

# Papers

di diritto europeo



**Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo* 2015 / 2**

Ruggiero Cafari Panico, *Le attività funerarie nel diritto europeo ed italiano: il nuovo disegno di legge di riforma*

Diletta Danieli, *L'influenza del formante dottrinale tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni*

© 2015 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona

**ISSN 2038-0461**

**Registrazione al Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010**

La rivista *open access* “Papers di diritto europeo” raccoglie contributi sui temi dell'integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Sono accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf sul sito Internet.

**Direzione scientifica:**

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

**Comitato scientifico:**

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, [mariacaterina.baruffi@univr.it](mailto:mariacaterina.baruffi@univr.it)

Prof.ssa Laura Calafà, [laura.calafa@univr.it](mailto:laura.calafa@univr.it)

Prof. Franco Ferrari, [franco.ferrari@univr.it](mailto:franco.ferrari@univr.it)

Prof. Matteo Ortino, [matteo.ortino@univr.it](mailto:matteo.ortino@univr.it)

Dott.ssa Isolde Quadranti, [isolde.quadranti@univr.it](mailto:isolde.quadranti@univr.it)

**Responsabile tecnico:**

Dott. Angelo Mazzotta, [angelo.mazzotta@univr.it](mailto:angelo.mazzotta@univr.it)

**Editore:**

Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona

Dipartimento di Scienze giuridiche

Via Carlo Montanari, 9

37122 Verona

Tel. +39.045.8028847

Fax +39.045.8028846

**Referee:**

Gli scritti contenuti nella rivista sono valutati attraverso un sistema blind peer-review.

## **Le attività funerarie nel diritto europeo ed italiano: il nuovo disegno di legge di riforma**

Ruggiero Cafari Panico

### **Abstract**

Il disegno di legge di riforma delle attività funerarie A.C. n. 3189 del 22 giugno 2015, nel rispondere ad una esigenza largamente sentita di riordino e aggiornamento dell'attuale disciplina, introduce meccanismi di autorizzazione e di pianificazione territoriale che trovano giustificazione, per i servizi mortuari, nella loro natura pubblicistica e, per quelli di pompe funebri, nell'interesse generale a che essi siano prestati nel rispetto, in particolare, dei diritti dei dolenti. La distinzione fra i due ordini di servizi è stata fatta propria dalla Corte di giustizia che riconosce peraltro agli Stati un ampio margine di discrezionalità nell'introduzione di possibili restrizioni alla loro libera prestazione, purché siano rispettate al riguardo le condizioni poste dalla giurisprudenza della stessa Corte in tema di esercizio delle libertà fondamentali. Nel perseguire l'interesse generale le disposizioni contenute nel disegno di legge di riforma introducono limitazioni alla libertà di iniziativa economica che sia rispondono ai requisiti fissati dall'ordinamento comunitario sia risultano compatibili con le indicazioni fornite dalla AGCM.

# Le attività funerarie nel diritto europeo ed italiano: il nuovo disegno di legge di riforma <sup>1</sup>

---

Ruggiero Cafari Panico \*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 3. La direttiva *Bolkestein* e le deroghe alla libertà di iniziativa economica. – 4. I profili concorrenziali. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

Il [disegno di legge](#) sulla «Disciplina delle attività funerarie, della cremazione e della conservazione o dispersione delle ceneri», A.C. n. 3189, del 22 giugno 2015<sup>2</sup>, risponde certamente ad una esigenza largamente sentita di aggiornamento e riordino della attuale disciplina. Nel perseguire tale obiettivo l'iniziativa legislativa in oggetto si caratterizza peraltro rispetto ad altre analoghe proposte per il rilievo che in essa assume la considerazione dell'interesse generale che i servizi funerari complessivamente considerati perseguono. Come si legge infatti nella Relazione illustrativa del disegno di legge, «[q]uella funebre è attività complessa che, oltre ad articolare il proprio intervento in ambito commerciale [...], si configura come attività di interesse generale attinente alla salute pubblica ed alla pubblica sicurezza, con preminenti aspetti di natura igienico-sanitaria».

È a tutti noto come l'attività funebre si sia venuta sempre più caratterizzando per la natura pubblica del servizio così prