «politiche connesse alla libera circolazione delle persone», ha permesso l'emanazione di numerosi e significativi atti da parte dell'Unione diretti a porre le basi per la creazione di uno spazio giuri-

Significativo in questo senso è il Reg. CE n. 2201/2003⁽⁴⁸⁶⁾, relativo alla competenza, al riconoscimento e alla esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Il richiamato atto di diritto derivato ha la capacità di imporsi in rapporti intersoggettivi che, al contrario di quelli trattati precedentemente, si possono definire patrimonialmente neutri.

La natura di atto direttamente applicabile, infatti, fa del regolamento n. 2201/2003 uno strumento alla luce del quale leggere, sul piano interno, le situazioni riguardanti i figli minori, sia nella fisiologia che nella patologia del rapporto matrimoniale.

Il regolamento in esame individua direttamente in capo al genitore una serie di situazioni giuridiche soggettive come conseguenze immediate della costituzione del rapporto di filiazione. Queste sono poste a tutela del figlio e sono pertanto ricondotte nella nozione più ampia di responsabilità genitoriale.

Nel ordinamento giuridico italiano rientrano nella nozione di responsabilità genitoriale l'obbligo del mantenimento, l'affidamento e la potestà. Esse sono parte dell'insieme dei diritti e dei doveri che nascono in capo al genitore dal rapporto di filiazione, ma non esiste nel nostro ordinamento una definizione unitaria di responsabilità genitoriale.

Il regolamento costruisce la nozione di responsabilità genitoriale

dico di dimensioni europee. Significativi in questo senso sono: il Regolamento CE n. 1347/2000 del Consiglio (in G.U.C.E. 2000 L160) in materia di competenza, riconoscimento ed esercizio delle decisioni in campo matrimoniale e sulla potestà di entrambi i genitori su i figli, o ancora il Regolamento CE n. 1348/2000 del Consiglio relativo alla notificazione e alla comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale (sempre in G.U.C.E. 2000 L160), così come il Regolamento del Consiglio n. 44/2000 in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile o commerciale (in G.U.C.E. 2001 L12). Rimanevano nel Terzo pilastro la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, la quale è stata estesa anche alla lotta e prevenzione contro il razzismo e la xenofobia.

⁽⁴⁸⁶⁾ In G.U.U.E. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

in termini unitari. Vengono cioè riassunte in detta espressione situazioni giuridiche soggettive riconducibili al rapporto parentale e che di solito sono trattate separatamente.

L'art. 2, par. 7, del citato regolamento definisce, infatti, la responsabilità genitoriale come l'insieme dei «diritti e dei doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni del minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita».

Il regolamento specifica pertanto il significato di affidamento, così che le normative interne che fanno riferimento a detta nozione debbono oggi essere interpretate alla sua luce.

Il diritto d'affidamento contempla i diritti e i doveri che concernono la cura della persona di un minore ed in particolare riguardano il diritto di intervenire nella decisione concernente il suo luogo di residenza⁽⁴⁸⁷⁾.

Il regolamento lega, infatti, la nozione di residenza del minore a quella di affidamento. Si afferma al punto 11, del citato art. 2, che il diritto d'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando ognuno autonomamente non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del figlio senza il consenso dell'altro genitore, che del suo pari è titolare di responsabilità genitoriale.

È il luogo o i luoghi dove il minore stabilmente vive che permettono «l'instaurazione, essenzialmente nell'interesse del figlio, di stabili relazioni con uno o con entrambe i genitori»⁽⁴⁸⁸⁾.

In questa relazione risiede l'essenza dell'affidamento. Invece il di-

⁽⁴⁸⁷⁾ Art. 2, n. 9, Reg. 2201/2003.

⁽⁴⁸⁸⁾ Testualmente A. PALAZZO, *La filiazione*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2007, pp. 558-559.

ritto di visita consta nel diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla residenza abituale per un periodo di tempo limitato (art. 2 n. 10). L'esercizio di questo diritto spetta non solo ai genitori, ma sembra essere esteso anche a soggetti diversi da quest'ultimi.

Trovano, così, ulteriore fondamento normativo le pretese dei nonni di vedere il proprio nipote. In questi casi rimane salva la necessità che il loro interesse di instaurare o mantenere un rapporto affettivo con il nipote coincida con quello del minore.

Il dato riferito sembra far trasparire «l'attenzione del legislatore europeo per le relazioni affettive, non solo dal punto di vista del figlio, ma anche da quello dei genitori e, in misura minore, di altri soggetti, a dimostrazione dell'importanza della verità affettiva»⁽⁴⁸⁹⁾ oltre che di quella biologica, con ogni conseguenza che questa affermazione significa anche sull'accertamento degli *status*, o meglio sulle decisioni successive a tale fase giudiziaria.

Esiste, infatti, una tendenza sottolineata dalla dottrina per cui nel momento della chiusura delle contestazioni di uno *status* – sia nella fase positiva che negativa dell'accertamento – il giudice, nell'assumere le proprie decisioni, dovrà tener conto della c.d. «verità affettiva» dove rileva l'ascolto del minore ed il comportamento processuale delle parti⁽⁴⁹⁰⁾.

È infatti al termine della fase contenziosa che emerge il vero interesse familiare, «quando si potrà verificare 'chi va con chi'»⁽⁴⁹¹⁾.

⁽⁴⁸⁹⁾ Così A. PALAZZO, *La filiazione*, cit, p. 559.

⁽⁴⁹⁰⁾ A. PALAZZO, *op. cit.*, p. 259.

⁽⁴⁹¹⁾ Il riferimento è ancora ad A. PALAZZO, *op. cit.*, pp. 257-258, il quale ricostruisce in questi termini il rapporto tra verità biologica e verità affettiva: «la famiglia è costituita da *status*, ma la definizione di *status* quale rapporto organico tra il membro ed il gruppo sociale di appartenenza è astratta e non si ha riguardo ai rapporti organici tra i suoi membri, che definiscono gli *status*, di coniuge, di figli ecc. L'interesse familiare è pertanto costituito dalla coincidenza dell'interesse di ognuno con quello degli altri ed è completando così la definizione di *status* che è possibile tutelare gli interessi

Il rapporto affettivo, così, potrà così essere fondato non necessariamente sul sangue.

Dal rapporto organico possono discendere rapporti patrimoniali individuali (obblighi legali alimentari, di mantenimento e successori) esterni all'interesse familiare come rapporto affettivo.

L'attenzione che il regolamento in esame sembra attribuire alle relazioni affettive che nascono dai rapporti parentali rafforza, inoltre, la lettura *contemporanea* della nozione di potestà genitoriale.

La stessa non può più essere letta come mero ufficio né legata, come è stata storicamente, al solo compimento di atti di natura patrimoniale. Essa, oltre ad essere il complesso di poteri che un ordinamento attribuisce ai genitori per l'adempimento dei propri doveri nei confronti del figlio e nell'interesse di quest'ultimo, consta anche nella pretesa del genitore «a dare la propria valutazione degli interessi dei figli ed a scegliere i mezzi ritenuti più idonei a realizzarli, determinando in concreto le modalità di mantenimento, istruzione ed educazione»⁽⁴⁹²⁾.

Il Regolamento, in realtà, non contempla la nozione di potestà genitoriale, anche se quest'ultima si caratterizza per molti dei poteri decisionali che sono ricompresi nella definizione di responsabilità genitoriale di cui n. 7 del citato art. 2.

La nozione ampia di responsabilità genitoriale che il regolamento assume comprende, quindi, ognuno degli interessi correlati ed autonomi sussistenti in capo al genitore: mantenimento, affidamento e quindi anche potestà.

fondamentali di ciascuno».

⁽⁴⁹²⁾ A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, pp. 1-2.

9. — *Diritto di proprietà e diritti reali.*

Avendo condotto qualche considerazione su alcuni diritti che trovano la loro origine nelle norme dell'Unione, merita in ultimo qualche accenno il diritto soggettivo assoluto per eccellenza: la proprietà. Più in generale si dirà anche dei diritti reali.

Il giudice U.E., infatti, usa la nozione di diritto reale ed ha trovato più di una occasione per definirlo. Qualifica quest'ultimo anche in relazione al diritto che nasce dalle obbligazioni: se questo può essere fatto valere solo nei confronti del debitore, il diritto reale – afferma la Corte – gravando sulla cosa, vale nei confronti di ogni altro soggetto⁽⁴⁹³⁾.

I diritti reali, secondo quanto espresso dal giudice comunitario nella sentenza *Bosphorus*⁽⁴⁹⁴⁾, vanno infatti intesi come quelli che

⁽⁴⁹³⁾ Si veda in questo senso Corte di giustizia, sentenza del 9 giugno 1994, *Lieber/ Gobel*, C-292/93, in *Racc.*, 1994, p. I-2535. Ai punti n. 14 e 15 della motivazione il giudice comunitario sottolinea che la differenza tra diritto reale e diritto di obbligazione sta nel fatto che il primo, che grava su una cosa, vale nei confronti di ogni altro, mentre il secondo può essere fatto valere solo nei confronti del debitore. Nel caso di specie il problema si poneva relativamente ad una domanda di indennizzo. La Corte sottolinea come sia evidente che una domanda di indennizzo per il godimento di un bene possa essere fatta valere soltanto nei confronti del debitore e che essa costituisce quindi un diritto di obbligazione, per lo meno quando il debitore non contesta che l'attore sia proprietario dell'immobile di cui trattasi. La Corte constata in via preliminare che quella in specie è una transazione che ha ad oggetto il trasferimento della proprietà di un immobile, non costituisce un contratto di affitto di immobili, ai sensi dell'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles. dalla stessa sentenza emerge che non è sufficiente, affinché trovi applicazione tale art. della convenzione, che l'azione sia fondata su un diritto reale e non su un diritto di obbligazione, salva l'eccezione prevista per la locazioni di immobili. Si veda anche sul tema diritti reali e obbligazioni la relazione *Schlosser*, G.U., 1979, c. 59, p. 71, n. 166.

⁽⁴⁹⁴⁾ Corte di giustizia, sentenza del 30 luglio 1996, *Bosphorus/ Minister for transport, energy and communications e altri*, C-84/95, in *Racc.*, 1996, I-3953. La Corte al punto 19 si esprime così: «la *bosphorus airways* fa valere in secondo luogo che interpretare l'art. 8, primo comma del regolamento n. 990/93, nel senso che un aeromobile che viene utilizzato e gestito in forza di un contratto quadriennale di *dry lease*

comprendono il «rispetto dei beni».

Va subito precisato, però, che i diritti reali non sono oggetto delle competenze dell'Unione.

Neanche la collocazione dell'istituto della proprietà tra i diritti fondamentali dell'uomo⁽⁴⁹⁵⁾ muta in questa materia i poteri d'a-

(noleggio) da un soggetto non stabilito nella repubblica federale di Jugoslavia e non operante a partire nel territorio di quest'ultima deve essere comunque posto sotto sequestro in quanto appartenente ad una persona giuridica con sede nella suddetta repubblica, lederebbe i suoi diritti fondamentali, segnatamente il diritto al rispetto dei suoi beni e la sua libertà di esercizio di un'attività commerciale, nella misura in cui avrebbe per effetto quello di distruggere e annientare la sua attività di noleggio di aerei ed organizzazione di viaggi». Sul caso *Bosphorus* si veda R. CIPPITANI, *I beni ed i diritti reali*, cit., p. 99.

⁽⁴⁹⁵⁾ Al diritto di proprietà è dedicato l'art. 17, collocato nel capo dedicato alle «libertà». L'insegnamento, più volte ripetuto dalla Corte di Giustizia, secondo cui la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo deve essere considerata lo strumento principale di riferimento in materia di diritti fondamentali, era ben presente ai membri della conferenza incaricata della redazione dell'articolo in questione; infatti il testo dell'articolo corrisponde in sostanza a quello dell'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'aspetto di distanza maggiormente evidente rispetto alla C.E.D.U. è il fatto che, mentre l'art. 1 del prot. addizionale considera fra i diritti dell'uomo «il diritto al rispetto dei suoi beni», l'art. 17 parla in modo esplicito del «diritto di proprietà» e del suo contenuto come diritto di godere e di disporre dei beni acquistati legalmente e di lasciarli in eredità, ed inquadra l'istituto, di per se afferente al diritto privato economico-patrimoniale fra i diritti fondamentali dell'uomo: fra i diritti civili, raggruppati in sei grandi capitoli: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. Per M. COMPORI, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 5, lo spostamento del diritto di proprietà dai diritti economici-sociali ai diritti civili fondamentali costituisce un fatto molto importante che potrebbe determinare la creazione di nuovi principi generali, sia per la sistemazione teorica di tutta la materia che per l'interpretazione di tutte le norme. Non sembra però che questo spostamento sia da approvare, sia perché è del tutto improprio ed antistorico l'inserimento della proprietà fra le libertà sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sono solo quelli di natura personale e non già quelli di natura patrimoniale. Si veda infatti M. TRIMARCHI, *I beni e la proprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, A. TIZZANO (a cura di), Torino, 2006, p. 180, per il quale la mera collocazione non può essere assunta quale dato determinante o decisivo per la sua corretta interpretazione o per il suo inquadramento nella gerarchia dei valori. l'istituto fu inserito nel sistema, quale mezzo e stru-

mento importante in funzione della realizzazione di valori della persona. In ordine poi al suo carattere di diritto fondamentale, l'autore aggiunge come l'espressione possa variamente essere intesa e comunque appare dotata di notevole relatività, dipendendo dal contesto nel quale è utilizzata e dagli elementi ai quali è rapportata o comparata, ben potendosi un diritto qualificare come fondamentale anche se in un ambito molto definito o circostanziato o in vista di un certo scopo da conseguire e non necessariamente (e quasi mai) in assoluto. Le considerazioni ora svolte, sembrano rafforzate dal fatto che l'art. 17 si apre: «ogni individuo ha diritto», tale espressione evidenzia una chiara formulazione soggettiva che sottolinea il collegamento tra individuo e proprietà e quindi proporre una concezione della proprietà come diritto dell'individuo. Per quanto riguarda la privazione della proprietà, l'art. 17 sostituisce la formula apparentemente più ampia del «pubblico interesse» a quello della «pubblica utilità» prevista dall'art. 1 del primo protocollo addizionale C.E.D.U. La differenza più significativa riguarda proprio il pagamento dell'indennizzo. A differenza dell'art. 1 del primo protocollo, l'art. 17 stabilisce espressamente l'esigenza del pagamento di una «giusta indennità» per la perdita della proprietà, stabilendo inoltre che questo debba avvenire «in tempo utile». Il secondo comma precisa, poi, che la portata materiale della protezione copre anche la proprietà intellettuale, in virtù della sua crescente importanza socio-economica. Nella categoria della proprietà intellettuale devono intendersi ricompresi tutti i diritti di proprietà industriale e intellettuale, i diritti d'autore, i brevetti, i marchi, le denominazione d'origine controllata e così via, ai quali l'articolo 17 secondo comma conferisce pieno riconoscimento ma anche impulso all'armonizzazione. Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale ha ad oggetto l'interesse del proprietario che può, per legge, essere limitato innanzi ad interessi generali, secondo il criterio di proporzionalità e senza ledere la sostanza del diritto. Da più parti è stata rilevata l'assenza di ogni riferimento alla formula della funzione sociale, così come invece espressamente previsto nelle più moderne costituzioni europee. Si veda M. FRAGOLA, *limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002, p. 29 ss., che richiama il caso della Germania, dell'Italia e della Spagna, dove il diritto di proprietà appare con contenuto limitato e ridotto dal principio della funzione sociale intesa come temperamento tra l'interesse individuale e quello sociale. Afferma S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZANELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa: la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, Bologna, 2001, p. 86, che il mancato riferimento alla funzione sociale della proprietà – per qualche verso «logorato» – pur facendo parte della tradizione costituzionale comune di gran parte degli stati membri deve essere compreso alla luce di una lettura sistematica della Carta, la quale è contraria ad una «visione molecolare dei diritti, che avrebbe chiuso ciascuno in una fortezza di poteri egoistici». Cfr. M. COMBA, *I diritti civili. Verso una nuova funzione sociale della proprietà privata*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti civili e costituzione nell'unione europea*, Roma, 2003, p.

164, che ricorda come la funzione sociale opera quale limite interno della proprietà, mette in rilievo come tale forma di limitazione sia sconosciuta alla Corte di Giustizia, la quale ha sempre ragionato in termini di interesse generale. Al contrario A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 299, indica l'assenza del riferimento alla funzione sociale come uno degli elementi che contribuiscono a conferire una impostazione prettamente individualistica del diritto di proprietà nella Carta dei diritti fondamentali, i poteri e le facoltà dominicali non appaiono in alcun modo limitati. Solo nel terzo periodo dell'art. 17 della Carta prevede, come già all'art. 1 secondo comma del primo protocollo addizionale C.E.D.U., che la legge possa regolare l'uso dei beni attraverso limiti imposti dall'interesse generale. È la nozione di interesse generale che sembra operare quale limite di carattere esterno riconducibile soprattutto ai valori sociali ma anche a quelli di natura economica generale. L'impostazione generale di questo articolo appare dunque riflettere più la concezione individualistica ed assoluta delle costituzioni ottocentesche sul tema della proprietà che non quella sociale e funzionalizzata delle costituzioni più recenti. Infatti, per quanto concerne l'oggetto della tutela della proprietà, tale art. 17 delinea la struttura della situazione proprietaria quale diritto di godimento, utilizzazione dei beni e nel potere di disporre per atti *inter vivos* o *mortis causa*. Si ribadisce così, mantenendo il tradizionale contenuto sancito nelle costituzioni europee, che la proprietà è tecnica giuridica di ripartizione delle risorse. per quanto riguarda il significato della norma in esame, sembra evidente che l'interpretazione dell'art. 17 non possa prescindere dal significato che la corrispondente norma art. 1 del primo protocollo addizionale C.E.D.U., ha assunto nell'applicazione giurisprudenziale (per un attenta analisi sulla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2005). Inoltre, l'interpretazione sistematica della disposizione rende necessario tener conto dell'*acquis communautaire*, e quindi del significato che la tutela del diritto di proprietà ha assunto negli anni ad opera della giurisprudenza della corte di giustizia delle comunità europee (L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. un. europea*, 1, 1998, p. 53 ss.; M. FRIGO, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, p. 193). Al diritto di proprietà come diritto fondamentale (Corte di Giustizia, sentenza del 13 dicembre 1979, *Hauer/Land Rheinland-pfalz*, C-44/79, in *Racc.*, 1979, p. 3727; Corte di Giustizia, sentenza del 14 maggio 1974, *Nold kg/Commissione*, C-4/73, in *www.eur-lex.europa.eu.it.*, Corte di Giustizia, sentenza del 15 febbraio 1996, *Duff e.a./Minister for Agriculture and food, Ireland*, C-63/93, cit.) viene assicurata tutela dal giudice comunitario sulla base dei principi generali del diritto ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dei trattati internazionali sui diritti dell'uomo, come il primo protocollo allegato alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo. La Corte di

zione dell'U.E.⁽⁴⁹⁶⁾.

Tale dato non sottrae comunque l'ordinamento interno all'influenza del diritto dell'Unione Europea in questo settore, nonostante la mancanza di competenza diretta e malgrado l'assenza in questo

Giustizia, 13 dicembre 1979, *Hauer/ Land rheinland-pfalz*, C-44/79, cit., al punto 17 afferma: «nell'ordinamento comunitario, il diritto di proprietà è tutelato alla stregua dei principi comuni alle costituzioni degli stati membri, recepiti nel protocollo addizionale alla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo». Nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento comunitario rientra la tutela dei diritti fondamentali della persona umana che, come la Corte di Giustizia ha indicato, costituisce parte integrante dei principi generali del diritto. La tutela dei diritti fondamentali, e quindi quella del diritto di proprietà, è una tutela giurisdizionale. In P. CARETTI, *i diritti fondamentali. libertà e diritti sociali*, Torino, 2007, p. 482, emerge un modello comunitario di tutela dei diritti fondamentali, intesi come principi, desunti da una serie di materiali normativi, tra cui le tradizioni costituzionali comuni e i diritti garantiti dalla C.E.D.U., cui peraltro la comunità non aderisce. Tale impostazione finisce per tradursi in un'apposita disposizione del trattato di Maastricht. l'articolo 6, comma 2, T.C.E. Si tratta di un sistema di tutela che, costruito in via pretoria dal giudice comunitario, presenta alcune caratteristiche di fondo che lo distinguono in modo marcato dai modelli disciplinati nelle costituzioni nazionali, dove viceversa esistono precisi cataloghi di diritti costituzionalmente protetti e dove il sistema delle garanzie si articola sulla riserva alla legge del compito attivo di promuovere l'applicazione (riserva di legge), sul ruolo del giudice di farne rispettare i limiti costituzionalmente predefiniti (riserva di giurisdizione e tassatività delle limitazioni ammissibili), sulla prevalenza della tutela dei diritti fondamentali sulle finalità di carattere economico ed infine sulla presenza di un giudice costituzionale, chiamato a sindacare le scelte del legislatore ordinario, nelle ipotesi in cui queste non rispettino il dettato costituzionale.

⁽⁴⁹⁶⁾ Si veda M. COMPORI, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 3, per il quale la Carta non ha fatto altro che riaffermare «nel rispetto delle competenze e dei compiti della comunità e dell'Unione europea e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal Trattato sull'Unione europea e dai Trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della corte di giustizia delle comunità europee e da quella della corte Europea dei Diritti dell'Uomo». L'art. 51 comma 2 delinea l'ambito di applicazione della Carta europea dei diritti fondamentali stabilendo che essa non introduce competenze nuove o compiti nuovi né modifica competenze o compiti definiti dai Trattati.

campo di atti di diritto derivato dotati di diretta applicabilità.

La normazione U.E. che direttamente si occupa di diritti reali o proprietà è contenuta in atti di diritto derivato sforniti di diretta applicabilità.

La peculiare costruzione dell'allora art. 295 T.C.E. oggi 345 T.F.U.E., però, rendeva possibile un intervento diretto della Comunità in questo settore nonostante, ad oggi, questo non sia accaduto.

L'art. 295 T.C.E. sottrae il diritto di proprietà alla sfera di influenza diretta del legislatore europeo. L'articolo assicura che il Trattato lasci del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

L'Unione ha compiuto così la precisa scelta di non interferire – almeno direttamente – con la disciplina nazionale dei beni e dei diritti su quest'ultimi.

In realtà però solo apparentemente la Comunità/Unione ha lasciato regolare agli ordinamenti degli Stati, per intero ed autonomamente, l'istituto dominicale⁽⁴⁹⁷⁾.

⁽⁴⁹⁷⁾ A. TIZZANO, *Il diritto dell'unione europea*, in M. BESSONE (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Torino, 2006, p. 175. L'autore sostiene che non è difficile comprendere le ragioni di un tale atteggiamento. Un istituto, quale quello della proprietà, assolutamente centrale (assieme al contratto) nell'esperienza gius-civilistica dell'età moderna, non può essere disciplinato *ex novo* o comunque in modo unitari a livello europeo attraverso un trattato internazionale in presenza di modi alquanto diversi di concepire l'istituto nell'ambito dei singoli paesi. perché un istituto di grande rilievo, quale la proprietà, possa presentare una normativa unitaria a livello europeo è, in linea di principio, necessario che si realizzi preventivamente nella cultura giuridica dei vari paesi un comune sentire, un modo se non identico, almeno compatibile di concepire l'istituto, considerato sul piano della tecnica legislativa. Le regole del diritto privato comunitario non si formano sulla base di valutazioni aprioristiche o astoriche operate dalle istituzioni della comunità; ed anzi non possono non risentire delle esigenze della società europea e dei modi in cui le materie di interesse comunitario sono regolate nei vari ordinamenti nazionali. al riguardo è sufficiente ricordare le note differenze esistenti tra i sistemi, prevalenti nell'area europea, di *common law* e di *civil law*, e segnatamente, ad esempio tra il diritto inglese e quello italiano.

L'art. 345 cit. svolge, invero, la funzione di regola di ripartizione delle competenze senza conferire, però, al diritto di proprietà un'immunità assoluta dall'influenza «comunitaria/unitaria».

La norma richiamata va infatti letta alla luce del principio generale di sussidiarietà. Le Istituzioni sono autorizzate ad intervenire legiferando in materia quando gli obiettivi da perseguire possono essere meglio realizzati a livello europeo piuttosto che a livello nazionale⁽⁴⁹⁸⁾.

Da parte della Unione sono infatti inevitabili interventi in materia di proprietà⁽⁴⁹⁹⁾ essendo la stessa chiamata a perseguire, tra gli altri, gli obiettivi di uno sviluppo armonioso e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di protezione dell'ambiente, un elevato livello di occupazione e protezione sociale ed il miglioramento del tenore della qualità della vita⁽⁵⁰⁰⁾.

Assumere oggi che le norme dell'Unione vigenti non riguardino, direttamente o indirettamente, l'istituto della proprietà – o non siano destinate a incidere sul regime della proprietà operante all'interno dei vari ordinamenti nazionali – costituirebbe un'affermazione costruita non tenendo conto dei processi storici e degli sviluppi del diritto privato europeo⁽⁵⁰¹⁾.

⁽⁴⁹⁸⁾ Cfr. A. GAMBARO, *Gli interventi della ce in tema di multiproprietà ed i limiti della legislazione*, in *diritto privato comunitario. fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, 1997, I, p. 297. Per G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, I, Roma-Bari, 2007, p. 93, appare ragionevole considerare che la stessa esigenza si ponga in tutti i campi del diritto e che quindi il principio della sussidiarietà assuma una valenza generale; come è detto nel protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità – allegato al Trattato C.E. dal Trattato di Amsterdam – la sussidiarietà «consente che l'azione della comunità, entro i limiti delle sue competenze, sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano e, inversamente, ristretta e sospesa laddove essa non sia più giustificata».

⁽⁴⁹⁹⁾ A. TIZZANO, *Il diritto dell'unione europea*, cit., p. 177.

⁽⁵⁰⁰⁾ Artt. 3, 4 e 5 T.U.E.

⁽⁵⁰¹⁾ M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 710,

Si pensi soltanto al regime di contingentamento delle colture nel sistema della PAC, oppure il caso delle limitazioni dell'impianto di certi vigneti nei sistemi DOC e DOCG.

Proprio per questa ragione la previsione di cui all'art. 345 T.F.U.E., per esser correttamente intesa, deve essere così letta: la materia rimane di competenza esclusiva degli Stati membri solo se non ricorrono finalità «comunitarie/unitarie» che impongono l'adozione, in dati settori, di normative europee sulla proprietà⁽⁵⁰²⁾.

Ad oggi, però, la produzione normativa U.E. in tema di proprietà e diritti reali non ha i caratteri dell'organicità e della completezza.

Non è dato rinvenire in questa materia, a differenza di quello che accade ad esempio nel contratto, alcun segnale di unificazione tra le legislazioni nazionali. In questo settore si è, comunque, messo in moto un processo di integrazione. Si è sicuramente di fronte ad una tendenza all'armonizzazione dei diritti nazionali⁽⁵⁰³⁾.

nonché M. FRIGO, *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 70, per cui l'art. 295 T.C.E., ora art. 345 T.F.U.E., porta a riconoscere una sorta di neutralità al diritto comunitario nel senso che la norma esclude dalle competenze della comunità quella di determinare la regolamentazione del regime di proprietà, ma ciò non significa che la norma debba essere interpretata nel senso di precludere all'ordinamento comunitario ogni possibilità di incidere in concreto nella disciplina relativa alle limitazioni al diritto di proprietà in quanto la corte di giustizia ha progressivamente mutato approccio affermando una sua funzione di tutela dei diritti fondamentali quale parte integrante dei principi generali dell'ordinamento comunitario.

⁽⁵⁰²⁾ Si pensi, in questo senso ad alcuni interventi in materia di politica monetaria oppure in tema di beni culturali, commercio, libera circolazione, trasporti, agricoltura, concorrenza, beni immateriali, ancora nel settore ambientale o in tema di salute.

⁽⁵⁰³⁾ A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., p. 178. L'autore sostiene che il diritto di proprietà è tipicamente uno degli istituti di diritto privato da analizzare in una prospettiva storico-sistemica, nel senso che pur presentando una plurisecolare tradizione, viene spesso rimodellata e adattata alle nuove esigenze ed impone quindi all'interprete una attenzione particolare per coglierne l'evoluzione. I tempi sarebbero maturi per condurre una riflessione sulla proprietà nel diritto europeo. le indicazioni, risultanti dalle pronunce della Corte di Giustizia e soprattutto le previsioni di princi-

Come è, tra l'altro, inevitabile proprio in materia di proprietà e diritti reali, in conseguenza dell'integrazione economica che le politiche dell'Unione realizzano⁽⁵⁰⁴⁾ nel campo delle merci.

Si pensi ad esempio al caso della c.d. multiproprietà. La trattazione in se della multiproprietà non è né particolarmente esaltante. L'istituto merita, però, qualche attenzione per alcuni effetti che è stato in grado di produrre sul piano dei diritti interni⁽⁵⁰⁵⁾. La multipro-

prio desumibili dai trattati, nonché le disposizioni contenute in regolamenti, direttive riguardanti la materia proprietaria, consentono un'analisi della struttura e della funzione dell'istituto proprio nella dimensione europea, prescindendo dalla normativa nazionale e dalle relative concezioni prospettate nell'ambito di un dato ordinamento nazionale.

⁽⁵⁰⁴⁾ S. VAN. ERP, *Civil and common property law: caveat comparator-the value of legal historical-comparative analysis*, in *Eur. rev. private law*, 2003, p. 394 ss. L'autore indica la proprietà industriale e commerciale e le garanzie reali come i settori in cui l'armonizzazione legislativa è particolarmente urgente.

⁽⁵⁰⁵⁾ Si veda sul punto S. VENEZIANO, *La multiproprietà*, N. LIPARI (a cura di), in *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, p. 321: «terreno di ricerca fra i più stimolanti, la multiproprietà ha subito per lungo tempo l'ostracismo della dottrina. si pensi che, nonostante le origini del fenomeno risalgano all'inizio del secolo, solo di recente il dibattito sull'argomento ha assunto toni di un certo rilievo. le ragioni di tale indifferenza sono ascrivibili ad un duplice ordini di motivi: da un lato, la multiproprietà sconta il calo di tensione che si è andato progressivamente registrando intorno alla materia dei diritti reali; dall'altro, incarna una tecnica di sfruttamento dei beni la cui gestazione ha richiesto diverso tempo prima di incontrare il favore degli operatori economici. A ciò si aggiunga che, almeno nella sua primitiva connotazione, il fenomeno rappresentava tratti tale da trovare una dogmatica collocazione all'interno della già nota figura del contratto di albergo. La multiproprietà, infatti, affonda le sue radici nella prassi adottata da alcune grandi società proprietarie di catene alberghiere di riservare in favore di alcuni soci il diritto di utilizzare, in periodi prestabiliti dell'anno, camere o appartamenti a tariffe agevolate. presto tuttavia questa forma embrionale si è arricchita di molteplici varianti, mettendo a dura prova le capacità dell'interprete di inquadrare nell'attuale sistema normativo le diverse formule oggi presenti sul mercato. la struttura della multiproprietà si lega alla crescita sempre più larga della domanda di alloggi ad uso vacanza. sotto tale profilo la formula del godimento turnario si è rivelata la più rispondente alle esigenze manifestate dai consumatori. i consumatori, piuttosto che impegnare una cospicua somma di denaro per l'acquisto di un immobile la cui funzione spesso si riduce a brevi periodi di villeggiatura, preferiscono ad un prezzo nettamente inferiore, diventarne comproprietari, limitando il godimento del bene a

prietà è figura creata dalla prassi contrattuale: si attribuisce al titolare il diritto al godimento esclusivo di un bene immobile – prevalentemente situato in località di alto pregio turistico – per un preciso e determinato periodo di tempo nel corso di ogni anno.

L'allora legislatore comunitario, attraverso una tecnica rivolta formalmente a governare il fenomeno contrattuale – ossia il momento che attiene alla disciplina del mercato e dunque alla sola circolazione del bene – ha proceduto, invece, alla qualificazione del bene «giuridico» al centro della «multiproprietà» grazie alla selezione in concreto degli interessi meritevoli di tutela⁽⁵⁰⁶⁾.

La direttiva 94/47/CE è, infatti, preceduta da un'ampia teoria di «considerando» da cui possono evincersi i presupposti e gli scopi che si sono voluti perseguire. Appare subito chiaro che la direttiva citata si pone in sintonia con i programmi allora comunitari a tutela degli interessi economici dei consumatori. In particolare si sottolinea che le disparità in materia di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di uno o più beni immobili sono tali da creare ostacoli al buon funzionamento del mercato interno, distorsioni di concorrenza e barriere fra i mercati nazionali.

Si afferma inoltre che al fine di garantire la tutela degli acquirenti è necessario creare una base minima di norme comuni⁽⁵⁰⁷⁾.

quel dato periodo dell'anno scelto al momento della stipula del contratto di acquisto. in tal modo, oltre ai vantaggi derivanti da un minor esborso, il multiproprietario evita il rischio derivante dall'indisponibilità di alloggi da locare, senza doversi peraltro far carico, se non in minima parte, di tutte le spese che generalmente gravano sul singolo proprietario. dal canto suo, chi offre alloggi in multiproprietà può spuntare un prezzo globale più alto, posto che al suo realizzo concorre una pluralità di soggetti, ed ha maggiori probabilità di penetrazione nel mercato, in virtù del minor costo procapite dell'acquisto immobiliare. inoltre il venditore può contare sul guadagno che riceverà dai servizi offerti ai multiproprietari, quali l'utilizzo di impianti sportivi od il servizio di ristorazione, di cui è solito riservarsi la gestione».

⁽⁵⁰⁶⁾ Ancora S. VENEZIANO, *op. ult. cit.*, p. 322.

⁽⁵⁰⁷⁾ riferisce sul punto M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprie-*

Il recepimento a livello normativo della direttiva sulla multiproprietà⁽⁵⁰⁸⁾ porta a ridiscutere un principio non codificato nell'ordinamento nazionale, ma ritenuto operante, e cioè il principio del numero chiuso nei diritti reali, tipico anche del sistema tedesco.

Il riconoscimento normativo della multiproprietà ha aperto un nuovo capitolo nel dibattito circa la qualificazione giuridica dell'istituto. Coloro che si sono occupati del problema si sono da subito trovati di fronte a difficoltà di adattamento della multiproprietà agli

tà nel sistema italo-europeo, Napoli, 2002, p. 324, l'autore rileva come si sia preferito utilizzare la direttiva come strumento «comunitarizzante» con lo scopo di rendere le norme comunitarie più accessibili ai diversi ordinamenti giuridici e alle diverse culture giuridiche europee. L'ottavo considerando richiama infatti le diversità di concetti giuridici nazionali sulla multiproprietà fornendo tale assunto a giustificazione dell'armonizzazione proposta, in quanto l'alternativa avrebbe potuto essere la scelta di una norma di diritto uniforme in materia immobiliare posta al di fuori delle norme pattizie, giacché l'art. 345 T.F.U.E., non consente alle istituzioni comunitarie (in linea del tutto teorica) di interferire nel regime di proprietà esistente negli Stati membri. Le norme introdotte dalla direttiva riguardano gli aspetti relativi all'informazione sugli elementi costitutivi del contratto, le modalità della trasmissione di tale informazione, le procedure e le modalità di risoluzione e di recesso; che differendo notevolmente da uno stato membro all'altro la natura giuridica dei diritti che formano oggetto dei contratti contemplati dalla direttiva, è opportuno riferirsi a queste diverse legislazioni fornendo una definizione sufficientemente ampia di tali contratti, senza che ciò implichi una armonizzazione a livello comunitario della natura giuridica dei diritti in questione.

⁽⁵⁰⁸⁾ Il riferimento è alla direttiva CE 94/47. Il governo italiano in grave ritardo ha adottato il d.lgs 9 novembre 1998, n. 427 che ha attuato in Italia la direttiva comunitaria. L'art. 12 della direttiva CE 94/47 fissava in trenta mesi dalla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale delle comunità europee il termine entro il quale gli stati membri avrebbero dovuto adottare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per dare attuazione alla direttiva. Lo Stato italiano si è conformato alla normativa comunitaria in materia in ritardo, tanto che la procedura sanzionatoria, ai sensi dell'allora art. 226 T.C.E., prese le forme del ricorso per infrazione. Il legislatore italiano è stato chiamato ad adottare uno strumento attuativo che oltre a colmare una lacuna nell'ordinamento, allineasse la legislazione interna a quelle di altri paesi membri dove già da tempo il fenomeno della multiproprietà era soggetto a regolamentazione. Il D.lgs è stato abrogato dal titolo ivi recante la disciplina sui contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito su beni immobili (capo I) del decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005, il c.d. codice del consumo.

schemi normativi tipici, in quanto quest'ultima obbliga ad un diverso approccio rispetto alle tematiche tradizionali della proprietà ed i diritti reali⁽⁵⁰⁹⁾.

Nello sforzo di fornire una soluzione al problema della qualificazione giuridica della situazione soggettiva che si crea in capo al multiproprietario⁽⁵¹⁰⁾, si è affermato anche che la multiproprietà si

⁽⁵⁰⁹⁾ R. CIPPITANI, *I beni ed i diritti reali*, cit., p. 110 ss.

⁽⁵¹⁰⁾ Secondo l'impostazione più diffusa, la multiproprietà andrebbe inquadrata nello schema della comunione, caratterizzata da un accordo, espresso nel regolamento, relativo all'uso turnario del bene. per i sostenitori di tale tesi la perpetuità e la pienezza del bene si spiegano agevolmente, così come la situazione di con titolarità sul bene che viene a crearsi fra i diversi soggetti. quanto poi alle limitazioni, quali la turnarietà del godimento e l'obbligo di non modificare l'unità abitativa oggetto del diritto, esse vengono giustificate in quanto obblighi contrattualmente assunti in virtù dell'esercizio dell'autonomia contrattuale spettante ai contraenti. tale accostamento deve, tuttavia, fare i conti con le norme dettate in materia di comunione dal codice civile. la prima difficoltà è data dalla caratteristica della indivisibilità della multiproprietà. si tratta di superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 1111 c.c. secondo cui il patto relativo all'indivisibilità della cosa comune non può avere un'efficacia temporalmente illimitata. questo problema è stato, peraltro risolto ricorrendo all'art. 1112 c.c., ai sensi del quale: «lo scioglimento della comunione non può essere chiesto quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate». La seconda ragione di incompatibilità tra le due figure è stata ravvisata nella turnarietà del godimento, senonché anche tale modalità di godimento è apparsa perfettamente lecita, in quanto diretta emanazione dell'esercizio dell'autonomia contrattuale in virtù del quale le parti sono libere di inserire nel contratto qualsiasi limitazione. sempre sul versante critico, si è fatto inoltre notare che a differenza di quanto avviene nella comunione, nella multiproprietà non troverebbe applicazione il *ius ad crescendi* tanto che quando uno dei multiproprietari non occupi l'immobile, nel periodo a lui assegnato, i regolamenti stabiliscono che le chiavi vengano assegnate al gestore, per evitare una possibile occupazione da parte di altri multiproprietari. differenze sostanziali sussisterebbero poi sul piano dei poteri di amministrazione. nella comunione vige infatti il principio dell'amministrazione congiuntiva, in quanto ai sensi dell'art. 1105 c.c.: «tutti i partecipanti hanno diritto di concorrere nell'amministrazione», mentre ai multiproprietari è impedita qualsiasi forma di ingerenza attiva nell'amministrazione, solitamente devoluta dai regolamenti a terzi incaricati. anche il potere di disporre innovazioni varia in quanto, diversamente da quanto stabilisce l'art. 1108 c.c. per la comunione, che ne ammette con l'adozione di determinate maggioranze l'attuazione, il multiproprietario non può in alcun modo modificare la cosa oggetto del proprio

diritto. infine a differenza di quanto avviene nella comunione, nella multiproprietà mancano completamente le quote dei partecipanti. al riguardo si consultino: A. DE CUPIS, *Ancora sulla proprietà turnaria*, in *Giur. it.* 1984, IV, p. 1135; F. SANTORO PASARELLI, *Multiproprietà e comproprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 19 ss.; U. MORELLO, *Diritti di godimento a tempo parziale su immobili: le linee di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 1999, p. 57 ss.; G. ALPA, *La multiproprietà. aspetti giuridici della proprietà turnaria e della proprietà turistico alberghiera*, Bologna, 1983, p. 10 ss.; U. VINCENTI, *Multiproprietà immobiliare. la multiproprietà come tipo di comunione*, Padova, 1992, p. 145 ss.; a riguardo anche G. TERZAGO, *Multiproprietà immobiliare: regolamento e autonomia contrattuale (nota a Trib. bolzano, 14 febbraio 2000)*, in *Riv. giur. dell'ed.*, 2001, I, p. 183 ss, che sottolinea come nella pronuncia il giudice ha sottolineato il dato della preventiva determinazione del diritto di godimento in relazione a periodi fissi dell'anno ed il connotato della perpetuità, qualificanti la multiproprietà, siano incompatibili con l'istituto della comunione («...potendo l'uso turnario essere il modo di utilizzazione diretta della cosa comune, ossia potendo la dimensione temporale corrispondere al frazionamento del godimento della cosa comune e non valere ad escludere la concorrenza di più diritti di proprietà sulla medesima cosa; potendo l'impossibilità di richiedere lo scioglimento derivare dalla oggettiva indivisibilità della cosa comune, non essendo i singoli suscettibili di essere divisi in porzioni capace di assolvere la funzione dell'intero; non rientrando la fruizione di servizi complementari nel contenuto del diritto di godimento ma costituendo oggetto di distinti rapporti contrattuali»). L'autore conclude che la sentenza è il risultato di quando si cerca di far rientrare, nell'ambito di un istituto codificato una nuova fattispecie, che invece deve essere disciplinato a se stante perché troppe sono le differenze tra i due istituti e non sempre l'inserzione automatica o interpretativa di clausole disciplinanti l'uno, valgono per l'altro. Si vedano, poi, A. LEZZA, S. G. SELVAROLO, *Un modello di proprietà: la "multiproprietà"*, in *Riv. giur. ed.*, 1977, II, p. 17ss.; A. C. PELOSI, *La multiproprietà tra comunione e proprietà temporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 463 ss.; G. CASELLI, *La multiproprietà. commento al D.lgs. del 9 novembre 1998, n. 427*, Milano, 1999, p. 1 ss. Questi autori, facendo leva sull'elemento tempo quale chiave di lettura del fenomeno della multiproprietà, hanno tentato di ricondurre la figura entro i confini della proprietà temporanea o proprietà intermittente secondo una definizione proprio di Pelosi. Sul versante opposto: C. GRANELLI, *La «multiproprietà» o le «multiproprietà»*, in *Quadrimestre*, 1985, p. 475; si sostiene, in contrapposizione alle tesi che tendono ad affermare il carattere reale della multiproprietà, che i diritti attribuiti al multiproprietario sono dei diritti di credito. Il titolare del diritto, infatti, per esercitarlo ha sempre bisogno della cooperazione di chi gestisce i servizi necessari per il funzionamento del complesso immobiliare e che nessuno dei diritti volti ad assicurare il godimento turnario ha i caratteri dell'immediatezza tipica dei diritti reali.

presenti come un vero e nuovo diritto reale, scaturito dalla prassi⁽⁵¹¹⁾.

In questi termini la multiproprietà scardinerebbe il «blindato» catalogo interno dei diritti reali.

Il principio richiamato impedirebbe, infatti, la costituzione di nuovi diritti di tipo reale, lasciando invece impregiudicata la configurabilità di diritti il cui contenuto sia sostanzialmente assimilabile a quello di diritti reali tipici.

Quello che è certo, comunque, è il fatto che l'articolo 295 T.C.E., oggi 345 T.F.U.E., non sottrae le discipline nazionali in materia di proprietà ai principi fondamentali del diritto comunitario⁽⁵¹²⁾.

Le norme nazionali sulla proprietà e sui diritti reali devono, pertanto, essere interpretate in maniera compatibile con il diritto «comunitario/unitario».

⁽⁵¹¹⁾ Il riferimento è M. CONFORTINI, *La multiproprietà*, I, Padova, 1983, p. 48 ss.; nonché A. M. DRUDI, *Multiproprietà*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1, p. 238 ss., per il quale la multiproprietà viene a configurarsi come una forma di proprietà in cui l'oggetto del diritto viene individuato in funzione di criteri non soltanto spaziali ma anche temporali. Un bene, se individuato solo spazialmente, può formare oggetto di un unico diritto di proprietà, mentre una volta inquadrato non solo spazialmente ma anche temporalmente darebbe luogo a tanti beni quanti sono i singoli periodi temporali considerati. La multiproprietà, così, non integrerebbe una situazione di contitolarità del medesimo diritto, ma una pluralità di autonomi diritti di proprietà distinti in relazione all'oggetto che, visto nella sua dimensione temporale è sempre diverso. Il multiproprietario che disponesse del diritto fuori dai limiti temporali correlati al suo oggetto finirebbe per disporre di un diritto altrui. In questa ottica la turnarietà del godimento non si configura più come una limitazione contrattualmente assunta, bensì quale tratto fondamentale intorno al quale costruire la distinzione tra la multiproprietà e la forma tipica di proprietà contemplata dal codice civile. Si veda poi P. CAPPARELLI, P. SILVESTRO, *La multiproprietà immobiliare*, in N. IRTI (a cura di), *Diz. del dir. priv. diritto civile*, Milano, 1980, p. 573, i quali cercano di fornire della proprietà una spiegazione al di fuori di ogni riferimento ad istituti già disciplinati dal nostro codice. Nel caso della multiproprietà le parti darebbero vita, attraverso un contratto atipico, ad un diritto reale atipico.

⁽⁵¹²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 1 giugno 1999, *Konle*, C-302/97, in *Racc.*, 1999, p. I-3099; Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, *Salzmann*, C-300/01, in *Racc.*, 2003, p. I-4899.

Da quanto affermato potrebbe non sorprendere che con il tempo si verifichi un possibile intervento diretto dell'Unione nei settori richiamati.

10. — *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione europea nei rapporti interindividuali.*

La violazione di precetti U.E. ad opera dei privati fa sorgere anche in capo a questi ultimi una responsabilità di natura extracontrattuale, ricorrendone i presupposti.

È costante la giurisprudenza della Corte in questo senso, ammettendo la possibilità di una richiesta di risarcimento danni ad opera di colui che si reputa leso dal comportamento altrui, contrario a precetti di provenienza europea.

È compito dei giudici nazionali applicare nell'ambito delle proprie competenze le norme del diritto U.E. e garantirne la piena efficacia, tutelando così i diritti attribuiti ai singoli, anche attraverso lo strumento della tutela aquiliana.

Una qualche attenzione merita in tema di responsabilità extracontrattuale nei rapporti orizzontali il regolamento n. 178/2002.

Gli operatori della filiera alimentare, infatti, possono essere chiamati a rispondere dei danni cagionati dai loro prodotti non solo perché quest'ultimi possono essere difettosi, ma per violazione del principio di precauzione, come accade per le Istituzioni comunitarie.

Il ricorso al principio di precauzione⁽⁵¹³⁾ consta nella possibilità per il legislatore europeo di adottare misure provvisorie di gestione del rischio, comprese temporanee e proporzionate restrizioni al com-

⁽⁵¹³⁾ Sul significato di principio di precauzione nel diritto comunitario, nonché nello specifico nel Reg. 178/2002, sia concesso il rinvio a V. COLCELLI, *I nuovi principi della sicurezza alimentare tracciati dal Regolamento 178/2002*, cit., p. 82 ss.

mercio, quando venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute.

Anche gli operatori della filiera alimentare oggi sono chiamati a misurare i loro comportamenti sul mercato in ragione di questo principio.

Il principio di precauzione, così, non è più opponibile solo alle Istituzioni comunitarie.

Il regolamento citato, infatti, fissa i principi generali da applicare in materia di alimenti e mangimi⁽⁵¹⁴⁾ nella Comunità e nel territorio degli Stati che la compongono. Le previsioni in esso contenute, ispirate ad un approccio integrato e complessivo della materia alimentare, perseguono la finalità di salvaguardare contemporaneamente la salute umana e gli interessi dei consumatori, nonché l'efficiente funzionamento del mercato.

Esso stabilisce, pertanto, i principi comuni della legislazione alimentare e costituisce parte rilevante di un graduale percorso, da tempo intrapreso dalle Istituzioni, nella direzione sia di una comprensione maggiormente approfondita della composizione degli alimenti, sia della più intensa protezione della salute del consumatore, nel «tentativo di stabilire regole relative alla precauzione da adottare nella produzione e commercializzazione dei prodotti alimentari»⁽⁵¹⁵⁾.

⁽⁵¹⁴⁾ Si veda F. CAPELLI, V. SILANO, B. KLAUS, *Nuova disciplina del settore alimentare e Autorità Europea per la sicurezza alimentare*, Milano, 2006, p. 93 ss., i quali, in una analisi sistematica ed organica della normativa del settore alimentare applicabile nell'Unione Europea, precisano la nozione giuridica di «prodotto alimentare» e quella di «mangime», così come oggi armonizzata a livello europeo.

⁽⁵¹⁵⁾ Testualmente L. COSTATO, *Principi del diritto alimentare*, in *Dir e giur. agraria e dell'ambiente*, 6, 2002, p. 345. Il regolamento garantisce altresì «(...) i mezzi per assicurare un solido fondamento scientifico, procedure e meccanismi organizzativi efficienti a sostegno dell'attività decisionale nel campo della sicurezza degli alimenti e dei mangimi. (...) (...) Istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare. (...) Disciplina tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione degli alimenti e dei mangimi (...)». (Così l'art. 1 Reg. n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicato in G.U.C.E L 31 del 1 febbraio 2002).

Il regolamento contiene regole di responsabilità ai sensi del suo art. 21.

La visione integrata che soggiace al disegno del regolamento in esame fa dei suoi principi una base comune per l'applicazione dell'intera normativa vigente in materia di sicurezza degli alimenti⁽⁵¹⁶⁾.

Per tale ragione l'atto di diritto derivato in esame è canone interpretativo anche della disciplina per i danni da prodotti alimentari difettosi.

La normativa sulla responsabilità da prodotto difettoso⁽⁵¹⁷⁾ è nel tempo risalente rispetto al regolamento in esame⁽⁵¹⁸⁾, ma una lettura dell'art. 21 coerente con l'intero impianto del regolamento non può che legittimare un necessario rapporto tra i due complessi normativi⁽⁵¹⁹⁾.

Se, infatti, gli artt. 14 e 15 del regolamento n. 178/2002 individua-

⁽⁵¹⁶⁾ Si veda ancora il *considerando* n. 5, così come gli artt. 1 e 4 del Reg. n. 178/2002.

⁽⁵¹⁷⁾ Il riferimento è alla dir. n. 2001/95/CE del Parlamento e del Consiglio, che ha sostituito la dir. n. 92/59, rinviandone però l'abrogazione al primo gennaio 2004.

⁽⁵¹⁸⁾ Per una panoramica sulla normativa e sulla giurisprudenza della responsabilità da prodotto difettoso si veda L. MEZZASOMA, *Il danno da prodotti difettosi tra passato, presente e futuro*, T. SEDIARI (a cura di) in *Cultura dell'integrazione Europea*, Torino, 2005, p. 351 ss.

⁽⁵¹⁹⁾ Si legga sul punto F. ALBISINNI, *Commento all'art. 21*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione Europea (commento al Reg. 178/02)* a cura dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato – IDAIC – in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, 1-2, p. 284, il quale valuta appunto detto articolo come pura norma di raccordo fra la nuova disciplina sulla sicurezza alimentare e la disciplina in tema di responsabilità del danno da prodotto difettoso, sottolineando che difficoltà interpretative di coordinamento tra le due discipline sono dettate solo dalla non felice scelta fatta per la traduzione italiana che è la seguente: «le disposizioni del presente capo si applicano salvo il disposto della dir. 85/374/CE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi», dizione non chiara, dettata solo per «evitare interpretazioni, che in ipotesi propongano un'abrogazione implicita di norme della dir. 85/374 ad opera del Reg. n. 178/2002, mentre ben resta possibile una congiunta applicazione dei due complessi di regolazione».

no le caratteristiche che devono essere presenti perché un prodotto possa dirsi sicuro e definiscono i requisiti di sicurezza di alimenti e mangimi, è logico attendersi che la difettosità di un prodotto dovrà essere determinata anche sulla scorta degli obblighi desumibili dal regolamento in commento.

La disciplina del regime di responsabilità che nasce dai prodotti difettosi è comunque contenuta in norme nazionali che hanno applicato sul piano interno le previsioni comunitarie contenute nella direttiva richiamata. Per tale ragione tale forma di responsabilità, nonostante l'importanza, non troverà qui trattazione.

L'aspetto maggiormente significativo del regolamento in esame – in tema di responsabilità extracontrattuale che sorge per violazione del diritto comunitario – è invece legato al principio di precauzione.

Si rintracciano nel regolamento 178/2002 cit. norme di relazione sul presupposto che la sicurezza alimentare non possa terminare né con la produzione del prodotto – sano e sicuro, licenziato con tecniche produttive corrette ed in ambienti salubri – né con la sua distribuzione (trasferimento, conservazione e commercializzazione in luoghi salubri).

L'impresa, per tale ragione, è chiamata a continuare ad esercitare vigilanza ed interesse anche se «l'alimento non si trova più sotto il controllo immediato dell'operatore del settore alimentare»⁽⁵²⁰⁾.

La tracciabilità del prodotto, infatti, con il regolamento 178 cit. è divenuta un obbligo – decorrente dal primo gennaio 2005⁽⁵²¹⁾ – generale e orizzontale⁽⁵²²⁾ per tutti gli operatori del settore alimentare e dei mangimi.

⁽⁵²⁰⁾ Cfr. art. 19 Reg. n. 178/2002. L'art. 20 del medesimo regolamento prevede, poi, gli stessi obblighi per l'operatore del settore mangimi.

⁽⁵²¹⁾ Così l'art. 65 del Reg. n. 178/02.

⁽⁵²²⁾ Così C. PERI, P. DI MARTINO, *La rintracciabilità di filiera: aspetti tecnici e giuridici*, in *Alimenta*, XII (1), 2004, p. 7 e ss.

Dal regolamento n. 178/2002 la rintracciabilità è stata sviluppata come vero e proprio sistema e risponde all'esigenza di dover sempre conoscere i passi compiuti da un qualsiasi prodotto per stabilirne, a ritroso, l'identità, la storia e l'origine.

Si potrà così «procedere a ritiri mirati e precisi o fornire informazioni ai consumatori o ai funzionari responsabili dei controlli, evitando così disagi più estesi e ingiustificati quando la sicurezza degli alimenti sia in pericolo»⁽⁵²³⁾.

I responsabili del rispetto della normativa alimentare all'interno di un'impresa, sia essa alimentare che mangimistica⁽⁵²⁴⁾, persone fisiche o giuridiche che siano⁽⁵²⁵⁾, sono chiamati quindi a predisporre procedure e strumenti affinché siano sempre individuabili le aziende che forniscono loro i beni destinati alla produzione alimentare, o le imprese alle quali essi hanno ceduto i propri prodotti.

Suddetti dati, debitamente raccolti e conservati (rintracciabilità «visibile»)⁽⁵²⁶⁾, devono essere messi a disposizione delle competenti autorità quando queste ultime richiedano informazioni a riguardo (rintracciabilità «dimostrabile»)⁽⁵²⁷⁾, o quando sia necessario procedere a ritiri precisi e mirati.

Questo nuovo obbligo identificato dal Reg. n. 178/02 nel suo con-

⁽⁵²³⁾ Si veda *Considerando* n. 28.

⁽⁵²⁴⁾ È la prima volta che viene previsto un sistema di tracciabilità anche per i mangimi. E non poteva essere diversamente stante il fatto che il regolamento in esame detta norme congiunte per la sicurezza sia degli alimenti che dei mangimi.

⁽⁵²⁵⁾ Si veda l'art. 3 punto 3) del Reg. n. 178/02 che definisce l'«operatore del settore alimentare» come la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa alimentare posta sotto il suo controllo.

⁽⁵²⁶⁾ Usa detta definizione, riferendosi al nuovo obbligo per gli operatori del settore finalizzato alla facile individuazione della storia del prodotto in nota n. 17, F. AVERSANO, *Appunti per una lettura sistematica del Reg. 178/2002*, in *Dir. dell'agric.*, 2, 2003, p. 231.

⁽⁵²⁷⁾ Si veda ancora F. AVERSANO, *op. ult. cit.*, p. 231.

tenuto minimo ⁽⁵²⁸⁾ grava sugli operatori del settore alimentare, sul presupposto che quest'ultimi siano «in grado, meglio di chiunque altro, di elaborare sistemi sicuri per l'approvvigionamento alimentare e per garantire la sicurezza dei prodotti forniti» ⁽⁵²⁹⁾.

L'obbligo indicato chiama le imprese alimentari, del settore dei mangimi, nonché quelle importatrici ad «individuare almeno l'azienda che ha fornito loro l'alimento, il mangime, l'animale o la sostanza che può entrare a far parte di un dato alimento o di un dato mangime, per fare in modo che la rintracciabilità possa essere garantita in ciascuna fase in caso di indagine» ⁽⁵³⁰⁾, compresa quella della produzione primaria ⁽⁵³¹⁾.

La rintracciabilità ⁽⁵³²⁾ rappresenta una delle modalità con cui il legislatore allora comunitario persegue le finalità di garantire un ele-

⁽⁵²⁸⁾ Cfr. E. SIRSI, *Commento art. 18*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea (commento al Reg. 178/02)* a cura dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e comparato – IDAIC – in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1-2, 2003, p. 271, il quale sottolinea che quanto richiesto dal regolamento in esame può consentire solo l'individuazione del soggetto responsabile (filiera delle responsabilità): «quando gli obiettivi della tracciabilità fanno riferimento ad una garanzia di qualità rinvenibile nel tipo di materie prime utilizzate (caratteristiche organolettiche, provenienza geografica, etc), nel metodo di produzione utilizzato (non utilizzo di OGM, di pesticidi, adozione di norme etiche), nei procedimenti di controllo messi in atto all'interno della fase, cambiano i dati che devono essere documentati».

⁽⁵²⁹⁾ Si veda il *considerando* n. 30.

⁽⁵³⁰⁾ Così il *considerando* n. 29.

⁽⁵³¹⁾ Cfr. l'art. 3, punto 16, del Reg. n. 178/2002 dove per «fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione attraverso cui ricostruire la tracciabilità di un prodotto si intende “qualsiasi fase, importazione compresa, a partire dalla produzione primaria di un alimento inclusa fino al magazzinaggio, al trasporto, alla vendita o erogazione al consumatore finale inclusi (...)” e per “produzione primaria” ai sensi del punto 17 del medesimo articolo si fa riferimento “a tutte le fasi della produzione, dell'allevamento o della coltivazione dei prodotti primari, compresi il raccolto, la mungitura e la produzione zootecnica precedente la macellazione e comprese la caccia e la pesca e la raccolta di prodotti selvatici”».

⁽⁵³²⁾ Cfr. art. 18 Reg. 178/2002.

vato livello di tutela della salute umana, l'interesse del consumatore, nonché l'efficace funzionamento del mercato.

Sussistendo allora una situazione di incertezza scientifica la rintracciabilità di un prodotto può essere considerata strumento di precauzione in quanto permette di procedere a ritiri mirati e precisi o di fornire informazioni ai consumatori o ai funzionari responsabili dei controlli.

Il principio di precauzione, infatti, regola le situazioni in cui, in mancanza di evidenze scientifiche, capaci di eliminare totalmente ipotesi di rischio potenziale, l'impresa è chiamata a compiere scelte prudenziali in attesa di ulteriori informazioni scientifiche.

Del sistema delle rintracciabilità non può infatti negarsi la strumentalità e l'utilità anche ai fini di eventuali misure adottate in via precauzionale, fornendo da un lato il repentino reperimento di un eventuale bene a rischio nel mercato, e dall'altro, attraverso la conoscenza della storia dei suoi componenti, la sua corretta individuazione rispetto ad un prodotto non a rischio⁽⁵³³⁾.

⁽⁵³³⁾ Cfr. P. BORGHI, *Tracciabilità e precauzione: nuove (e vecchie) regole per i prodotti mediterranei del mercato globale*, in A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, A. MAS-SARI (a cura di) *L'agricoltura dell'area mediterranea: qualità e tradizione tra mercato e nuove regole dei prodotti alimentari. Profili giuridici ed economici*, Atti del convegno, Pisa 14-15 novembre 2003, Milano, 2004, p. 105. L'autore tende a sottolineare il valore della rintracciabilità indicata dal regolamento n. 178/2002 come obbligo generale, sottolineando come questa sia particolarmente utile anche a scopo precauzionale, ma che non abbia solo ed esclusivamente questa dimensione. Sottolinea sempre l'autore che connotazione più strettamente precauzionale riguarda il sistema di tracciabilità previsto per i prodotti OGM dai Reg. CE n. 1829/2003 e 1830/2003. Infatti, secondo l'autore, nella concezione generale di tracciabilità di cui al n. 178/2002, si vuole rendere ricostruibile *ex post* il percorso di un alimento generalmente considerato sicuro nell'eventualità patologica ed eccezionale che esso risulti non esserlo, al contrario per i prodotti OGM il legislatore si è trovato di fronte ad un prodotto «sospetto» a priori e si è preoccupato di monitorare di continuo la presenza di esso e la sua diffusione sul mercato. Di qui la maggiore connessione del sistema di rintracciabilità del prodotto OGM con il principio di precauzione rispetto quello disegnato dal Reg. n. 178/2002.

Dalla disciplina europea richiamata sembra allora delinearci una responsabilità per difetto di precauzione in capo agli operatori alimentari.

In ragione dell'obbligo del ricorso al principio di precauzione anche da parte degli operatori della filiera alimentare, si può ritenere responsabile dei danni causati dai propri prodotti anche colui che, in una situazione d'incertezza o di dubbio, non abbia adottato le misure di sicurezza necessarie, cagionando un danno a terzi ⁽⁵³⁴⁾.

La Corte di Giustizia concepisce la responsabilità extracontrattuale dei privati per violazione di norme U.E. come uno degli strumenti d'attuazione del diritto dell'Unione ⁽⁵³⁵⁾, al pari di quanto accade per la responsabilità aquiliana degli Stati.

L'evidenziata simmetria può portare con sé un'altra affermazione: i criteri che sovrintendo la responsabilità degli Stati possono essere estesi all'azione risarcitoria promossa dal singolo nei confronti di altro soggetto del mercato.

La violazione del principio di precauzione ad opera dei privati nella filiera alimentare, seppur ancora oggi non esiste una casistica a riguardo, può essere una significativa spia della possibilità di ricostruire in termini unitari la fattispecie risarcitoria nell'ordinamento dell'Unione Europea.

In questa direzione sembra dirigersi l'avvocato generale *Van Ger-*

⁽⁵³⁴⁾ Così M. BENOZZO, F. BRUNO, *La disciplina delle biotecnologie tra diritto europeo diritto statunitense*, in G. ALPA, G. CAPILLI (raccolte da), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 251.

⁽⁵³⁵⁾ Si veda in questo senso P. PISANI, *Concorso di obbligazioni indennitarie e gestorie nella disciplina del rapporto tra autorità di vigilanza bancaria e risparmiatore depositante*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2006, p. 876; nonché V. W. VAN GERVEN, *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, in *Maastricht jour. eur. and comp. law*, 1993, p. 9.

ven. Nelle conclusioni alla sentenza *Banks* ⁽⁵³⁶⁾ egli ritiene si possa desumere proprio dall'insieme della giurisprudenza della Corte, e soprattutto da quella relativa alla responsabilità della Comunità, una significativa serie di indicazioni sugli elementi di matrice «comunitaria/unitaria» del regime della responsabilità dei singoli ⁽⁵³⁷⁾.

Il diritto al risarcimento del danno nei confronti delle Istituzioni U.E., degli Stati e quindi anche dei singoli, si ravvisa nel momento in cui le une o gli altri contravvengo al rispetto di una norma preordinata a conferire diritti agli individui.

In materia di responsabilità extracontrattuale delle Istituzioni, con l'espressione superiore, tradizionalmente si indica la collocazione della norma sul gradino più alto della gerarchia delle fonti. Ciò equivarrebbe a fare riferimento alla violazione di norme primarie e dunque esclusivamente ai principi generali.

Attualmente, però, la giurisprudenza della Corte tende in realtà a superare questo dato. Se è pur vero, infatti, che tradizionalmente la Corte di Giustizia abbia equiparato il significato di norme superiori a quelle desumibili dai principi generali ⁽⁵³⁸⁾, l'attuale tendenza degli stessi Giudici del Lussemburgo non è più così circoscritta.

La Corte, oggi, sembra infatti richiamarsi ai criteri con cui si configura l'illecito degli Stati membri, anche quando giudica in materia di responsabilità delle Istituzioni ⁽⁵³⁹⁾. Si delinea, così, la possibilità

⁽⁵³⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 13 aprile 1994, C-128/92, *Banks/BBC*, in *Racc.*, 1994, p. I-1212, punti 36-54.

⁽⁵³⁷⁾ V. W. VAN GERVEN, *op.ult. cit.*, p. 1.

⁽⁵³⁸⁾ Già per una lettura ampia del significato di norma superiore G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 335, quali ricordano come tale regola debba essere: «*en une disposition du traité, en un règlement de rang supérieur ou en un principe général du droit, comme par exemple l'interdiction de discrimination, l'égalité devant les charges publiques, le respect de la sécurité juridique, ou le principe de proportionnalité*».

⁽⁵³⁹⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 4 luglio 2000, *Bergaderm e Goupil/Com-*

che si configuri anche per queste ultime la responsabilità qualora il precetto violato non costituisca una norma superiore di diritto nel senso sopra indicato⁽⁵⁴⁰⁾.

In tema di responsabilità delle Istituzioni l'individuazione dell'atto normativo vocato al riconoscimento di diritti ai singoli passa attraverso il riferimento all'art. 263 T.F.U.E. (già art. 230 T.C.E.), purché si tratti di norma sovraordinata al provvedimento che si reputa lesivo delle posizioni individuali in essa riconosciute⁽⁵⁴¹⁾.

Il criterio diretto all'individuazione delle norme di rango superiore per le Istituzioni è infatti quello che permette l'identificazione delle norme attraverso le quali si compie il controllo di legittimità degli atti *ex art.* 263 T.F.U.E. Il riferimento fatto è desumibile da alcune pronunce del Tribunale di primo grado del dicembre 2005⁽⁵⁴²⁾. In

missione, C-352/98, in *Racc.*, 2000, p. I-5291.

⁽⁵⁴⁰⁾ Il riferimento è ancora a Corte di Giustizia, sentenza del 4 luglio 2000, *Bergaderm e Goupil/Commissione*, C-352/98, cit., per cui ha comunque poca rilevanza il fatto la norma violata costituisca o no una norma superiore di diritto.

⁽⁵⁴¹⁾ Significativa sul punto è una non lontana sentenza del Tribunale di primo grado, *Agraz SA e altri* del 17 marzo 2005. Nella richiamata pronuncia l'organo giurisdizionale comunitario accoglie la richiesta risarcitoria avanzata dai ricorrenti in materia di politica agricola. La richiesta era fondata sulla violazione, ad opera della Commissione, del regolamento n. 1519/2000. Questo stabiliva, per la campagna di commercializzazione 2000/01, il prezzo minimo e l'importo dell'aiuto per i prodotti trasformati a base di pomodoro (si veda appunto Tribunale di primo grado, sentenza del 17 marzo 2005, T-285/03, *Agraz, SA e altri/ Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-1063). I giudici del primo grado hanno riconosciuto un regolamento, atto di diritto derivato e non un precetto discendente dai principi generali dell'ordinamento giuridico, come norma preordinata a conferire diritti ai singoli. La sua violazione, quando è sufficientemente grave e manifesta, è capace di far sorgere la responsabilità in capo alla Comunità in ragione delle sue conseguenze pregiudizievoli sugli individui (specificamente punti 61 e 62 della richiamata pronuncia del Tribunale di primo grado, sentenza del 17 marzo 2005, T-285/03, *Agraz, SA e altri/ Commissione*, cit.).

⁽⁵⁴²⁾ Tribunale di primo grado, sentenze del 14 dicembre 2005, T-69/00, *FIAMM e FIAMM Technologies/Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-5393; ID., sentenza del 14 dicembre 2005, T-151/00, *Laboratoire du Bain/Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-00023; ID., sentenza del 14 dicembre 2005, T-301/00 *Groupe Fre-*

queste sentenze (sei per la precisione) il Tribunale era chiamato a misurarsi intorno al valore degli accordi dell'O.M.C. L'organo giurisdizionale precisa che quest'ultimi non sono intesi a conferire diritti ai singoli, per cui dalla loro violazione non può sorgere una responsabilità extracontrattuale delle Istituzioni. Il Tribunale afferma che questi ultimi, infatti, non figurano tra le normative alla luce delle quali il giudice europeo controlla la legittimità degli atti delle Istituzioni comunitarie. Ciò salvo che la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'O.M.C., ovvero nel caso in cui l'atto «comunitario/unitario» rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi dell'O.M.C.⁽⁵⁴³⁾. Tali pronunce precisano, quindi, il significato da attribuire a norma superiore. Questa va cercata tra le norme che, ai sensi dell'art. 230 T.C.E. (263 T.F.U.E.), la Corte utilizza ai fini del controllo della legittimità degli atti. Per cui, le norme di rango superiore precostituite a conferire diritti consistono nella normativa alla luce della quale il giudice dell'Unione controlla anche la legittimità degli atti delle Istituzioni europee per violazione di legge.

Le norme preordinate a conferire diritti dalla cui violazione nasce

maux e Palais Royal/Consiglio e Commissione, in *Racc.*, 2005, p. II-00025; ID., sentenza del 14 dicembre 2005, T-320/00, *CD Cartondruck/Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-0027; ID., sentenza del 14 dicembre 2005, T-383/00, *Beamglow/Parlamento e a.*, in *Racc.*, 2005, p. II-05459, e ID., sentenza del 14 dicembre 2005, T-135/01, *Fedon & Figli e a./Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-0029. Sulla stessa questione, cfr., altresì, ib., sentenza del 3 febbraio 2005, T-19/01, *Chiquita Brands e a./Commissione*, in *Racc.*, 2005, p. II-00315. Tali pronunce precisano, quindi, il significato da attribuire a norma superiore. Questa va cercata tra le norme che, ai sensi dell'allora art. 230 T.C.E. (oggi 263 T.F.U.E.), la Corte utilizza ai fini del controllo della legittimità degli atti.

⁽⁵⁴³⁾ Il Tribunale di primo grado, sentenza del *FIAMM e FIAMM Technologies/Consiglio e Commissione*, cit., afferma: «solo nel caso in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi OMC, spetterebbe alla Corte controllare la legalità del comportamento delle istituzioni».

la responsabilità dello Stato sono le fonti di diritto U.E. dotate di diretta applicabilità (sentenza *Brasserie du pêcheur*), nonché quelle caratterizzate dall'effetto diretto, quanto è stato violato l'obbligo del loro recepimento all'interno dell'ordinamento statale o, seppur effettuato, questo è avvenuto non correntemente rispetto ai fini della norma (sentenza *Francovich*).

Nei rapporti interindividuali sono norme preordinate a conferire diritti quelle dotate di diretta applicabilità, con l'esclusione delle direttive, comprese quelle *self-executing*.

La natura dell'atto a cui si imputa la violazione di diritti attribuiti ai singoli non è però significativa o comunque sufficiente ai fini dell'individuazione del criterio di emersione della responsabilità.

È la gravità manifesta della violazione compiuta, in relazione alla discrezionalità di cui godono le Istituzioni e gli Stati di fronte ad un atto, l'elemento determinante per la configurazione della responsabilità aquilana.

Innanzitutto ad un'attività normativa vincolata, dove è ristretta l'area di operatività della discrezionalità di cui gode uno Stato, la sola trasgressione del diritto U.E. è bastevole alla configurazione dell'illecito.

Al contrario, quando l'atto di diritto derivato non contiene obblighi precisi ed incondizionati, non sorge responsabilità per l'autorità nazionale.

Se l'Istituzione gode di un margine di discrezionalità estremamente ridotto la semplice inosservanza della norma U.E. è sufficiente per configurare la sua violazione grave e manifesta.

La Corte ha stabilito, inoltre, che in materie caratterizzate da un considerevole margine di discrezionalità, la responsabilità degli organi U.E. sorge quando essi non hanno provveduto – pur dovendo – all'emanazione di un atto, perché la riferita omissione significa l'aver ecceduto in modo grave e manifesto i limiti del proprio potere.

La responsabilità dell'Unione, inoltre, di può configurare anche in assenza di un comportamento l'illecito.

In questo caso è la particolare enormità del danno subito dal ricorrente il titolo sufficiente all'azione.

La violazione dovrà essere sufficientemente caratterizzata ed esistere, quindi, un rapporto di causalità tra questa ed il danno subito dai soggetti lesi.

Merita attenzione l'aspetto della discrezionalità anche nei rapporti orizzontali.

Il principio di precauzione è per sua stessa natura un principio che implica l'esistenza di un margine di discrezionalità in capo al soggetto al quale è imputabile la sua stessa violazione, anche se è un privato.

L'attenzione che si usa nei confronti degli Stati o delle Istituzioni nel valutare il rapporto tra la discrezionalità loro concessa e la violazione della norma costitutiva di diritti, dovrà in qualche misura estendersi anche alla violazione di precetti che danno luogo alla responsabilità extracontrattuale nei rapporti tra i singoli.

Quando i principi, che sono capaci di attribuire diritti ai terzi, contengono un margine di valutazione in capo a colui (un privato) che è chiamato ad attuarli, sarà necessario che la violazione della norma che esso pone in essere sia grave e manifesta.

Il principio di precauzione, infatti, è uno strumento di interpretazione di incertezza scientifica⁽⁵⁴⁴⁾. Come tale il metodo precauzionale lascia necessariamente all'interprete un margine di valutazione, che deriva dalle conoscenze scientifiche del momento sulle conseguenze di lungo periodo di una situazione di dubbio attuale, rispetto alle quali l'inerzia può provocare danni irreparabili.

⁽⁵⁴⁴⁾ Cfr. A. M. PRINCIGALLI, *Il principio di precauzione: danni «gravi e irreparabili» e mancanza di certezza scientifica*, in *Dir. dell'agricoltura*, 1, 2004, p. 145,

In realtà chiamare i privati, che esercitano il controllo sulla filiera alimentare, al rispetto del principio di precauzione ed il far sorgere dalla sua violazione la loro responsabilità risarcitoria, significa riconoscere ancora una volta ad uno strumento privatistico un ruolo di tutela dell'interesse generale.

Sembra che per il principio di precauzione sia accaduto quello che si è verificato per il contratto posto in essere in violazione dell'art. 81 T.C.E. (oggi 101 T.F.U.E.).

Qui l'ordinamento in esame affida al contratto non solo il ruolo di autoregolamentazione degli interessi privati direttamente coinvolti, ma la funzione di garanzia dell'ordine pubblico economico voluto dall'Unione.

La tutela dello stesso ordine oggettivo, anche se non solo di tipo economico, è il fine ulteriore che viene garantito attraverso il riconoscimento di una responsabilità aquiliana per violazione del principio di precauzione.

Dal percorso richiamato emerge che nell'ordinamento dell'Unione Europea l'illecito sorge non in relazione alla natura del diritto violato, quanto in ragione del riconoscimento di un diritto ad essere risarcito qualora la condotta altrui – Stati, Istituzioni o privati – leda la sfera giuridica di un soggetto ⁽⁵⁴⁵⁾.

⁽⁵⁴⁵⁾ Si è infatti ricostruita quest'ultima in vario modo: come diritto strumentale di attuazione (così S. AMADEO, *Norme comunitarie posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, cit., p. 275, così come L. DANIELE, *Tendenze attuali della giurisprudenza in merito alla nozione di norme direttamente efficaci*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, 1995, p. 226. *Contra* A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 32: «infatti, non pare appropriato, da un punto di vista di teoria generale, ritenere di essere al cospetto di una aspettativa giuridicamente rilevante: l'aspettativa, come ricordato dalla migliore dottrina, non è una situazione giuridica soggettiva, ma un interesse pregiudiziale. È, dunque, un *nonsense* sostenere che questo tipo interesse sia risarcibile, atteso che non ha rilevanza giuridica e, pertanto, non sarebbe idoneo ad integrare la fattispecie della responsabilità. Ci pare, pertanto, che con *Francovich* è stata disposta la risarcibilità di una situazione rilevante, avente il rango di diritto»). Nei confronti dello Stato

Esiste pertanto un diritto U.E., che potrebbe essere definito soggettivo, a veder riparata la propria sfera giuridica lesa⁽⁵⁴⁶⁾.

Diritto che può essere fatto valere per equivalente nei confronti delle Istituzioni, degli Stati membri in tutte le loro articolazioni, e dei singoli⁽⁵⁴⁷⁾.

chiamato ad applicare le situazioni giuridiche previste nella direttiva, come interesse o semplice situazione di vantaggio. A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 232, qualifica la posizione giuridica soggettiva in esame sia assimilabile ad un d'interesse, corrisponde all'opinione di L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli stati membri*, Milano, 2000, p. 249, che questa corrisponda ad una situazione di vantaggio. *Contra* ancora A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 74, che così argomenta sul punto: «né parimenti risulta essere persuasiva l'opinione per cui tale situazione soggettiva avrebbe una consistenza minore rispetto ai diritti attribuiti dalle norme con efficacia diretta. In verità, non riusciamo a scorgere alcuna valida motivazione che tenda a differenziare, sotto il profilo risarcitorio, tra situazioni (alcune come diritti, altre come interessi) che, invece, sono sempre correlate ad un obbligo preciso ed incondizionato, la cui violazione porta, in termini di responsabilità, alle stesse conseguenze giuridiche». L'autore prosegue affermando: «le tesi esaminate sono eccessivamente condizionate dalla dottrina dell'effetto diretto, conformemente alla tradizione pandettista, non accorgendosi che con *Francovich* la Corte di giustizia abbandona detto approccio». L'autore conclude effettuando la scelta che questa è un diritto pieno.

⁽⁵⁴⁶⁾ La tesi è di R. CARANTA, *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. Comunitario*, 1994, p. 981 ss. In questo senso anche R. CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli studi di Perugia, 2007, p. 92. In senso sostanzialmente conforme anche: P. MORI, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente e direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 513 ss. ed in particolare p. 521 s.; E. CORTESE PINTO, *La responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo di dare esecuzione alle direttive comunitarie*, in *Riv. dir. impresa*, 1993, p. 117 ss.

⁽⁵⁴⁷⁾ La responsabilità dei pubblici poteri può emergere, inoltre, nel caso dell'esercizio del potere amministrativo dello stato e o degli enti territoriali, come affermato nella sentenza *Lomas* (Corte di Giustizia, sentenza del 23 maggio 1996, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland)*, in *Racc.* 1996, p. I-2553). Posizione questa sostenuta anche dalla giurisprudenza italiana cfr. Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, in *Giust. civ. Mass.* 2003, p. 5. *Contra* Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, in *Giust. civ.*, 2003, I, c. 1193: «di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi

La Corte di Giustizia concepisce la responsabilità extracontrattuale nei rapporti interindividuali come ulteriore strumento attraverso il quale garantire piena efficacia al diritto comunitario.

Il fatto stesso che oggi si possa rintracciare una tendenza ad una unitaria definizione di responsabilità aquiliana nel diritto dell'Unione Europea rafforza la logica dei giudici di Lussemburgo.

La responsabilità extracontrattuale degli Stati nei confronti dei singoli è uno degli strumenti di tutela predisposto dall'ordinamento comunitario⁽⁵⁴⁸⁾.

La Corte permea tutti i livelli di intervento dell'Unione della volontà di perseguire la *primauté* comunitaria.

Anche i rapporti orizzontali nell'ordinamento dell'Unione europea paiono regolati per garantire il mercato interno – nell'eccezione ampia che questo oggi ha assunto.

Si pensi in questo senso alla disciplina U.E. della concorrenza e alla stessa possibilità che anche i consumatori possano agire nei confronti dell'impresa che la violino mediante azioni risarcitorie.

Questo è forse l'aspetto che maggiormente sottolinea la tendenza evidenziata dalla Corte di fare, anche nei rapporti orizzontali, dell'azione risarcitoria il mezzo per garantire efficacia piena al diritto di provenienza europea.

L'ampliamento del numero dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, compresi quindi anche i consumatori, è una mo-

che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini d'illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato ordinamento».

⁽⁵⁴⁸⁾ Lo Stato che non ha proceduto alla trasposizione all'interno del suo ordinamento di una direttiva, in ogni caso non può mai finire per essere avvantaggiato da tale suo inadempimento a discapito del singolo. Si veda ancora Corte di Giustizia, sentenza del 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*, cit., nonché Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmott*, in *Racc.*, p. I-4269.

dalità attraverso la quale valorizzare l'utilizzo delle azioni risarcitorie come strumenti dotati della capacità di mantenere l'effettività del mercato quale struttura competitiva⁽⁵⁴⁹⁾.

Le norme U.E. direttamente applicabili nei rapporti interindividuali sembrano, infatti, permeate dal fine di consolidare l'ordine giuridico dell'Unione strutturato nel tempo dalla regolamentazione dei rapporti verticali.

La disciplina U.E. dei rapporti intersoggettivi sembra rafforzare la considerazione per cui tutto il diritto dell'Unione europea sia pensato per regolare rapporti intersoggettivi, verticali o orizzontali che siano, ma che non sono comunque rapporti intersoggettivi generici.

I rapporti che l'ordinamento dell'Unione Europea regola sono rapporti finalizzati alla conservazione del sistema legale che nasce dai Trattati e che la Corte, negli interstizi del criterio del fine della norma, ha per primo decodificato e che continua ad interpretare.

La violazione di norme connotate dalla finalità individuata fa dello strumento risarcitorio, anche nelle violazioni poste in essere dai singoli nei confronti di altri soggetti privati, un mezzo per garantire l'effetto utile della norma comunitaria⁽⁵⁵⁰⁾.

⁽⁵⁴⁹⁾ In questo senso anche Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 433, con nota di A. GUARDIERI, *L'illecito antitrust degli assicurati, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle sezioni unite*.

⁽⁵⁵⁰⁾ Si pensi in questo senso ancora alla pronuncia Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, *Courage/Crehan*, cit., la quale ai sui punti 26 e 27 afferma apertamente: «la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto indirizzo rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole della concorrenza comunitarie ed è tale da falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento dell'effettiva concorrenza della Comunità».

11. — *Gli effetti orizzontali delle direttive inattuale.*

Il fondamento logico giuridico dell'impossibilità, per le direttive inattuale, di produrre effetti diretti orizzontali viene rintracciato nel principio della certezza del diritto, nonché nel rispetto delle competenze dell'Unione⁽⁵⁵¹⁾.

È la lettera dell'art. 288 T.F.U.E. (già art. 249 T.C.E.) che fa degli Stati i destinatari unici dell'atto in esame.

Il riconoscimento di diritti o di obblighi in capo ai singoli, attraverso lo strumento della direttiva, finirebbe per attribuire all'Unione Europea una competenza che le è assegnata solo laddove essa sia titolare del potere di emanare regolamenti⁽⁵⁵²⁾.

Questa limitazione sembra anche dovuta alla natura c.d. sanzionatoria⁽⁵⁵³⁾ riconosciuta agli effetti verticali delle direttive non attuate.

In quest'ultimo caso siamo di fronte, come afferma la stessa giurisprudenza U.E., ad una circostanza particolare. Se è pur vero che ai sensi dell'art. 288 T.F.U.E. l'attuazione delle direttive U.E. deve essere garantita mediante adeguati provvedimenti adottati dagli Stati membri, nell'ipotesi nella quale uno di questi abbia omissso di emanare gli atti di attuazione prescritti – o li abbia adottati in modo non conforme ad una direttiva – i singoli cittadini hanno il diritto di far valere in giudizio le previsioni in essa contenute nei confronti dello Stato inadempiente⁽⁵⁵⁴⁾.

⁽⁵⁵¹⁾ Si veda Corte di Giustizia, sentenza del 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*, in *Racc.*, 1986, p. 723.

⁽⁵⁵²⁾ Ancora Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori/Recreb srl*, cit.

⁽⁵⁵³⁾ L'espressione è di R. ADAM, *Lineamenti generali dell'ordinamento comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Diritto Privato dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XXVI, Torino, 2006, p. 61.

⁽⁵⁵⁴⁾ La Corte, in ogni caso, ha tenuto a precisare che tale eventualità sono ipotesi comunque eccezionali, si veda in tal senso Corte di Giustizia, sentenza del 11 agosto

La delimitazione della portata normativa dei provvedimenti in esame è così giustificata dalla salvaguardia del principio della certezza del diritto e dal permanere della distinzione esistente tra regolamenti e direttive.

Il principio di certezza del diritto sarebbe, infatti, frustato dalla stessa possibilità per il singolo di agire in giudizio in ragione di un diritto contenuto in una direttiva inattuata.

Finché una direttiva non è correttamente trasposta i singoli non sono un grado di avere piena conoscenza dei diritti loro riconosciuti⁽⁵⁵⁵⁾.

La giurisprudenza è costante nel sostenere come non sia possibile riconoscere effetti orizzontali ad una direttiva anche se questa è sufficientemente precisa ed incondizionata.

Ossia non si produce nei confronti dei privati il fenomeno della direttiva *self-executing*.

Chiara in questo senso sembra la Corte in più di una sentenza.

Anche se una direttiva è sufficientemente precisa, è esclusa la possibilità che si possa estendere la giurisprudenza sulle direttive inattuate prevista nei confronti degli Stati ai privati⁽⁵⁵⁶⁾.

Questo frusterebbe il sistema delle competenze all'interno dell'Unione, ammettendo la possibilità per quest'ultima di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico dei privati, quando tale potere compete alla stessa soltanto quando essa può emanare regolamenti.

In questi casi grava sul giudice solo un dovere di interpretazione conforme del precetto nazionale con quello «unitario» non attua-

1995, C-433/93, *Commissione/Germania*, in *Racc.*, 1995, p. I-2303, punto 23.

⁽⁵⁵⁵⁾ Il riferimento ancora a Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, C-208/90, *Theresa Emmot/Minister for social welfare*, cit., specificamente il punto 21.

⁽⁵⁵⁶⁾ Così la famosa pronuncia Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori/Recreb srl*, in *Racc.*, 1994, p. I-3325, in particolare punto 26.

to⁽⁵⁵⁷⁾.

Nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, ricorrendone le condizioni, il diritto U.E. impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati in ragione della mancata attuazione⁽⁵⁵⁸⁾.

È doveroso ricordare, comunque, che la riferita impossibilità per le direttive di produrre effetti orizzontali è nata da una giurisprudenza della Corte di Giustizia chiamata a misurarsi su provvedimenti comunitari, di norma, antecedenti la creazione del mercato unico e l'Unione europea.

Provvedimenti, questi, diretti ad orientare i comportamenti degli Stati, foss'anche nei confronti dell'impresa, piuttosto che capaci di incidere nei rapporti interpersonali. Il problema della possibile efficacia diretta orizzontale delle direttive era pertanto marginale.

La nascita del mercato unico, tuttavia, porta con sé la necessità per l'Unione di provvedere non solo nel senso dell'imposizione di obblighi agli Stati nei confronti del mercato, ma di intervenire su questo disciplinando i rapporti di scambio⁽⁵⁵⁹⁾ tra i soggetti che in esso si muovono.

Ed infatti, già a metà degli anni 1990, in molte direttive venivano creati meccanismi che direttamente ed indirettamente hanno implicato la diffusione della tutela giurisdizionale delle relazioni interindividuali.

⁽⁵⁵⁷⁾ In questo senso anche Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2000, *Unilever Italia spa/Central Food spa*, C-443/98, in *Racc.*, 2000, p. I-7535; così anche recentemente Corte di Giustizia, sentenza del 4 luglio 2006, *Adneler e altri/Ellinikos Organismos Galaktos*, C-212/04, in *Racc.*, 2006, p. I-6057.

⁽⁵⁵⁸⁾ Ancora Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, *Faccini Dori/Recreb srl*, cit., punto 27.

⁽⁵⁵⁹⁾ Si legga diffusamente sul problema N. SCANNICCHIO, *Fonti del diritto privato europeo e integrazione del diritto soggettivo. Norme sostanziali, organi istituzionali, tutela giurisdizionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. I, Padova, 2003, p. 125 ss., nonché p. 189 ss.

Il riferimento è alla materia societaria ed a quella connessa ai rapporti agrari, per la parte di tale disciplina che indice nei rapporti interindividuali.

Di seguito si è intervenuti nelle materie quali la responsabilità per i prodotti difettosi, il credito al consumo, le vendite a domicilio, le vendite a distanza, il contratto di viaggio, i depositi bancari dei risparmiatori, il contratto di assicurazione, la circolazione dei valori mobiliari, il diritto d'autore, le condizioni del contratto, la multiproprietà, le normative relative in generale alle persone giuridiche, anche relativamente alle associazioni professionali ed i codici di condotta e le autorità di controllo, nonché la regolamentazione dell'appalto⁽⁵⁶⁰⁾.

Siffatta realtà, derivante oggi dall'espansione dell'attività dell'Unione Europea⁽⁵⁶¹⁾, non può far escludere a priori che le direttive non siano in grado di realizzare qualche effetto di natura orizzontale, proprio in relazione alla qualificazione giuridica delle posizioni dei singoli nei rapporti interindividuali che dipendono dalle direttive non attuate.

Le affermazioni sopra effettuate sembrano confermate da una recente sentenza della Corte di Giustizia che sembra essere uno sviluppo necessario del lavoro che la stessa sta da tempo timidamente portando avanti sulle direttive inattuate e la loro applicabilità nei rapporti tra privati pur facendo rimanere fermo il principio di impossibilità delle stesse di produrre effetti diretti nei rapporti orizzontali.

La causa principale, dalla quale prende avvio il procedimento ri-

⁽⁵⁶⁰⁾ W. VAN GERVEN, *The Case Law of European Court of Justice and National Courts as a Contribution to Europeanisation of Private Law*, in *European private Law*, 1995, p. 368 ss.,

⁽⁵⁶¹⁾ Ad alcuni interventi comunitari effettuati con lo strumento della direttiva non si può negare, infatti, l'effetto di incidere nelle reazioni interindividuali tra gli attori del mercato. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla direttiva sulle condizioni generali del contratto, alla direttiva sulla multiproprietà (direttiva n. 94/47/CE), a quella sul commercio elettronico (direttiva n. 2000/31/CE).

chiamato e concluso con la sentenza C-555/07, *Seda Küçükdeve v. Swedex GmbH & Co. KG*⁽⁵⁶²⁾, vedeva contrapposte, innanzi all'*Arbeitsgericht Mönchengladbach* tedesco, due parti private vale a dire la sig.ra Küçükdeveci e la Swedex quale impresa presso la quale la prima era occupata.

Ed invero, con lettera del 19 dicembre 2006, la *Swedex* licenziò la sig.ra Küçükdeveci. Il licenziamento, considerato il termine di preavviso legale, avrebbe dovuto avere effetto dal 31 gennaio 2007.

Il datore di lavoro calcolò il termine di preavviso – secondo la normativa tedesca – come se la dipendente avesse avuto un'anzianità di lavoro presso la *Swedex* di 3 anni, benché essa fosse alle sue dipendenze da 10 anni. La sig.ra *Küçükdeveci* lavorava presso la *Swedex*, infatti, dal 4 giugno 1996 ossia dall'età di 18 anni.

La lavoratrice, quindi, impugnava il suo licenziamento davanti all'*Arbeitsgericht Mönchengladbach*, sostenendo che il termine di preavviso nei suoi confronti avrebbe dovuto essere di quattro mesi a decorrere dal 31 dicembre 2006 fino al 30 aprile 2007. La ricorrente richiamava la previsione di cui all'art. 622, n. 2, primo comma, punto n. 4, del BGB⁽⁵⁶³⁾, per cui il termine del preavviso avrebbe dovuto

⁽⁵⁶²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeve v. Swedex GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 2010, punti 55-56,

⁽⁵⁶³⁾ L'art. 622 del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*): «1) Il rapporto di lavoro di un operaio o di un impiegato (lavoratore) può essere risolto rispettando un preavviso di quattro settimane, con effetto al quindicesimo o all'ultimo giorno del mese. 2) Per il licenziamento da parte del datore di lavoro, si applicano i seguenti termini di preavviso: se il rapporto di lavoro nell'azienda o nell'impresa è durato 2 anni: 1 mese, con effetto alla fine di un mese di calendario; se è durato 5 anni: 2 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario; se è durato 8 anni: 3 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario; se è durato 10 anni: 4 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario; se è durato 12 anni: 5 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario; se è durato 15 anni: 6 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario; se è durato 20 anni: 7 mesi, con effetto alla fine di un mese di calendario. Nel calcolo della durata dell'impiego non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore».

corrisponderebbe ad un'anzianità di dieci anni, compreso il periodo di lavoro svolto dalla ricorrente presso la *Swedex* prima dei 25 anni d'età.

Il codice tedesco, infatti, fa dipendere il periodo di preavviso del licenziamento dalla durata del rapporto di lavoro e afferma che nel calcolo del tempo dell'impiego non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore.

A parere della ricorrente, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB costituiva una misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione europea proprio nella parte in cui prevede che, per il calcolo della durata del termine di preavviso, non siano presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età. Come tale la ricorrente affermava che la norma di diritto interno andava disapplicata a prescindere che la disposizione europea di riferimento fosse contenuta in una direttiva – la 2000/78 – non ancora attuata.

Il *Landesarbeitsgericht Düsseldorf*, pronunciandosi in appello sui fatti, constatava che alla data in cui è avvenuto il licenziamento il termine per la trasposizione della direttiva 2000/78 era scaduto. Il giudice proseguiva affermando come l'art. 622 del BGB contesse una disparità di trattamento direttamente collegata all'età, della cui in-costituzionalità non era convinto, ma che al contrario riteneva fosse discutibile la sua conformità rispetto al diritto dell'Unione europea.

Il riferimento era appunto la direttiva 2000/78 che ai sensi del suo art. 1, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento, quando per quest'ultimo «si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata

su uno dei motivi di cui all'articolo 1»⁽⁵⁶⁴⁾.

La direttiva prosegue affermando che essa si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene anche all'occupazione e alle condizioni di lavoro, riferendosi pure alle condizioni di licenziamento ed alla retribuzione⁽⁵⁶⁵⁾.

Il giudice tedesco si chiedeva, allora, se l'eventuale esistenza di una discriminazione diretta e connessa all'età dovesse essere valutata sulla base del diritto primario dell'Unione⁽⁵⁶⁶⁾, oppure alla luce della direttiva 2000/78.

Per tale ragione il giudice del *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali.

La prima consisteva nel chiedersi «a) se una normativa nazionale, secondo la quale i termini di preavviso di licenziamento che il datore di lavoro deve rispettare si prolungano progressivamente con l'aumentare della durata dell'impiego, senza tuttavia che siano presi in considerazione i periodi di lavoro svolti dal lavoratore prima di aver raggiunto il venticinquesimo anno di età, sia contraria al divieto di discriminazione in ragione dell'età sancito dal diritto comunitario, e segnatamente dal diritto primario della CE o dalla direttiva (...) 2000/78 (...); b) se una ragione giustificativa del fatto che un datore di lavoro debba rispettare soltanto un termine di preavviso di base per il licenziamento dei lavoratori più giovani possa essere ravvisata nella circostanza che al datore di lavoro viene riconosciuto un interesse economico ad una gestione flessibile del personale – il quale verrebbe pregiudicato da termini di preavviso di licenziamento più lunghi – e che ai giovani lavoratori non

⁽⁵⁶⁴⁾ Art. 2 Dir. 2000/78.

⁽⁵⁶⁵⁾ Art. 3 Dir. 2000/78.

⁽⁵⁶⁶⁾ Il riferimento era alla sentenza della Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, 2005, p. I-9981.

viene accordata la tutela dei diritti quesiti e delle aspettative (garantita ai lavoratori più anziani attraverso termini di preavviso più estesi), ad esempio perché si presume una loro maggiore mobilità e flessibilità professionale e personale in ragione dell'età e/o dei minori obblighi sociali, familiari e privati su di essi incombenti».

La seconda si riferiva all'ipotesi di soluzione affermativa della questione sub 1 a) e negativa della questione sub 1 b), per cui il *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* si domandava «se il giudice di uno Stato membro investito di una causa tra privati debba disapplicare una normativa contraria al diritto comunitario ovvero se debba tenere conto della fiducia riposta dai destinatari delle norme nell'applicazione delle leggi nazionali vigenti, in modo tale per cui l'inapplicabilità sopravvenga soltanto in seguito ad una decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla normativa contestata o su una normativa sostanzialmente analoga».

Il giudice del rinvio si chiedeva altresì se, per poter disapplicare la disposizione interna in una controversia tra privati, esso dovesse sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte affinché quest'ultima confermasse o meno l'incompatibilità della disposizione interna con il diritto dell'Unione europea per garantire la tutela del legittimo affidamento dei destinatari delle norme.

In queste pagine non ci si soffermerà sulla prima questione pregiudiziale, se non ricordando che essa è stata risolta dalla Corte dichiarando che il diritto dell'U.E., in particolare il principio di non discriminazione in base all'età quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, deve essere interpretato nel senso che osta all'esistenza di una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che non prevede, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, che non siano presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età.

Di interesse per queste pagine è invece la seconda questione, perché tocca in maniera interessante e sufficientemente innovativa l'aspetto dell'applicazione delle direttive non attuate nei rapporti che coinvolgono i diritti soggettivi di privati.

Primariamente – afferma la Corte di Giustizia – il giudice nazionale che è chiamato a giudicare una controversia tra soggetti privati nella quale la normativa nazionale sembra essere contraria al diritto dell'U.E., è comunque in dovere di assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia⁽⁵⁶⁷⁾.

La tutela effettiva dei diritti rilevanti a livello dell'U.E. deriva dalla possibilità di avvalersene in azioni dinnanzi ai giudici nazionali⁽⁵⁶⁸⁾. Compete, quindi, «all'ordinamento giuridico di ciascun Stato membro designare il giudice competente a risolvere controversie vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dall'ordinamento giuridico comunitario, fermo restando tuttavia che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti»⁽⁵⁶⁹⁾.

Alla luce del principio di effettività della tutela che permea l'intero diritto dell'U.E. la Corte di giustizia, nella sentenza in esame, – fermo restando che con riferimento a controversie tra privati, la Corte ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti – afferma comunque che grava anche sugli organi giurisdizionali di uno Stato lo stesso obbligo

⁽⁵⁶⁷⁾ Si veda *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli allora artt. 85 e 86 T.C.E.*, pubblicata in G.U.C.E. C 39, 13 febbraio 1993, p. 6.

⁽⁵⁶⁸⁾ Corte di Giustizia, 25 luglio 1991 C-208/90, in *Racc.*, 1991, p. I-4269.

⁽⁵⁶⁹⁾ In questi termini così da molto tempo si attesta la giurisprudenza comunitaria, in particolare Corte di Giustizia, 9 luglio 1985, C-179/84, in *Racc.*, 1985, p. 2317; si veda inoltre *id.*, 11 dicembre 1973 C-120/73, in *Foro it.*, 1974, IV, c. 218.

derivante da una direttiva che grava su tutti gli altri organi statuari. L'obbligo a cui fa riferimento la Corte è quello di raggiungere il risultato previsto dalla direttiva stessa, ovvero il dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo⁽⁵⁷⁰⁾.

Da ciò discenderebbe che, nell'applicare la normativa interna, il giudice nazionale chiamato ad interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tale direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art 288, terzo comma, T.F.U.E.

Le direttive inattuatae, allora, obbligano all'interpretazione conforme chi è chiamato ad applicare la normativa interna eventualmente con esse in contrasto o comunque rilevante nel caso in esame. L'interpretazione conforme discende dalla necessità dettata dall'art. 5 del Trattato U.E. di adottare da parte degli Stati tutti i provvedimenti necessari e particolari atti a garantire l'obbligo di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva. E l'aderenza dello Stato allo scopo della norma si persegue anche mediante l'interpretazione conforme, ad opera dei giudici nazionali, delle norme che sono inerenti i rapporti orizzontali.

Quando il diritto dell'Unione Europea gode della caratteristica dell'effetto utile non opera il principio della disapplicazione, quanto la necessità per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno in

⁽⁵⁷⁰⁾ Di recente in questo senso di veda Corte di Giustizia, nella causa C-499/08 per cui «privare un lavoratore di un'indennità di licenziamento perché può ricevere una pensione di vecchiaia costituisce una discriminazione fondata sull'età», ed inoltre in particolare, in questo senso, sentenze 10 aprile 1984, c. 14/83, *von Colson e Kamann*, in *Racc.* p. 1891, punto 26; ID., Corte di Giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, p. I-4135, punto 8; ID., sentenze 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, in *Racc.*, p. I-7411, punto 40; nonché ID., sentenze 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki e a.*, in *Racc.* p. I-3071, punto 106).

modo conforme al diritto di provenienza europea. Qualora, infatti, la norma dell'Unione non sia direttamente applicabile in ragione del proprio rango gerarchico di fonte U.E., l'organo giurisdizionale – ovvero amministrativo nazionale – non si trova davanti alla necessità di applicare una norma U.E. a preferenza di una norma interna eventualmente contrastante⁽⁵⁷¹⁾.

Piuttosto questi sarà chiamato ad interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva⁽⁵⁷²⁾. E ciò anche quando, per esempio, per questi atti di diritto derivato non sia scaduto il termine di recepimento.

La Corte di Giustizia ha sottolineato, infatti, come le direttive inattuuate, che non possono produrre effetti tra i privati, possono rendere di fatto immuni da responsabilità i singoli che pongono in essere comportamenti che, non consentiti dal diritto interno, sono invece previsti in una direttiva rimasta priva di attuazione⁽⁵⁷³⁾.

⁽⁵⁷¹⁾ Così F. MORFINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e diritto comunitario*, in *T.A.R.*, 4, 2005, p. 222.

⁽⁵⁷²⁾ Afferma P. OLIVER, W.H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Comm. mark. law rev.*, 2004, p. 421, che è pacifico che le norme del T.C.E. possano acquistare rilevanza anche nelle controversie tra privati quando si tratta di interpretare le norme di diritto interno alla luce del diritto comunitario, e che ciò possa essere assimilato ad un effetto orizzontale del diritto dell'Unione no caratterizzato da diretta applicabilità.

⁽⁵⁷³⁾ Si legga Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, C-194/94, in *Racc.*, 1996, p. I, 2201. Per un commento sui possibili effetti orizzontali delle direttive inattuuate nei termini indicati, si veda C. HILSON, T. DOWNES, *Making sense of rights: community rights*, in *Eur. law. rev.*, 1999, p. 121. L'obbligo gravante sul giudice nazionale di interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo di una direttiva benché non ancora attuata, ha significativamente portato a dichiarare l'impossibilità di pronunciare la nullità di una società per azioni per i motivi diversi da quelli enunciati nell'art. 11 della direttiva 68/151, benché non ancora attuata. Il riferimento è a Corte di Giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, C-106/89, in *Racc.*, 1990, p. I-4135, la quale nel suo punto 9 afferma: «la necessità di un'interpretazione del diritto nazionale conforme all'art. 11 della citata direttiva 68/151 non consente di

Nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, ricorrendone le condizioni, il diritto U.E. impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati in ragione della mancata attuazione⁽⁵⁷⁴⁾. L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale sarebbe pertanto inerente al sistema dei Trattati.

Sulla questione specifica dell'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB quest'ultimo non si presterebbe ad un'interpretazione conforme alla direttiva 2000/78.

La necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale – in presenza di una norma nazionale rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo – deve disapplicare detta disposizione senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.

La facoltà così riconosciuta dall'art. 267, secondo comma, T.F.U.E. di chiedere alla Corte un'interpretazione pregiudiziale prima di disapplicare la norma nazionale contraria al diritto dell'Unione non può invece trasformarsi in obbligo quando il diritto nazionale non consente al giudice di disapplicare una norma interna che egli ritenga contraria alla Costituzione, se tale disposizione non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale del paese di riferimento.

interpretare le disposizioni del diritto nazionale in tema di società per azioni in modo tale che la nullità di una società per azioni possa essere pronunciata per motivi diversi da quelli tassativamente elencati dall'art. 11 della direttiva di cui è causa».

⁽⁵⁷⁴⁾ Si veda chiaramente sul punto Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, in *Racc.*, 1994, p. I-3325, punti 26, 27, 28, 29, 30.

Al contrario e diversamente da queste ipotesi, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale ad esso contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata⁽⁵⁷⁵⁾.

Risulta da queste considerazioni che il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, non è tenuto, ma ha la facoltà di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, prima di disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria a tale principio. Il carattere facoltativo di tale rinvio è indipendente dalle modalità che si impone al giudice nazionale, nel diritto interno, il potere di disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria alla Costituzione.

Per tale ragione la Corte risolve la seconda questione pregiudiziale sollevata affermando che è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, di garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, T.F.U.E. di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio.

La direttiva 2000/78, infatti, si limita a dare espressione concreta – senza sancirlo – al principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

D'altro canto la direttiva in esame in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento, ricorda come il principio di non discriminazione in base all'età sia un

⁽⁵⁷⁵⁾ V., in questo senso, Corte di Giustizia, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, C- 144804, in *Racc.*, 2004, p. I-9981, punto 77.

principio generale del diritto dell'Unione⁽⁵⁷⁶⁾.

Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età – quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78 – di assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale⁽⁵⁷⁷⁾.

12. — *La liceità del comportamento statale e ripetizione dell'indebito.*

L'illiceità del comportamento statale, come detto, è delimitata dalla caratterizzazione della violazione del diritto comunitario.

L'illecito statale e delle Istituzioni che apre la via risarcitoria si concretizza nella necessità che la violazione commessa sia sufficientemente caratterizzata. Lo Stato e le Istituzioni debbono, inoltre, aver violato in modo grave e manifesto i limiti posti al loro potere, sussistendo naturalmente il nesso causale tra la violazione commessa ed il danno.

Quando non esiste caratterizzazione, nei termini riferiti, della violazione realizzata dallo Stato o dalle Istituzioni può comunque configurarsi in capo al singolo individuo un diritto alla ripetizione dell'indebito. Nella liceità del comportamento dello Stato la garanzia delle situazioni giuridiche riconosciute agli individui passa attraverso una tutela di natura restitutoria. In questi termini l'azione di ripetizione dell'indebito si configura quale strumento di tutela in capo al cittadino europeo, e — specificatamente nei confronti degli Stati —

⁽⁵⁷⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza 22 novembre 2005, *Mangold*, cit., punti 74-76.

⁽⁵⁷⁷⁾ *ID.*, cit., punto 77.

come ulteriore modalità di garanzia d'effettività del diritto di provenienza europea e della sua supremazia su quello interno.

Si parla, in merito, di *indebito comunitario* per qualificare la tendenza della Corte di Giustizia ad individuare l'esistenza di un vero e proprio diritto dei cittadini alla ripetizione di quanto versato nei confronti dello Stato membro, percettore di somme riscosse sulla base ad una norma interna contrastante con il diritto dell'Unione⁽⁵⁷⁸⁾. Sarebbe, infatti, incompatibile con l'obbligo di corretta attuazione del diritto comunitario il pagamento da parte dei singoli, ad esempio, di una imposta nazionale poi rivelatasi incompatibile con il diritto comunitario⁽⁵⁷⁹⁾; oppure il versamento di somme sulla scorta di un regolamento U.E. svelatesi illegittimo⁽⁵⁸⁰⁾; nonché, in ipotesi inversa, non procedere da parte dello Stato membro alla ripetizione di aiuti di Stato illegittimamente erogati⁽⁵⁸¹⁾.

Il recupero di somme versate a titolo di oneri comunitari, nelle

⁽⁵⁷⁸⁾ Per una ricostruzione dell'intera disciplina si veda, A. NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 181 ss.

⁽⁵⁷⁹⁾ Afferma ad esempio Corte di Giustizia, sentenza del 9 novembre 1983, C-199/82, in *Racc.*, 1983, p. 3595: «il diritto al rimborso di tributi di uno Stato membro in contrasto con le norme di diritto comunitario è la conseguenza ed il completamento dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme comunitarie che vietano le tasse ad effetto equivalente a dazi doganali o, secondo i casi, l'applicazione discriminatoria di imposte interne. È bensì vero che il rimborso può essere richiesto solo alle condizioni, di merito e di forma, stabilite dalle varie legislazioni nazionali in materia, tuttavia, come risulta dalla giurisprudenza costante della Corte, tali condizioni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghe impugnazioni di diritto nazionale e che non devono comunque rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti che i giudici nazionali debbono salvaguardare».

⁽⁵⁸⁰⁾ Si veda *ex multis* Corte di Giustizia, sentenza del 13 marzo 1992, C-282/90, in *Racc.*, 1992, p. 1937.

⁽⁵⁸¹⁾ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 1973, C-70/72, in *Racc.*, 1973, p. 813.

ipotesi di versamenti parzialmente o totalmente indebiti, è un vero e proprio diritto soggettivo in capo ai cittadini, afferma l'Avvocato generale Capotorti nelle sue conclusioni a *Express Dairy Foods* ⁽⁵⁸²⁾. Questo diritto discende, infatti, da un principio generale comune a tutti gli Stati membri.

Quella della tutela restitutoria, nel settore delle obbligazioni così come dei diritti reali o successori, è idea trasversale al diritto privato degli ordinamenti interni. Sebbene, naturalmente, sono diversi i presupposti per cui questa tutela opera ⁽⁵⁸³⁾. La Corte di Giustizia riconosce alla ripetizione dell'indebito quindi la natura di rimedio di diritto comune, essendo lo stesso opponibile tanto nei rapporti verticali che orizzontali ⁽⁵⁸⁴⁾. Ad esempio, dall'azione ablatoria di cui agli artt. 101 e 102 T.F.U.E. può derivare il carattere indebito della prestazione oggetto del contratto. Anche il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), contiene una dettagliata disciplina sulle restituzioni conseguenti alla fine o alla patologia di un rapporto contrattuale nell'ordinamento dell'Unione.

Un tipico istituto di diritto civile, quale quello della restituzione dell'indebito, realizza così una finalità specifica dell'ordinamento comunitario, il cui diritto e la cui supremazia sarebbero frustrate dall'impossibilità di perseguire lo scopo posto nella norma comunitario: le finalità del diritto comunitario sarebbero disattese se non fosse garantita l'effettività della restituzione di una somma percepita in forza di un provvedimento interno adottato in violazione di una norma U.E.

⁽⁵⁸²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 6 dicembre 1980, C-130/79, in *Racc.*, 1980, p. 1887.

⁽⁵⁸³⁾ Per una panoramica sulle diverse discipline dell'indebito in alcuni ordinamenti europei si veda L. DI VIA, *La ripetizione dell'indebito*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Milano, 2003, p. 682 ss.

⁽⁵⁸⁴⁾ Sulla natura di principio generale dell'ordinamento comunitario della ripetizione dell'indebito si veda R. CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritti dell'obbligazioni*, in *Rass. giurd. Umbra*, II, 2004, p. 847 ss.

Questa infatti rimarrebbe nelle mani dello Stato percettore il quale, nell'incofigurabilità di una condotta illecita, riterrebbe un somma di denaro riscossa in violazione di un precetto comunitario. Nel caso di aiuti di Stato illegittimi, invece, l'amministrazione che non procedesse alla riscossione dell'indebita erogazione farebbe rimanere priva di ogni valore proprio la dichiarazione dell'illegittimità degli aiuti, con ciò che significherebbe rispetto ad esempio al valore della concorrenza nella strutturazione del mercato interno.

La tutela restitutoria è così strumento di completamento ed effettività della norma dell'Unione europea. Esiste, quindi, un peculiare interesse dell'ordinamento U.E. a che l'amministrazione dello Stato non lasci inattuata la restituzione di somme indebitamente percepite nei confronti del cittadino, o nel caso inverso non proceda alla loro riscossione. E ciò nella consapevolezza espressa dalla stessa Corte di Giustizia che la pienezza di questa tutela e la sua effettività possono essere mitigate dalla tendenza delle normative interne, soprattutto di natura tributaria, di ridurre od escludere l'obbligo per un'amministrazione pubblica di versare quanto percepito indebitamente.

Di qui la nascita di una numerosa casistica giurisprudenziale europea diretta a realizzare questo tipo di tutela, pur rimanendo compito primario delle giurisdizioni interne quello della realizzazione della *dovuta* ripetizione dell'indebito⁽⁵⁸⁵⁾.

⁽⁵⁸⁵⁾ È possibile pertanto che l'ordinamento comunitario ammetta la ripetizione dell'indebito per compensazione come in Corte di Giustizia, sentenza del 26 giugno 1979, C-177/78, in *Racc.*, 1979, p. 216; ovvero per ripetizione parziale come in Corte di Giustizia, sentenza del 22 marzo 1977, C-74/76, in *Racc.*, 1976, p. 557; o per traslazione dell'imposta qualora i contribuenti abbiano incorporato l'onere della tassa nei prezzi di vendita delle merci, come in Corte di Giustizia, sentenza del 14 gennaio 1997, C-192/95 e C-218/95, in *Racc.*, I, 1995, p. 165.

13. — *Verifica dell'estendibilità dei risultati raggiunti in tema di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive U.E. nei rapporti verticali a quelli orizzontali.*

Nei rapporti interindividuali, ovvero tra soggetti giuridici privati, le situazioni soggettive di provenienza europea sono contenute o in norme direttamente applicabili o in norme caratterizzate dell'effetto diretto, così come accade nelle relazioni con gli Stati.

Quando le posizioni individuali sono contenute in un atto di diritto derivato direttamente applicabile esse sono garantite attraverso il sistema di giustizia interno allo Stato membro.

Il criterio ispiratore di detta logica riposa nel fatto che l'ordinamento dell'Unione Europea intende garantire alle proprie posizioni giuridiche non una tutela specifica o peculiare, ma assicurare comunque una forma di tutela giurisdizionale purché questa sia effettiva, ossia sia in grado di garantire l'efficacia del diritto comunitario.

Ciò significa che ogni Stato può assicurare alla situazione di provenienza europea delle tutele i cui *standards* di garanzia possono anche essere più alti – se così si può dire – rispetto a quelli ipotizzabili attraverso il sistema comunitario. In questo senso l'unico limite che l'ordinamento interno incontra è semmai quello di non poter scendere sotto certi livelli.

Il sistema processuale interno è, quindi, strumento di garanzia da un lato della supremazia del diritto U.E. e dall'altro della sua effettività.

Alla Corte non interessa, nella disomogeneità delle tutela apprestate dai diversi ordinamenti, se alcune di esse offrano ad una posizione individuale rilevante per l'ordinamento in esame una garanzia estremamente alta o comunque migliore di ogni altro Stato interno.

Alla Corte interessa che non si discenda sotto lo *standard* minimo di tutela necessario ad assicurare che la situazione giuridica sia ga-

rantita con effettività.

Quando ciò si verifica interviene l'*apparato* di strumenti di garanzia predisposto dall'ordinamento U.E., e ciò sia nei rapporti verticali, sia in quelli orizzontali.

Anche le situazioni giuridiche assicurate ai singoli nei confronti dei loro pari, sono assistite dalla possibilità per il titolare di invocare la disapplicazione della normativa interna eventualmente contrastante con quella dell'Unione Europea. Il limite, anche in questo caso è costituito dalle norme caratterizzate da efficacia utile. Anche nell'ipotesi dei rapporti interindividuali queste non sono assistite dalla disapplicazione.

La mutata realtà descritta (vedi cap. 6), derivante oggi dall'espansione dell'attività dell'Unione⁽⁵⁸⁶⁾, non può far escludere a priori che le direttive non siano in grado di realizzare qualche effetto di natura orizzontale, proprio in relazione alla qualificazione giuridica delle posizioni dei singoli nei rapporti interindividuali che dipendono dalle direttive non attuate.

In una prospettiva di un possibile scenario diverso dall'attuale⁽⁵⁸⁷⁾,

⁽⁵⁸⁶⁾ Ad alcuni interventi comunitari effettuati con lo strumento della direttiva non si può negare, infatti, l'effetto di incidere nelle reazioni interindividuali tra gli attori del mercato. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla direttiva sulle condizioni generali del contratto, alla direttiva sulla multiproprietà (direttiva n. 94/47/CE), a quella sul commercio elettronico (direttiva n. 2000/31/CE).

⁽⁵⁸⁷⁾ Come più volte riferito se si può desumere un regola generale introno alle direttive inattuale, questa consta nel fatto che l'efficacia diretta delle direttive si manifesta solo nei c.d. rapporti verticali e non, invece, in quelli orizzontali. Ciò comporta che i singoli sono titolari di diritti solo nei confronti delle autorità nazionali, mentre nei rapporti interprivati, mancando un'efficacia diretta di tipo orizzontale, le direttive non creano situazioni soggettive (Corte di Giustizia, sentenza del 26 febbraio 1986, C-152/84, in *Racc.*, 1986, p. 749; nonché Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 1996, C-186/95, in *Racc.*, 1996, p. I-4705). Quando il soggetto passivo del rapporto non è lo Stato ma altro privato, il diritto eventualmente riconosciuto al singolo non riceve una diretta attuazione fintanto che la direttiva non sia interamente ed efficacemente recepita (si veda Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, C-91/92, in

potrebbero allora leggersi alcuni interventi della Corte di Giustizia.

Il giudice U.E. così ha di fatto attribuito effetti diretti orizzontali ad una direttiva inattuata, riconoscendo in capo ad un lavoratore diritti nei confronti dello Stato qualificato, questa volta, non già come autorità pubblica, ma quale datore di lavoro ⁽⁵⁸⁸⁾.

Oppure il caso in cui il giudice medesimo ammetteva la disapplicazione della legge nazionale tedesca in tema di parità di trattamento dei lavoratori, al fine di assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età. Ciò accadeva per un contratto di lavoro tra *Werner Mangold* e *Rüdiger Helm* ed il ricorrente, anche se per la direttiva di riferimento – la n. 1999/70 – non era ancora scaduto il termine di trasposizione ⁽⁵⁸⁹⁾.

La ragione di tali anomalie può forse esser spiegata facendo riferimento ai criteri che sovrintendono la disapplicazione, i quali in caso di rapporti orizzontali assumono una loro speciale connotazione. Il

Racc., p. I-3325).

⁽⁵⁸⁸⁾ Il riferimento è a Corte di Giustizia, sentenza del 12 luglio 1990, C-188/89, in *Racc.*, 1990, p. I-3313, la quale precisa, punti 17-20: «in tutti i casi in cui delle disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono venire invocate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione nazionale non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato. La Corte ha inoltre rilevato (...) che gli amministrati, qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce, come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi è infatti opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto comunitario. Da quanto precede emerge che fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli».

⁽⁵⁸⁹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 22 novembre 2005, C-144/04, in *Racc.*, 2005, p. I-9981.

riferimento è alla sentenza *Unilver Italia Spa/Central Food Spa* ⁽⁵⁹⁰⁾, che riguardava proprio un rapporto di natura privatistica dedotto davanti al giudice ⁽⁵⁹¹⁾.

La questione pregiudiziale sollevata riguardava il caso per cui norme tecniche contenute in direttive inattuata potessero essere fatte valere in un procedimento civile relativo ad una controversia tra singoli su diritti e obblighi di natura contrattuale. La Corte risponde alla questione pregiudiziale sottoposta affermando che la sua consolidata giurisprudenza – per cui una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti ⁽⁵⁹²⁾ – non si applica ad una fattispecie in cui l'inosservanza dei precetti contenuti in una direttiva, che causano un vizio procedurale sostanziale, comporta l'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione di uno di tali articoli.

La Corte afferma, quindi, che la giurisprudenza in materia di divieto di produrre effetti orizzontali da parte delle direttive inattuata non si applica quando l'inosservanza del contenuto di una direttiva, come nel caso di specie la n. 83/189, costituisce un vizio procedurale sostanziale. Questa ipotesi dà luogo all'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione della direttiva. Non producono invece mai effetti orizzontali direttive che definiscono il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve risolvere la controversia che pende innanzi a lui. In questo caso, infatti, la norma contenuta nella direttiva non crea né diritti né obblighi ⁽⁵⁹³⁾.

⁽⁵⁹⁰⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2000, C-443/98 in *Racc.*, 2000, p. I-7535.

⁽⁵⁹¹⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2000, C-443/98, cit.

⁽⁵⁹²⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, C-91/92 cit.

⁽⁵⁹³⁾ Il riferimento è a Corte di Giustizia, sentenza del 26 settembre 2000, C-443/98, cit., punti 50 e 51.

Va chiarito che per la Corte una norma viene considerata regola tecnica – nel caso in esame ai sensi degli artt. 8 e 9 direttiva 83/189 – qualora produca effetti giuridici propri, pur nell'assenza delle previste norme amministrative ancora da emanare⁽⁵⁹⁴⁾. Nel procedimento civile in questione, inoltre, l'applicazione di regole tecniche adottate in violazione dell'art. 9 della direttiva citata aveva l'effetto di ostacolare l'utilizzazione o la commercializzazione di un prodotto e, quindi, comprometterne la libera circolazione⁽⁵⁹⁵⁾, con il significato che questo può assumere alla luce del disegno dell'Unione di organizzazione e sopravvivenza del mercato interno.

⁽⁵⁹⁴⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, C-194/94, in *Racc.*, 1996, p. I-220, punto 11, prosegue poi il punto 12: «una norma va invece considerata regola tecnica ai sensi della direttiva 83/189 qualora, come ha osservato in udienza il governo belga, essa imponga alle imprese interessate di richiedere la previa omologazione del loro materiale, benché le norme amministrative previste non siano state emanate». Chiarisce Corte di Giustizia, sentenza del 1 giugno 1994, C-317/92, in *Racc.*, 1994, p. I-2039, punto 26 che se, conformemente al diritto nazionale, la regola si limita a costituire il fondamento di una delega per l'emanazione di regolamenti amministrativi contenenti disposizioni vincolanti per gli interessati senza produrre di per sé nessun effetto giuridico per i singoli, essa non costituisce una regola tecnica ai sensi della direttiva.

⁽⁵⁹⁵⁾ Si legga significativamente sul valore e significato degli artt. 8 e 9 della dir. n. 83/189, la pronuncia Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, C-194/94, cit.: «gli artt. 8 e 9 della direttiva 83/189, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, in base ai quali gli Stati membri sono tenuti a notificare alla Commissione ogni progetto di regola tecnica rientrante nella sfera d'applicazione della direttiva e, tranne che in particolari casi d'urgenza, a sospenderne l'adozione e l'entrata in vigore durante determinati periodi, devono essere interpretati nel senso che i singoli possono avvalersene dinanzi al giudice nazionale, cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente alla direttiva. Infatti, in primo luogo, imponendo agli Stati membri l'obbligo preciso di notificare i progetti prima di adottarli, i detti articoli sono, dal punto di vista sostanziale, incondizionati e sufficientemente precisi. In secondo luogo, l'interpretazione della direttiva nel senso che l'inadempimento dell'obbligo di notifica costituisce un vizio sostanziale atto a comportare l'inapplicabilità delle regole tecniche di cui trattasi nei confronti dei singoli è idonea ad assicurare l'efficacia del controllo comunitario previo che la direttiva stessa ha previsto per garantire la tutela della libera circolazione delle merci da essa perseguita».

Quanto affermato sembra confermare le conclusioni sopra rese in reazione ai criteri che regolano la garanzia della disapplicazione (v. cap. 5): ossia la disapplicazione come controllo sulla discrezionalità dello Stato.

La pronuncia in esame enuncia la necessità di procedere alla disapplicazione della normativa interna qualora questa contrasti con quella «unitaria» di natura tecnica, anche se quest'ultima è contenuta in una direttiva non ancora attuata e non caratterizzata dalla diretta applicabilità. Ciò accade anche di fronte alle violazioni da parte dello Stato di un principio generale contenuto in una direttiva ancora non scaduta ⁽⁵⁹⁶⁾.

Queste sentenze, che sembrano evidenziare una tendenza diversa da quella generale, in realtà sono il sintomo del significato di disapplicazione come controllo sulla discrezionalità dello Stato. Quando questa è totalmente ridotta, come innanzi ad una previsione tecnica che non ammette variazioni od un principio generale, è possibile disapplicare la normativa interna contrastante anche prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva.

Nelle ipotesi indicate il decorso del tempo nulla muterebbe rispetto al ridotto margine di potere riconosciuto allo Stato. È come se il controllo sull'esercizio della discrezionalità fosse anticipato, perché ridotta al minimo è la scelta delle modalità con cui effettuare il recepimento.

Questo accade anche nel caso in cui la direttiva contenga principi generali dell'ordinamento U.E., come nel caso del principio di non discriminazione dei lavoratori (v. par. 12 di questo capitolo).

Quando il diritto U.E. gode della caratteristica dell'effetto utile non opera il principio della disapplicazione, salvi i limiti sopra ricordati, quanto la necessità per il giudice nazionale di interpretare il

⁽⁵⁹⁶⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 22 novembre 2005, C-144804, in *Racc.*, 2005, p. I-9981

diritto interno in modo conforme al diritto di provenienza europea. Qualora, infatti, la norma dell'Unione non sia direttamente applicabile in ragione del proprio rango gerarchico di fonte dell'Unione Europea, l'organo giurisdizionale – ovvero amministrativo nazionale – non si trova davanti alla necessità di applicare una norma «unitaria» a preferenza di una norma interna eventualmente contrastante⁽⁵⁹⁷⁾.

Piuttosto questi sarà chiamato ad interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva⁽⁵⁹⁸⁾. E ciò anche quando, per esempio, per questi atti di diritto derivato non sia scaduto il termine di recepimento.

Le direttive inattuatae obbligano in ogni caso all'interpretazione conforme chi è chiamato ad applicare la normativa interna con esse in contrasto o comunque rilevante nel caso in esame. L'interpretazione conforme discende dalla necessità dettata dall'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea di adottare da parte degli Stati tutti i provvedimenti necessari e particolari atti a garantire l'obbligo di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva.

L'aderenza dello Stato allo scopo della norma si persegue anche mediante l'interpretazione ad opera dei giudici nazionali delle questioni inerenti i rapporti orizzontali. La Corte di Giustizia ha sottolineato, infatti, come le direttive inattuatae, che non possono produrre effetti tra i privati, possono rendere di fatto immuni da responsabilità i singoli che pongono in essere comportamenti i quali, non consentiti dal diritto interno, sono invece previsti in una direttiva rimasta priva di attuazione⁽⁵⁹⁹⁾.

⁽⁵⁹⁷⁾ Così F. MORFINI, *La tutela cautelare ante causam e il principio di effettività nel settore degli appalti pubblici: diritto interno e diritto comunitario*, in T.A.R., 4, 2005, p. 222.

⁽⁵⁹⁸⁾ Si veda P. OLIVER, W.H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, cit., p. 421.

⁽⁵⁹⁹⁾ Si legga Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1996, C-194/94, in *Racc.*, 1996, I, p. 2201. Per un commento sui possibili effetti orizzontali delle direttive inat-

L'obbligo gravante sul giudice nazionale di interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo di una direttiva benché non ancora attuata, ha significativamente portato a dichiarare l'impossibilità di pronunciare la nullità di una società per azioni per i motivi diversi da quelli enunciati nell'art. 11 della direttiva 68/151, benché non ancora attuata⁽⁶⁰⁰⁾. Nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, ricorrendone le condizioni, il diritto U.E. impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati in ragione della mancata attuazione⁽⁶⁰¹⁾.

Dalla breve ricognizione compiuta emerge come le norme U.E. anche nei rapporti interindividuali siano caratterizzate dalla finalità di consolidare l'ordine giuridico della Comunità prima e dell'Unione poi, strutturato inizialmente dalla regolamentazione dei rapporti verticali.

Tutto il diritto U.E. sembra pensato per regolare rapporti intersoggettivi – verticali o orizzontali che siano – ma che non sono comunque rapporti intersoggettivi generici. Essi sono infatti strumentali alla volontà di perseguire la *primauté* comunitaria e la conservazione dell'ordinamento U.E. e del suo mercato. I rapporti di natura privatistica, quindi, nati nel sistema in esame in un secondo tempo, sono chiamati a svolgere la stessa funzione che è riservata alle posizioni soggettive relative ai rapporti verticali.

tuale nei termini indicati, si veda C. HILSON, T. DOWNES, *Making sense of rights: community rights*, in *Eur. law. rev.*, 1999, p. 121.

⁽⁶⁰⁰⁾ Il riferimento è a Corte di Giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, C-106/89, in *Racc.*, 1990, p. I-4135, la quale nel suo punto 9 afferma: «la necessità di un'interpretazione del diritto nazionale conforme all'art. 11 della citata direttiva 68/151 non consente di interpretare le disposizioni del diritto nazionale in tema di società per azioni in modo tale che la nullità di una società per azioni possa essere pronunciata per motivi diversi da quelli tassativamente elencati dall'art. 11 della direttiva di cui è causa».

⁽⁶⁰¹⁾ Si veda chiaramente sul punto Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, in *Racc.*, 1994, p. I-3325, punti 26, 27, 28, 29, 30.

Il sistema di tutele predisposto dall'ordinamento U.E. – ad integrazione di quello nazionale – rafforza la riferita considerazione, in ragione proprio della stretto rapporto di funzionalità tra queste e le situazioni soggettive del sistema legale in esame.

Per questo, ad esempio, i risultati raggiunti in tema di funzione e natura della disapplicazione sono di fatto estendibili dai rapporti verticali a quelli orizzontali.

La disapplicazione è infatti strumento di controllo della discrezionalità dello Stato nella fase successiva al recepimento di una direttiva sia nei rapporti verticali che in quelli orizzontali. La legge nazionale si disapplica se in contrasto con l'effetto perseguito dall'atto di diritto derivato che ne imponeva l'assunzione anche quando destinatari sono i singoli e non questi nei rapporti con il pubblico potere.

Ciò è tanto vero che il momento della tutela attraverso la disapplicazione è anticipato rispetto a quello dell'avvenuto recepimento della direttiva, quando questa contiene norme tecniche o principi generali. Ossia nell'ipotesi in cui in capo allo Stato deficitano, o sono estremamente ristretti, i margini di discrezionalità nell'attuazione del precetto di provenienza europea, come nelle regole tecniche. E ciò anche e proprio nei rapporti orizzontali.

È chiaro che la Corte di Giustizia concepisce ad esempio anche la responsabilità extracontrattuale nei rapporti interindividuali come ulteriore strumento attraverso il quale garantire piena efficacia al diritto comunitario, così come la ripetizione dell'indebito. Il fatto stesso che oggi si possa rintracciare una tendenza ad una unitaria definizione di responsabilità aquiliana nel diritto U.E. rafforza la logica dei giudici di Lussemburgo.

La violazione di norme connotate dalla finalità individuata fa dello strumento risarcitorio, anche nelle violazioni poste in essere dai singoli nei confronti di altri soggetti privati, un mezzo per garan-

tire l'effetto utile della norma U.E.⁽⁶⁰²⁾. Si pensi in questo senso alla disciplina U.E. della concorrenza e alla stessa possibilità che anche i consumatori possano agire nei confronti dell'impresa che la violino mediante azioni risarcitorie. Questo è forse l'aspetto che maggiormente sottolinea la tendenza evidenziata dalla Corte di fare, anche nei rapporti orizzontali, dell'azione risarcitoria il mezzo per garantire efficacia piena al diritto di provenienza europea. L'ampliamento del numero dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, compresi quindi anche i consumatori, è una modalità attraverso la quale valorizzare l'utilizzo dell'azioni risarcitorie come strumenti dotati della capacità di mantenere l'effettività del mercato quale struttura competitiva⁽⁶⁰³⁾.

Il sistema giuridico dell'Unione europea assegna anche al recupero delle somme versate e non dovute ed alla responsabilità contrattuale (due tipici principi di diritto civile), la funzione di garanzia di ordine economico cercato da parte dell'Unione europea. Così i rapporti orizzontali nell'ordinamento comunitario, in ragione anche della funzione assegnata dal sistema di tutele predisposto da questo stesso ordinamento giuridico per la loro garanzia, paiono selezionati e regolati per assicurare l'esistenza e la sopravvivenza dell'ordine giuridico U.E.

⁽⁶⁰²⁾ Si pensi in questo senso ancora alla pronuncia Corte di Giustizia, sentenza del 20 settembre 2001 cit., la quale ai suoi punti 26 e 27 afferma apertamente: « la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto indirizzo rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole della concorrenza comunitarie ed è tale da falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento dell'effettiva concorrenza della Comunità».

⁽⁶⁰³⁾ In questo senso anche Cass., Sez. Un., sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 433, con nota di A. GUARDIERI, *L'illecito antitrust degli assicurati, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle sezioni unite*.

I rapporti che l'ordinamento U.E. regola sono infatti rapporti finalizzati alla conservazione del sistema legale che nasce dai Trattati e che la Corte, negli interstizi anche del criterio dello scopo di tutela della norma, ha per primo decodificato e che continua ad interpretare⁽⁶⁰⁴⁾ alla luce del rafforzamento del processo politico di integrazione della «Regione Europa».

L'idea di integrazione regionale spiega come è perché gli stati cessino di essere completamente sovrani e come e perché essi volontariamente si mescolano, fondono e combinano con i loro vicini perdendo gli attributi effettivi della sovranità mentre acquisiscono nuove tecniche per risolvere i conflitti tra loro eventualmente esistenti⁽⁶⁰⁵⁾.

Il concetto di integrazione sovranazionale rimanda, allora, all'idea di progressiva integrazione tra gli stati localizzati in un uno spazio contiguo.

Questo processo determina un cambiamento che porta ad una relativa omogeneità dei comportamenti dei vari paesi sotto un numero molteplice di dimensioni: da quella economica a quella legata alla sicurezza, dalla quella culturale alla dimensione sociale, dai sentimenti sulla propria identità alle relazioni internazionali⁽⁶⁰⁶⁾.

Tratto caratterizzante l'integrazione regionale contemporanea è la sua natura non coercitiva: esiste una espansione pacifica della dimensione regionale che ingloba nuovi soggetti membri grazie alla

⁽⁶⁰⁴⁾ In generale sulla peculiare funzione del contratto nell'ordinamento comunitario che trascende quella tradizionale assegnata dagli ordinamenti nazionali, si veda R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2007, p. 154 ss.

⁽⁶⁰⁵⁾ E. HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, in *International Organization*, V. 24, 1970, p. 610.

⁽⁶⁰⁶⁾ P. FORADORI, R. SCARTEZZINI, *L'integrazione sovranazionale come risposta alle sfide della globalizzazione* in P. FORADORI, R. SCARTEZZINI (a cura di), *Globalizzazione e processi di integrazione sovranazionale: l'Europa, il mondo*, Catanzaro, 2006, pp. 1-16.

forza dell'attrattiva dai vantaggi prospettati dalla partecipazione ad una comunità o unione ⁽⁶⁰⁷⁾. Elementi di questa attrattività che discende dalla cooperazione regionale non sono solo – e più – di natura economica, ma anche legati ad altre dimensioni come la tutela ambientale e della sicurezza ⁽⁶⁰⁸⁾. L'Unione europea è la forma più avanzata di integrazione regionale.

Generalmente si ritiene che i processi di integrazione regionale, siano realizzati principalmente attraverso i trattati internazionali stipulati tra i governi.

L'integrazione europea offre molti buoni esempi di questi strumenti, che accompagnano la costruzione sovranazionale effettuata con i Trattati e le fonti giuridiche adottate dalle Istituzioni dell'Unione.

Gli istituti di diritto privato che storicamente nascono per regolare rapporti interpersonali, sono anch'essi mezzi per la realizzazione di politiche di integrazione regionale. Questi permettono di raggiungere efficacemente i fini fissati dalla politica, integrando e completando i congegni tradizionali delle politiche pubbliche di integrazione regionale.

Da qualche tempo in Europa, infatti, in ragione della profonda penetrazione tra l'ordinamento U.E. e quello degli Stati membri, il programma di integrazione regionale si sta realizzando anche mediante il ricorso agli strumenti propri del diritto privato.

Il diritto privato è divenuto – o sta sempre più divenendo – una modalità capace di accelerare i processi d'integrazione. All'interno dell'Unione europea la richiamata *mission* degli strumenti privatistici è evidente.

L'Europa dell'Unione si è caratterizzata nel tempo per l'uso di nuove maniere di governare l'integrazione come risposte comple-

⁽⁶⁰⁷⁾ Ancora P. FORADORI, R. SCARTEZZINI, *L'integrazione sovranazionale come risposta alle sfide della globalizzazione*, cit.

⁽⁶⁰⁸⁾ E. TELÒ, *Europa potenza civile*, Bari-Roma, 2004, p.91.

mentari o alternative all'armonizzazione legislativa realizzata con strumenti istituzionali.

Alcuni istituti provenienti da diritto privato sono stati progressivamente investiti di una funzione regolatrice che può dirsi – più o meno consapevolmente – complementare a quella tradizionalmente regolatoria.

In un sistema dove le competenze U.E. sono divise con quelle degli stati membri, la prima si è mossa nel tempo per enfatizzare una regolazione verticale delle condizioni di alcuni settori economici, significando nel contempo anche l'abbandonando della tradizionale divisione tra legge del pubblico e del privato, così che istituti di diritto privato come illecito civile o il contratto sono divenuti una parte dei possibili strumenti attraverso i quale cercare l'integrazione regionale⁽⁶⁰⁹⁾. Essi contribuivano e contribuiscono a realizzare, nelle scelte della politica e della giurisprudenza europea, la c.d correzione dei fallimenti di mercato. Sono utilizzati quindi – per dirla in termini sintetici – nella ricerca di efficienza ripartita o di giustizia distributiva all'interno del mercato creato dai Trattati.

«The variety of means available to achieve these goals – which range from traditional public law tools such as state ownership, public franchising or licensing, through the more familiar forms of regulation which rely on semiprivate bodies or independent regulatory agencies for standard-making or market controls, to various and still experi-

⁽⁶⁰⁹⁾ R. CARANTA, *Intorno al problema dell'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. Comunitario*, 1994, p. 981 ss. In questo senso anche R. CIPPITANI, *I soggetti del mercato interno*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2007, p. 92. In senso sostanzialmente conforme anche: P. MORI, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente e direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 513 ss. ed in particolare p. 521 ss.; E. CORTESE PINTO, *La responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo di dare esecuzione alle direttive comunitarie*, in *Riv. dir. impresa*, 1993, p. 117 ss

mental forms of self-regulation by means of voluntary arrangements on the other end of the scale – call for a general framework in order to avoid conflicts, incoherence or redundancy between regulatory approaches»⁽⁶¹⁰⁾. La Commissione, inoltre, sostiene⁽⁶¹¹⁾ lo sviluppo di reti e forme diverse della cooperazione amministrativa, facendo riferimento anche ad esempio al Raggruppamento europeo della Cooperazione Territoriale. La Commissione enfatizza anche la correlazione tra regolamentazione e competizione ponendo l'attenzione sulle relazioni contrattuali c.d. *Business to Business* e *Business to Consumer* ed i relativi rimedi come strumenti regolatori per disegnare mercati nuovi⁽⁶¹²⁾.

Il risultato attuale discendente tra le due diverse tecniche regolatorie utilizzate dall'Unione non ha prodotto ancora una realtà armoniosa, ma sicuramente ha dato luogo a soluzioni su cui riflettere come contributo alla creazione ad una cornice comune di riferimento, nell'ottica di un *Common Frame of Reference*⁽⁶¹³⁾ non circoscritto solo ai contratti.

Sulla scorta di quanto brevemente richiamato, di solito le analisi della dottrina si concentrano su i contratti tra consumatore e professionista, intorno al significato funzionalizzato del recupero delle

⁽⁶¹⁰⁾ F. CAFAGGI, *Introduction*, in F. CAFAGGI, H. MUIR WATT (a cura di), *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham, 2009, p. XI.

⁽⁶¹¹⁾ Regulation (EC) 1082/2006, OJ L 210, 31.7.2006.

⁽⁶¹²⁾ Si veda *Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights*, Brussels, 8 ottobre 2008 (COM(2008) 614), ma anche, e soprattutto, Bruxelles, 1 luglio 2010 COM(2010)348, Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese.

⁽⁶¹³⁾ Il riferimento è al *Draft Common Frame of Reference*, elaborato dal *Study Group on a European Civil Code and the European Research Group on Existing EC Private Law* (Acquis Group), in *Study Group on the European Civil Code, Principles of European Law – Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (OUP, 2006). L'esperienze europee in questo senso sono anche alter e significative: si vedano i lavori dell'Accademia dei Giusprivatisti europei.

somme versate e non dovute⁽⁶¹⁴⁾, alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale⁽⁶¹⁵⁾, ovvero alla stretta connessione tra il sistema di

⁽⁶¹⁴⁾ Per una ricostruzione dell'intera disciplina si veda, A. NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 181 ss.; Sulla natura di principio generale dell'ordinamento comunitario della ripetizione dell'indebitato si veda R. CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritti dell'obbligazioni*, in *Rass. giurd. Umbra*, II, 2004, pp. 847 ss. In giurisprudenza si veda Corte di Giustizia, sentenza del 9 novembre 1983, C-199/82, in *Racc.*, 1983, p. 3595. È possibile pertanto che l'ordinamento comunitario ammetta la ripetizione dell'indebitato per compensazione come in Corte di Giustizia, sentenza del 26 giugno 1979, C-177/78, in *Racc.*, 1979, p. 216; ovvero per ripetizione parziale come in Corte eur.giustizia, 22-3-1977, C-74/76, *Racc.*, 1976, 557; o per traslazione dell'imposta qualora i contribuenti abbiano incorporato l'onere della tassa nei prezzi di vendita delle merci, come in Corte di Giustizia, sentenza del 14 gennaio 1997, C-192/95 e C-218/95, in *Racc.*, I, 1995, p. 165.

⁽⁶¹⁵⁾ Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e n. C-9/90, in *Racc.*, 1991, p. I-05357. V. anche Corte di Giustizia, sentenza del 8 ottobre 1996, cause riunite C-178 e 179, 188-190/94, in *Racc.*, 1996, p. I-4845. La sentenza edifica, infatti, le linee del regime giuridico della responsabilità degli Stati. La *Franco-vich* prende posizione proprio a riguardo dell'ipotesi della mancata adozione di misure legislative interne imposte per l'attuazione di una direttiva comunitaria ed, insieme alla successiva sentenza *Brasserie du pêcheur*, permette di costruire le linee del regime giuridico della responsabilità extracontrattuale degli Stati (la sentenza richiamata, Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, cit., punto 33 della motivazione, specifica proprio che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro»). Va infatti ricordato come detta pronuncia non sia stata la prima ad ammettere l'esistenza di una responsabilità in capo agli Stati per violazione della normativa comunitaria. Sentenze precedenti alla *Franco-vich*, infatti, affermavano come lo Stato, riconosciuto inadempiente nei confronti delle prescrizioni di provenienza comunitaria, fosse gravato dal duplice obbligo di ritirare tutti gli atti adottati in violazione del diritto comunitario, nonché quello di eliminare gli effetti antiggiuridici degli stessi. Tale finalità poteva essere perseguita anche attraverso il risarcimento del danno. Il riferimento è Corte di Giustizia, sentenza del 16 dicembre 1960, C-6/60, in *Racc.*, 1960, p. 1092, nonché ib., sentenza del 22 gennaio 1976 C-60/75, in *Racc.*, 1976, p. 45, la quale nel suo punto 9 afferma: «nell'ipotesi che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà risponderne, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla respon-

tutele previste nel sistema ed i diritti riconosciuti ai singoli, dove si rimette al sistema giudiziario statale o dell'Unione la funzione di garanzia dell'ordine economico voluto dall'Unione europea⁽⁶¹⁶⁾. Questi istituti e rimedi sono analizzati, nella loro funzione integratrice, essenzialmente come modalità di correzione dei c.d. fallimenti del mercato.

In realtà a fianco a questi strumenti privatistici si possono rintracciare altri strumenti provenienti dal diritto privato, dove è sicuramente evidente la funzione di incentivazione dei processi regionale.

Allora anche associazioni, cooperative, forme associative potenzialmente competitive, che hanno fatto ingresso nei nuovi mercati liberalizzati⁽⁶¹⁷⁾, sottolineano la doppia via dell'integrazione, tra il mercato ed i diritti umani come accade spesso nella tradizione del diritto privato.

sabilità della pubblica amministrazione». *Francovich e Brasserie du pêcheur* precisano, però, i criteri della responsabilità dello Stato per violazione di regole comunitarie, e lo fanno ricalcando la disciplina della responsabilità delle Istituzioni dell'Unione nei confronti dei singoli. La lettura congiunta di queste due pronunce ci porta a dire che la piena efficacia delle norme U.E. è assicurata unicamente attribuendo ai singoli la possibilità di ottenere un risarcimento qualora i propri diritti di origine comunitaria siano lesi da uno Stato membro. Vi veda anche F. CAFAGGI, *A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities*, in F. CAFAGGI, *The Institutional Framework of European Private Law*, 2006, pp. 191.

⁽⁶¹⁶⁾ Ci sia consentito il rinvio a V. COLCELLI, *Il sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2009, pp. 557-585; Cfr., F. SCAGLIONE, *La tutela civile nei contratti ad offerta concorrenziale*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 257 ss.

⁽⁶¹⁷⁾ Si veda G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, spec. p. 33 ss., ma anche M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, 2007, 1, pp. 219-239.

CAPITOLO SETTIMO

LE SITUAZIONI GIURIDICHE PROTETTE DALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sommario: 1. La natura di diritto fondamentale nel sistema C.E.D.U. — 2. I diritti fondamentali C.E.D.U. come diritti pubblici soggettivi. — 3. Il metodo di emersione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. — 4. L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 8 C.E.D.U. come metodo d'indagine. — 5. L'interpretazione giurisprudenziale della proprietà nella C.E.D.U.: un ulteriore strumento d'indagine — 6. Il diritto soggettivo alla riparazione del danno per la violazione delle norme convenzionali C.E.D.U.

1. — *La natura di diritto fondamentale nel sistema C.E.D.U.*

La questione della natura dei diritti fondamentali non è secondaria alla trattazione del quesito sulla qualificazione delle situazioni soggettive nell'attività della Corte C.E.D.U.

A parere dello scrivente, però, il problema non può essere trattato in maniera unitaria, ma al contrario facendo riferimento ad una duplice lettura di diritto fondamentale, così come presente negli ordinamenti interni e nel sistema della Convenzione dei Diritti dell'Uomo.

L'affermazione potrà apparire anomala, ma la questione che si vuol porre è quella della necessità di separare, ai fini delle ragioni della presente analisi, la questione generale connessa alla trattazione dei diritti fondamentali – che caratterizza ogni ordinamento giuridico – da quella di come i diritti fondamentali vengono riconosciuti

dalla giurisprudenza all'interno del peculiare sistema C.E.D.U.

Questa asserzione non cambia il valore o il significato generale di diritto fondamentale. Vale solo a sottolineare che la peculiarità con cui è strutturato il sistema C.E.D.U. incide sul modo con cui la sua Corte ricostruisce i suoi diritti.

Per evitare ogni fraintendimento serva quanto si dirà di seguito.

L'espressione *diritto fondamentale* esprime, nella ricchezza semantica che la contraddistingue, tanto i fondamenti etici quanto le componenti giuridiche di una società⁽⁶¹⁸⁾. I diritti fondamentali, quindi, seppur positivamente posti, sembrano esprimere un duplice radicamento: quello delle norme giuridiche e quello dei principi universali di giustizia che le diverse culture etiche assumono come prioritari⁽⁶¹⁹⁾.

E come se essi fossero, rispetto ad un ordinamento, presenti al suo interno, ma anche posti prima ed oltre lo stesso⁽⁶²⁰⁾.

Il problema che pongono queste pagine ci esonera dalla necessità di ricercare le basi extragiuridiche, nel senso indicato, della validità dei diritti fondamentali. La complessità degli aspetti che coinvolgono questi diritti è, comunque, foriera di problematiche intorno alla loro qualificazione. L'accento alla complessa questione ha, però, una sua utilità alla luce della volontà di mettere in evidenza il significato di diritti fondamentali nel sistema C.E.D.U. È necessario, pertanto, ricostruire l'attuale tendenza dottrinale intorno al significato che potremmo dire *generale e costituzionale* dei diritti fondamentali.

⁽⁶¹⁸⁾ Testualmente G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, pp. 23-24.

⁽⁶¹⁹⁾ Il riferimento quasi testuale è a M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 512-513.

⁽⁶²⁰⁾ Ancora M. ZANICHELLI, *op. cit.*, p. 513.

Le Carte costituzionali sono foriere di posizioni individuali, diritti di libertà, diritti assoluti, situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, che significativamente regolano anche i rapporti tra gli stessi consociati ⁽⁶²¹⁾.

Tra queste, i diritti fondamentali ⁽⁶²²⁾ appartengono ad ogni essere umano perché persona e non necessariamente cittadino o soggetto dotato di capacità di agire ⁽⁶²³⁾. Nella definizione attuale di diritti fondamentali si prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati. Il riferimento è invece il carattere assolutamente universale della loro imputazione. La classe di soggetti che ne sono titolari, in base al riconoscimento normativo della loro stessa titolarità, è qualificabile come generale e, si passi l'espressione, cosmopolita.

L'universalità dei diritti fondamentali si giustifica per tre ordini di ragioni, che fanno riferimento alle loro stesse radici. L'universalità, come detto, concerne l'attribuzione dei diritti (razionali ed astratti) a tutti gli esseri umani. Essa, inoltre, riguarda il dato che i diritti fondamentali sono attribuiti in modo generale ed astratto in qualsiasi momento storico, oltre lo stesso limite della dimensione temporale. Le caratteristiche dei diritti fondamentali, inoltre, rendono possibile

⁽⁶²¹⁾ Cfr. F. S. MARINI, *I diritti fondamentali della C.E.D.U. e della Carta dell'Unione Europea come diritti pubblici soggettivi*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di) *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, pp. 51-69.

⁽⁶²²⁾ Dalla Rivoluzione francese in poi il valore e la dignità della persona sono il punto di partenza per la predisposizione di strumenti di tutela dei diritti e delle libertà all'interno dell'assetto costituzionale dello Stato. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 proclama il carattere di universalità e assolutezza dei diritti dell'uomo e del cittadino, che in quanto tale è titolare dei diritti di libertà, di uguaglianza e di proprietà. Per una ricostruzione si veda L. PEGORARO, A. REPOSO, A. RINELLA, R. SCARCIGLIA, M. VOLPI, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2004, pp. 178-179.

⁽⁶²³⁾ Si legga per una compiuta disamina del significato di *status* della persona G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993.

una ricostruzione della loro universalità in termini spaziali. Il riferimento è in questo caso all'estensione della cultura dei diritti dell'uomo a tutte le società politiche⁽⁶²⁴⁾.

L'universalità, nelle tre direzioni indicate, edifica in termini unitari i diritti fondamentali, in quanto espressione profonda dell'idea di uguaglianza dei soggetti ai quali è riconosciuta normativamente la loro titolarità, a prescindere dagli argomenti in riferimento ai quali essi sono predicati.

Tradizionalmente nelle Carte costituzionali europee i diritti fondamentali venivano ricostruiti come diritti pubblici soggettivi. Ossia identificati in diritti che si realizzano nel costituire un limite al potere, e per tale ragione non richiamabili nelle relazioni tra individui che sono allo stato di natura uguali⁽⁶²⁵⁾. Aspetto, quest'ultimo, che non caratterizza di solito il rapporto Stato/singolo individuo.

È noto come in tema di diritti fondamentali il passaggio culturale sia segnato dalle Costituzioni moderne che, al contrario di quelle ottocentesche, non regolano più i soli i rapporti tra Stato e cittadino. Le Costituzioni contemporanee riconoscono diritti e prevedono doveri non opponibili solo nei confronti dello Stato-apparato.

Il moderno costituzionalismo, che nasce all'indomani della seconda guerra mondiale e della sconfitta del nazifascismo, vede la creazione sul piano internazionale sia della Carta dell'O.N.U. del 1945, sia della Dichiarazione Universale dei diritti del 1948. In Europa, poi, dalle ceneri della seconda guerra mondiale, la neonata repubblica italiana adotta la sua Costituzione e nell'anno seguente, il 1949, la Repubblica Federale Tedesca emana la Legge fondamentale. In queste Carte, sia quelle internazionali che quelle costituzionali, vi è un contemporaneo affermarsi del principio di legalità per

⁽⁶²⁴⁾ Cfr. La tesi dell'universalità dei diritti fondamentali è ripresa ancora da G. PECES BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 271.

⁽⁶²⁵⁾ Il richiamo è ancora a G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 22.

la difesa verso gli abusi della giurisdizione e della amministrazione pubblica. Le costituzioni europee assumono il significato di limite e vincolo ai pubblici poteri, per la difesa contro gli abusi della legislazione ed il pericolo di ogni deriva illiberale o totalitaria degli organi decisionali ⁽⁶²⁶⁾.

La dottrina contemporanea, in tema di definizione dei diritti fondamentali dell'uomo ⁽⁶²⁷⁾, tende, invece, a superare la loro identificazione con i diritti pubblici soggettivi. Si propende a sottolineare il valore propositivo dei diritti fondamentali, piuttosto che a descriverli come meri argini all'azione dei pubblici poteri.

Per tale ragione i diritti fondamentali vengono intesi come dei veri e propri diritti soggettivi. Essi realizzano, infatti, di un soggetto una aspettativa positiva che è qualificabile come prestazione, od una negativa di non lesione imputata ad un soggetto da una norma giuridica. Lo *status* del titolare del diritto fondamentale è una condizione,

⁽⁶²⁶⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. VITALE (a cura di), Bari-Roma, 2001, pp. 34-35 il quale ricorda che l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti della Francia del 1789 recita: «ogni società nella quale non sono assicurate la garanzia dei diritti né la separazione dei poteri non ha costituzione».

⁽⁶²⁷⁾ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 21-36 il quale ricostruisce la distinzione terminologica tra i diritti dell'uomo (i quali si riferiscono sia ad una presunzione morale che ad un diritto soggettivo protetto da una norma giuridica, rispettivamente richiamando le contrapposte teorie del giusnaturalismo e del positivismo), i diritti pubblici soggettivi (quali espressione dell'individualismo del pensiero positivista e che rappresentano esclusivamente limiti al potere e non possono essere richiamati nelle relazioni tra individui uguali allo stato di natura, dove non esisteva il potere), le libertà pubbliche (che, secondo la tradizione giuridica francese corrispondono ai diritti riconosciuti nel sistema giuridico e protetti dai giudici e, secondo la tradizione della filosofia liberale, si riferiscono alla libera azione della volontà, incarnando i diritti civili individuali), i diritti morali (quali eredità della cultura anglosassone e corrispondenti ai diritti morali degli uomini contro lo Stato) e i diritti fondamentali (concetto più ampio che racchiude sia presupposti etici dell'importanza della dignità umana sia l'importanza del diritto, che trasforma i diritti in una regola fondamentale costitutiva dell'ordinamento giuridico). Distingue i diritti umani da quelli fondamentali anche A. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Milano, 2002.

anche essa prevista da una norma giuridica positiva. Esso presuppone la sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche o autore degli atti che ne sono esercizio⁽⁶²⁸⁾.

Non manca chi addirittura ritiene i diritti fondamentali non riducibili, non solo alla nozione di diritti pubblici soggettivi, ma a quella stessa di diritti soggettivi, in quanto i primi, come i secondi, incapaci di rendere, attraverso un approccio definitorio analitico e dogmatico, la complessità che sta dietro a diritti come quello della libertà religiosa, dell'istruzione, della difesa, etc.

I diritti fondamentali non sarebbero, così, semplicemente diritti

⁽⁶²⁸⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 5-40, in cui l'autore definisce i diritti fondamentali mediante l'utilizzo di quattro tesi, essenziali alla definizione della moderna teoria della democrazia costituzionale. La prima distingue strutturalmente i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali, gli uni spettanti ad intere classi di soggetti (secondo l'influenza della filosofia giusnaturalistica e contrattualistica dei secoli XVII e XVIII) e gli altri a ciascuno dei loro titolari, con esclusione di tutti gli altri (secondo la tradizione civilistica e romanistica). La seconda afferma che, poiché i diritti fondamentali corrispondono ad interessi ed aspettative di tutti indistintamente, sono alla base della uguaglianza giuridica e costituiscono il parametro della democrazia sostanziale. La terza tesi concerne la attuale natura sovranazionale della maggior parte dei diritti fondamentali (in cui i diritti legati al criterio della cittadinanza costituiscono una sottoclasse), attribuiti dalle costituzioni indipendentemente dal conferimento della cittadinanza e recepiti invece nella formulazione delle varie convenzioni internazionali, ponendo limiti esterni ai poteri pubblici e basi normative per una democrazia internazionale. La quarta tesi, la più importante, riguarda i rapporti tra i diritti fondamentali e le loro garanzie: questi, non diversamente dagli altri diritti, consistono in aspettative negative o positive cui corrispondono obblighi (di prestazioni) o divieti (di lesione), cui l'a. assegna il nome di *garanzie primarie*, rispetto alle *garanzie secondarie*, intese invece come obblighi di riparare o sanzionare giudizialmente le lesioni dei diritti stessi, ossia le violazioni delle loro garanzie primarie. L'a. sostiene la distinzione tra i diritti e le loro garanzie, in quanto l'assenza delle seconde comporterebbe una inadempienza dei diritti stipulati positivamente, la cui lacuna è compito della legislazione colmare. Si legga per un'analisi proprio della lettura che offre L. Ferrajoli dei diritti fondamentali come diritti soggettivi in relazione alla nozione propria di diritto soggettivo S. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e diritti soggettivi (considerazione a margine della teoria di Luigi Ferrajoli)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2002, p. 183 ss.

soggettivi nell'accezione tradizionale, ma diritti soggettivi che svolgono un ruolo funzionale e specifico nell'ordinamento di uno Stato. I diritti fondamentali sono tali perché parte delle norme funzionalmente fondamentali di un ordinamento, o di quelle nelle quali si realizza il suo riconoscimento.

I diritti soggettivi che conquistino questo *status*, dispongono di una forza giuridica non altrimenti acquisibile⁽⁶²⁹⁾. La peculiarità dei diritti fondamentali dimora nella loro capacità di introdurre imperativi nuovi nell'ordinamento che li recepisce, trasformandolo. Un diritto fondamentale si impone come imperativo perché protegge qualcosa di più di una istanza individuale. Il *claim*, così, è soltanto uno degli aspetti del *right*⁽⁶³⁰⁾.

2. — *I diritti fondamentali C.E.D.U. come diritti pubblici soggettivi.*

Alla luce di questa breve ricostruzione sul significato di diritti fondamentali si può ulteriormente chiarire l'affermazione iniziale circa la necessità di separare la ricostruzione in termini generali della nozione di diritti fondamentali – legata essenzialmente al loro ruolo nelle costituzioni nazionali – e la peculiarità del sistema C.E.D.U., anche rispetto alle altre Carte internazionali sopra richiamate.

La considerazione principale parte della semplice constatazione che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali assume un carattere particolare. È un atto internazionale che pone norme di tipo interstatale e non interindividuale.

⁽⁶²⁹⁾ Il riferimento è a G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma, 2002, p. 23.

⁽⁶³⁰⁾ Il riferimento è alle posizioni espresse da M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali* cit., p. 507 ss.

Il suo articolo 1 non ha come destinatari i cittadini, ma i soli Stati i quali devono adattare il proprio ordinamento al contenuto del Trattato⁽⁶³¹⁾. Questa peculiarità è una distanza imprescindibile rispetto alle caratteristiche peculiari delle altre Carte internazionali richiamate, e soprattutto rispetto alle Costituzioni degli Stati.

La C.E.D.U.⁽⁶³²⁾, avendo come scopo la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e le libertà fondamentali⁽⁶³³⁾, è parte sicuramente del percorso di internazionalizzazione dei diritti umani che soprattutto dalla fine della seconda guerra mondiale caratterizza l'Europa⁽⁶³⁴⁾. Ma la Convenzione in esame persegue questo scopo avendo come destinatari gli Stati. Lo stesso sistema di garanzia in essa predisposto, sussidiario rispetto alla protezione garantita agli individui internamente⁽⁶³⁵⁾, ha come riferimento i soli paesi ade-

⁽⁶³¹⁾ L'art. 1 C.E.D.U., intitolato «Obbligo di rispettare i Diritti dell'Uomo», recita: «le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione».

⁽⁶³²⁾ Il Consiglio d'Europa ha cercato di rafforzare le garanzie previste nella Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, attraverso la promozione di altri Trattati, quali la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del 26 novembre 1987, integrante l'art. 3 C.E.D.U., sulla proibizione della tortura; oppure la Convenzione europea sulla televisione oltre frontiera del 5 aprile 1989, che completa le garanzie dell'art. 10 sulla libertà di espressione.

⁽⁶³³⁾ Cfr. J.F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 2002, p. 8 ss.

⁽⁶³⁴⁾ Si veda G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, 2001, p. 30, il quale ricostruisce la nascita dei diritti dell'uomo in Europa. I diritti dell'uomo si sono progressivamente affermati in Europa. La loro importanza prescinde dalle stesse frontiere europee. Non certo è invece il momento in cui fissare le loro origini. Il riferimento sono da un lato le tradizioni nazionali, quali la storia costituzionale inglese e la Rivoluzione francese; dall'altro vengono rintracciare influenze esterne nella Costituzione degli Stati Uniti e nella Rivoluzione di Ottobre. Si attribuisce importanza nel loro momento genetico anche ad importanti fattori culturali quali la filosofia greca, l'illuminismo e il razionalismo, così come le dottrine socialiste. È innegabile, anche l'influenza delle religioni, in particolare del cristianesimo.

⁽⁶³⁵⁾ Il riferimento è l'art. 53 della Convenzione, intitolato «salvaguardia dei diritti

renti⁽⁶³⁶⁾.

Il principio di fondo è il seguente: il ricorso alla Corte di Strasburgo non è ammesso contro chiunque leda un diritto riconosciuto dalla Convenzione, ma solo nei confronti di uno Stato inadempiente⁽⁶³⁷⁾. I

dell'uomo riconosciuti», dove si afferma che «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi», per cui in nessun modo e in nessun caso le norme contenute nella Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali possono eventualmente limitare la protezione dei diritti e delle libertà garantiti costituzionalmente in ciascun Stato contraente. Ciò permette senza dubbio il richiamo al sistema di tutela dei diritti multilivello, internazionale, comunitario e costituzionale, potendosi superare gli eventuali conflitti grazie al contenuto delle singole norme, mediante la applicazione del principio della norma più favorevole (G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in *La libertà e i diritti nella prospettiva europea. Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile* (Firenze, 25 giugno 2001), Padova, 2002, p. 64); e, ancora una volta, grazie all'affermazione del principio di non applicazione della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ai rapporti interindividuali, ma solo ai rapporti tra Stati contraenti e consociati (risulterebbe altrimenti inutile l'enunciazione dell'art. 53 cit., intitolato «salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti».

⁽⁶³⁶⁾ Oltre alla enunciazione dei diritti garantiti, la Convenzione comprende anche un sistema di controllo giudiziario che dal 1 novembre 1998, con l'entrata in vigore del Protocollo n 11, è stato reso accessibile alle persone fisiche o giuridiche che si considerino vittime di violazioni dei propri diritti da parte di uno Stato contraente. Si noti che la legittimazione processuale si costruisce facendo riferimento alla nozione di «persona (...) che pretenda d'esser vittima» e non quella di vittima. Spiega questa scelta operata dagli Stati sottoscrittori della Convenzione C. RUSSO, P. M. QUAINI, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, p. 35, per cui la scelta dei termini: «(...) sta a significare che per poter adire alla Corte non occorre la certezza assoluta della sussistenza del proprio diritto e della violazione dello stesso – certezza che il singolo del resto ben difficilmente potrebbe possedere – bensì è sufficiente il c.d. *fumus boni iuris*, ovvero la parvenza, la verosimiglianza delle proprie ragioni».

⁽⁶³⁷⁾ Nella pronuncia Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra e altri/Italia*, in *Racc.*, 1998-I, p. 223 nonché in *Foro it.*, 1999, IV, c. 281 ss., la Corte ha interpretato il divieto di interferenza illegittima degli Stati sui diritti tutelati come un dovere di garanzia degli stessi, vale a dire che lo Stato contraente non solo è obbligato a non violare, attraverso i propri organi, i diritti riconosciuti dalla

diritti in essa riconosciuti sono costruiti come basi normative per una democrazia internazionale e soprattutto come limiti esterni ai poteri pubblici⁽⁶³⁸⁾. Per il tipo di scelta operata dagli Stati sottoscrittori, i diritti fondamentali attribuiti dalla Convenzione sono ricostruibili come diritti pubblici soggettivi⁽⁶³⁹⁾.

Questa costruzione non inficia le altre sopra ricordate, a prescindere dalla scelta di adesione all'una piuttosto che all'altra tendenza.

Il fatto è però che nel sistema C.E.D.U. – e potremmo azzardare a dire solo in questo – i diritti in esso riconosciuti non sono diritti attribuiti in termini assoluti. Nel caso del catalogo dei diritti della Convenzione non può accadere quello che si è verificato per molti diritti fondamentali presenti, ad esempio, nella Costituzione italiana. Si pensi all'applicazione art. 36 Cost. in materia di equa retribuzione nei contratti di lavoro. Da tempo si afferma⁽⁶⁴⁰⁾, ad esempio, che la natura degli accordi sindacali – connessi alla necessità che sia assicurata alla classe lavoratrice il minimo indispensabile per vivere – implica che «un contratto individuale che non accordasse neppure tal minimo (...) [è] contrario all'art. 36 della Costituzione, ad una norma cioè, inderogabile». Oppure l'art. 32 Cost. che tutela il diritto alla salute. La sua presenza nel testo costituzionale e la sua natura di «fondamentale diritto dell'individuo», fa conseguire la sua piena e

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, ma dovrebbe anche adeguare il proprio ordinamento per assicurare la tutela di quei diritti anche nei confronti degli altri consociati.

⁽⁶³⁸⁾ Riferita alla terza modalità di costruzione dei diritti fondamentali teorizzata da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 40.

⁽⁶³⁹⁾ Ricostruisce il catalogo di diritti presenti nella C.E.D.U. come diritti pubblici soggettivi F. S. MARINI, *I diritti fondamentali della C.E.D.U. e della Carta dell'Unione Europea come diritti pubblici soggettivi*, op. cit., p. 51; nonché F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastali di civiltà*, Torino, 2002.

⁽⁶⁴⁰⁾ Il *leading case* è Tribunale di Firenze, sentenza del 23 marzo 1948, in *Mon. trib.*, 1949, p. 18.

diretta tutelabilità anche nell'ambito del diritto civile e nei rapporti interindividuali ⁽⁶⁴¹⁾. Gli esempi potrebbero proseguire ⁽⁶⁴²⁾.

Il fenomeno della costituzionalizzazione dei diritti privati ⁽⁶⁴³⁾ ha come portato, da un lato la perdita di importanza della distinzione tra natura privatistica o pubblicistica dei rapporti tra privati, e dall'altra l'attenzione alla dimensione concreta ed alla effettiva azionabilità dei diritti fondamentali stessi.

Rimane, però, il dato che il sistema C.E.D.U., così come organizzato, esclude la diretta applicabilità dei suoi diritti nei rapporti interindividuali. Il riferimento per questa affermazione è la natura dei diritti riconosciuti nella Convenzione in esame ed il sistema di garanzia ad essi assicurato. Per la giurisprudenza della Corte è sempre lo Stato aderente alla Convenzione l'unico destinatario degli articoli in commento, anche quando la stessa si riferisce alle eventuali violazioni commesse dai privati nei confronti di altri soggetti ⁽⁶⁴⁴⁾.

La Corte, ad esempio, ha riconosciuto alle previsioni della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e soprattutto all'art. 8 C.E.D.U.,

⁽⁶⁴¹⁾ Anche in questo caso una delle prime pronunce in materia è Tribunale di Genova, sentenza del 25 maggio 1974, in *Giur.it.*, I, 1975, p. 54.

⁽⁶⁴²⁾ Si veda ad esempio il caso dell'art. 2 Cost. come protezione all'identità. *Ex multis* si veda Cass., sentenza del 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1253, con nota A. CALMIERI, la quale sull'esistenza di un diritto all'identità personale affermava che esso trovava il suo fondamento giuridico nell'art. 2 Cost. perché si è «inteso tale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, "aperta" all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del pieno sviluppo della persona umana di cui al successivo art. 3, capoverso».

⁽⁶⁴³⁾ Si legga per una analisi del problema G. COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, in G. COMANDÉ (a cura di) *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 10 ss.

⁽⁶⁴⁴⁾ Così Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 marzo 1985, *X et Y c. Paesi Bassi*, in *Eur. Court HR*, serie A, 91, 1985, p. 11, sul diritto di ogni persona alla segretezza dei dati sanitari che la riguardano.

una qualche efficacia orizzontale. Ciò, però, nel senso che gli Stati sono destinatari non solo degli obblighi derivanti dalla medesima Convenzione, ma anche dello specifico dovere di sorvegliare che non siano commesse violazioni interindividuali dei diritti ivi riconosciuti⁽⁶⁴⁵⁾.

Ad escludere la natura di diritti pubblici soggettivi dei diritti fondamentali C.E.D.U., non rileva neanche il fenomeno della *Drittwirkung* che spesso volte viene analizzato relativamente al catalogo dei diritti fondamentali della Convenzione C.E.D.U.⁽⁶⁴⁶⁾.

La teoria tedesca della *Drittwirkung* fa riferimento all'applicabilità tra privati dei diritti fondamentali. Si riconosce ad essi un effetto orizzontale diretto, per cui esiste la possibilità per il singolo individuo di invocare la tutela dei diritti fondamentali dinnanzi agli organi giurisdizionali del proprio ordinamento; così come si attribuisce un effetto orizzontale indiretto, dove invece ai diritti fondamentali è riconosciuta una sola valenza interpretativa per l'applicazione della norma di diritto privato.

Il fenomeno descritto è di assoluto interesse, ma nel caso specifico della C.E.D.U. non è affatto previsto dalla Convenzione. Ogni Stato aderente, o meglio ogni giurisdizione di questi, si è misurata sul fenomeno. Lo ha fatto, però non perché stimolata o vincolata a farlo per rispetto del Trattato internazionale in esame⁽⁶⁴⁷⁾.

⁽⁶⁴⁵⁾ Sulla necessità che uno Stato promuova azioni positive per la protezione della vita privata accanto all'obbligo di non interferenza si è pronunciata per la prima volta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx/Belgio*, in *Eur. Court HR*, serie A, 31, 1979, p. 5 ss.

⁽⁶⁴⁶⁾ Si legga sul punto D. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Luxembourg, 1995, il quale fa una significativa analisi del problema anche se non se ne condividono totalmente le conclusioni.

⁽⁶⁴⁷⁾ Si legga G. CATALDI, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1, 1998, p. 26: «(...) non ha senso affermare che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è *self-executing*, poiché le possibilità di diretta applicazione vanno valutate con riferimento specifico

La Gran Bretagna ha superato il problema con l'emanazione di una legge, lo *Human Rights Act* 1998.

Nel nostro ordinamento giuridico alle norme di provenienza C.E.D.U. è riconosciuto un effetto orizzontale indiretto⁽⁶⁴⁸⁾: «le disposizioni contenute in tali atti internazionali costituiscono quanto meno un notevole criterio interpretativo delle norme vigenti nel nostro ordinamento, specie quando si tratti di norme successivamente emanate»⁽⁶⁴⁹⁾. Non pare, invece, riscontrabile in modo chiaro la rilevanza giuridica della diretta efficacia delle norme pattizie nei rapporti intersoggettivi⁽⁶⁵⁰⁾.

L'effetto orizzontale C.E.D.U. è pacificamente accettato in Francia. L'art. 55 della Costituzione⁽⁶⁵¹⁾ attribuisce infatti ai Trattati in-

ad ogni singola previsione e in rapporto al modo di essere dell'ordinamento interno, in particolare della struttura di accoglienza di quest'ultimo».

⁽⁶⁴⁸⁾ In generale sul tema del rapporto tra C.E.D.U. ed ordinamento italiano si veda R. NUNIN, *Le norme programmatiche della C.E.D.U. e l'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 ss.

⁽⁶⁴⁹⁾ Cfr. Cass., sentenza del 27 maggio 1975, n. 2129, in *Gius. it.*, 1976, I, p. 970, il riferimento è tratto dal famoso caso *Soraya*. Si veda anche Cass., sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2247, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195, per cui: «è configurabile, in capo al giudice del merito, un obbligo di tener conto dei criteri elaborati dalla C.E.D.U., pur conservando un margine di valutazione che gli consente di discostarsi dalle liquidazioni effettuate da quella Corte in casi simili, purché in misura ragionevole e motivatamente». Ambiguamente afferma invece il Trib. Biella, 1 giugno 2005: «i giudici nazionali devono “conformarsi” alle sentenze C.E.D.U. anche al di fuori del campo d'applicazione della legge n. 89/2001, nella specie con riferimento all'applicazione dell'art. 2059 c.c.».

⁽⁶⁵⁰⁾ Cfr. C.Cost., sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Gior. Dir. amm.*, 2008, 1, p. 25 ss., va segnalata oggi una tendenza di alcune Corti di procedere ad una disapplicazione della norma interna contraria a quella C.E.D.U., così C. App. Firenze, 14 luglio 2006, n. 1403, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2007, con nota di M. PACINI, *Verso la disapplicazione delle disposizioni legislative contrarie alla C.E.D.U.?*

⁽⁶⁵¹⁾ Art. 55 Cost. francese: «les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

ternazionali un valore superiore a quello della legge ordinaria. La giurisprudenza, pertanto, ha individuato un vero e proprio *Contrôle de conventionnalité* affidato alle corti ordinarie che, in caso di difformità del diritto interno alla Convenzione possono disapplicarlo, con efficacia *inter partes* ⁽⁶⁵²⁾.

In Spagna attraverso la legge *de amparo* i diritti fondamentali sono tutelabili direttamente innanzi ai Tribunali Costituzionali e le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno valore vincolante per gli stessi ⁽⁶⁵³⁾.

Per la C.E.D.U., però, il problema riferito era – ed è – una questione di diritto interno.

La problematica è inoltre distinta dal *Drittwirkung* delle norme costituzionali, così come più sopra accennata.

Altro fattore che va separato dalla questione della natura dei

⁽⁶⁵²⁾ La prima pronuncia del *Conseil d'Etat* che afferma la superiorità delle Convenzioni internazionali regolarmente incorporate nel diritto interno e che si estende su tutte le legge successive alla ratifica è il c.d. *Conseil d'Etat, arrêt Nicolo* del 20 ottobre 1989, in *Rec. Lebon*, 1989, p. 190. Si veda recentemente Cass., sentenza del 20 giugno 2000, *Crédit Lyonnais/Lecarpentier*, in *Rev. franç. de droit adm.*, 2000, n. 6, p. 123.

⁽⁶⁵³⁾ L'art. 10.2 della Costituzione spagnola stabilisce che i diritti fondamentali presenti nella Costituzione debbano essere interpretati in modo conforme alle dichiarazioni internazionali di cui è parte la Spagna. In questo modo le dichiarazioni internazionali, compresa la C.E.D.U., nel caso di specie, assumono una rilevanza costituzionale interna. Il Tribunal Constitucional utilizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come orientamento al pari delle proprie pronunce, ed anzi spesso quasi fosse addirittura la giurisprudenza di un tribunale superiore; sicché sarebbe addirittura possibile affermare che esso funziona, in parte, come delegazione della Corte di Strasburgo e, in una certa misura, è un giudice integrato nel sistema della Convenzione di Roma. Al proposito si veda la nota pronuncia, Tribunal Constitucional, sentenza del 16 dicembre 1991, n. 245, *Barberà, Messeguer y Jabardo*, nella quale il T.C. conclude affermando che la violazione di un diritto garantito dalla C.E.D.U., come accertata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si traduce automaticamente in una lesione del corrispondente precetto della Costituzione spagnola. Tema e sentenza riportato da C. R. MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997.

diritti fondamentali all'interno del sistema C.E.D.U. è il problema della diretta applicabilità delle sentenze della Corte⁽⁶⁵⁴⁾. Seppur si discute anche in Italia dell'esistenza o meno di questo effetto delle pronunce che provengono da Strasburgo, il fenomeno è strutturalmente diverso da quello dell'effetto interindividuale delle norme della Convenzione, e nulla rileva per il ragionamento che si sta realizzando.

Semmai ci si può brevemente interrogare se la novella dell'art. 6 T.U.E. – che prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ed attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 valore giuridico di Trattato⁽⁶⁵⁵⁾ – possa contribuire ad attribuire ai diritti C.E.D.U. un effetto verticale diretto e portare ad un superamento delle stesse sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007⁽⁶⁵⁶⁾. Entrambe queste pronunce avevano stabilito l'impossibilità di disapplicare una norma interna in base alla violazione dell'art. 10, I c., della Costituzione per contrasto con la C.E.D.U. Entrambe le pronunce, però, sono predefinite l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Con l'adesione dell'Unione Europea alla C.E.D.U., si possono raf-

⁽⁶⁵⁴⁾ Ancora G. CATALDI, *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, cit., p. 39. Nonché P. TANZARELLA, *La svolta della Cassazione sull'applicazione diretta delle sentenze di Strasburgo*, nota alla sentenza Cass. 13 ottobre 2006, n. 32678, in *Quad. cost.*, 1, 2007, p. 189 ss.

⁽⁶⁵⁵⁾ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che Istituisce la Comunità europea viene attribuito valore di Trattato alla Carta europea dei diritti fondamentali.

⁽⁶⁵⁶⁾ Cfr. C.Cost., sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Gior. Dir. amm.*, 2008, 1, p. 25 ss. va segnalata oggi una tendenza di alcune Corti di procedere ad una disapplicazione della norma interna contraria a quella C.E.D.U., così C. App. Firenze, 14 luglio 2006, n. 1403, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2007, con nota di M. PACINI, *Verso la disapplicazione delle disposizioni legislative contrarie alla C.E.D.U.?*

forzare le pronunce come quella del Tribunale di Pistoia ⁽⁶⁵⁷⁾ prima e della Corte d'Appello di Firenze ⁽⁶⁵⁸⁾ poi, in tema di godimento di prestazioni sociali da parte di cittadini non comunitari. Le Corti di merito richiamate, con riferimento agli artt. 1 e 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, avevano disapplicato l'art. 80 della legge n. 388 del 2000, riguardo alla prestazione di assegno sociale, riconoscendo «alla sicurezza sociale anche dei cittadini extracomunitari la portata di diritto fondamentale esigibile presso le Corti dell'Unione in virtù della latitudine universale del principio di eguaglianza, consentono di affermare il diritto di questi ultimi alle provvidenze economiche destinate allo scopo di assistenza dall'ordinamento nazionale, senza che siano rilevanti distinzioni dettate dal possesso di uno o altro documento di regolare soggiorno» ⁽⁶⁵⁹⁾. La disapplicazione della legge nazionale, come l'art. 80, 19 c., l. 388/2000 che introduce le indicate distinzioni nelle pronunce richiamate, discende dal radicale contrasto con «il generale principio di eguaglianza ed il divieto di discriminazione per nazionalità, in ragione dell'affermato primato degli ordinamenti comunitario ed internazionale in materia» ⁽⁶⁶⁰⁾.

In questa direzione vi è anche una recentissima sentenza del Consiglio di Stato ⁽⁶⁶¹⁾, nonché in una pronuncia del TAR Lazio la quale sottolinea propriamente come «il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla C.E.D.U. come principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti

⁽⁶⁵⁷⁾ Tribunale Pistoia, 4 maggio 2007, in *Dir. imm. Citt.*, 2007, 2, p. 172 ss.

⁽⁶⁵⁸⁾ Corte di Appello di Firenze del 9 giugno 2007 n. 702, in *Dir. imm. Citt.*, 2007, 3, pp. 160 ss.

⁽⁶⁵⁹⁾ Corte di Appello di Firenze del 9 giugno 2007 n. 702, cit.

⁽⁶⁶⁰⁾ Corte di Appello di Firenze del 9 giugno 2007 n. 702, cit.

⁽⁶⁶¹⁾ Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220

negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno»⁽⁶⁶²⁾.

3. — *Il metodo di emersione delle situazioni giuridiche soggettive ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Nel caso del sistema C.E.D.U. siamo, allora, innegabilmente innanzi ad una concezione dei diritti fondamentali come diritti pubblici soggettivi, cioè diritti di difesa dalle intrusioni dei pubblici poteri, intesi come libertà negative e non come fonti di legittimazione del potere. Come tali essi sono qualificati anche dall'opera della giurisprudenza della Corte europea.

I giudici di Strasburgo, nella loro attività, sembrano procedere all'individuazione degli interessi rilevanti, interpretando la volontà obiettiva del legislatore internazionale per stabilire quale sia il fine di tutela della norma violata, in una sorta di *Schutznormtheorie*⁽⁶⁶³⁾ adattata al bisogno peculiare del Trattato in esame.

⁽⁶⁶²⁾ TAR Lazio, sez. II bis, 18 maggio 2010 n. 11984, in *www.personaedanno.it*.

⁽⁶⁶³⁾ Ancora M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, p. 166.

In un sistema siffatto ciò che rientra nella protezione della norma è necessariamente un diritto fondamentale, anche se nei diversi ordinamenti interni la situazione giuridica protetta, così come individuata attraverso l'opera della Corte, può non corrispondere ad un diritto *pieno*.

Le considerazioni relative all'interpretazione corrente di alcuni articoli della Convenzione dovrebbero suffragare il dato del ricorso, da parte della Corte, alla *Schutznormtheorie* come metodo di emersione delle situazioni giuridiche soggettive. Si ponga attenzione al fatto che l'*espérance légitime* – che rientra nella tutela dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. – è lo strumento che usa la giurisprudenza europea non tanto per valutare la ragionevole possibilità che la pretesa del singolo possa realizzarsi, quanto che essa sia il mezzo per attribuire rilievo al comportamento complessivo delle autorità dello Stato di riferimento. Che questa sia la dimensione dell'indagine di cui ha a cura la Corte lo si capisce tanto più se si riflette sul fatto che quest'ultima ha individuato nel comportamento delle autorità statali il vero elemento determinante la nascita di una *espérance légitime*, e non nella eventuale buona fede del privato.

Tra l'altro se è pur vero che la giurisprudenza C.E.D.U. non si occupa mai di definire il significato di diritto fondamentale, e non qualifica questo come diritto soggettivo pubblico, non afferma mai il contrario.

Il riferimento è ad una considerazione che svolge la nostra Cassazione, richiamata dalla Corte C.E.D.U. nella sentenza *Scordino*⁽⁶⁶⁴⁾. La Corte al punto b) della narrazione, riporta alcuni estratti della Cassazione italiana⁽⁶⁶⁵⁾: «nella causa che ha dato luogo all'ordinan-

⁽⁶⁶⁴⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 marzo 2006, *Scordino* (n.1)/Italia, in www.dirittiuomo.it.

⁽⁶⁶⁵⁾ Estratti della sentenza n. 28507/05 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione depositata in cancelleria il 23 dicembre 2005 (Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Danno e Resp.*, 7, 2006, p. 745 ss.).

za di rinvio sopra richiamata, le Sezioni Unite hanno in particolare proclamato i principi seguenti, mettendo così fine a delle divergenze giurisprudenziali: la legge n. 848 del 5 agosto 1955, che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, che appartengono alla categoria dei diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e che coincidono in gran parte con quelli indicati nell'articolo 2 della Costituzione; a questo riguardo l'enunciazione della Convenzione ha valore di conferma e illustrazione [...]».

I Giudici di Strasburgo non si preoccupano affatto di confutare la nostra Cassazione, ma anzi usano le sue affermazioni per le proprie argomentazioni successive, ad ulteriore conferma di come le previsioni della Convenzione siano diritti pubblici soggettivi, e che in questi termini vengono percepiti anche dalla sua Corte.

4. — *L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 8 C.E.D.U. come metodo d'indagine.*

Esempio significativo nel senso indicato è la lettura data dall'art. 8 C.E.D.U. dalla Corte Europea e del riconoscimento come diritti fondamentali – attraverso la ricerca interpretativa della finalità di tutela della norma – sia della protezione dei dati personali, sia del diritto all'informazione ambientale ⁽⁶⁶⁶⁾.

Il primo, un diritto pieno anche nelle tradizioni degli Stati membri; il secondo, invece, un diritto di natura procedurale.

Entrambi però, attraverso l'attività della Corte, diretta alla ricerca

⁽⁶⁶⁶⁾ Per una lettura dell'art. 8 C.E.D.U. in una prospettiva sociale di cui il diritto all'ambiente è una possibile espressione, si veda S. SONELLI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2004, p. 1439 ss.

del fine di garanzia offerta dalla norma violata, hanno assunto il rango di diritti fondamentali.

La tutela della riservatezza e del trattamento dei dati personali, infatti, inizia ad affermarsi in Europa ⁽⁶⁶⁷⁾ proprio attraverso la lettura

⁽⁶⁶⁷⁾ L'esigenza di garantire il rispetto della sfera intima delle persone ha iniziato ad essere elaborata negli Stati Uniti già negli anni sessanta. È il periodo «in cui la letteratura giuridica nord-americana, nella persona di W.L. Prosser, propone una teorizzazione del diritto all'identità personale [...] parlando di *false light in the public eye*. Si configura, cioè, il *tort of false light* come una delle quattro ipotesi di attentato alla *privacy*, che può essere violata oltre che dalla generica invasione nella vita altrui (*intrusion*), o dalla pubblicazione di fatti privati altrui (*public disclosure of private facts*), o dall'uso non consentito, del nome o dell'immagine altrui (*appropriation*), anche dalla diffusione di notizie personali non veritiere, che danno un'immagine falsata della persona (*false light in the public eye*)» (cfr. F. BASILICA, *Il difficile percorso della formalizzazione giuridica dei diritti della personalità c.d. atipici*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2005, p. 678). In questa fase iniziale il diritto degli individui all'essere lasciati soli (l'esigenza di garantire il rispetto della vita privata veniva sintetizzato nella conosciuta formula linguistica del *right to be let alone*, adottata per la prima volta dal giudice Cooley) coincideva da un lato con la protezione della sfera privata sia dalla curiosità dei terzi (così P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1992, p. 236) che dall'interesse altrui a conoscere (cfr. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 9 ss.), e dall'altro con il controllo del flusso di informazioni che dalla persona veicolavano verso l'esterno (si veda in questo senso S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 216). Una nozione siffatta di riservatezza finiva per coincidere con l'esigenza di tutela dell'intimità domestica e del domicilio, così come del decoro e della reputazione. Le stesse inviolabilità della corrispondenza, così come dell'immagine, nelle discipline esistenti nei diversi ordinamenti, contribuivano a delineare i contorni di questo diritto strettamente connesso alla tutela delle vicende private di ognuno, scovre di rilevanza sociale (nel nostro ordinamento giuridico la Cassazione nella sentenza n. 2199/1975, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 144, finiva per identificare il diritto alla riservatezza con l'interesse a sottrarre alla conoscenza dei terzi le vicende private accadute all'interno e fuori del domicilio domestico, e che non abbiano per i terzi un interesse socialmente rilevante. Nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, il diritto alla riservatezza, così come originariamente concepito, ha trovato negli articoli 13, 14, 15 e 21 della Costituzione e nel più ampio riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2, agevole base giuridica. Va ricordato, comunque, che il cammino del riconoscimento di questo diritto non è stato necessariamente agevole come testimonia per esempio la sentenza della Cassazione n. 4487/1956, in *Foro it.*, 1957, I, c. 423, la quale affermava che «nessuna disposizione di legge autorizza a sostenere che [il diritto alla riservatezza] era stato sancito»).

dell'art. 8 C.E.D.U ad opera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, pur non avendo detta disposizione un contenuto specificatamente dedicato agli aspetti menzionati ⁽⁶⁶⁸⁾.

L'articolo 8 C.E.D.U., infatti, riconosce il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita.

La Corte europea – più volte chiamata a pronunciarsi riguardo alla diffusione di notizie intime o private relative agli individui – ha finito per applicare a queste fattispecie la norma richiamata ⁽⁶⁶⁹⁾.

L'originaria accezione individuante il diritto alla *privacy* si è mostrata nel corso del tempo però non in grado di salvaguardare con sufficiente forza il bene giuridico della vita privata, esposto a nuove e possibili forme di aggressione. L'iniziale modo di intendere il riserbo ha dovuto confrontarsi con la crescente tecnologizzazione ed informatizzazione della società. La raccolta organizzata di dati su supporti che possono facilmente e velocemente circolare in tutto il mondo, la loro conservazione, elaborazione ed aggregazione – che agevola la formazione per ogni individuo di un profilo su gusti, orientamenti politici, preferenze di genere diverso – hanno necessariamente mutato i connotati del diritto alla riservatezza da come inizialmente elaborato. La protezione del solo domicilio, dell'immagine, così come della corrispondenza o dei mezzi della comunicazione del pensiero nelle forme tradizionali, si sono mostrati non più sufficienti a proteggere gli atti relativi alla sfera del riserbo ⁽⁶⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁸⁾ Espressamente Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 agosto 1997, *M.S./Svezia*, in *Eur. Court HR*, IV, 1997, p. 1437 ss., ha ulteriormente affermato come l'art. 8 si applica alla materia dei dati personali.

⁽⁶⁶⁹⁾ In questo senso M. SPATTI, *Diritto alla riservatezza e trattamento dei dati personali*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2004, p. 165.

⁽⁶⁷⁰⁾ Testualmente E. VARANI, *Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario: dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 «Codice in materia di protezione dei dati personali»*, in *Giur. it.*,

Gli iniziali interventi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo erano diretti sostanzialmente a valutare le misure adottate dagli Stati, i quali erano chiamati a bilanciare, con i loro interventi, contemporaneamente l'interesse alla protezione della *privacy* con quello alla circolazione delle informazioni all'interno di strutture pubbliche⁽⁶⁷¹⁾.

2005, p. 1770: «dato di fondo del nuovo contesto è l'inserimento dell'individuo nella società 'globale', nella quale la stragrande maggioranza delle azioni compiute dalle scelte individuali lasciano una 'traccia' che ne consente la mappatura e con essa la ricostruzione dell'identikit della persona». Nasce per tale ragione una sensibilità nuova verso il problema della modalità con cui salvaguardare la sfera individuale del riserbo. Da più parti si è riflettuto su come «la libertà di informazione e l'incrementata libera circolazione delle informazioni, realizzate dalle moderne tecnologie, richiedano la contestuale ed indispensabile predisposizione di strumenti giuridici di protezione dei dati personali, per garantire ai privati il mantenimento di una sfera di riservatezza ed agli Stati o alle organizzazioni internazionali la possibilità di mantenere segrete alcune informazioni per motivi attinenti alla sicurezza pubblica, alle questioni militari, alle relazioni internazionali e a tutti quei motivi che attengono alla salvaguardia di interessi collettivi che lo richiedono» (così sul punto M MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 11).

⁽⁶⁷¹⁾ Parallelamente quindi alle prime pronunce giurisprudenziali della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anche il Consiglio d'Europa è stato investito del problema della tutela del riserbo della persona. I primi interventi dell'indicato organismo internazionale si esprimono attraverso atti con carattere non vincolante. Essi si risolvono in semplici raccomandazioni agli Stati, affinché i governi si adoperino per adottare provvedimenti diretti a far trovare ai principi fondamentali della persona applicazione nel campo della raccolta e dell'elaborazione dei dati. Sono la risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 26 settembre 1973 (R(73) 22 del 26 settembre 1973, in *Council of Eur., Committee of Ministers, Recommendations and Resolutions*, 1973) sulla protezione della vita privata delle persone fisiche rispetto alle banche dati elettroniche nel settore privato, e la risoluzione del 29 settembre 1974 (R(74) 29 del 20 settembre 1974, in *Council of Eur., Committee of Ministers, Recommendations and Resolutions*, 1974) relativa alle banche dati nel settore pubblico. Alcuni Stati Europei hanno accolto, quasi nell'immediatezza, le raccomandazioni del Consiglio (la Svezia emana una legge sulla tutela della riservatezza e la tutela dei dati nel 1973, la Germania nel 1977, la Francia, la Danimarca, la Norvegia nel 1978, il Lussemburgo nel 1979). Tra gli Stati aderenti era ancora, comunque, mancante in materia una legislazione uniforme: «la presenza di disposizioni eterogenee finiva così per rappresentare anche un ostacolo alla libera circolazione transfrontaliere delle informazioni» (Testualmente F. DONATI, *Com-*

Si pensi al caso della conservazione dei dati sanitari negli ospedali

mento all'art. 8, in R. BIFULCO, M. CARTARIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti – Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 85). È in questa realtà in movimento che il Consiglio d'Europa predispose un altro documento, questa volta a carattere vincolante, sulla modalità attraverso la quale raccogliere, gestire ed eventualmente trasferire i dati personali, rispondendo alla duplice esigenza di garantire la libera circolazione dei dati, così come la salvaguardia dei diritti fondamentali. Da parte del Consiglio viene pertanto emanata, il 28 gennaio 1981, la «Convenzione d'Europa per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati di carattere personale» (n. 108), comunemente indicata come Convenzione di Strasburgo (anche Convenzione dati). Il Trattato ha carattere aperto, accessibile pertanto a qualsiasi altro Stato non membro del Consiglio d'Europa invitato ad aderirvi da parte del Consiglio dei ministri. Alle disposizioni contenute nella Convenzione in esame doveva essere data, poi, attuazione attraverso la normativa interna di ogni paese aderente (la c.d. Convenzioni Dati è entrata in vigore per l'Italia il 1° luglio 1997). Detto atto internazionale persegue la finalità di garantire ad ogni persona fisica «il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano» (cfr. art. 1 Convenzione di Strasburgo). Quindi «lo scopo di tale accordo tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa è di assicurare la protezione dei dati personali, elaborati tramite l'automatizzazione e [...] procedure di registrazione, elaborazione logica e/o aritmetica, modifica, cancellazione, estrazione e diffusione, nonché di individuare il responsabile del database, sia esso pubblico o privato» (così M. MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 31). La Convenzione dati appresta protezione alle persone fisiche «presenti sul territorio di uno degli Stati membri, indipendentemente dalla cittadinanza o residenza, con la scelta quindi di un criterio oggettivo e non soggettivo di applicazione di tale normativa» (Ancora M. MIGLIAZZA, *op. cit.*, p. 34.). La disciplina non è estesa alle persone giuridiche ed al trattamento dei dati conservati sui quali si opera manualmente. Rimane ferma la facoltà degli Stati aderenti di estendere comunque l'ambito d'applicazione delle regole indicate in Convenzione nei confronti delle persone giuridiche (cfr. art.3, n.2, lett. b) Convenzione di Strasburgo) ed in riferimento alle banche dati manuali (cfr art. 2, n. 2, lett. c) Convenzione di Strasburgo). In relazione alla circolazione dei dati personali la Convenzione di Strasburgo del 1981 contiene principi fondamentali che verranno ripresi negli atti successivi del Consiglio d'Europa e della stessa Unione europea. La Convenzione individua primariamente le informazioni oggetto di trattamento e le modalità con cui questo possa avvenire correttamente, lecitamente e per scopi legittimi. I dati devono essere ottenuti ed elaborati in modo leale e legale. Devono essere registrati per fini determinati, con la conseguenza che l'utilizzo degli stessi debba avvenire compatibilmente con le finalità per cui è stata effettuata la registrazione. Lo scopo per cui sono registrati, poi, diventa anche cartina di torna-

sole per valutare la loro pertinenza, adeguatezza e non eccessività rispetto al fine indicato. Devono essere, inoltre, esatti ed aggiornati, anche se conservati solo per il limite temporale necessario per realizzare la finalità perseguita e permettere l'identificazione della persona interessata. Le informazioni su convinzioni religiose, politiche, origine razziale, abitudini sessuali e condizioni di salute, condanne penali, sono escluse da ogni trattamento. Sono queste indicazioni qualificate come dati sensibili di cui è vietata l'elaborazione automatizzata. Alla presenza di idonee garanzie ogni Stato può, comunque, adottare una normativa interna che permetta il loro trattamento attraverso data base (si veda art. 6 Convenzione di Strasburgo). La Convenzione di Strasburgo impone regole minime agli Stati aderenti, e lascia quest'ultimi la facoltà di adottare norme d'attuazione maggiormente dettagliate. I paesi, per questa ragione, sono chiamati anche a prevedere misure di sicurezza che impediscano forme di distruzione e di perdita accidentale dei dati registrati, e che, in ogni caso, impediscano l'accesso e la diffusione non autorizzate degli stessi (cfr. art. 7 Convenzione di Strasburgo). Qualora le informazioni siano contenute in banche dati, la Convenzione riconosce ai titolari di avere contezza sia dell'esistenza, sia dei fini della collezione elettronica, nonché dell'identità, della sede o residenza del responsabile della stessa. Gli interessati possiedono, anche, il diritto di poter ottenere la correzione, così come la cancellazione dei dati quando questi siano trattati in modo illegittimo (cfr. art. 8 Convenzione di Strasburgo). Il riconoscimento dei menzionati diritti implica la facoltà di poter far ricorso innanzi alle competenti autorità in caso di violazione (ancora art. 8, lett. d), Convenzione di Strasburgo). La Convenzione Dati prevede, altresì, che gli Stati possano comunque attenuare sia gli obblighi sia i diritti previsti nell'accordo internazionale. La legge interna del paese aderente, infatti, per ragioni connesse alla sicurezza pubblica, alla sicurezza dello Stato, per interessi monetari, per far fronte alla repressione dei reati e per la protezione dei diritti e delle libertà degli individui può prevedere deroghe alle previsioni contenute nel Trattato (cfr. art. 9 Convenzione di Strasburgo). In realtà la presenza di eccezioni che permettano da parte dello Stato l'ingerenza nella vita privata degli individui era già contenuta nel secondo comma dell'art. 8 C.E.D.U. La finalità di armonizzazione delle legislazioni degli paesi aderenti affianca l'intento perseguito dall'Accordo di attuare tra gli stessi uno spazio di libera circolazione dei dati. Per tale ragione viene fatto divieto alle legislazioni interne di proibire o sottoporre ad autorizzazione il flusso di informazioni. La trasmissione di dati personali può essere non consentita, invece, verso paesi terzi, quando questi non prestano idonea garanzia di protezione (si veda art. 12 Convenzione di Strasburgo). La Convenzione di Strasburgo è stata recentemente novellata. L'otto novembre 2001 è stata aperto alla firma un Protocollo addizionale, entrato in vigore il primo luglio 2004. L'Accordo si è arricchito, così, di previsioni che da un lato contengono la possibilità di trasferire dati verso paesi terzi, dall'altro prevedono l'obbligo di istituire un'Autorità di controllo chiamata ad assicurare il rispetto della normativa adottata per l'esecuzione degli impegni provenienti dalla Convenzione stessa. Questi

e la loro segretezza⁽⁶⁷²⁾, al diritto che i dati presenti nei registri di polizia non siano utilizzati per scopi diversi da quello per cui sono stati raccolti, oppure al diritto alla segretezza delle comunicazioni telefoniche⁽⁶⁷³⁾.

Con il tempo, quindi, la Corte ha ricompreso nella nozione di *privacy* anche la protezione dei dati personali ed il potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni⁽⁶⁷⁴⁾. Nel caso in esame siamo di fronte ad una attività interpretativa della Corte che ha finito per estendere la nozione tradizionale di *privacy* a quella di protezione di dati personali. Siamo comunque innanzi ad un diritto pieno, quello della protezione dei dati personali e della *privacy*, che è tale anche nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

Il percorso interpretativo che ha coinvolto l'art. 8 cit., però, ha visto estendere il suo significato anche ad un diritto di natura procedurale, come si vedrà di seguito.

L'art. 8 C.E.D.U., garantendo all'individuo una sfera nella quale egli può perseguire liberamente lo sviluppo ed il completamento

due ultimi aspetti normati dalla Convenzione attraverso Protocollo aggiuntivo, erano già presenti nella disciplina comunitaria intervenuta nel frattempo

⁽⁶⁷²⁾ Si veda ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 agosto 1997, in *Eur. Court HR*, IV, 1997, p. 1437 ss.

⁽⁶⁷³⁾ In questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 2 agosto 1984, *Malone/Regno Unito*, in *Eur. Court HR*, serie A, vol. 82, 1984, 7 ss. o ancora molto più recentemente ID., sentenza del 16 febbraio 2000, *Amman/Svizzera*, in *Eur. Court HR*, II, 2000, p. 2031 ss.

⁽⁶⁷⁴⁾ E. VARANI, *Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario: dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 «Codice in materia di protezione dei dati personali»*, cit., p. 1770, per cui si parla oggi di *privacy* alludendo propriamente con tale espressione «ad una sorta di diritto comprensivo, oltre che dei tradizionali aspetti connessi alla “riservatezza”, anche del potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni personali, e del complementare diritto di essere lasciati in pace, inteso come esigenza di protezione del singolo dai tentativi di contatto realizzati da terzi secondo particolari modalità (connesse all'uso delle nuove tecnologie), e tendenzialmente per fini di carattere commerciale».

della sua personalità, ha permesso alla giurisprudenza della Corte di ricomprendere nella sua tutela il diritto alla protezione dell'ambiente.

Si afferma nel lontano caso *Friedl* che «sarebbe troppo restrittivo limitare la nozione di vita privata ad una cerchia intima nella quale ciascuno può condurre la sua vita personale come crede ed escluderne completamente il mondo esterno»⁽⁶⁷⁵⁾. È pertanto oramai giurisprudenza costante che il diritto ad un ambiente che rispetti determinate condizioni di vita e di igiene, rientri nella nozione di vita privata *ex art. 8 C.E.D.U.*

Gravi pregiudizi all'ambiente possono infatti menomare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo stesso domicilio, nuocendo così alla sua vita privata e familiare⁽⁶⁷⁶⁾.

L'ambiente è l'oggetto mediato di tutela. Questo viene preso in considerazione in quanto strumento per assicurare il rispetto dei diritti del singolo. Miglior qualità dell'ambiente significa miglior godimento del diritto al rispetto della propria vita privata.

Il riferimento all'art. 8 cit., piuttosto che alla violazione del diritto alla vita di cui all'art. 2 C.E.D.U.⁽⁶⁷⁷⁾, garantisce la possibilità di

⁽⁶⁷⁵⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 31 maggio 1995, *Friedl/Austria*, in *Racc.*, Serie A, n. 305, punto 45.

⁽⁶⁷⁶⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Lopez Ostra/Spagna*, in *Racc.*, Serie A, 303, punto 51, pubblicata anche in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 430. Precisa poi il punto 58 della sentenza che: «(...) malgrado il margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato che si difende (...), questo non ha saputo trovare il giusto equilibrio tra l'interesse al benessere economico della città di Lorca – quello di disporre di una stazione di smaltimento rifiuti – e l'effettivo godimento da parte della richiedente del diritto al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata e familiare». Chiosa sul punto M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 112-113: «ciò può essere il caso di un rumore eccessivo, provocato ad esempio da un intenso traffico aereo, come pure dell'inquinamento olfattivo dovuto a scariche di prodotto inquinanti, quali liquami di una impianto di depurazione di residui industriale».

⁽⁶⁷⁷⁾ È oramai consolidato l'orientamento che riconduce il diritto ad un ambiente salubre all'art. 8 C.E.D.U. Si veda sul punto Commissione Europea dei diritti dell'uo-

rendere realizzabili interventi sullo stato dell'ambiente prima che questo versi in una condizione di degenerazione tale da mettere in pericolo la salute e la vita dell'individuo ⁽⁶⁷⁸⁾. È possibile per questa via preservare un ambiente da forme più gravi ed irrimediabili di inquinamento ⁽⁶⁷⁹⁾. Inoltre il riferimento all'art. 8 cit., invece che all'art 2 o art. 3 della Convenzione, permette la modulazione di questo diritto anche di fronte a contemporanee esigenze di carattere economico. Il riferimento all'articolo sulla protezione della vita umana, infatti, autorizza la Corte a far proprie anche le attuali tendenze, in tema di protezione del diritto all'ambiente, dirette a realizzare un equilibrio tra le esigenze della tutela dell'ambiente e quelle dello sviluppo economico ⁽⁶⁸⁰⁾. Tendenza riassumibile *nell'inflazionata* dizione di sviluppo sostenibile. In questo senso è necessario ricordare che

mo, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, richiesta n. 14967/1989, *Guerra ed altre/Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>. La Commissione era chiamata a valutare il ricorso promosso da alcuni cittadini di Manfredonia danneggiati da emissioni di gas e fuoriuscite di altre sostanze tossiche causate dallo stabilimento *Enichem*. Il ricorso veniva introdotto però facendo riferimento alla violazione della disposizione contenuta nell'art 2 C.E.D.U. La Commissione si è pronunciata sulla non ricevibilità in realtà per mancato esaurimento dei rimedi interni. Ha fatto comunque rilevare: «[...] *la question pourrait se poser de savoir si plutôt que sous l'angle de l'art 2, la situation dénoncée par les requérantes ne devrait pas être examinée sous l'angle de l'art. 8 de la Convention qui garantit, entre autre, le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale*».

⁽⁶⁷⁸⁾ Cfr. T. SCOVAZZI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 1994, p. 234.

⁽⁶⁷⁹⁾ N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, in *Dir. e gest. dell'ambiente*, 2, 2001, p. 54. Afferma G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: «Nuovo diritto» o espediente tecnico?*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 43, che costruendo il diritto all'ambiente salubre come prolungamento del diritto alla riservatezza della vita privata e familiare, la giurisprudenza di Strasburgo, quindi, riesce ad assicurare una protezione più ampia di quella offerta dalla giurisprudenza italiana.

⁽⁶⁸⁰⁾ Cfr. T. SCOVAZZI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo*, cit., p. 234.

diritto all'ambiente non significa diritto all'integrità ambientale, quanto garanzia di un giusto equilibrio tra i diritti individuali ed esigenze della società. Gli artt. 2 e 3 cit., invece, sono caratterizzati dall'assolutezza e le loro disposizioni non ammettono costrizioni.

Quello che è certo è che l'operazione condotta dalla Corte conferma la tendenza di fare del diritto all'ambiente un diritto implicito ad altri diritti fondamentali. Proteggere l'ambiente significa garantire altri diritti della persona: il diritto alla salute, innanzi tutto, ma non solo. Specularmene quindi implementando il contenuto di questi diritti si possono raggiungere anche obiettivi di tutela ambientale ⁽⁶⁸¹⁾.

Il riconoscimento del diritto all'ambiente implica la rilevanza di varie situazioni giuridiche che trovano in esso la loro matrice e che sono nel contempo funzionali alla sua protezione ⁽⁶⁸²⁾. Esistono pertanto nella giurisprudenza della Corte C.E.D.U. posizioni individuali strumentali alla tutela dell'ambiente ed al godimento effettivo del riconosciuto diritto.

In realtà da tempo la dottrina, e non limitatamente al caso della giurisprudenza di Strasburgo, afferma che l'espressione diritto all'ambiente sia una sorta di formula indicante non tanto una sola pretesa soggettiva, quanto un insieme di posizioni giuridiche diversamente strutturate e diversamente tutelabili.

⁽⁶⁸¹⁾ Cfr. S. GRASSI, *Principi per la tutela dell'ambiente*, in AA.VV. *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, p. 123: «se l'ambiente è una proiezione della persona e la qualità dell'ambiente è un aspetto essenziale del diritto alla qualità della vita, le norme che garantiscono i diritti della persona e il diritto ad una vita migliore riconoscono implicitamente anche il diritto umano all'ambiente».

⁽⁶⁸²⁾ Quel che è certo è che la constatata assenza di un autonomo diritto umano all'ambiente non ha neutralizzato la possibilità che proprio la protezione dell'ambiente si affermasse come valore primario, in grado anche di condizionare l'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione, così ancora N. COLACINO, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: alcuni elementi di giurisprudenza*, cit., p. 54; G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, I, p. 44.

«Non esiste un ‘diritto all’ambiente’ azionabile da un soggetto individuale o collettivo davanti ad un giudice, ma tante situazioni soggettive (di volta in volta coincidenti con il diritto alla salute, il diritto alla salubrità dell’ambiente, l’interesse alle informazioni ambientali, i modelli giuridicamente tutelati dell’associazionismo ambientale, ecc) che si pongono nei confronti dell’ambiente in un rapporto di fine a mezzo»⁽⁶⁸³⁾.

La Corte in esame, nonché la Commissione prima di essa, riconosce l’esistenza di un diritto all’informazione ambientale, funzionale alla salvaguardia dell’ambiente. La Commissione, proprio nell’ordinanza *Guerra e altri/Italia*⁽⁶⁸⁴⁾, affermava l’esistenza e l’importanza «*dans les domaines interdépendants de la protection de l’environnement et de la santé et du bien-être des individus, revêt désormais l’information du public [...]*».

L’informazione al pubblico permette in questa materia di ovviare, od anche prevenire, i danni che possono provenire dall’inquinamento. Nella lettura della Corte la riferita prevenzione è salvaguardia del benessere e della salute della persona, protetti dalla Convenzione e soprattutto garantiti dall’art 8 cit. La giurisprudenza, quindi, qualifica connotandolo il contenuto del diritto all’informazione ambientale.

La Commissione, facendo però riferimento all’art. 10 C.E.D.U., specificò che questo diritto non solo impone allo Stato di rendere accessibili al pubblico le informazioni in materia ambientale, ma anche di raccogliercle, di elaborarle e di trasmetterle. La Commissione, in un significativo giudizio di ammissibilità, fonda invero la sussistenza di un vero e proprio diritto all’informazione ambientale

⁽⁶⁸³⁾ B. CARAVITA DI TORITTO, *Costituzione principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell’ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 165.

⁽⁶⁸⁴⁾ Rapporto di ammissibilità della Commissione del 29 giugno 1999, richiesta n. 14967/89, *Guerra e altri/Italia*, cit.

non sul richiamato articolo 8, ma sulla norma che protegge la libertà d'espressione, l'art. 10 appunto. La Corte, successivamente chiamata a decidere proprio sul caso di cui la Commissione aveva vagliato l'ammissibilità, non ha ritenuto fondare l'esistenza di questo diritto sull'ultimo articolo citato.

«Le libellé de l'art 10, et le sens s'attachant couramment aux mots utilisés, ne permettent pas de déduire qu'un Etat se trouve dans l'obligation positive de fournir des informations, sauf lorsqu'une personne demande exige d'elle-même des informations dont le gouvernement dispose à l'époque considérée»⁽⁶⁸⁵⁾.

Nonostante per la Corte non esistesse un obbligo in capo agli Stati di fornire informazioni senza che queste vengano richieste dagli interessati, ha comunque riconosciuto tutela al diritto all'informazione ambientale. Il riferimento è stato però la violazione del diritto che tutela la vita privata del cittadino per le ragioni funzionali sopra indicate.

La mancata comunicazione alle popolazioni interessate delle informazioni sui rischi legati alle attività industriali pericolose, alle misure di sicurezza adottate, ai piani d'emergenza preparati ed alla procedura da seguire in caso di incidente, comporta violazione dell'art 8 della Convenzione.

L'esercizio di questo diritto impone agli Stati la predisposizione di una procedura semplificata e di facile accesso, che consenta agli aventi diritto di avvicinarsi alle informazioni necessarie per la propria tutela⁽⁶⁸⁶⁾. Rendere effettivo il godimento del diritto alla

⁽⁶⁸⁵⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 19 febbraio 1998, *Guerra e altri /Italia*, cit., par 56. La Corte prosegue affermando che il senso comunemente attribuibile alle parole utilizzate nell'art. 10 non consentono di dedurre che uno Stato si trovi nell'obbligo di fornire informazioni, salvo nel caso in cui una persona le chieda espressamente.

⁽⁶⁸⁶⁾ Si veda anche Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 9 giugno 1998, *L. C. B/Regno Unito*, in *Racc.*, 1998, III, p. 84. Per quel che riguarda il diritto

riservatezza della vita familiare e privata attraverso la garanzia del diritto all'informazione costituisce un obbligo attivo a carico dello Stato. La Corte richiama, innanzi tutto, compiti attivi dello Stato volti a preservare la qualità dell'ambiente come necessario presupposto per il suo godimento effettivo. Il diritto all'informazione ambientale è strumentale alla realizzazione del diritto sostanziale all'ambiente salubre, quale necessario prolungamento del diritto garantito dall'articolo 8 C.E.D.U.

La Corte Europea realizza, così, la protezione dell'ambiente dando rilevanza giuridica a diritti procedurali e non sostanziali.

Il diritto all'informazione ed alla partecipazione individuale o collettiva a procedimenti amministrativi in questo settore trovano la loro matrice, e la loro funzionalità, proprio nella tutela dell'ambiente⁽⁶⁸⁷⁾. Deve considerarsi, quindi, diritto fondamentale

all'informazione ambientale, ci si potrebbe domandare tuttavia «se la Corte si sarebbe pronunciata negli stessi termini, qualora le vittime non fossero state in grado di provare il possesso delle informazioni richieste da parte dell'autorità pubblica». (B. MAUER LIBORI, *Il diritto all'informazione ambientale in Europa*, in *Diri. e gest. dell'ambiente*, 3, 2001, p. 35).

⁽⁶⁸⁷⁾ Si parla a tal proposito di *diritti per l'ambiente*, cfr. S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 123. Anche in Italia esiste da tempo una tendenza a ricondurre il diritto all'ambiente ad una serie di situazioni giuridiche soggettive funzionali alla sua realizzazione. L'articolo 2, lett. a. del d.lgs. n. 39/1997, attuazione della direttiva n. 90/313/CEE, concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia ambientale, parla di diritto ad una informazione ambientale come di «qualsiasi informazione disponibile in forma scritta visiva sonora o contenuta nelle basi di dati in merito allo stato delle acque, dell'aria, del suolo, della fauna, della flora, del territorio e degli spazi naturali, nonché alle attività (incluse quelle nocive, come il rumore) o misure che incidono negativamente o possono incidere negativamente sugli stessi, nonché alle attività o alle misure destinate a tutelarli, ivi compresi misure amministrative e programmi di gestione dell'ambiente». Tale diritto si concretizza come diritto di accesso alle informazioni relative all'ambiente che sono in possesso delle autorità pubbliche o di organismi aventi pubbliche responsabilità. Il diritto d'accesso all'informazioni ambientali riceve una tutela più ampia rispetto al generico diritto di accesso ai documenti amministrativi previsto dalla l. 241/1990 in quanto non richiede che l'istante dichiari un proprio specifico interesse.

della persona non solo il diritto di accesso ad una informazione ambientale chiara ed esaustiva, ma anche il diritto di ricevere informazioni capaci di mettere in guardia rispetto a pericoli insiti in una attività inquinante. In questi termini il diritto all'informazione ambientale è un diritto fondamentale ⁽⁶⁸⁸⁾.

Già nella legge n. 349/1986 art. 141, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, prevede che: «il Ministero dell'ambiente assicura la più ampia divulgazione alle informazioni sullo stato dell'ambiente». Afferma S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 23, che il diritto all'informazioni ambientali realizza un controllo della comunità sulle attività potenzialmente pericolose e sviluppa «le conoscenze, la partecipazione e la responsabilità dei soggetti privati favorendo una maggiore coscienza ambientale e una maggiore consapevolezza nei comportamenti di tutti». Viene riconosciuto anche come diritto ad una giusto procedimento di impatto ambientale. Secondo una parte della dottrina, infatti, il diritto all'ambiente potrebbe costruirsi come diritto ad ottenere la garanzia di un giusto procedimento per il rilascio da parte della Pubblica Amministrazione delle autorizzazioni alle attività produttive che coinvolgono risorse naturali. Il diritto all'ambiente sarebbe in sostanza un diritto procedimentale. Sul punto G. BOZZI, *Danno all'ambiente, danno alla persona danno alla vivibilità*, in *T.A.R.*, 11, 1996, p. 57. La Cassazione da tempo, poi, (cfr. Cass., sentenza del 6 ottobre 79, n. 5172, in *Foro It.*, 1979, I, c. 2302) afferma che la tutela della salubrità dell'ambiente trovava fondamento anche nella necessità di tutelare la vita associata dell'uomo. Nella sentenza Cass. n. 421/1983 si afferma che: «la Costituzione consente di ravvisare nell'ambiente un diritto fondamentale con un suo contenuto necessario di informazione, partecipazione e azione per ogni persona; l'ambiente è sede della partecipazione (artt. 2, 3 e 5), ossia il luogo, l'occasione, lo strumento per l'esercizio dei diritti, ma anche dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale». Esiste pertanto uno stretto rapporto tra l'art 3 Cost. e la tutela dell'ambiente. «Il degrado dell'ambiente costituisce un attacco al principio di uguaglianza sostanziale, perché è evidente come i danni ambientali colpiscano in termini più che proporzionali le categorie più deboli dei cittadini. La tutela del diritto all'ambiente si inquadra perciò perfettamente nel principio di partecipazione e promozione sostanziale della persona umana cui si collega il riconoscimento dei diritti sociali» (S. GRASSI, *Prefazione*, in M. GRECO (a cura di), *Diritti umani e ambiente*, Pisa, 2000).

⁽⁶⁸⁸⁾ Rapporto di ammissibilità della Commissione del 29 giugno 1995, richiesta n. 14967/89, *Guerra e altri/Italia*, cit., par. 49: «[...] la *Convention impose donc aux Etats non seulement de rendre les informations en matière d'environnement accessibles au public, exigeance à laquelle le droit italien semble pouvoir répondre par le biais de l'article 14 par. 3 de la loi n. 349 du 8 juillet 1986, mais aussi des obligations positives de collecte,*

5. — *L'interpretazione giurisprudenziale della proprietà nella C.E.D.U.: un ulteriore strumento d'indagine.*

L'art. 1 del protocollo 1 del Trattato C.E.D.U. offre un'ulteriore possibilità di indagare il metodo di emersione delle situazioni giuridiche soggettive nella giurisprudenza C.E.D.U.⁽⁶⁸⁹⁾.

Dalla delimitazione dell'ambito di applicazione materiale dell'articolo è possibile procedere all'identificazione delle situazioni protette dalla norma di garanzia posta dalla Convenzione.

Ci si soffermerà perciò sulla lettura data alla nozione di bene. Ossia, in queste pagine, non troveranno trattazione le letture giurisprudenziali della seconda e terza parte dell'articolo citato. La

d'élaboration et de diffusion des informations qui, par leur nature même, ne sont pas directement accessibles et qui ne pourraient être autrement portées à la connaissance du public que par le biais de l'action des pouvoirs publics».

⁽⁶⁸⁹⁾ M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2003, p. 1 ss. «L'art. 1 del protocollo è l'unica disposizione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che abbia espressamente ad oggetto la tutela di un diritto patrimoniale; la sua collocazione nel primo protocollo anziché nella Convenzione si spiega con il contrasto che ne ha caratterizzato l'elaborazione durante i lavori preparatori e che non ha consentito di raggiungere un accordo in merito all'opportunità di inserire la tutela in una convenzione sui diritti civili. Il diritto di proprietà, da un lato, era considerato da molti come un diritto appartenente alla sfera economica e sociale dell'individuo, dall'altro, la norma sulla proprietà privata trovò anche l'opposizione di quegli Stati, quali il Regno Unito e la Svezia, che erano in procinto di effettuare ampi programmi di nazionalizzazione e non intendevano accettare un controllo internazionale a riguardo. Successivamente, il problema della considerazione del diritto alla proprietà come un diritto dell'uomo si è incrociato con la contestazione delle norme in materia di trattamento degli interessi economici degli stranieri. Tale contestazione, iniziata con l'avvento del socialismo reale in Russia e proseguita nel secondo dopoguerra con le nazionalizzazioni realizzate dai paesi dell'est europeo, ha toccato il suo punto di massimo sviluppo in seguito ai processi di riforma della propria economia attuati dai paesi sorti dal processo di decolonizzazione. In tale contesto non è un caso che i patti delle Nazioni Unite abbiano evitato qualunque riferimento al diritto di proprietà per mettere l'accento invece sul diritto di ogni popolo di disporre liberamente delle proprie risorse naturali».

Corte ritiene che la norma sia costituita da tre precetti distinti ⁽⁶⁹⁰⁾, i quali contribuiscono alla creazione di un sistema completo di garanzia della proprietà.

Il primo precetto è contenuto nella frase iniziale del primo comma, è di carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; il secondo, espresso nella successiva frase del primo comma, attiene alla privazione della proprietà e la subordina a determinate condizioni; il terzo, contenuto nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere di disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale. La seconda e la terza regola vanno interpretate alla luce del principio fissato nella prima ⁽⁶⁹¹⁾.

L'importanza assoluta rivestita dagli ultimi due precetti indicati è innegabile. In ogni caso l'elemento centrale per la ricerca del criterio di emersione delle situazioni giuridiche soggettive è la determinazione giurisprudenziale delle posizioni ricomprese nella nozione di bene ⁽⁶⁹²⁾.

Per l'emersione del metodo di qualificazione delle situazioni soggettive nel sistema C.E.D.U., rileva essenzialmente l'interpretazione della prima parte.

⁽⁶⁹⁰⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 1 febbraio 1986, *James e altri/Regno Unito*, in *Racc.*, serie A, n. 98, p. 29-30, punto 37.

⁽⁶⁹¹⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 20 luglio 2000, *Antonetto/Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

⁽⁶⁹²⁾ Si veda sull'articolo in esame e soprattutto sulla rilevanza proprio della seconda e terza parte di questo, R. ARCANGELI, *L'occupazione acquisitiva nella prospettiva costituzionale e comunitaria*, in *Cons. Stato*, 2001, II, p. 513; M. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999, p. 833 ss; ID., *Il crepuscolo dell'occupazione appropriativa*, in *Riv. t. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1112; E. BONELLI, *Accessione invertita e risarcimento: un'eterna spada di Damocle sulla finanza locale*, in *Riv. amm.*, 2000, p. 779; I. CACCIAVILLANI, *L'indennità di espropriazione nella giurisprudenza europea*, in *Riv. amm.*, 2002, fasc. 10-11, 153, p. 1091.

È in essa, infatti, che si rintracciano quelle posizioni individuali che la giurisprudenza di Strasburgo qualifica come rientranti nella nozione di proprietà, ma che in molti ordinamenti statali non sono affatto diritti assoluti. Spesso non sono neanche diritti. Di qui l'utilità dell'analisi del presente articolo per affermare come l'attività interpretativa della Corte sia diretta alla ricerca del fine di tutela della norma che è chiamata ad esaminare.

Si deve immediatamente rilevare come la Corte imposti la lettura interpretativa dell'articolo in esame non nella elaborazione di una nozione generale di proprietà, quanto nella determinazione del concetto di bene.

L'identificazione del concetto di proprietà con la cosa posseduta, piuttosto che con il diritto che sulla cosa si esercita, ha come conseguenza il fatto che questo viene considerato in termini equivalenti ai diritti sull'oggetto⁽⁶⁹³⁾.

I giudici di Strasburgo, infatti, non realizzano alcun tentativo di delineare una nozione generale di proprietà; e soprattutto non cercano di farlo nei termini di una ricostruzione che si possa dire *familiare* per i giuristi continentali.

La Corte C.E.D.U. non elabora alcuna nozione di proprietà che sia fondata sul carattere dell'appartenenza⁽⁶⁹⁴⁾. La giurisprudenza

⁽⁶⁹³⁾ In questi termini M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 33, la quale riporta in termini sintetici anche la diversa ricostruzione del concetto di proprietà nei sistemi di *civil law* ed in quelli di *common law*.

⁽⁶⁹⁴⁾ Si legga la nota definizione di A. GAMBARO, *La proprietà – beni, proprietà, comunione*, in G. IUDICA, P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990, p. 86, per il quale quando si parla di proprietà ci si riferisce alla: «situazione di appartenenza privata più estesa che l'ordinamento giuridico possa riconoscere» quando invece per bene debba intendersi «al di là dei disordini terminologici è da ricordare che la nozione di bene è stata elaborata dalla nostra esperienza giuridica per designare gli oggetti della proprietà e del possesso, o meglio, per designare ciò che era suscettibile di una forma di appartenenza ricollegabile o alla proprietà romanica o al *Gewere* germanico».

europea non qualifica quest'ultima in termini di rapporto tra la persona ed il bene. La Corte capovolge l'attenzione dal rapporto d'appartenenza focalizzandosi sull'oggetto di questo rapporto ⁽⁶⁹⁵⁾. L'impostazione scelta dalla giurisprudenza C.E.D.U. muove dal dato testuale della norma. Il concetto di bene assume così una funzione equivalente a quella di diritto di proprietà. Attraverso il riconoscimento a ciascuno del rispetto dei propri beni si garantisce, nella sostanza, il rispetto del diritto di proprietà ⁽⁶⁹⁶⁾.

Nella previsione dell'articolo 1 del prot. 1 C.E.D.U., la Corte di Strasburgo fa rientrare la titolarità di qualunque diritto di natura patrimoniale.

Vi è, invero, una innegabile tendenza della giurisprudenza in esame a realizzare una crescente dilatazione del contenuto dell'articolo 1 cit., che ha trovato così applicazione rispetto a numerose fattispecie.

Ad opera della Corte sono state ricomprese, nella qualificazione di bene, indifferentemente posizioni giuridiche soggettive identificabili talvolta con diritti pieni, altre volte con semplici interessi.

La nozione di proprietà contenuta nella Convenzione ha pertanto, ed innegabilmente, una caratterizzazione più ampia rispetto ai tradizionali schemi presenti negli ordinamenti interni.

Hanno trovato innanzitutto tutela nella fattispecie in esame le situazioni giuridiche che comunemente vengono ricondotte alla proprietà come diritto assoluto. Il riferimento è *al vero e proprio* diritto di proprietà su beni immobili e mobili, ai diritti reali ed alla

⁽⁶⁹⁵⁾ Il concetto di bene, infatti, è stata storicamente elaborata per designare ciò che era suscettibile di appartenenza o di possesso. Analizza il rapporto tra il concetto di bene ed il diritto di proprietà O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

⁽⁶⁹⁶⁾ In questi termini Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx/Belgio*, cit.; si veda anche ID, sentenza del 28 ottobre 1987, *Inzel/Austria*, in *Racc.*, 1987, Serie A, 229-F, p. 38.

cosiddetta proprietà intellettuale⁽⁶⁹⁷⁾. Tale ultimo dato, tra l'altro, pone la giurisprudenza C.E.D.U. in linea con quella comunitaria e la legislazione dell'Unione in tema di beni immateriali. Nel tempo, però, hanno fatto ingresso nella fattispecie in esame situazioni comunemente lontane dalla nozione di proprietà in senso stretto.

L'articolo in esame offre, per esempio, garanzia all'avviamento commerciale. Va precisato, a tal proposito, che la Corte fa rientrare l'avviamento commerciale nella tutela del diritto di proprietà, con riferimento alla sola prima parte della norma menzionata e cioè relativamente al rispetto del pacifico godimento dei beni senza ingerenze arbitrarie di terzi. Nel caso *Iatridis/Grecia*⁽⁶⁹⁸⁾, infatti, il ricorrente denunciava la violazione dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. in seguito all'espulsione da un fondo commerciale, di cui il ricorrente era locatario e la cui proprietà era, però, incerta. La Corte di Strasburgo, dopo aver comunque affermato che l'avviamento commerciale costituisce un valore patrimoniale tutelabile in ragione dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U., ha stabilito che esso non poteva essere oggetto di espropriazione senza un formale titolo di proprietà sul fondo.

La Corte ha riconosciuto quale bene anche la clientela di uno studio professionale. Il c.d diritto al *goodwill* è assimilato al diritto di proprietà in quanto, secondo il ragionamento dei giudici di Strasburgo, grazie al lavoro, gli interessati sono riusciti a crearsi una

⁽⁶⁹⁷⁾ Specificatamente in tema di proprietà intellettuale Commissione, Appl., 12633/87, 4 ottobre 1990, *Smith Kline and French Laboratories Ltd/ Olanda*, in *Dec. rep.*, 1990, 66, p. 70. Si ricorda, stante il richiamo effettuato di una pronuncia della Commissione, come dopo la firma del Protocollo n. 11 l'attuale sistema preveda la presenza della sola Corte europea. Espressamente, poi, si afferma in Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 23 febbraio 1995, *Gasus Dossier/Fördertechnik Gmb H/Olanda*, in *Racc.*, Serie A, 306-B, p. 53, che: «la nozione di beni dell'art.1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma, che sicuramente non si limita alla proprietà dei beni materiali (...)».

⁽⁶⁹⁸⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia*, in *Rep.*, 1999, II.

clientela che come tale ha un valore patrimoniale. Esso costituisce pertanto un bene⁽⁶⁹⁹⁾.

Sono beni ai sensi dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. anche i diritti soggettivi relativi a crediti d'imposta. Il riferimento è il caso *Buffalo Srl/Italia*⁽⁷⁰⁰⁾. In questa ipotesi è stato proposto ricorso alla Corte C.E.D.U. per violazione dell'art. 1 del prot. n.1 da una società titolare di crediti di imposta nei confronti dello Stato italiano⁽⁷⁰¹⁾. Anche il credito derivante da un risarcimento del danno costituisce un valore patrimoniale che come tale riveste il carattere di bene⁽⁷⁰²⁾.

Rientrano infatti nella nozione in esame i crediti purché siano sufficientemente provati ai fini della loro esigibilità. Sono tali anche le somme accordate con una sentenza arbitrale che abbia i caratteri della definitività ed obbligatorietà⁽⁷⁰³⁾. Sono beni che godono della garanzia apprestata dalla C.E.D.U. anche le opere di interesse storico e artistico (legge n. 1089/39)⁽⁷⁰⁴⁾. Il reddito futuro può essere considerato bene solo se è stato già guadagnato o se è comunque oggetto di un credito sicuro⁽⁷⁰⁵⁾.

⁽⁶⁹⁹⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 23 aprile 1997, *Van Marle/Olanda*, in *Racc.*, 1997, p. 691.

⁽⁷⁰⁰⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 22 luglio 2004, *Buffalo srl/Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

⁽⁷⁰¹⁾ In quanto le operazioni di rimborso fiscale erano iniziate con ritardo ed ancora al momento della presentazione del ricorso non erano terminate, la società è stata per questo obbligata a contrarre prestiti a tassi di interesse superiori a quelli che lo Stato italiano applica in sede di rimborso dei crediti di imposta.

⁽⁷⁰²⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 3 luglio 1997, *Pressos Compania naviera S.A. ed altri/Belgio*, in *Racc.*, 1997, p. 1292.

⁽⁷⁰³⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 5 gennaio 2000, *Beyeler/Italia*, in *Rep.*, 2000, I, par. 100-101-102.

⁽⁷⁰⁴⁾ Commissione, D 198119/92, *Størksen/Norvegia*, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, p. 88.

⁽⁷⁰⁵⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia*, cit, par. 54.

La nozione di bene contenuta nell'articolo 1 cit. ha, di fatto, natura autonoma, come tale è svincolata dalle qualificazioni formali del diritto interno⁽⁷⁰⁶⁾. La tutela che offre, pertanto, non è limitata al diritto di proprietà sui beni corporali⁽⁷⁰⁷⁾. Ciò non significa che i giudici di Strasburgo prescindano del tutto dal diritto nazionale. In genere la Corte preferisce trovare un riscontro in tal senso⁽⁷⁰⁸⁾.

Quel che è certo è che, comunque, la giurisprudenza europea non si preoccupa di accertare se il ricorrente possa essere considerato, rispetto al diritto interno, il proprietario del bene⁽⁷⁰⁹⁾. L'autonomia concettuale della proprietà in sede C.E.D.U. ha permesso alla Corte di ampliare l'area dove l'articolo 1 cit. potesse trovare applicazione, permettendole di considerare irrilevante la circostanza che una certa situazione giuridica venga qualificata o meno come diritto di proprietà nell'ambito dell'ordinamento interno. La Corte sceglie, così, di far passare sotto tono la distinzione di solito esistente tra

⁽⁷⁰⁶⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia*, cit.: «*la Cour rappelle que la notion de biens de l'article 1 du Protocole n. 1 a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des 'droits de propriété' et donc pour des 'biens' aux fins de cette disposition*».

⁽⁷⁰⁷⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 5 novembre 2000, *Beyeler/Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>: «*aux yeux de la Cour, ces éléments prouvent que le requérant était titulaire d'un intérêt patrimonial reconnu en droit italien, bien que révocable dans certaines conditions, depuis l'acquisition de l'œuvre jusqu'au moment où le droit de préemption a été exercé et où une compensation lui a été versée, ce que le Conseil d'Etat a qualifié de mesure rentrant dans la catégorie des actes d'expropriation (paragraphe 51 ci-dessus). L'intérêt du requérant constituait dès lors un « bien », au sens de l'article 1 du Protocole n. 1*».

⁽⁷⁰⁸⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 5 novembre 2000, *Beyeler/Italia*, cit.: «*il n'appartient pas davantage à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si le requérant devait être considéré ou non, au regard du droit italien, comme le propriétaire réel du tableau*».

⁽⁷⁰⁹⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 23 aprile 1997, *Van Marle/Olanda*, cit.

diritto e semplice interesse patrimoniale. L'aspetto che funge da legante tra le diverse fattispecie che la Corte riconduce alla garanzia della previsione indicata, è il valore patrimoniale del diritto, o dell'interesse, fatto valere dal ricorrente.

Il valore patrimoniale, a tutela del quale si invoca la garanzia, deve essere già parte integrante del patrimonio del singolo. A tal fine la Corte individua i criteri per la determinazione di quando un interesse, od un diritto, assume un valore patrimoniale sufficiente ad integrare la fattispecie dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U., richiamando la nozione di diritto ed obbligo civile di cui all'art. 6 della Convenzione in esame. Vi è infatti una sorta di corrispondenza nella giurisprudenza della Corte, da quando trova applicazione l'ultima previsione richiamata e la configurazione di bene rilevante ai fini dell'applicazione della garanzia di cui all'art. 1 cit.

Quando non trova applicazione l'articolo 6 cit., perché non siamo innanzi alla violazione di un diritto o di un obbligo civile, nelle sentenze viene di solito anche esclusa l'esistenza del bene *ex art. 1 prot. 1 C.E.D.U.* Talvolta è la stessa giurisprudenza ad operare questo riferimento. Nella sentenza *Van Marle*⁽⁷¹⁰⁾ i giudici di Strasburgo qualificano il *goodwill* come situazione giuridica che riveste i caratteri del diritto di natura privatistica, e quindi patrimonialmente rilevante. È presente, quindi, nella pronuncia un espresso richiamo ai criteri identificativi delle fattispecie integranti le nozioni di obblighi e diritti civili di cui all'art. 6 cit.

L'organo giurisdizionale della Corte europea, comunque, ha più volte evidenziato come la norma in esame abbia ad oggetto

⁽⁷¹⁰⁾ Il riferimento è Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx/ Belgio*, cit.; si veda anche Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 23 novembre 1983, *Van der Musselle/Belgio*, in *Racc.*, 1983, Serie A, p. 70: «*le texte précité se borne à consacrer le droit de chacun au respect de "ses" biens; il ne vaut par conséquent que pour des biens actuels*».

esclusivamente il godimento di beni presenti ed attuali, mentre non garantisce il diritto di acquisirli in successione o donazione⁽⁷¹¹⁾. In tema di successioni, infatti, la garanzia viene accordata solo se la successione sia già aperta. In tal caso il diritto patrimoniale in materia ereditaria è qualificabile come attuale⁽⁷¹²⁾.

Nonostante non sia facile distinguere agevolmente tra beni attuali e semplici aspettative (si pensi proprio al caso del mancato guadagno dei professionisti o nella perdita della clientela), l'attualità e la determinatezza del diritto patrimoniale dovrebbe identificare il bene oggetto della tutela *ex art. 1 cit.* Il raggiungimento di tale constatazione non elimina totalmente il problema della corretta determinazione dell'interesse patrimoniale tutelabile come diritto di proprietà.

⁽⁷¹¹⁾ Per la Corte siamo di fronte ad un interesse patrimoniale rilevante solo se questo non riguardi una successione che è solo possibile o potenziale. Significativi in questo senso sono Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 1 febbraio 2000, *Mazurek/France*, in *Racc.*, 2000, II, p. 41. Nella sentenza indicata il ricorrente contestava la legislazione francese relativamente all'impossibilità per il figlio adulterino di potere ereditare una quota superiore ad un quarto dell'asse ereditario. La Corte ha inquadrato il fatto nella previsione dell'art.1 prot. n. 1 C.E.D.U. solo perché si trattava di una successione aperta. Si veda inoltre ID., sentenza del 28 ottobre 1987, *Inze/Germania*, in *Racc.*, 1987, Serie A, 126, par. 38, qui il problema era legato alla possibilità di far valere il diritto del figlio naturale alla successione di una azienda agricola quando la legge austriaca stabiliva ai fini dell'assegnazione una preferenza per i figli legittimi. La Corte sottolinea il fatto che il caso in esame aveva ad oggetto un diritto attuale in quanto si trattava di una successione già aperta. Cosa che non è accaduta nel caso *Marckx*, cit. dove la lamentela dei ricorrenti era legata alla contrarietà dei limiti all'articolo in esame posti dalla legislazione belga alla capacità di testare della madre naturale e quella di ricevere dei figli naturali. La Corte ha affermato come il secondo aspetto promosso dal ricorrente non possa trovare accoglimento nella fattispecie in esame proprio perché l'interesse patrimoniale non riveste i caratteri dell'attualità.

⁽⁷¹²⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 novembre 1991, *Pine Valley/Irlanda*, in *Racc.*, 1991, Serie A, p. 222: «*jusqu'à son prononcé, les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1), un élément de la propriété en question*».

Anche l'aspettativa legittima, infatti, è stata qualificata come bene da garantire attraverso il ricorso all'art. 1 prot.1 C.E.D.U. La Corte, nel noto caso *Pine Valley*, ha ritenuto di trovarsi innanzi ad un bene attuale quando il ricorrente possa far valere una ragionevole aspettativa di veder realizzata una propria pretesa giuridica⁽⁷¹³⁾.

La vicinanza dell'*espérance légitime* con il legittimo affidamento è percepibile. Attraverso il ricorso a questo criterio anche un bene che non è già appartenente al soggetto ricorrente, secondo le norme dell'ordinamento interno, potrà essere considerato *attuale* ai fini dell'applicazione delle garanzie della Convenzione. È il comportamento delle autorità dello Stato, che ha indotto il privato a considerarsi in buona fede titolare di una determinata situazione giuridica, la spia che segnala il transito di una aspettativa di un bene sotto la tutela del Trattato in esame. Non è la buona fede ed il rispetto da parte del privato della legislazione interna, il criterio dal quale emerge la posizione tutelabile mediante il ricorso all'art. 1 prot.1 C.E.D.U. Il caso di riferimento è il noto *Beyeler/Italia* del novembre 2000⁽⁷¹⁴⁾, relativo alla nullità di un atto di acquisto di un quadro

⁽⁷¹³⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 5 novembre 2000, *Beyeler/Italia*, cit.

⁽⁷¹⁴⁾ Per la precisione si trattava dell'acquisto, nel 1977, di un quadro di *Van Gogh*, da parte di un famoso gallerista svizzero. L'acquisto non rispettava le formalità previste dalla legge italiana, la quale prevedeva, per le irregolarità presenti nel contratto, la nullità dello stesso. Ciò nonostante, il gallerista successivamente si comportò, nei confronti delle autorità italiane, come il proprietario del quadro. Il caso scoppiò in occasione della vendita del quadro, nel 1988, da parte di *Beyeler*. Il Ministero dei beni culturali rifiutò di considerare valida la vendita, ritenendo che, a causa delle irregolarità originarie presenti nel contratto di acquisto, *Beyeler* non avesse mai acquistato un valido titolo di proprietà sul quadro. Pochi mesi dopo, il Ministero esercitò il proprio diritto di prelazione, in relazione al contratto di vendita avvenuto nel 1977 ed al prezzo ivi dichiarato. Tutti i ricorsi giurisdizionali esperiti dal *Beyeler* in Italia vennero respinti sulla base della nullità dell'originario contratto d'acquisto. La Corte Europea, a cui successivamente si rivolge il gallerista, accoglie invece il ricorso.

secondo le leggi italiane in materia di beni artistici ⁽⁷¹⁵⁾. I giudici di Strasburgo, dopo aver ricordato che la nozione di bene ai sensi della Convenzione sia indipendente dal rapporto di qualificazione formale che riceve nel diritto interno, giudicavano il ricorrente – il secondo acquirente del quadro oggetto del contratto nullo per l'ordinamento italiano – comunque titolare di un interesse patrimoniale. *Beyeler* aveva acquistato un quadro, ma il contratto di provenienza era viziato di nullità per omissione da parte del suo dante causa del rispetto di alcune procedure previste dalla legge nazionale in tema di acquisto di beni artistici. Secondo la legge italiana il bene era revocabile. Per la Corte questa possibilità faceva del ricorrente il lato passivo di un atto posto in essere dalla autorità statale che era assimilabile ad un atto di espropriazione. La Corte ha dato rilevanza alla tolleranza mostrata dalle autorità italiane nei confronti di *Beyeler*, rispetto al quale da tempo si conoscevano le irregolarità dell'atto d'acquisto.

Viene così in rilievo, in capo al privato, un interesse patrimoniale da tutelare in ragione dell'omissione di adeguate misure di reazione da parte delle competenti autorità dello Stato; e ciò indipendentemente dalla buona fede e dal rispetto delle norme interne da parte del ricorrente stesso ⁽⁷¹⁶⁾. Non ogni valore patrimoniale, foss'anche dotato del carattere della attualità, costituisce in ogni caso un bene ai sensi dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U.

⁽⁷¹⁵⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 5 novembre 2000, *Beyeler/Italia*, cit.: «*près avoir été informées, en 1983, de l'élément manquant dans la déclaration faite en 1977, à savoir l'identité de l'acheteur final, les autorités italiennes ont attendu jusqu'en 1988 avant de s'intéresser sérieusement à la question de la propriété du tableau et de décider d'exercer le droit de préemption. Pendant ce laps de temps, les autorités ont eu une attitude tantôt ambiguë tantôt consentante à l'égard du requérant et elles l'ont souvenu traité, de facto, comme l'ayant droit légitime de la vente de 1977*».

⁽⁷¹⁶⁾ Si veda in questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 novembre 1983, *Van der Mussel*, cit., par. 48.

In ogni caso non è tale, ad esempio, la riduzione patrimoniale di lieve entità che derivi dall'adempimento imposto ad un singolo di un interesse generale o di solidarietà sociale. Soprattutto quando i riferiti oneri scaturiscono dalla esecuzione di un ordine imposto dalle leggi dello Stato o da norme proprie della Convenzione in esame⁽⁷¹⁷⁾.

A conclusione del breve percorso fatto, si può affermare come sia innegabile che la lettura offerta della nozione di bene, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1 prot. C.E.D.U., sia molto vicina a quella elaborata nei sistemi di *common law* relativamente alla nozione di *law of propriety*. Questo concetto, infatti, nella tradizione anglosassone si estende oltre i riferimenti tradizionali del concetto di proprietà e di quello di diritto reale. Non esiste una corrispondenza tra la nozione di proprietà dei sistemi di *civil law* e quello di *propriety*. Quest'ultimo comprende, infatti, anche situazioni di vantaggio a favore dei singoli che nei sistemi continentali sono qualificate come obbligazioni⁽⁷¹⁸⁾.

Rientra, per esempio, nella nozione di *propriety* un credito liquido ed esigibile, e queste caratteristiche permettono di agire in un'azione recuperatoria o risarcitoria. Appartengono alla nozione di *propriety* il *copyright*, il brevetto (*patent*), nonché situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che trovano origine nei rapporti contrattuali quali, come detto, crediti liquidi, avviamento commerciale, *know-how*, ma anche contratti che possono essere ceduti⁽⁷¹⁹⁾.

⁽⁷¹⁷⁾ U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino; 1992, p. 327. afferma: «*propriety*, infatti, nella terminologia giuridica inglese ricopre l'intera nostra nozione di patrimonio. Sono perciò *propriety* una larga varietà di istituti che nel diritto romanista non si sono sviluppati nell'ambito dei diritti reali: una polizza di assicurazione, un pacchetto azionario, un contratto di locazione, ecc. ».

⁽⁷¹⁸⁾ Riportano i significativi esempi fatti A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum*, in AA.VV., *Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, p. 43 ss.

⁽⁷¹⁹⁾ Si veda sul tema la ricostruzione presente in M. L. PADELLETTI, *La tutela della*

Pur essendo comunque presente una tendenza all'estensione del contenuto del diritto di proprietà anche nei sistemi di *civil law*⁽⁷²⁰⁾, quel che è certo è che esiste una comunanza di contenuti tra gli oggetti della garanzia dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. e quelli ricondotti nella nozione di *propriety*. È palese, quindi, come il campo di applicazione dell'articolo citato sia veramente esteso, includendo qualsiasi misura che interferisca con una situazione giuridica il cui contenuto sia patrimoniale.

Dagli esempi riportati, sia in tema di applicazione dell'art. 8 C.E.D.U. che dell'articolo 1 prot. 1 C.E.D.U., dovrebbe trarsi la conferma di come la Corte operi includendo nella tutela della norma ogni interesse che appare essere in linea con il fine della stessa.

Ogni interesse selezionato, interpretando la volontà obiettiva del legislatore internazionale sul fine di tutela della norma violata, è un diritto da difendere dall'intrusione dei pubblici poteri.

6. — *Il diritto soggettivo alla riparazione del danno per la violazione delle norme convenzionali C.E.D.U.*

A chiusura della trattazione merita qualche accenno la previsione di cui all'art. 41 C.E.D.U. Dovendo, infatti, ricostruire quali sono le situazioni giuridiche presenti nella Convenzione in esame, si propone, al termine della breve analisi del sistema, la norma che si occupa del risarcimento del danno in caso di violazione delle norme Convenzionali.

Nel caso di specie siamo di fronte ad un vero e proprio diritto soggettivo esistente in capo al ricorrente che si è visto accolto il proprio ricorso.

proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, cit., p. 44 ss.

⁽⁷²⁰⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 marzo 2006, *Scordino (n.1)/Italia*, cit.

L'art. 41⁽⁷²¹⁾ della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo si occupa, infatti, degli effetti successivi alla violazione dei diritti previsti nel Trattato ad opera degli Stati membri. La Corte, ai sensi della medesima disposizione, ha la competenza sulle conseguenze dell'illecito. La norma in esame qualifica la violazione della Convenzione o dei suoi protocolli come illecito⁽⁷²²⁾.

Il verificarsi di questa circostanza, accertata con sentenza, fa sorgere – primariamente ed ove possibile – l'obbligo della *restitution in integrum* in capo allo Stato responsabile⁽⁷²³⁾.

Qualora l'ordinamento del paese convenuto non elimini o non consenta di eliminare totalmente le conseguenze causate dall'accertata violazione, al ricorrente sarà riconosciuta da parte dai giudici C.E.D.U. un'equa soddisfazione per il danno subito.

L'impossibilità della *restitution in integrum* da parte dello Stato,

⁽⁷²¹⁾ Art. 41 C.E.D.U.: «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». Prima dell'entrata in vigore del protocollo undicesimo la questione era disciplinata dall'art. 50 della Convenzione di cui l'attuale ricalca sostanzialmente il contenuto: «se la decisione della Corte dichiara che una decisione presa o una misura ordinata da una autorità giudiziaria o da ogni altra autorità di un Paese contraente si trova interamente o parzialmente in contrasto con obblighi che derivano dalla presente convenzione, e se il diritto interno di detta Parte non permette che in modo incompleto di eliminare le conseguenze di tale decisione o di tale misura, la decisione della Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione della parte lesa».

⁽⁷²²⁾ Cfr. C. ASPRELLA, *Equa riparazione del danno da irragionevole durata del processo*, in *Giur. Merito*, 2005, 9, p. 1959, sottolinea la natura della norma in esame: «l'art.41, in particolare, è norma di chiusura dell'ordinamento sovranazionale istituito con la Convenzione ed impone l'obbligo di riparare la violazione di un impegno internazionale in forma adeguata; prima di esso vige, nella Convenzione, l'obbligo della *restitution in integrum* che dovrebbe essere il primo rimedio, sussistendo l'obbligo della equa riparazione solo in via sussidiaria».

⁽⁷²³⁾ Sull'attuazione dello vigilerà il Comitato dei ministri ai sensi dell'art. 46, par.2, C.E.D.U.

quindi, è la condizione necessaria per cui sia concessa al ricorrente una riparazione pecuniaria.

A riguardo si è a ragione sostenuto che detta circostanza *pregiudiziale* risponda «bene alla logica, che ispira tutto il sistema di controllo giurisdizionale creato dalla Convenzione, secondo la quale spetta inizialmente allo stesso Stato responsabile scegliere ed adottare le misure più idonee per eliminare le conseguenze della violazione accertata dalla Corte»⁽⁷²⁴⁾.

Sulla nazione convenuta incombe il dovere – derivante dall'adesione al Trattato – di rimuovere le conseguenze della violazione accertata. Da tale preliminare constatazione discende che se la natura della violazione constatata è tale per cui attraverso l'intervento dello Stato, le sue conseguenze possono essere cancellate, in capo alla Corte europea non sorge alcuna competenza al riconoscimento di un equo indennizzo al ricorrente⁽⁷²⁵⁾.

Al contrario, se il diritto nazionale non è in grado di correggere le conseguenze negative derivanti dalla violazione della norma della Convenzione o dei suoi protocolli, l'articolo in esame abilita i giudici di Strasburgo ad accordare una soddisfazione appropriata al ricorrente⁽⁷²⁶⁾.

⁽⁷²⁴⁾ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, p. 56.

⁽⁷²⁵⁾ Chiaramente riconosce all'art. 41 natura di norma di competenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 giugno 1968, *Neumeister*, in *Racc.*, 1968, Serie A, 8, par. 30 in relazione alle previsioni di cui all'art. 5 C.E.D.U. e la tutela del diritto alla libertà: «l'articolo [41] (...) enuncia una regola di competenza» al contrario l'art. 5, par. 5, regole di merito e diritti individuali «il cui rispetto si impone anzitutto alle autorità degli Stati contraenti».

⁽⁷²⁶⁾ Si legga Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri/ Grèce*, in *Racc.*, 1995, Serie A n. 330-B, par. 34, la quale testualmente recita: «*si la nature de la violation permet une restitution in integrum, il incombe à l'Etat défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même. Si en revanche, le droit national ne permet pas ou ne*

Analoga competenza sorgerà in capo alla Corte nell'ipotesi in cui l'ordinamento interno permetta una parziale rimozione degli effetti realizzati dalla violazione. In questo caso i giudici saranno chiamati a concedere al ricorrente un equo indennizzo per coprire le sole conseguenze non cancellabili dall'intervento statale⁽⁷²⁷⁾.

È rimessa, quindi, alla libera determinazione degli Stati la scelta dei mezzi che essi intendono utilizzare per dare esecuzione alla sentenza che constata una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, in esecuzione dell'obbligo sancito dall'art. 1 C.E.D.U. di assicurare il rispetto dei diritti e della libertà in essa riconosciuti. Pertanto primariamente spetterà allo Stato convenuto realizzare *restituito in integrum* di un diritto individuale leso, qualora la natura della violazione la permetta.

La Corte, di contro, ai sensi dell'art. 41 non possiede la competenza e la possibilità pratica di porre in essere tale forma di riparazione.

Qualora il diritto nazionale non consenta di riparare in maniera perfetta le conseguenze della violazione, l'articolo 41 autorizzerà la Corte ad accordare alla parte danneggiata la soddisfazione che gli sembra maggiormente adeguata⁽⁷²⁸⁾.

Una volta riconosciuta l'esistenza di un danno risarcibile, quindi, la Corte dovrà decidere sulla entità del danno secondo equità. La stessa non è chiamata, secondo il precetto della norma in esame, a motivare le ragioni in forza delle quali procedere alla quantificazio-

permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 50 habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée».

⁽⁷²⁷⁾ Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta/Italia*, in *Riv. Intern. dei diritti dell'uomo*, 2000, II, p. 115, per cui: «en vertu de l'article 41 de la Convention, le but des sommes pour les dommages subis par les intéressés dans la mesure où ils constituent une conséquence de la violation ne pouvant en tout cas pas être effacée».

⁽⁷²⁸⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 gennaio 2001, *Brumărescu/Romania*, in *Racc.*, 2000, I, par. 20.

ne. In tal senso l'art. 41 cit. riserva ai giudici di Strasburgo un ampio potere discrezionale⁽⁷²⁹⁾.

È escluso, comunque, che la Corte possa ordinare allo Stato responsabile una *restitutio in integrum*. In forza delle previsioni dell'art. 41, in particolare, ma più in generale in relazione all'obbligo assunto dagli Stati al momento della sottoscrizione del Trattato, compete solo a quest'ultimi il compito di porre in essere ogni attività necessaria per garantire il rispetto dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione. Ciò tanto più quando è stata accertata una violazione.

Da questa considerazione discende l'impossibilità dell'organo giurisdizionale C.E.D.U. di ordinare agli Stati di adottare provvedimenti di portata generale capaci di rimuovere gli effetti dannosi dell'accertata violazione⁽⁷³⁰⁾. La Corte ha sempre escluso che possa rientrare nella competenza ad essa attribuita la richiesta ad uno Sta-

⁽⁷²⁹⁾ Si può sintetizzare in alcuni passaggi il percorso elaborato dalla giurisprudenza C.E.D.U. per effettuare la valutazione di cui all'art. 41 cit.: si verifica se siano state assunte misure a livello nazionale per riparare il danno (specialmente sotto forma di risarcimento); conseguentemente se l'ingerenza da parte delle pubbliche autorità, seppure illegittima o non proporzionata, fosse giustificata dalla necessità di proteggere l'interesse pubblico; si analizza quindi la natura della violazione, per capire se sia necessaria la integrale compensazione o se sia sufficiente quella parziale; si accerta se vi sia stata una sorta di concorso degli stessi ricorrenti nel verificarsi della violazione ovvero se abbiano trascurato mezzi a loro disposizione per diminuire il danno.

⁽⁷³⁰⁾ La richiesta di un risarcimento del danno attraverso la domanda alla Corte di condannare lo Stato responsabile alla emanazione di provvedimenti a contenuto generale è stata promossa in numerosi casi, come: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 dicembre 1987, *F./Svizzera*, in *Racc.*, 1987, Serie A, p. 128, par. 42-43, dove si chiese alla Corte di ordinare alla Svizzera di perdere tutte le misure utili per sopprimere l'interdizione ad un nuovo matrimonio previsto dall'art. 150 del codice civile svizzero; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 maggio 1988, *Pauwels/Belgio*, in *Racc.*, 1988, Serie A, 135, par. 40-41; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 giugno 1995, *Yagci et Sargin/Turchia*, in *Racc.*, 1996, 966, par. 79; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 novembre 2002, *Lundevall/Svezia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>, par. 44.

to di modificare la propria legislazione⁽⁷³¹⁾. O ancora è escluso che la Corte possa invocare da parte del paese convenuto l'adozione di misure individuali a favore del singolo⁽⁷³²⁾, così come di condannare il governo dello Stato ad assumere l'obbligo di detenere un determinato comportamento nei confronti del soggetto leso⁽⁷³³⁾, o di fornire garanzie che la violazione accertata non si verifichi nel futuro⁽⁷³⁴⁾.

Si è posto il problema dell'eventuale necessità per il ricorrente di esperire tutte le vie del ricorso interno prima di ricorrere ai giudici di Strasburgo, per assicurarsi l'equa riparazione non garantita dall'ordinamento interno di riferimento.

La posizione della Corte che nel tempo si è venuta delineando ha sempre riconosciuto alle richieste di risarcimento, natura di appendice rispetto alle azioni di merito⁽⁷³⁵⁾. L'effetto significativo che ne

⁽⁷³¹⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 maggio 1988, *Pauwels/Belgio*, cit., punto 41, per cui: «*la convention ne lui attribue pas compétence pour enjoindre à l'état de modifier sa législation (...) ses arrêts laissent à l'état concerné le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui l'article 53*».

⁽⁷³²⁾ Si veda sul punto Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 ottobre 1982, *Le Compte, Van Leuven et De Megere/Belgio*, in *Racc.*, 1982, Serie A, p. 43, punto 14 nella quale la Corte specifica che la «*Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'état belge, à supposer qu'il puisse lui-même satisfaire à cette exigence, l'effacement des sanctions disciplinaires infligées aux trois requérants et des condamnations pénales prononcées contre le Dr Le Compte*».

⁽⁷³³⁾ Si vedano per esempio Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 22 ottobre 1981, caso *Dudgeon/Regno Unito*, in *Racc.*, 1981, Serie A, p. 45, punto 15, dove si chiedeva al governo britannico di non discriminare il ricorrente sotto il profilo della omosessualità qualora egli avesse voluto richiedere un posto di lavoro nella pubblica amministrazione.

⁽⁷³⁴⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 22 marzo 1983, *Campbel et Consans*, cit., par. 15 dove fu imposto allo stesso governo di impedire che i figli del ricorrente fossero sottoposti a punizioni corporali nelle scuole del paese.

⁽⁷³⁵⁾ P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2004, p. 60, ricorda: «il legame tra la fase di merito e fase sull'equa soddisfazione è stato sancito anche nel regolamento della Corte. Quello at-

è conseguito è quello di sottrarre detta richiesta alle condizioni di ricevibilità dei ricorsi, da un lato, ed al previo esperimento di tutti i ricorsi interni per constatare l'impossibilità – o la possibilità parziale – della *restituito in integrum*, dall'altro.

Se così non fosse la procedura nel suo complesso si articolerebbe in tre successivi e complessi passaggi. Primariamente il ricorrente dovrebbe esperire invano le vie del ricorso interno per potersi rivolgere una prima volta ai giudici di Strasburgo, dimostrando la violazione dei diritti garantiti in Convenzione; successivamente per garantirsi la *restituito in integrum* ad opera dello Stato, ed infine una terza volta per ottenere dalla Corte equa soddisfazione.

La lunghezza stessa di questa ipotizzata procedura sarebbe inconciliabile proprio con lo scopo e l'oggetto della Convenzione, oltre a risultare un farraginoso meccanismo di nessuna efficacia per la protezione dei diritti dell'uomo⁽⁷³⁶⁾.

Nell'ipotesi in cui nello Stato convenuto esista uno strumento di rapida soluzione della questione relativa alla *restituito in integrum*, il pieno diritto riconosciuto dall'ordinamento interno è comunque opponibile al ricorrente nell'unico procedimento. Competerà, nel caso, allo Stato responsabile dimostrare l'esistenza e la presenza nel suo ordinamento di uno strumento capace di risolvere rapidamente ed

tualmente in vigore stabilisce, all'art. 60, che qualsiasi richiesta di equa soddisfazione ex art. 41 debba, salvo istruzioni contrarie del presidente della camera, essere esposta dal ricorrente (individuo o stato) nelle osservazioni scritte sul merito o, in mancanza di tali osservazioni, in un documento apposito depositato entro due mesi dalla decisione che dichiara ricevibile il ricorso e, all'art. 75, che quando la camera constata una violazione della convenzione o dei protocolli, essa decide con la stessa sentenza l'applicazione dell'art. 41 se la questione '*après avoir été soulevée conformément à l'article 60 du présent règlement, se trouve en état; sinon, elle la réserve, en tout ou en partie, et fixe la procédure ultérieure*'».

⁽⁷³⁶⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 13.9.1994, *Barberà, Messagué e Jabardo*, in *Racc.*, 1994, Serie A, 285-C, par. 17.

efficacemente il caso⁽⁷³⁷⁾.

La condizione fondamentale e pregiudiziale affinché sia accordata una riparazione pecuniaria alla parte lesa consta, quindi, nell'impossibilità di eliminare completamente, o di farlo solo in modo parziale, le conseguenze individuali della violazione della Convenzione da parte dell'ordinamento interno allo Stato⁽⁷³⁸⁾.

La giurisprudenza della Corte, in ogni modo, ha interpretato estensivamente la riferita circostanza, riconoscendo una soddisfazione pecuniaria all'individuo leso, non solo di fronte all'impossibilità della *restitution in integrum* – totale o parziale – per impedimenti derivanti dal sistema legale del paese convenuto, ma anche quando l'eliminazione delle conseguenze dipenda dalla stessa natura delle lesioni⁽⁷³⁹⁾ o dal semplice rifiuto della nazione obbligata di accogliere le richieste del ricorrente⁽⁷⁴⁰⁾.

⁽⁷³⁷⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen/Svizzera*, in *Racc.*, 1993, Serie A, 263, par. 73-74,

⁽⁷³⁸⁾ In Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia* cit., la Corte ricorda che una sentenza che constata una violazione comporta per lo Stato convenuto l'obbligo di mettere un termine alla violazione e cancellarne le conseguenze in modo da ristabilire il più possibile la situazione precedente a questa.

⁽⁷³⁹⁾ Tale indirizzo è oggi consolidato ed ha preso origine fin dagli anni '70 attraverso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 10 marzo 1972, *De Wilde, Ooms e Versyp/Belgio*, in *Racc.*, 1972, Serie A, 14, par. 20: «la formulazione [dell'art. 50, oggi 41] (...), che riconosce alla Corte la competenza di accordare alla parte lesa un'equa soddisfazione, copre anche l'ipotesi nella quale l'impossibilità della *restitutio in integrum* risulti dalla natura stessa della lesione; inoltre, il senso comune indica che deve *a fortiori* essere così. Infatti, la Corte non comprende per quale ragione in quest'ultimo caso (...) non avrebbe il diritto di assicurare alle persone lese l'equa soddisfazione che non avrebbero ottenuto dal Governo dello Stato interessato». Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 ottobre 1982, *Le Compte, Van Leuven et De Megere v. Belgique*, in *Racc.*, Serie A, p. 54.

⁽⁷⁴⁰⁾ Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 22 giugno 1972, *Ringelsen/Austria*, in *Racc.*, 1972, Serie A, p. 15, dove la Corte sostenne appunto la necessità di applicare l'allora art. 50 C.E.D.U. qualora il governo convenuto si rifiuti la riparazione che il richiedente giudicava legittima.

È innegabile, infatti, che in alcuni casi, come nell'ipotesi in cui l'accertata violazione consista nel superamento della ragionevole durata dei processi, la natura stessa della violazione non consenta una *restituito in integrum* alla parte lesa.

La stessa privazione della libertà inflitta ad una persona, realizzata fuori dall'ipotesi di cui all'art. 5 C.E.D.U., è violazione che non consente di per sé una *restituito in integrum*. La Corte ha infatti più volte affermato come non abbia tale natura il fatto di dedurre dalla durata della pena privativa della libertà quella della detenzione subita a titolo provvisorio, in quanto a parere dei giudici, non può esistere una libertà resa in sostituzione della libertà irregolarmente tolta⁽⁷⁴¹⁾. In questi casi vi potrà essere solo una riparazione di natura esclusivamente economica.

L'imputazione della custodia cautelare su di una pena successiva potrà avere solo una ripercussione nella determinazione del danno *ex art. 41 cit.* avendo limitato il pregiudizio causato⁽⁷⁴²⁾. Di fronte a questa eventualità la «logica della pregiudizialità tra i rimedi nel caso della ragionevole durata dei procedimenti interni viene inevitabilmente sovvertita (...) l'unica possibile alternativa, che diventa la scelta primaria, è quella della equa riparazione»⁽⁷⁴³⁾.

La Corte riconosce, ai sensi dell'art. 41 *cit.*, un'equa soddisfazione tendendo conto dei danni materiali e morali subiti dalla parte lesa, nonché delle spese e dagli onorari sostenuti per il giudizio⁽⁷⁴⁴⁾. L'e-

⁽⁷⁴¹⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 22 giugno 1972, *Ringeisen/Austria*, *cit.*, par. 21

⁽⁷⁴²⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 giugno 1976, *Engel e altri/Paesi Bassi*, *cit.*, par. 69.

⁽⁷⁴³⁾ Sul punto C. ASPRELLA, *Equa riparazione del danno da irragionevole durata del processo*, *cit.*, p. 1959.

⁽⁷⁴⁴⁾ Con riferimento a spese e onorari i giudici di Strasburgo hanno limitato il loro riconoscimento affermando che sia necessario provare la loro esistenza, oltre la loro necessità ed il carattere ragionevole del loro importo, ossia come afferma la Corte

qua soddisfazione riconosciuta dai giudici di Strasburgo per i danni materiali e morali, consta in una riparazione pecuniaria. Incombe, naturalmente, sul ricorrente la prova del pregiudizio subito, nonché l'esistenza di un nesso causale tra la violazione ed il danno ⁽⁷⁴⁵⁾. Qualora la sussistenza del nesso causale tra il danno lamentato e la violazione accertata non sussista al ricorrente sarà escluso il riconoscimento dell'indennità richiesta ⁽⁷⁴⁶⁾.

Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 marzo 1983, *Minelli/Svizzera*, in *Racc.*, 1983, Serie A, p. 62. Testualmente si afferma in Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 19 aprile 1994, *Van de Hurk/Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1994, Serie A, 288, par. 66: «per avere diritto all'assegnazione delle spese processuali (...), la parte lesa deve averle sostenute per tentare di prevenire o di far correggere una violazione nell'ordinamento giuridico interno». Siccome poi le «spese processuali possono essere rimborsate nella misura in cui si riferiscono alla violazione constatata», non rileva che l'eventualità che gli esborsi siano stati necessarie per l'esperimento di vie di ricorso interne. Ai fini del riconoscimento ha sicura rilevanza il collegamento funzionale con la violazione riconosciuta dalla Corte. Il ricorrente che non faccia uso della difesa tecnica, ma si difenda da solo avrà diritto al rimborso delle «spese dirette» (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 settembre 1994, *De Moor/Belgio*, in *Racc.*, 1994, Serie A, p. 292-A, par. 75). Il ricorrente, in ogni caso «non ha diritto al rimborso dell'insieme delle spese processuali necessarie per la sua difesa in ambito penale poiché in ogni caso avrebbe dovuto sostenerne, ma solo per la parte eccedente imputabile al superamento del 'termine ragionevole'» (cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 febbraio 1993, *Dobbertin/Francia*, in *Racc.*, 1993, Serie A n. 256-D, par. 51). Il discorso relativo alle spese processuali in realtà ha un serio riflesso sulla garanzia dell'accesso alla giustizia da parte dei singoli. Infatti è innegabile, ed è riconosciuto dalla stessa Corte, che «spese processuali elevate possono costituire di per sé un serio ostacolo alla protezione efficace dei diritti dell'uomo(...). Occorre che un ricorrente non incontri difficoltà finanziarie anomale nel presentare doglianze in base alla Convenzione; la Corte ritiene di dare per scontato che, fissando i loro onorari, i legali degli Stati contraenti concorrano al perseguimento di tale scopo» (così la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 ottobre 1982, *Young, James e Webster/Regno Unito*, in *Racc.*, 1982, Serie A, p. 55, par. 15).

⁽⁷⁴⁵⁾ Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 maggio 1998, *Partie Socialiste/Turquie*, in par. 67 in *Racc.*, p. 998-III.

⁽⁷⁴⁶⁾ In Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 15 luglio 1982, *Eckle/Germania*, in *Racc.*, 1982, Serie A, p. 51, par. 20, si legge: «*les prétendus pertes financières de M. et Mme Eckle découlent de l'existence même de ces poursuites et de leur*

La Corte, affrontando il tema della sussistenza del nesso causale tra la violazione e i danni materiali da essa derivanti, talvolta ha negato la sussistenza del richiesto legame qualora i ricorrenti non siano risultati vittoriosi nella procedura nazionale, mentre se la procedura interna era ancora pendente è stato ritenuto possibile che la parte lesa potesse presentare una nuova domanda dopo la sua conclusione⁽⁷⁴⁷⁾.

La giurisprudenza di Strasburgo ha spesso rintracciato l'esistenza di un nesso causale tra danno lamentato e violazione – indennizzando di conseguenza il danno materiale subito – quando il ricorrente è risultato vittorioso nella procedura nazionale, oppure di fronte all'ipotesi di ritardo nell'accesso al godimento di diritti riconosciuti dalle autorità giudiziarie⁽⁷⁴⁸⁾. Nel caso in cui venga accertato un rapporto diretto tra la violazione e il danno materiale che il ricorrente ritiene aver sofferto, la riparazione del danno accordata dalla Corte copre sia i danni diretti, il c.d. danno emergente, nonché gli eventuali danni indiretti identificati nel lucro cessante⁽⁷⁴⁹⁾.

In ordine al danno morale si può affermare, con un certo grado di sicurezza, che la Corte ne riconosce l'esistenza per il fatto stesso della constatata avvenuta violazione ai danni dell'individuo⁽⁷⁵⁰⁾, anche

résultat. Aucun élément du dossier n'autorise à considérer aux exigences de l'article 6». E ciò nonostante che lo Stato convenuto avesse violato l'art. 6 e che la Corte avesse accertato detta violazione.

⁽⁷⁴⁷⁾ Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 giugno 1987, *Capitano/Italia*, in *Racc.*, 1987, Serie A, p. 119.

⁽⁷⁴⁸⁾ Tra le altre, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 19 febbraio 1991, *Triggiani/Italia*, in *Racc.*, 1991, Serie A, p. 197-B.

⁽⁷⁴⁹⁾ Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 febbraio 1985, *Colozza/Italia*, in *Racc.*, 1982, Serie A, p. 89, par. 38.

⁽⁷⁵⁰⁾ Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 maggio 1985, *Andulaziz, Cabales et Balkandali/Regno Unito*, in *Racc.*, 1985, Serie A, p. 94, par. 96; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 10 dicembre 1982, *Corigliano/Italia*, in *Racc.*, 1982, Serie A, p. 57, par. 53; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,

qualora questi sia una persona giuridica⁽⁷⁵¹⁾. Non è escluso, però che i giudici di Strasburgo possano accordare un danno morale a titolo di riparazione per la sofferenza psicologica del soggetto derivante dall'accertata violazione di un proprio diritto⁽⁷⁵²⁾.

Più complesso è l'atteggiamento dei giudici di Strasburgo di fronte alla lamentata perdita di *chance*. Di fronte a tale tipologie di danni la Corte potrebbe essere chiamata a compiere indagini, sulle circostanze di causa, non sempre possibili.

Si pensi al caso della richiesta del danno sotto la forma della perdita di *chance* in seguito alla violazione della garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U. Di fronte a queste ipotesi la Corte dovrebbe speculare su quale sarebbe stato l'esito del processo in caso di riconoscimento delle garanzie proprie dell'equo processo.

La giurisprudenza sul punto è altalenante.

Talvolta si è ritenuto non irragionevole pensare che l'interessato abbia sopportato una reale perdita di *chance* proprio in ragione di aver subito un processo fuori delle garanzie di cui all'art. 6 citato⁽⁷⁵³⁾, giungendo finanche ad affermare come in questi casi addirittura la

sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx/Belgio*, cit., par. 68; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 giugno 1976, *Engel e altri/ Paesi Bassi*, cit., par. 11.

⁽⁷⁵¹⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 30 ottobre 2003, *Belvedere Alberghiera s.r.l./Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>, par. 38-42; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 6 aprile 2000, *Comingersoll S.A./Portugal*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2000, p. IV, par. 32-37.

⁽⁷⁵²⁾ Si veda l'ipotesi di cui alla pronuncia Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 13 maggio 1980, *Artico/Italia*, in *Racc.*, 1980, Serie A, p. 37, par. 47; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 ottobre 1987, *Bengt Pudas/Svezia*, cit., par. 48; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 luglio 1987, *Baraona/Portogallo*, cit., par. 61; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 22 marzo 1983, *Campbell et Cosans/Regno Unito*, in *Racc.*, 1983, Serie A, p. 48, par. 26; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 ottobre 1981, *Yuong, James et Webster/Regno Unito*, in *Racc.*, 1981, p. 44, par. 13.

⁽⁷⁵³⁾ Così la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 19 dicembre 1990, *Delta/Francia*, in *Racc.*, 1990, Serie A, p. 191, par. 43.

riconosciuta perdita di *chance* potrebbe non essere compensabile con la sola concessione di una somma di denaro, apparendo più idoneo il ricorso ad una misura concreta, quale la possibile riapertura della procedura nazionale⁽⁷⁵⁴⁾. In altri casi la Corte non ha concesso soddisfazione alle indicate tipologie di danni, ritenendo di non potere entrare in alcuna valutazione circa le circostanze di causa.

⁽⁷⁵⁴⁾ Tra le altre, in tal senso andava la pronuncia Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 13 settembre 1994, *Barberà, Messagué e Jabardo*, cit.

CAPITOLO OTTAVO

L'ART. 6 C.E.D.U.: «DIRITTI E OBBLIGAZIONI CIVILI» COME *LOCUS STANDI*

Sommario: 1. Le situazioni giuridiche soggettive presupposte per l'accesso alla garanzia Convenzionale. — 2. Sulla nozione di diritti e obbligazioni elaborata dalla Corte. — 3 *Civil rights and obligations* come nozioni autonome. — 4. La natura civile dei diritti e degli obblighi. — 5. La lettura giurisprudenziale della nozione di *civil rights*. — 6. I diritti nell'art. 6 C.E.D.U. — 7 Il criterio della patrimonialità. — 8. *Civil rights and obligations* come *locus standi*.

1. — *Le situazioni giuridiche soggettive presupposte per l'accesso alla garanzia Convenzionale.*

Diversa dalle precedenti è la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti ai fini dell'accesso delle garanzie del giusto processo.

L'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, del 4 novembre 1950, riconosce il diritto di ogni persona ad avere un processo che possa definirsi equo⁽⁷⁵⁵⁾. A tal fine la norma C.E.D.U. in esame elenca

⁽⁷⁵⁵⁾ La Carta europea dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, riconosce il diritto ad un processo equo all'interno del suo art. 47. L'Unione europea, infatti, attraverso l'attività della Corte di Giustizia prima e le previsioni di cui all'art. 6 T.U.E. poi, ha fatto proprio il riconoscimento che di questo diritto ha compiuto la Convenzione di Roma del 1950. Si veda anche per esempio l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948; l'art. 14 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966; l'art. 8 della Convenzio-

una serie di garanzie chiamate ad operare nella fase procedimentale dell'azione giudiziaria finalizzata alla formazione del provvedimento conclusivo.

Le guarentigie indicate dalla norma sono pensate allo scopo di assicurare ai singoli che la decisione autoritativa loro eventualmente indirizzata sia assunta sulla scorta di un complesso di regole procedurali che possano rendere sicura – anche nella previsione di una non incerta durata dello svolgimento del *processo*⁽⁷⁵⁶⁾ – la presuntiva accuratezza della decisione finale; apprestando a tal fine anche congegni che consentano all'interessato di poter influire efficacemente o comunque effettivamente sul verdetto ultimo.

Tuttavia l'art. 6 C.E.D.U. ha nel tempo posto una serie cospicua di problemi interpretativi, anche in ordine all'individuazione dei presupposti innanzi ai quali trovano applicazione proprio le garanzie previste dalla norma. Tra le tante problematiche affrontate dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso sopra indicato, come già detto e per le ragioni esposte, l'indagine compiuta in queste pagine sarà circoscritta al tentativo di comprensione del significato da attribuire all'espressione *civil rights and obligations/droits et obligations*, trattando in maniera separata l'esame del termine *diritto* da quello della locuzione di *diritto avente carattere civile*.

ne americana sui diritti dell'uomo del 22 novembre 1969; l'art. 7 della Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli del 26 giugno 1981; l'art. 19 della Dichiarazione del Parlamento Europeo della Comunità Europea sui diritti e le libertà fondamentali del 12 aprile 1989; l'art. 19 della Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo in Islam del 5 agosto 1990. Inoltre norme che fanno riferimento al diritto ad un equo processo sia nell'art. 21 dello statuto del Tribunale delle Nazioni Unite per i crimini commessi nella ex Jugoslavia che nell'art. 20 del Tribunale delle Nazioni Unite per i crimini commessi in Ruanda, nonché negli artt. 55, 65, 67 dello statuto della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998.

⁽⁷⁵⁶⁾ È stata sottolineata la parola *processo* perché in realtà per giurisprudenza della Corte le garanzie di cui all'art. 6 C.E.D.U. non si applicano al solo processo in senso stretto.

L'articolo in esame fa riferimento, infatti, ai *diritti ed obblighi di natura civile* come alle questioni oggetto dell'attività procedimentale alla quale dovranno essere applicate le garanzie dell'equo processo.

Il tentativo odierno, quindi, è quello di capire se l'espressione includa solo diritti ed obblighi civili in senso stretto, oppure ricomprenda anche situazioni giuridiche soggettive formalmente distinte dalle precedenti. Naturalmente il diritto ad un equo processo riguarda sia la materia civile che quella penale. Anche in questo caso l'oggetto del presente lavoro non include la trattazione della seconda di queste categorie.

2. — *Sulla nozione di diritti e obbligazioni elaborata dalla Corte.*

È possibile affermare con un buon margine di certezza che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia ad oggi elaborato una nozione di *diritti civili* e relativi *obblighi* estremamente ampia, sicuramente non circoscritta al solo schema del diritto soggettivo o del *right*. Nel tempo, infatti, la giurisprudenza ha fornito una lettura che affianca al concetto di diritto in senso stretto, la presenza di posizioni giuridiche soggettive che nella tradizione europea non ricoprono il significato proprio di diritto. L'operazione interpretativa della Corte non ha portato, in ogni caso, ad una definizione specifica e diretta di cosa debba intendersi per *civil rights and obligations*.

Dalle pronunce dei giudici lussemburghesi è comunque possibile identificare alcune caratteristiche proprie del significato da attribuire all'indicata espressione sotto il profilo, intanto, della qualificazione della situazione sostanziale di riferimento. Con sicurezza si può affermare che la posizione di cui si chiede concreta tutela, attraverso il processo al quale le garanzie dell'art. 6 ineriscono, non ha un contenuto materiale determinato. Essa deve tuttavia godere di un fon-

damento giuridico sostenibile nell'ordinamento interno⁽⁷⁵⁷⁾. I *diritti* non protetti dal sistema giuridico dello Stato aderente, infatti, – a prescindere che siano o meno riconosciuti dalla Carta in esame⁽⁷⁵⁸⁾ – non possono aspirare ad usufruire del sistema di garanzie processuali predisposto dall'art. 6, par. 1, della Convenzione.

Il riconoscimento della posizione giuridica oggetto della controversia deve quindi desumersi dalle norme legislative o costituzionali dell'ordinamento interno⁽⁷⁵⁹⁾. La Carta, in ogni caso, non si preoccupa di offrire con l'articolo in esame alcuna copertura ad un contenuto specifico delle norme di diritto sostanziale interne di uno Stato⁽⁷⁶⁰⁾. La Convenzione richiede unicamente che il diritto del ricorrente sia difendibile in maniera seria, alla stregua dell'ordinamento giuridico del paese coinvolto nella controversia⁽⁷⁶¹⁾.

⁽⁷⁵⁷⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 ottobre 1992, *Salerno/Italia*, in *Racc.*, 1992, Serie A, p. 245-D.

⁽⁷⁵⁸⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *König/Germania*, in *Racc.*, 1978, Serie A, p. 27, par. 89; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 ottobre 1985, *Bentham/Olanda*, in *Racc.*, 1985, Serie A, p. 97, par. 34. Infatti l'art. 6, par. 1, è considerato dalla Corte Europea una *lex specialis* rispetto all'art. 13 che è invece una *lex generalis*. Quest'ultimo articolo presuppone la presenza all'interno dell'ordinamento degli Stati di un ricorso, che possa dirsi effettivo, e quindi idoneo a garantire all'interessato di far valere davanti alle competenti autorità nazionali l'asserita violazione di un diritto o di una delle libertà garantite dalla Convenzione Europea; cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 ottobre 2000, *Kudla/Polonia*, in *Rep.*, 2000, XI.

⁽⁷⁵⁹⁾ In questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 5 ottobre 2000, *Apeh Uldozotteinek Szovetsége, Iványi Roth and Szerdahelyi/Ungheria*, in *Rep.*, 2000, p. X, par. 33; ID., sentenza del 6 aprile 2000, *Athanassoglou e altri/Svizzera*, in *Rep.*, 2000, p. IV, par. 44; ID., sentenza del 1 luglio 1997, *Rolf Gustafson/Svezia*, in *Racc.*, Serie A, 1997, p. 1149, par. 41.

⁽⁷⁶⁰⁾ Si veda ad esempio Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 febbraio 1986, *James e altri/Gran Bretagna*, in *Racc.*, Serie A, p. 98, par. 81.

⁽⁷⁶¹⁾ Sono numerose le sentenze che sul punto si esprimono nel senso indicato, si veda *ex multis* Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 settembre 1995, *Masson e Van Zon/Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1995, Serie A, p. 327-A.

Il chiarimento della riportata constatazione appare capace di supportare la considerazione iniziale intorno alla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive di riferimento, ai fini dell'applicazione dell'art. 6 cit.

Ogni pretesa che i ricorrenti propongono in sede di ricorso innanzi alla Corte deve essere basata – foss'anche in maniera non esplicita – su norme esistenti nel sistema giuridico nazionale, pur prescindendo dalla qualificazione che quest'ultimo ad esse attribuisce.

«*The Court reiterates that for Article 6, par.1, in the civil limb to be applicable, there must be a dispute (contestation) over a civil right that can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law*»⁽⁷⁶²⁾.

Per tale ragione i giudici europei saranno chiamati a garantire tutela solo ai diritti che affondano le loro basi nel sistema giuridico dello Stato parte del procedimento. Non potrebbe, in ogni caso, essere diversamente. Non sarebbe invero nemmeno ipotizzabile che un soggetto esterno ed imparziale rispetto ad un ordinamento – quale è la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – possa accordare guarentigie processuali, come l'accesso ad un tribunale, ad una posizione giuridica priva di esistenza nel sistema di riferimento⁽⁷⁶³⁾. Dall'altro lato è comunque escluso che i giudici di Strasburgo possano anche solo appurare la possibile fondatezza nel merito della pretesa del ricorrente. Di conseguenza, quando i giudici nazionali hanno compiuto una analisi di merito della situazione giuridica dedotta in giudizio e non hanno riscontrato almeno la sussistenza del

⁽⁷⁶²⁾ Testualmente tra le tante al par. 9, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 marzo 2003, *Sarl du Parc d'activités De Blotzheim and Sci Haselaecker/Francia*, in *Reports of judgements and decisions*, 2003-III, p. 370. Nonché negli stessi termini par. 22, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 novembre 1993, *Zander/Svezia*, in *Rec*, Serie A, 279-b, p. 38.

⁽⁷⁶³⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*, in *Rec.*, Serie A, 294-B, p. 49 par. 65.

fumus boni juris⁽⁷⁶⁴⁾, la pretesa non può rientrare nella nozione di *diritto* oggetto dell'art. 6 C.E.D.U.

Si riconosce, invece, la presenza un *diritto* se la sua esistenza è dedotta dal ricorrente in forza una interpretazione possibile, od almeno probabile, del contenuto di una norma⁽⁷⁶⁵⁾. Al contrario ne è esclusa l'esistenza quando sia il dato letterale di una disposizione normativa, che il tenore dell'interpretazione costante che di questa compiono le giurisdizioni interne⁽⁷⁶⁶⁾, fanno ragionevolmente ipotizzare che la lettura realizzata dall'interessato manca della dovuta base legale⁽⁷⁶⁷⁾.

Seguendo l'esposto percorso argomentativo la giurisprudenza della Corte ha riconosciuto come oggetto delle garanzie dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U. anche le pretese che nell'ordinamento interno sono sottoposte ad autorizzazione da parte di autorità pubblica. Proprio questa tipologia di pronunce costituiscono il dato maggiormente significativo al fine di qualificare il contenuto di *civil rights* nei termini inizialmente individuati.

⁽⁷⁶⁴⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 aprile 1989, *Neves e Silva/Portogallo*, in *Racc.*, Serie A, 153-A, p. 14, par. 37, nonché Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 marzo 1992, *Editions Périscope/Francia*, in *Racc.*, 1992, Serie A, 234-B, p. 65, par. 38.

⁽⁷⁶⁵⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 luglio 1987, *Baraona/Portogallo*, in *Racc.*, Serie A, n. 122, p. 17, par 38.

⁽⁷⁶⁶⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 settembre 1995, *Masson e Van Zon/Paesi Bassi*, in *Racc.*, Serie A n. 327-A, p. 19 ss., par. 49-52; nonché Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 1 luglio 1997, *Rolf Gustafson/Svezia*, cit.

⁽⁷⁶⁷⁾ In Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 febbraio 1990, *Powell e Rayner/Regno Unito*, in *Racc.*, Serie A, 172, p. 16, par. 36, gli autori del ricorso avanzavano una azione di responsabilità per interferenze dovute da voli aerei in circostanze che la legislazione inglese escludeva espressamente; od anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 agosto 1997, *Anne-Marie Andersson/Svezia*, in *Racc.*, 1997-IV, p. 1416, dove gli attori deducevano la comunicazione di dati medici che però per la legge svedese non erano coperti da alcuna tutela e potevano, quindi, essere oggetto di divulgazione.

Per i giudici del Lussemburgo, infatti, la presenza di discrezionalità in capo ad una amministrazione non esclude l'esistenza del preteso diritto del singolo, purché l'amplia *discretion* sia, comunque, chiamata al rispetto dei principi di diritto amministrativo generalmente riconosciuti ⁽⁷⁶⁸⁾. L'eventuale illegittimo esercizio del potere da parte dell'autorità, capace di viziare l'atto emanato, deve essere poi sanzionabile alla stregua del sistema giuridico interno almeno sotto la forma dell'eccesso di potere ⁽⁷⁶⁹⁾. Solo di fronte all'assoluta ed incondizionata discrezionalità del soggetto pubblico, al ricorrente non potrà essere accordata la pretesa di veder applicate le garanzie del giusto processo. In questi casi la richiesta avanzata alla autorità è di fatto rimessa alla pura discrezionalità politica dell'amministrazione. È questa l'ipotesi dei titoli concessi per grazia, o nel caso di atti politici in senso stretto o di alta amministrazione ⁽⁷⁷⁰⁾.

È proprio innanzi all'esercizio della potere pubblico che la posizione del singolo non necessariamente – e non sempre – corrisponde ad una situazione di diritto soggettivo. È, infatti, stato applicato l'art. 6, par. 1, C.E.D.U. a situazioni processuali che avevano ad oggetto il rifiuto da parte delle autorità svedesi della concessione di una licenza per l'esercizio dell'attività di tassista ⁽⁷⁷¹⁾; o ancora a procedimenti

⁽⁷⁶⁸⁾ In questo senso Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Mats Jacobsson/Svezia*, in *Racc.*, 1989, Serie A, p. 163, par. 69; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1990, *Skarby/Svezia*, in *Racc.*, 1990, Serie A, p. 180-B.

⁽⁷⁶⁹⁾ Così le pronunce Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 ottobre 1998, *Osman/Regno Unito*, in *Racc.*, 1998-VIII, pp. 3166-3167, par. 139-139; nonché Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 10 luglio 1998, *Tinelly & Figli Ltd e altri e McElduff e altri/Regno Unito*, in *Racc.*, 1998, IV, pp. 1656-1657, par. 61.

⁽⁷⁷⁰⁾ Si vedano Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 settembre 1995, *Masson and Van Zon/Olanda*, in *Racc.*, Serie A, 327-A, par. 52; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 marzo 1996, *Leutscher/Olanda*, in *Racc.*, 1996, Serie A, p. 427, par. 24.

⁽⁷⁷¹⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 ottobre 1987, *Bengt*

che riguardavano la revoca della licenza di vendita di bevande alcoliche⁽⁷⁷²⁾ ed a cause vertenti intorno all'emanazione di un divieto ad edificare un terreno⁽⁷⁷³⁾.

In qualche misura è possibile affermare che, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati sottoscrittori della Convenzione, le situazioni sopra descritte saranno più vicine ad una posizione di interesse giuridicamente tutelata piuttosto che ad una situazione di pieno diritto.

L'espressione *civil rights and obligations* è, «dans une certaine mesure», una nozione autonoma in forza della quale «il n'est donc pas décisif qu'une intérêt ou un privilège donné soit ou non qualifié de droit dans le système juridique de l'Etat en cause»⁽⁷⁷⁴⁾.

3. — *Civil rights and obligations come nozioni autonome.*

La ricerca di un criterio interpretativo dell'espressione *diritti e obblighi a carattere civile* conduce ad evidenziare immediatamente come la formula in esame non sia ascrivibile, o almeno non lo sia completamente, alla tradizionale alternativa tra le nozioni di diritto privato e diritto pubblico, e tanto meno alla nostrana dicotomia tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Le eventuali classificazioni interne ai singoli ordinamenti – in virtù delle quali una fattispecie può dirsi appartenente o meno ai rapporti civilisti – non sono, in-

Pudas/Svezia, in *Racc.*, 1997, Serie A, p. 215-A, par. 37.

⁽⁷⁷²⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 7 luglio 1989, *Tre Traktore AB/Svezia*, in *Racc.*, 1989, Serie A, p. 159, par. 43.

⁽⁷⁷³⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit., par. 69.

⁽⁷⁷⁴⁾ Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 16 ottobre 1985, *Powell e Rayner/Regno Unito*, in *Racc.*, 1985, Serie A, p. 172.

vero, dalla Corte considerate decisive per l'applicazione dell'art. 6 C.E.D.U.⁽⁷⁷⁵⁾ In questo caso, come nel precedente analizzato, il riferimento alle distinzioni provenienti dal sistema giuridico dello Stato, eventualmente convenuto, costituiscono soltanto un punto di riferimento iniziale dell'analisi delle fattispecie.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 6 C.E.D.U., perché un diritto si possa dire *civile* è necessaria la presenza di un *quid pluris* rispetto alle qualificazioni provenienti dagli ordinamenti nazionali⁽⁷⁷⁶⁾.

L'evidenziato approccio da parte della giurisprudenza europea affonda la sua ragione d'essere in alcune considerazioni. In *primis* in più di una sentenza i giudici lussemburghesi affermano che «*if the contracting state were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal (...), the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the convention*»⁽⁷⁷⁷⁾.

⁽⁷⁷⁵⁾ Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «diritti e obbligazioni di natura civile» non può essere interpretata unicamente con riferimento al diritto interno dello Stato convenuto. Diverse volte la Corte ha affermato il principio della «autonomia» di questa nozione, ai sensi dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione (vedi, tra l'altro, le Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit., par. 88-89; ID., sentenza del 8 luglio 1987, *Baraona/Portogallo*, cit., par. 42).

⁽⁷⁷⁶⁾ Infatti per Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 novembre 1997, *Stamoulakotos/Grecia*, in *Racc.*, 1997- VII, 2648, par. 31: «*the concept of 'civil right and obligations' is not to be interpreted solely by reference to the respondent States domestic law*». Si veda inoltre Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 maggio 1986, *Feldbrugge/Paesi bassi*, in *Racc.*, 1986, Serie A., p. 99, 12-13 par. 28; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 maggio 1986, *Deumeland/Germania*, in *Racc.*, 1986, Serie A n. 100.

⁽⁷⁷⁷⁾ Testualmente Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 giugno 1976, *Engel e altri/ Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1976, Serie A, pp. 22 - 34, par. 81. La stessa Corte più volte ha ritenuto infatti che qualsiasi altra soluzione rischierebbe di portare a risultati incompatibili con l'oggetto e la portata della Convenzione (cfr. ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit., par. 88).

Il ragionamento svolto dalla Corte in questa pronuncia ha un valore che supera la fattispecie penale a cui si riferisce, ed è necessariamente estendibile anche alla qualificazione dei diritti a carattere civile. Diversamente, di fatto, non potrebbe essere. Qualora invece per la qualificazione di un diritto come civile, la giurisprudenza dei giudici di Strasburgo facesse riferimento alla sola classificazione proveniente dall'ordinamento interno, verrebbe lasciata ad ognuno degli Stati aderenti ampia possibilità di sottrarsi scientemente all'applicazione della Convenzione dei diritti dell'uomo ed al suo articolo 6.

Sarebbe, infatti, sufficiente che il paese aderente classificasse come *pubblici* una copiosa quantità di diritti, si che il ricorso all'art. 6 C.E.D.U. da parte dei singoli sarebbe limitato in termini assoluti. Lasciare inoltre la qualificazione della fattispecie – presupposto per l'applicazione della norma convenzionale sull'equo processo – alla sola interpretazione compiuta sulla scorta del diritto interno significa anche introdurre delle possibili disparità di trattamento tra i ricorrenti provenienti da paesi diversi. Uno stesso fatto potrebbe ricevere, invero, qualificazioni dissimili. I principi, alla luce dei quali interpretare la situazione giuridica dedotta in giudizio, potrebbero mutare a seconda dell'ordinamento giuridico dal quale i criteri provengono. Di qui la necessità del ricorso, anche per la qualificazione dei *civil rights and obligations*, al concetto di nozioni autonome⁽⁷⁷⁸⁾.

4. — *La natura civile dei diritti e degli obblighi.*

Sono «*without doubt a civil rights*»⁽⁷⁷⁹⁾ il diritto di proprietà e le facoltà tipicamente ad esso connesse, ad esempio la possibilità di

⁽⁷⁷⁸⁾ Cfr. cap. 3.

⁽⁷⁷⁹⁾ Si veda, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonngroth/Svezia*, in *Racc.*, 1982, Serie A, p. 52, par. 79.

costruire sul proprio terreno⁽⁷⁸⁰⁾.

Ai giudici lussemburghesi non sfugge in ogni caso che, nei diversi ordinamenti giuridici, spesso il diritto di proprietà possa essere compreso – o in qualche maniera limitato – attraverso l'attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni. La presenza, infatti, di un potere espropriativo in capo alle amministrazioni, così come le limitazioni imposte al diritto di proprietà dalle normative relative ai vincoli paesaggistici o ai limiti di edificabilità, non privano la proprietà del suo carattere civile⁽⁷⁸¹⁾.

È civile naturalmente il diritto all'iniziativa economica, sia in ordine allo svolgimento di attività libero-professionistiche, sia relativamente all'attività imprenditoriali. Nondimeno dalla Corte sono qualificati come *civili* anche i procedimenti attinenti alla concessione o alla revoca, da parte di una pubblica autorità, di una licenza occorrente per lo svolgimento di alcune attività economiche dei richiedenti⁽⁷⁸²⁾. Tali sono i procedimenti relativi ad autorizzazioni, licenze

⁽⁷⁸⁰⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit, par. 73.

⁽⁷⁸¹⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit, par. 91-94, così come si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit., par. 34. In tema di procedimenti di espropriazione o le istanze relative a decisioni in materia di urbanistica, a licenze edilizie e, più in generale, a decisioni riguardanti l'uso o il godimento di beni. Si veda, per esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonnroth/Svezia*, in *Racc.*, 1982, serie A, p. 52; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 aprile 1990, *Ettl e altri/Austria, Erkner e Hofbauer/Austria e Poiss/Austria*, in *Racc.*, serie A, p. 17, 1-A e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1990, *Skárby/Svezia*, in *Racc.*, 1990, Serie A, pp. 180-A e 180-B.

⁽⁷⁸²⁾ Su veda, per esempio, le sentenze Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 ottobre 1985, *Bentham/Olanda*, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 27 ottobre 1987, *Bengt Pudas/Svezia*, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 7 luglio 1989, *Traktörer Aktiebolag/Svezia*, in *Racc.*, Serie A, p. 159; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 febbraio 1991, *Fredin/Svezia*, in *Racc.*, 1991, Serie A, p. 192.

o altri atti rilasciati da un'amministrazione capace di condizionare la validità di un contratto tra privati⁽⁷⁸³⁾; al modo di quelli che concernono la soppressione o la sospensione, da parte di una pubblica autorità, del diritto di praticare una professione⁽⁷⁸⁴⁾. La giurisprudenza lussemburghese classifica, poi, come civili le controversie aventi ad oggetto l'azione di risarcimento danni, anche se svolte davanti alle giurisdizioni amministrative⁽⁷⁸⁵⁾.

Questa elencazione desumibile dalle pronunce della Corte è di qualche rilevanza ai fini della non agevole analisi che si sta compiendo. Da essa si desume che la qualificazione di un diritto come civile non passa attraverso lo *status* giuridico delle parti del procedimento. Infatti è oramai assolutamente costante l'orientamento giurisprudenziale europeo per cui la qualificazione di una posizione giuridica come civile prescinde dal dato che entrambi le parti siano soggetti privati⁽⁷⁸⁶⁾. Lo Stato o una sua amministrazione possono essere convenuti in un procedimento nel quale si discute di un diritto che può essere qualificato come civile. E ciò sia che le eventuali parti pubbliche agiscano *as a private person*⁽⁷⁸⁷⁾, sia quando operano nell'eserci-

⁽⁷⁸³⁾ Si veda, per esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 16 luglio 1971, *Ringeisen/Austria*, in *Racc.*, 1971, Serie A, p. 13.

⁽⁷⁸⁴⁾ Si veda ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit., e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 settembre 1995, *Diennet/Francia*, in *Racc.*, 1995, Serie A, p. 325-A.

⁽⁷⁸⁵⁾ Cfr. per esempio, la sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 marzo 1992, *Editions Périscope/Francia*, cit.

⁽⁷⁸⁶⁾ Così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 16 luglio 1971, *Ringeisen/Germania*, in *Racc.*, 1971, in Serie A, pp. 13 e 39, par. 94 e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit., par. 90.

⁽⁷⁸⁷⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 aprile 1998, *Doustaly/Francia*, in *Racc.*, 1998, II, p. 57, par. 36. La sentenza trattava del pagamento degli onorari del ricorrente che aveva realizzato un progetto per il Comune. Le autorità comunali agivano come parti private e non nell'esercizio dei loro poteri di imperio.

zio⁽⁷⁸⁸⁾ di loro poteri di imperio.

L'esercizio di un pubblico potere da parte di un ente non è idoneo a sottrarre la fattispecie oggetto della controversia dalla qualificazione di diritto avente carattere civile⁽⁷⁸⁹⁾. Seguendo tale ultima affermazione si rinvencono copiose sentenze della Corte C.E.D.U. che consentono l'applicazione dell'art. 6 cit. a procedimenti aventi ad oggetto *diritti* inerenti settori tradizionalmente qualificati come pubblici⁽⁷⁹⁰⁾. Sono sempre stati connotati di questo carattere, ad esempio, le posizioni giuridiche soggettive che traggono la loro origine dalle prestazioni assistenziali erogate dal c.d. *welfare State*⁽⁷⁹¹⁾, come

⁽⁷⁸⁸⁾ Come già ricordato, tutto questo ha portato la Corte a considerare che dei procedimenti dipendenti dal «diritto pubblico» nel diritto interno rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 6 per l'aspetto «civile» quando l'esito era determinante per dei diritti e obbligazioni di carattere privato; in particolare, per citarne solo alcuni, in materia di vendita di terreni, di gestione di una clinica privata, del diritto di proprietà, di concessione di autorizzazioni amministrative relative alle condizioni di esercizio di attività professionali o di licenza di uno spaccio di bevande alcoliche (vedi, tra le altre, le Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 16 luglio 1971, *Ringeisen/Germania*, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 28 giugno 1978, *Konig/Germania*, cit., par. 94-95; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 settembre 1982, *Sporrong e Lonnroth/Svezia*, in *Racc.*, 1982, Serie A, 52, p. 19, par. 79; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson/Svezia*, cit., par. 73, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 ottobre 1985, *Bentham/Olanda*, par. 36, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 7 luglio 1989, *Tre Traktore AB/Svezia*, cit., par. 43).

⁽⁷⁸⁹⁾ Da ricordare come nell'ordinamento giuridico italiano il criterio di riparto di giurisdizione tra giudice civile giudice amministrativo quando parte di una controversia è una P.A., sia fondato proprio sulla presenza dell'esercizio del potere d'imperio da parte dall'amministrazione. Ci sia consentito il rinvio a V. COLCELLI, *Risarcimento del danno da comportamento della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Rass. giur. umbra*, 2, 2007, p. 1037 ss.

⁽⁷⁹⁰⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 luglio 2001, *Ferrazzini/Italia*, in *Reports of judgements and decisions*, 2001, p. VIII.

⁽⁷⁹¹⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 febbraio 1993, *Salesi/Italia*, in *Racc.*, 1993, serie A n. 257-E, p. 19 e ID., sentenza del 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen/Svizzera*, in *Racc.*, 1993, Serie A, 263, p. 17, par. 46.

i procedimenti riguardanti l'obbligo di versare i contributi assicurativi⁽⁷⁹²⁾.

È innegabile, infatti, che i rapporti tra i singoli cittadini e lo Stato si sono, nei cinquanta anni trascorsi dall'adozione della Convenzione, inconfutabilmente modificati, anche in ragione dell'aumento della presenza di me statali nei rapporti di diritto privato.

La Corte, pertanto, è stata nel tempo sempre più spesso interrogata affinché si verificasse, alla luce dei mutamenti di rapporto indicati, il grado di tutela giuridica riconosciuta ai singoli nelle loro relazioni con le amministrazioni⁽⁷⁹³⁾.

Il filo rosso che lega le sentenze riportate è la consapevolezza, in capo ai giudici C.E.D.U., che le azioni nel diritto interno, discendenti dal diritto pubblico, rientrano, invece, nel campo di applicazione dell'articolo 6 per l'aspetto *civile*, quando l'esito del procedimento è determinante per i diritti e le obbligazioni di carattere privato del ricorrente.

Diventa fondamentale determinare, per la Corte che deve pronunciarsi sulla natura civile o meno di diritti e obbligazioni innanzi ad essa dedotte, se nel procedimento in questione sono in gioco gli interessi patrimoniali dell'individuo.

Nella sentenza *Editions Périscope*⁽⁷⁹⁴⁾, a esempio, la questione era connessa ad un'ipotesi d'indennizzo promossa nei confronti di una pubblica amministrazione per una sua inadempienza. L'oggetto dell'azione era per la Corte patrimoniale e si basava su una violazione

⁽⁷⁹²⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 29 maggio 1986, *Feldbrügge/Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1986, Serie A, p. 99.

⁽⁷⁹³⁾ Da più parti si riferisce, infatti che la Convenzione è uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali. Si veda, tra l'altro, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 18 dicembre 1986, *Johnston e altri/Irlanda*, in *Racc.*, Serie A, p. 112, par. 53.

⁽⁷⁹⁴⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 marzo 1992, *Editions Périscope/Francia*, cit.

di diritti anch' essi di natura patrimoniale. I giudici di Strasburgo hanno, pertanto, ritenuto che il diritto in questione rivestiva comunque un carattere civile, nonostante l'origine della vertenza.

5. — *La lettura giurisprudenziale della nozione di civil rights.*

Percorrendo lo stesso terreno logico di cui si è dato sopra conto, la Corte Europea, con sentenza relativamente recente, ha individuato anche nel *nazionale* interesse legittimo una posizione giuridica soggettiva riconducibile a quella ampia nozione di diritto il cui carattere civile è necessario per godere delle garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U.

Nel noto caso *Mennitto/Italia* ⁽⁷⁹⁵⁾, infatti, la giurisprudenza C.E.D.U. ha riconosciuto la natura di *droits et obligations de caractère civil* ad una posizione soggettiva – oggetto di controversia tra un privato ed una pubblica amministrazione – che nell'ordinamento italiano è qualificata come interesse legittimo ⁽⁷⁹⁶⁾.

⁽⁷⁹⁵⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 5 ottobre 2000, *Mennitto/Italia*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1335 ss. Per un primo commento sulla sentenza si veda G. SAPO-RITO, *La Corte dei diritti dell'uomo dubita dell'utilità dell'attuale distinzione tra diritti soggettivo ed interessi legittimi*, in *www.giustamm.it*; nonché M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quad. cost.*, vo. 21, 1, 2001, pp. 144-145, il quale sottolinea da un lato come la Corte si affretta a dire che la ragionevole durata del processo, garantita dall'art. 6, par. 1, C.E.D.U. soddisfa un autonomo concetto di diritto, e che perciò la distinzione tra *personal right* e *legitimate interest* non può avere alcun riflesso sull'applicazione della Convenzione; dall'altro afferma però che dalla sentenza in esame la figura dell'interesse legittimo ne esca rafforzata: «[...] nell'architettura del *case-law* dell'affare Mennitto, lo spazio europeo del nostro interesse legittimo, la sua coabitazione con lo spirito della Convenzione europea, ne esca, addirittura, indirettamente rafforzato». Commenta la sentenza in esame anche D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1335 ss.

⁽⁷⁹⁶⁾ In realtà analizzando la sentenza richiamata la posizione giuridica lesa dall'il-

La regione Campania aveva stabilito con propria legge – la n. 11 del 15 marzo 1984 – la corresponsione, da parte dei competenti servizi sanitari locali, di contributi su base triennale alle famiglie che si occupavano, presso le proprie abitazione ed in modo diretto, dei propri familiari disabili. Il figlio del sig. Mennitto veniva iscritto nell'elenco di coloro che possedevano i requisiti per beneficiare dei contributi. Quest'ultimo riceveva, però, solo due delle mensilità dovute, non ottenendo più alcun assegno successivo. Di qui il ricorso al Tribunale amministrativo della regione Campania⁽⁷⁹⁷⁾. La vicenda si è poi chiusa nelle more del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, in quanto il sig. *Mennitto* ed l'A.S.L. concludevano la controversia mediante una transazione⁽⁷⁹⁸⁾. La causa innanzi al Consiglio di Stato veniva, pertanto, cancellata. Successivamente il sig. *Mennitto* proponeva ricorso innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo proprio per violazione dell'art. 6, par.1, C.E.D.U. in quanto, comunque,

legittimo comportamento della P.A., la A.S.L. nel caso si specie, è assimilabile ad un diritto soggettivo. Ci troviamo, infatti, davanti ad un esercizio non discrezionale del potere amministrativo, in quanto nel caso in esame una volta riconosciuta l'idoneità del figlio del ricorrente ad essere beneficiario dei contributi l'erogazione degli stessi era atto conseguente e dovuto, scevro di ogni discrezionalità in senso proprio. Per una lettura di come in relazione ad una valutazione tecnica della P.A. ci si trovi innanzi ad un diritto soggettivo piuttosto che un interesse legittimo, si veda D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁽⁷⁹⁷⁾ Il T.A.R. adito si pronunciava con sentenza del 4 febbraio 1997 concludendo che la posizione del ricorrente fosse qualificabile come mero interesse legittimo nell'attesa che la pubblica amministrazione decidesse sia in ordine al riconoscimento dell'indennità, sia dell'importo. Ciò nonostante che lo stesso organo giurisdizionale amministrativo, in tema di corresponsione dell'assegno, avesse comunque rilevato la mancanza di discrezionalità in capo all'autorità sanitaria locale. Questa avrebbe dovuto soltanto procedere ad una divisione aritmetica tra il totale del contributo ed il numero dei beneficiari inseriti nell'elenco. In forza di tali argomentazioni il T.A.R. Campania respingeva il ricorso del sig. Mennitto.

⁽⁷⁹⁸⁾ Si è riconosciuto al ricorrente il contributo per gli anni 1985/1987.

la causa che lo aveva visto protagonista non si sarebbe conclusa entro un termine ragionevole.

La giurisprudenza europea individua nell'opera degli organi giurisdizionali amministrativi della Regione Campania la violazione dell'art. 6, par. 1, C.E.D.U., in quanto il procedimento svoltosi loro innanzi non si sarebbe concluso entro un termine ragionevole.

La Corte Europea accoglie il ricorso fondato, come già detto, sulla violazione dell'*italico* interesse legittimo. La scelta indicata, però, non dovrebbe affatto sorprendere se la si legge alla luce di quanto riportato nei precedenti paragrafi. Essa si colloca perfettamente nel solco delle decisioni assunte sino ad ora dai giudici lussemburghesi.

In ragione della scelta operata oramai da tempo la Corte, ai fini dell'applicazione delle garanzie di cui al più volte citato articolo 6, ha fatto ricorso anche in questo caso ad una nozione autonoma di diritto civile avente oggetto patrimoniale. L'organo giurisdizionale della Convenzione nel caso di specie non ha considerato necessario «esaminare se la nozione autonoma di diritto all'azione di cui all'art. 6 par. 1 della Convenzione riguardi solo il diritto soggettivo perfetto o anche l'interesse legittimo»⁽⁷⁹⁹⁾. La volontà di ricorrere all'elaborazioni di nozione autonome di diritto e di obbligazione di natura civile ha realizzato nel tempo un ampliamento della sfera di attuazione dei contenuti della Convenzione, fuori dei confini indicati a livello testuale della norma.

Del diritto preteso dal ricorrente la Corte, infatti, non conosce la sola esistenza effettiva, ma la stessa modalità di esercizio e la sua portata⁽⁸⁰⁰⁾. Di qui la possibilità di ricomprendere anche l'interesse legittimo nella nozione di diritto civile.

⁽⁷⁹⁹⁾ Cfr. punto 27 della motivazione di Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 5 ottobre 2000, *Mennitto/Italia*, cit.

⁽⁸⁰⁰⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 1 luglio 1997, *Rolf Gustafson/ Svezia*, cit., par. 40.

6. — *I diritti nell'art. 6 C.E.D.U.*

Ai fini dell'applicabilità dell'articolo 6, par. 1 la evidenziata lettura ad ampie maglie⁽⁸⁰¹⁾ della nozione diritti di carattere civile non esclude che possano esistere delle obbligazioni o dei diritti nei confronti dello Stato, ovvero dei suoi organi, che, seppure di natura patrimoniale, debbano essere ritenuti rientranti in maniera esclusiva nell'ambito del diritto pubblico.

Con sicurezza sono di tale natura le multe imposte dagli organi dello Stato a titolo di sanzione penale; oppure le posizioni giuridiche discendenti dai doveri civici normalmente imposti in una società democratica⁽⁸⁰²⁾. Non hanno, poi, carattere civile i diritti e le obbligazioni di natura prettamente politica, quale il diritto di candidarsi alle elezioni⁽⁸⁰³⁾. E ciò anche qualora l'eventuale procedimento controverso abbia per l'interessato natura patrimoniale⁽⁸⁰⁴⁾. Si è affermato, per esempio nella sentenza *Pierre-Bloch*, che il diritto di candidarsi alle elezioni era «di carattere politico e non civile», e che l'oggetto patrimoniale per il ricorrente – il rimborso spese per la campagna elettorale – non era determinante se questo aspetto patrimoniale era

⁽⁸⁰¹⁾ Si afferma in Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 luglio 2001, *Ferrazzini/Italia*, cit., per cui: «il principio secondo il quale i concetti autonomi contenuti nella Convenzione devono essere interpretati alla luce delle condizioni di vita attuali nelle società democratiche, non autorizza la Corte ad interpretare l'articolo 6 par. 1 come se l'aggettivo «civile», con i limiti che l'aggettivo pone necessariamente alla categoria dei «diritti e obbligazioni» a cui si applica, non figurasse nel testo».

⁽⁸⁰²⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Schooten e Meldrum/Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1994, Serie A, 304, p. 21, par. 50, e ricorsi n. 11189/84, decisione della Commissione dell'11 dicembre 1986, in *Dec. e rapp.*, 1986, 50, pp. 121-160; del 15 aprile 1996, in *Dec. e rapp.*, 1996, 85, pp. 29-46.

⁽⁸⁰³⁾ Come per le elezioni all'Assemblea nazionale in Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch/Francia*, in *Racc.*, 1997-VI, p. 2223, par. 51.

⁽⁸⁰⁴⁾ Stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch/Francia*, cit., par. 51.

relativo all'organizzazione dell'esercizio del diritto controverso. Neanche le espulsioni degli stranieri riguardano contestazioni su diritti di natura civile ⁽⁸⁰⁵⁾. È innegabile, invece, che il contenzioso tributario produca effetti patrimoniali nei confronti dei contribuenti ⁽⁸⁰⁶⁾. Un'obbligazione di natura patrimoniale nei confronti dello Stato, quindi, potrebbe derivare dalla legislazione fiscale.

La Corte ha sempre ritenuto, però, che la materia fiscale – nonostante sia un settore fortemente caratterizzato dalla patrimonialità – faccia parte del nucleo duro delle prerogative tipiche della potestà pubblica, proprio in relazione alla marcata predominanza della natura pubblica del rapporto tra il contribuente e la collettività.

Gli Stati godono, infatti, del pieno diritto di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per assicurare il pagamento delle imposte ⁽⁸⁰⁷⁾, nonostante la protezione alla proprietà privata sia anche assicurata, come detto, dal primo articolo del protocollo n. 1 C.E.D.U. La dimostrazione, quindi, che una controversia abbia carattere patrimoniale di per sé non è sufficiente a comportare l'applicabilità dell'articolo 6, par. 1, cit. Talvolta nel lavoro di qualificazione del diritto controverso, infatti, i giudici di Strasburgo non hanno richiamato, almeno in modo espresso, detto criterio generale. Hanno affermato, al contrario, che «esiste (...) la possibilità di considerare la patrimonialità come soltanto uno fra più elementi sui quali effettuare il bilanciamento ai fini di stabilire se prevalgano in un caso concreto gli aspetti privatistici o quelli pubblicistici» ⁽⁸⁰⁸⁾.

⁽⁸⁰⁵⁾ Il riferimento è alla sentenza *Maaouia*, citata, par. 37-38

⁽⁸⁰⁶⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 12 luglio 2001, *Ferrazzini/Italia*, cit.

⁽⁸⁰⁷⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 23 febbraio 1995, *Gasus Dossier - und Fördertechnik GmbH/Paesl Bassi*, in *Racc.*, 1995, Serie A, 306-B, pp. 48-49, par. 60.

⁽⁸⁰⁸⁾ C. FOCARELLI, *Equo processo e convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2001, p. 116.

Come detto generalmente il par. 1 dell'articolo 6 non è applicabile a diritti e alle obbligazioni derivanti da una legislazione fiscale o comunque parte dei normali doveri civili in una società democratica⁽⁸⁰⁹⁾.

Talvolta al contrario, però, l'aspetto patrimoniale è stato messo in evidenza pure in situazioni nelle quali il contesto della controversia era manifestamente fiscale. Ossia anche nell'ipotesi in cui le istanze traessero origine dalla legislazione fiscale e i ricorrenti fossero assoggettati all'imposta per effetto della stessa. È il caso della sentenza *Building Societies*⁽⁸¹⁰⁾ dove si è ritenuto che un'azione di risarcimento di somme di denaro, pagate a causa di previsioni contenute in leggi tributarie poi in seguito annullate, rivestivano un carattere di natura civile.

Si è sottolineato infatti che la Corte, in certe circostanze, piuttosto che fondare le proprie decisioni utilizzando un criterio che possa dirsi generale⁽⁸¹¹⁾, abbia preferito adottare regole specifiche per i singoli casi.

7. — *Il criterio della patrimonialità.*

Dal breve percorso sopra illustrato si può ricavare come la patrimonialità della contesa non rende, solo per tale ragione, la situazione giuridica di natura *civile*⁽⁸¹²⁾.

⁽⁸⁰⁹⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Schouten e Meldrum/Paesi Bassi*, par. 50. La Corte ha deciso per l'inapplicabilità dell'articolo 6, basandosi su una interpretazione delle intenzioni dei redattori dell'articolo 1 del protocollo n. 7.

⁽⁸¹⁰⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 23 ottobre 1997, *Building Societies*, in *Racc.*, 1997, VII, p. 2325.

⁽⁸¹¹⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 12 luglio 2001, *Ferrazzini/Italia*, cit.

⁽⁸¹²⁾ Si veda ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch/Francia*, cit., par. 51 e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 dicembre 1999, *Pellegrin/Francia*, par. 60, in *Reports of judgements and*

La patrimonialità della controversia, seppur ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 C.E.D.U. rappresenta uno dei reagenti utilizzati dalla Corte per la determinazione del carattere civile della contesa ad essa sottoposta. Non ha, invece, sempre un'importanza decisiva. Lo stesso organo giurisdizionale ritiene, come detto, che il contenzioso tributario non rientri nell'ambito dei diritti e obbligazioni di carattere civile, malgrado gli effetti patrimoniali che necessariamente produce nei confronti dei contribuenti. La Corte ha, infatti, dichiarato in molte sentenze che un contenzioso non diventa di natura civile per il solo fatto di sollevare una questione di carattere economico⁽⁸¹³⁾.

Il percorso compiuto dall'organo giurisdizionale C.E.D.U. per determinare l'applicabilità dell'articolo 6 par. 1 alle controversie tra lo Stato e i suoi agenti, può essere utile per cogliere come la Corte abbia finito per marginalizzare in tali procedimenti proprio il criterio *patrimoniale* di solito applicato.

Per la giurisprudenza degli organi della Convenzione, l'articolo 6, par. 1 non trova applicazione nelle controversie tra l'amministrazione pubbliche ed i suoi dipendenti. Più precisamente si può affermare che l'articolo in esame non è riferibile alle contese tra lo Stato ed i suoi agenti se questi occupano impieghi comportanti una partecipazione all'esercizio della potestà pubblica⁽⁸¹⁴⁾. Siffatta affermazione, in realtà, è la tappa conclusiva di un percorso realizzato nel tempo dalla Corte, che ha fatto della *puissance publique* delle possibili controversie tra dipendenti e pubbliche amministrazioni un importante filo rosso.

decisions, 1999, p. VIII, da confrontare con la sentenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 marzo 1992, *Editions Périscope/Francia*, cit., par. 40.

⁽⁸¹³⁾ Vedi, per esempio, ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, *Schouten e Meldrum/Paesi Bassi*, par. 50; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch/Francia*, cit.

⁽⁸¹⁴⁾ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 dicembre 1999, *Pellegrin/Francia*, cit.

L'iniziale impostazione dei giudici lussemburghesi escludeva totalmente che avessero natura civile le cause aventi ad oggetto l'accesso, gli avanzamenti di carriera ed i licenziamenti nella funzione pubblica ⁽⁸¹⁵⁾. Ciò nonostante che nelle controversie tra uno Stato e i suoi agenti sia talvolta innegabile la presenza di azioni il cui diritto controverso si qualifica come puramente patrimoniale ⁽⁸¹⁶⁾.

Vi sono, infatti, contese che possono coinvolgere prestazioni di denaro come lo stipendio, eventuali indennità di missioni o trattamenti di fine rapporto, la cui pretesa è nata legalmente e legittimamente all'interno del rapporto di lavoro o causa della cessazione di quest'ultimo ⁽⁸¹⁷⁾. In questi casi la Corte non ha certo escluso la natura civile della questione controversia, applicando così ai relativi procedimenti le garanzie dell'articolo in esame.

La Corte, comunque, ha ritenuto che l'articolo 6 cit. non fosse applicabile qualora l'interesse patrimoniale del dipendente fosse subordinato alla constatazione preventiva di un comportamento illegale dell'agente o fondato sull'esercizio di poteri discrezionali da parte della stessa amministrazione ⁽⁸¹⁸⁾. Ed in ogni caso le controversie intorno ai diritti la cui esistenza dipende dall'esercizio discrezionale del potere da

⁽⁸¹⁵⁾ Si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 9 giugno 1998, *Maillard/Francia*, in *Racc.*, 1998-111, pp. 1303-1304, par. 39-41; ID., sentenza del 24 agosto 1998, *Benkessiouer/Francia*, in *Racc.*, 1998-V, p. 2287, par. 29; nonché Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 2 settembre 1997, *Spurio/Italia*, in *Racc.*, 1997, 1 997-V, pp. 1580-1581, par. 18-19.

⁽⁸¹⁶⁾ Vedi, per esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 2 settembre 1977, *De Santa/Italia*, in *Racc.*, 1997-V, p. 1659.

⁽⁸¹⁷⁾ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 24 agosto 1993, *Massa/Italia*, in *Racc.*, Serie A, p. 265, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 26 novembre 1992, *Lombardo/Italia*, in *Racc.*, Serie A, n. 249, p. 3, in cui la Corte riconobbe carattere *civile* ad un'azione introdotta di fronte alla Corte dei Conti al fine di ottenere il pagamento di una pensione.

⁽⁸¹⁸⁾ Si veda ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 2 settembre 1997, *Spurio/Italia*, cit.

parte dell'ente pubblico sono sottratte, per tal fatto, dall'applicazione dell'art. 6, nonostante la loro eventuale *manifesta* patrimonialità. La Corte è così giunta nel tempo ad individuare nella discrezionalità della pubblica amministrazione il filtro alla luce del quale rendere applicabile le garanzie dell'art. 6 alle controversie tra lo Stato e i suoi agenti.

Le guarentigie della norma in esame erano pertanto riferibili alle controversie intorno a diritti la cui natura puramente ed essenzialmente economica era svincolata dal fattore discrezionale dell'amministrazione. L'art. 6 cit. non era applicabile alle mere conseguenze patrimoniali che derivano dall'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione pubblica dal quale dipendeva l'esistenza del diritto patrimoniale quesito.

Alla distinzione riportata, la Corte ha cercato da qualche tempo di apportare numerosi correttivi. Non è sempre agevole tracciare, infatti, una linea di demarcazione netta tra le controversie di puro contenuto patrimoniale, rispetto a quelle in cui tale aspetto è conseguenza dell'esercizio del potere di un'amministrazione.

Recentemente la giurisprudenza C.E.D.U. ha individuato nella partecipazione dell'impiegato alla *puissance publique* la linea di demarcazione nell'applicazione dell'articolo in esame alle controversie che li vedono coinvolti⁽⁸¹⁹⁾. I funzionari pubblici che occupano posti di pubblico interesse «sarebbero legati allo Stato da uno speciale legame di confidenza e fedeltà, tanto che le posizioni giuridiche relative al loro impiego non potrebbero qualificarsi di "diritti di carattere civile"»⁽⁸²⁰⁾.

⁽⁸¹⁹⁾ Ancora Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 8 dicembre 1999, *Pellegrin/Francia*, cit. Il criterio adottato dalla Corte è funzionale alla determinazione della natura della controversia in termini di maggiore certezza rispetto al precedente orientamento.

⁽⁸²⁰⁾ A. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Giustizia*, 1-2, 2000, p. 134, il quale però si esprime criticamente sull'utilizzo di questo criterio specificatamente a pagina 136.

8. — Civil rights and obligations *come* locus standi.

Accogliere all'interno della nozione di *civil rights/droits civil* posizioni giuridiche non aventi i caratteri propri del diritto in senso stretto significa dare accesso alla tutela di cui all'art. 6 C.E.D.U. a situazioni giuridiche soggettive che non corrispondono a diritti soggettivi, ma ad una vasta gamma di situazioni giuridiche purché caratterizzate dal carattere della patrimonialità.

Sono, infatti, posizioni individuali rilevanti ai fini dell'applicazione della garanzia del giusto processo, l'interesse legittimo, la legittima aspettativa, l'interesse semplice, la libertà, il privilegio, la mera speranza di un vantaggio, l'onere, la soggezione così come situazioni giuridiche riconducibili a situazioni processuali e non necessariamente sostanziali.

L'ampio significato che caratterizza l'espressione *droits civil*, implica altresì la possibilità concreta di estendere le garanzie dell'equo processo a procedimenti inerenti situazioni giuridiche che non soddisfano i caratteri specifici dei rapporti di natura privatistica, e che si riferiscono, invece, ad altre partizioni del diritto. Sono escluse, però, da queste le posizioni individuali che discendono dalla partecipazione alla *puissance publique* del ricorrente/agente statale.

L'articolo 6 cit. costruisce il rapporto tra le garanzie e violazione dei diritti ed obblighi civili in termini di diritto all'azione. La nozione di violazione di un obbligo o di un diritto civile sembra regolare, pertanto l'accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali, siano essi giurisdizionali che amministrativi, nei termini e nei modi del richiamato articolo sul giusto processo.

La nozione di obblighi e diritti civili può essere, così, assimilata a quella di *locus standi* che regola l'accesso dei privati al *judicial review* nel sistema inglese (v. cap. 2, par. 3).

Come autorevolmente affermato, infatti, il sistema giuridico ingle-

se è strutturato in termini tali da accordare ai singoli «*strong remedies to protect certain interest*»⁽⁸²¹⁾, non necessariamente diritti secondo la tradizione continentale.

La violazione di un diritto od un obbligo civile è la base per avere accesso al controllo sull'operato dello Stato – in ogni sua articolazione – ai sensi dell'art. 6 C.E.D.U. Come visto sono state ricomprese nella riferita locuzione una gamma estremamente ampia di situazioni giuridiche soggettive, dal diritto pieno all'interesse qualificato.

Le situazioni giuridiche soggettive identificate dai giudici di Strasburgo nell'interpretazione l'art. 6 cit., costituiscono l'area dello *standing* entro il quale al singolo è permesso il controllo giurisdizionale delle violazioni all'art. 6 cit., poste in essere dallo Stato aderente alla Convenzione.

Premessa la complessità della nozione, che non è certo nelle possibilità di queste pagine approssicare⁽⁸²²⁾, il *locus standi* nel significato proprio che si mutua dal *common law*, non è coincidente – o almeno non lo è in maniera totale – con la nozione continentale di legittimazione ad agire. È qualcosa di più, connesso come è alla natura del controllo giurisdizionale sull'attività di un organo statale.

Lo *standing* si ritiene essere una creazione del diritto pubblico in quanto nei giudizio nei confronti dei pubblici poteri, chi agisce è chiamato non solo a dimostrare l'illegittimità dell'azione, ma preliminarmente ad palesare di avere un interesse a far valere l'illegittimità invocata⁽⁸²³⁾.

⁽⁸²¹⁾ Testualmente G. SAMUEL, *Le «droit subjectif» and English law*, in *Camb. law jour.*, 46, 1987, p. 273, il quale ancora sul punto precisa: «*the typical English approach to legal development was, and is, to concentrate on type of complaint in ius and measure this against a duty structure which gains most of its force from factual analogy*».

⁽⁸²²⁾ Per una lettura completa e significativa sul punto si veda P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in gran Bretagna*, Torino, 1996.

⁽⁸²³⁾ Ancora P. CHIRULLI, *op. cit.*, pp. 123-124.

«La necessità di limitare le classi di persone che possono far ricorso ai giudici è comune sia al diritto privato che al diritto pubblico. Ma lo scopo è raggiunto in modo diverso nei due contesti. Nel diritto privato la titolarità di un rimedio e il diritto di poter richiedere quel rimedio sono uniti: le due questioni non sono trattate separatamente – la prima assorbe la seconda. Nel diritto pubblico, d’altro canto, lo *standing* è visto come una separata questione preliminare afferente a chiedere un certo rimedio e non al merito della controversia» ⁽⁸²⁴⁾.

Con le dovute proporzioni rispetto al sistema inglese, la nozione di *civil rights and obligations* sembra operare come meccanismo limitante (*limiting device*), ossia come strumento di valutazione del fatto che il ricorrente possa o meno chiedere il rimedio che invoca. Inoltre, come evidenziato nelle prime pagine di questo lavoro, i risultati a cui giunge la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – nella lettura che effettua di «obblighi e diritti di natura civile» – sono molti simili, nella loro estensione, all’incremento che hanno avuto nel tempo le situazioni giuridiche soggettive ricomprese nella nozione di *standing* che legittima l’azione innanzi alle Corti inglesi, dove è commisurato alla necessità del ricorrente di garantirsi l’accesso al rimedio un *sufficient interest* (v. cap. 2, par. 3).

Logico è che sono diversi i presupposti dell’azione dei due procedimenti posti a confronto. Nel caso della Convenzione l’azione di cui all’art. 34 C.E.D.U. è diretta all’accertamento della violazione della Convenzione da parte dello Stato, o meglio ad opera di uno dei suoi organi. L’azione promossa nel *judicial review* mira anche alla dichiarazione di illegittimità dell’attività amministrativa.

Analogo però sembra essere il presupposto esistente in capo al ricorrente: la dimostrazione preliminare di un interesse che gli con-

⁽⁸²⁴⁾ Il riferimento è a P. CANE, *The function of standing rule*, in *Public Law*, 1981, p. 303 ss.

senta di far valere la violazione di una norma della Convenzione da un lato; quella che da luogo all'illegittimità dell'atto, dall'altro. In nessuno dei casi la violazione è posta in essere ad opera di privati.

La Corte C.E.D.U., inoltre, attraverso l'interpretazione della nozione di *civil rights and obligations*, sembra preoccupata a garantire il massimo accesso al rimedio previsto dalla Convenzione. Lo stesso passaggio logico-storico che ha caratterizzato la giurisprudenza inglese dalla nozione di *standing* legata alla titolarità di un *private legal right* e del *special damage* ⁽⁸²⁵⁾ al *sufficient interest*, già prima dell'entrata in vigore dell'*Order 53* ⁽⁸²⁶⁾.

⁽⁸²⁵⁾ Il *private legal right special damage* erano le situazioni che costituiscono lo *standing* nella richiesta delle *declarations* e delle *injunctions*, due rimedi privatistici utilizzati per sindacare l'azione amministrativa prima dell'entrata in vigore dell'*Order 53*.

⁽⁸²⁶⁾ Come evidenziato si è iniziato a parlare di *sufficient interest sufficient interest* per l'azione contro l'attività amministrativa prima dell'*Order 53*, il riferimento è il caso I.R.C., di cui offre una ricostruzione P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in gran Bretagna*, cit., p. 144 ss.

INDICE DEGLI AUTORI *

- ADAM R., (178), (401), (553)
 ADINOLFI A., (254)
 AKEHURST M., (280)
 ALBISINNI F., (519)
 ALCARO F., (425)
 ALPA G., (183), (510), (623), (679),
 (682)
 AMADEO S., (397), (545)
 AMADIO G., (426)
 AMOROSO G., (191)
 ANTONI C., (295)
 ANZON A., (191)
 ARCANGELI R., (692)
 ARISTOTELE, (367)
 ASPRELLA C., (722)
 AUCOC L., (105)
 AVERSANO F., (526)
 AZZENA L., (199)
- BACHOF O., (64)
 BALDASSARRE A., (180)
 BALDWIN R., (146)
 BARAV A., (538)
 BARBAGALLO G., (152)
 BARETTA P., (396)
 BARTHELEMY J., (47)
 BARTOLE S., (183)
 BARTOLINI A., (6), (65), (373)
- BARUFFI M. C., (433)
 BASILICA F., (667)
 BELVEDERE A., (492)
 BENOZZO M., (534)
 BETTATI M., (256)
 BETTI E., (183), (288)
 BIGI E., (469)
 BILANCIA F., (639)
 BLACKBURN R., (223)
 BOBBIO N., (25), (183), (287),
 (288)
 BONARD R., (49)
 BONATTI M., (692)
 BONELLI E., (692)
 BORGHINI P., (533)
 BOZZI G., (687)
 BRUNO F., (534)
 BUJOSA VADELL L., (136)
 BULTRINI A., (200)
 BUONOMO F., (495)
- CACCIAVILLANI I., (692)
 CAFAGGI F., (610), (615)
 CALMIERI A., (642)
 CALVANO R., (202), (212)
 CANDIAN A., (718)
 CANE P., (824)
 CANGELOSI R. A., (257)

*I numeri fra parentesi si riferiscono alla nota in cui l'opera è citata per la prima volta.

- CAPELLI F., (253), (396), (514)
CAPOTORTI F., (31), (198), (253)
CAPPARELLI P., (511)
CAPPELLETTI V., (290)
CAPPONI B., (394)
CAPRIOLI S., (141)
CARANTA R., (546)
CARATA R., (374)
CARAVITA DI TORITTO B., (683)
CARDONA G.R., (8)
CARETTI P., (495)
CARRÁ M., (352)
CARTABIA M., (191)
CARTELLA M., (426)
CASELLI G., (510)
CASSASE S., (375)
CATALDI G., (647)
CATAUDELLA A., (431), (667)
CAYLA O., (125)
CERUTTI F., (278)
CESARINI L., (371)
CHAPUS R., (106)
CHIRULLI P., (822)
CHITI M. P., (85), (165), (209)
CHITI BATELLI A., (257)
CIAN C., (417)
CIATTI A., (426)
CIPPITANI R., (147), (229), (253),
(258), (406), (422), (423),
(546), (584)
CIRIELLO P., (303)
CLARICH M., (324), (610)
COGNETTI S., (59)
COING H., (44)
COLACINO N., (682)
COLACINO N., (679)
COLCELLI V., (222), (406), (513),
(567), (616), (789)
COMANDÉ G., (643)
COMBA M., (495)
COMPORTI M., (496)
COMPORTI M., (495)
CONFORTI B., (152)
CONFORTINI M., (511)
CONTI R., (358)
COOKE J., (102)
CORTESE PINTO E., (546)
COSTATO L., (515)
COUTURE E. J., (137)
CRISAFULLI A., (183)
CRISOSTOMO M., (426)
CURTI GIALDINO C., (217), (279)
DABIN J., (44), (49)
DANIELE L., (396), (405), (495),
(545)
DAVID R., (265)
DE CABIEDES P. G., (136)
DE CAVIEDES H., (136)
DE CRISTOFARO G., (426), (427)
DE CUPIS A., (510)
DE MARZO G., (394), (426)
DE MURO G., (201)
DEBBASCH C., (113)
DEFLORIAN L. A., (257)
DI MAJO A., (32), (427)
DI MARTINO P., (522)
DI PAOLA L., (426)

- DI VIA L., (583)
 DICEY A. V., (83)
 DILTHEY W., (295)
 DONATI A., (626)
 DONATI F., (671)
 DOTAN Y., (90)
 DOUGLAS-SCOTT S., (16)
 DOWNES T., (216), (573)
 DUGUIT L., (46)
- EDWARD D., (349)
 ERGEC R., (153)
 EVERLING U., (281), (290)
- FERRAJOLI L., (626)
 FERRARA L., (263), (324)
 FERRARI BRAVO L., (178)
 FOCARELLI C., (28), (808)
 FOGLIA R., (358)
 FOLLIERI L., (427)
 FORADORI P., (606)
 FORSYTH C., (94)
 FRAGOLA M., (495), (507)
 FRIGO M., (495), (501)
 FROSINI V., (1)
 FUCCI R., (423)
 FUMAGALLI L., (545)
- G. SELVAROLO S., (510)
 GAJA G., (148), (197), (284), (498)
 GALGANO F., (448)
 GALLO C.E., (38), (325)
 GAMBARO A., (55) (103) (498)
 (694) (718)
- GARAUD L., (121)
 GARCIA DE ENTERRIA E., (128),
 (134)
 GAZZO G., (257)
 GENTILI A., (425)
 GHESTIN J., (45)
 GIARDINA A., (195)
 GIULIANI A., (100), (101)
 GOFFIN L., (350)
 GOLSONG H., (153)
 GORGONI M., (426)
 GORLA G., (265)
 GOUBEAUX G., (45)
 GRANELLI C., (510)
 GRASSI S., (681), (687)
 GRAZIADEI M., (39) (73)
 (140), (220)
 GRISI G., (426)
 GRZEGORCZYK C., (46)
 GUARDIERI A., (603), (549)
 GUASTINI R., (285), (288),
 GUERRIERI S., (403)
 GUINCHARD S., (123)
 GUIZZI V., (257)
- HAAS E., (605)
 HARTLEY T. C., (194)
 HAURIOU M., (113)
 HELFER R., (221)
 HENKE W., (57)
 HESPANHA A. M., (166)
 HILSON C., (216), (573)
 HOHFELD W. N., (80)
 HONORATI F., (319)

- HUTCHINSONM A. G., (93)
HYLAND R., (72) (74)
- IONESCU O., (44)
- JACOBS F.G., (151), (203)
JAUFFRET-SPINOSI C., (265)
JELLINEK G., (56)
- KEIR D.L., (87)
KELSEN H., (20), (22), (24)
KENNEDY T., (265)
KIRALFY A., (77)
KLAUS B., (514)
- LAFERRIERE F., (105), (115)
LALIGANT M., (109)
LAWSON F.H., (87)
LAY F., (257)
LEANZA U., (307)
LEBRETON G., (634)
LENER G., (425)
LETSAS G., (252), (260)
LEZZA A., (510)
LIPARI N., (11), (303), (426)
LIPPOLIS V., (399)
LUZZATTO R., (235)
- M. DE SALVIA, (34), (153), (224)
M. PRINCIGALLI A., (544)
MAGRI M., (795)
MAHONEY P., (261)
MAINE H., (76)
MANCINI G. F., (190)
- MANZELLA V., (164)
MARCHETTI B., (97)
MARESCA M., (405)
MARINI F. S., (621), (639)
MARZUOLI C., (199)
MASPETIOL R., (43)
MATTEI U., (717)
MATTERA RICIGLIANO A., (404)
MAUER LIBORI B., (686)
MAURER H., (57)
MAZZAMUTO S., (425)
MAZZARESE S., (628)
MENDELSON M., (196)
MENGONI L., (170), (297)
MENGOZZI P., (266), (435)
MEZZASOMA L., (518)
MICHAUT F., (46)
MIGLIAZZA M., (461), (670)
MIGUEL C. R., (653)
MIRATE S., (154)
MIZZAGLIA A., (165), (241)
MOCCIA L., (76)
MODUGNO F., (21)
MONACO R., (165), (182)
MONATERI P.G., (51), (213), (380)
MONTANARI L., (201)
MONTICELLI S., (425)
MORBIDELLI G., (210)
MORBIDELLI G., (165)
MORFINI F., (342), (571), (597)
MORI P., (546)
MOSCARINI A., (495)
- NAPOLITANO G., (617)

- NASCIMBENE B., (179), (399), (433)
 NEVILLE BROWN L., (265)
 NICOLUSSI A., (578)
 NUGENT N., (403)
 NUNIN R., (648)
 NUZZO M., (425)
- ODENT R., (110)
 ORESTANO A., (425)
 ORLANDI M., (399)
 ORSELLO G. P., (257)
 ORSI BATTAGLINI A., (155)
 OTRANTO P., (230)
 OUGHTON D., (102)
- PACINI M., (650)
 PADELLETTI M. L., (689)
 PAGANO E., (181)
 PAGANO E., (190)
 PAGNI I., (326)
 PALAZZO A., (3), (169), (183),
 (290), (293), (294), (299), (488)
 PALMERINI E., (125)
 PALOMBELLA G., (629)
 PANEBIANCO S., (257)
 PARDOLESI R., (445), (456)
 PARISI N., (484)
 PASSAGNOLI G., (425), (445)
 PATRONO M., (161)
 PECESBARBA MARTINEZ G., (618)
 PEGORARO A., (622)
 PELOSI A. C., (510)
 PERI C., (522)
 PERTICI A., (5)
- PESCATORE P., (276)
 PETZOLD H., (150)
 PICARDI N., (101)
 PICOZZA E., (236)
 PINO A., (183) (286), (289)
 PIRIS L., (262)
 PIRODDI P., (462)
 PIRRONE P., (724)
 PISCIOTTA G. (426)
 PIZZETTI F., (5)
 POCAR F., (164)
 POLAKIEWICZ J., (153)
 POZZO B., (718)
 PREDIERI A., (193), (275)
 PROTO PISANI A., (326), (355)
 PROTO PISANI A., (17)
 PROTTO M., (57), (210)
 PUGLIATTI S., (50)
- QUADRI G., (87)
 QUAINI P. M., (636)
- RAIMONDI G., (152), (250)
 RAISER L., (9), (69)
 RAMON FERNANDEZ T., (128)
 RANDAZZO B., (201)
 RASMUSSEN H., (261)
 REGELSBERGER F., (290)
 RENUCCI J.F., (633)
 REPOSO A., (271)
 REPOSO L., (622)
 RESCIGNO P., (183), (192), (667)
 RICCI J.C., (113)
 RINALDI D., (484)

- RINELLA A., (622)
RODOTÀ S., (495), (667)
ROPPO V., (425)
ROSSELLO C., (426)
ROSSI L. S., (239), (435)
ROTTOLA A., (178)
ROUBIER P., (49)
RÜECKERT W., (70)
RUFFERT M., (70)
RUSCELLO F., (182)
RUSSO C., (636)
- SACCO R., (7), (37), (40), (213)
SAGGIO A., (545)
SAMUEL G., (44), (84), (104), (821)
SANTANIELLO R., (404)
SANTORO PASSARELLI F., (510)
SANTOSUOSSO G., (426)
SAPORITO G., (795)
SASSANI B., (324)
SASSI A., (142), (296), (451), (453)
SAVORANI G., (229)
SCADUTO G., (183)
SCAGLIONE F., (299), (428), (443), (446)
SCANNICCHIO N., (144), (228), (426), (559)
SCARCIGLIA R., (622)
SCARTEZZINI R., (606)
SCHOCKWEILER F., (205)
SCOCA F.G., (60), (135)
SCOVAZZI T., (678)
SCOZZAFAVA O.T., (695)
SERRANO ALBERCA J. M., (129)
- SICLARI D., (357)
SILANO V., (514)
SIRSI E., (528)
SONELLI S., (666)
SORRENTINO F., (165), (191); (192), (241)
SPATTI M., (669)
SPERDUTI G., (249)
SPIELMAN D., (646)
STEFANELLI S., (425)
STEIN P., (167).
STROZZI G., (217)
SUDRE F., (153)
SUNKIN M., (81)
- TAMIETTI A., (226), (820)
TANZARELLA P., (654)
TARUFFO M., (71)
TARULLO S., (165)
TEGA D., (795)
TELÒ E., (608)
TELÒ M., (278)
TERZAGO G., (510)
TESAURO G., (270), (328)
THOMAS Y., (125)
THON A., (47)
TIZZANO A., (12); (211); (217), (377), (399), (484)
TORIELLO F., (11)
TORIELLO F., (183), (426)
TOSATO G. L., (190)
TRABUCCHI A (417)
TREVES T., (165), (241)
TRIMARCHI M., (495), (501)

- TROCKER N., (427)
TROPER M., (46)
- VACCA M., (253)
VALENTI A., (180)
VALENTINO D., (426)
VAN DIJK P., (162)
VAN GERVEN W., (535), (560)
VAN. ERP S., (504)
VANDERSANDEN G., (538),
VANHOOF G.J.H., (162)
VARANI E., (670),(674)
VELU J., (153)
VENEZIANO S., (505)
VILLANI U., (399)
VILLATA R., (324)
VILLEY M., (48), (44) .
VINCENT J., (123)
VINCENTI U., (510)
VIOLA F., (302)
VIRGA P., (399)
- VIRZO R., (291)
VITTA E., (30), (262)
VOLPI M., (622)
VON IHERING R., (48)
- WADE H.W.R., (94)
WEILER J.H.H., (18), (191), (195),
(199)
WEIR T., (75)
WHITE R. C., (151), (203)
WILDHABER L., (174)
WINDSCHEID B., (46), (167).
WYPLOSZ C., (146)
- YANNAKOPOULOS C., (41)
- ZACCARIA G., (302)
ZACCARIA A., (427)
ZAGREBELSKY G., (5),(202), (635)
ZANICHELLI M., (619), (630)
ZUCKERMAN A.A.S., (99)



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo www.rivistadirittoeprocesso.eu

Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra Diritto Interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.

Pubblicato nell'anno 2011
Impresso in Italia nell'ottobre 2011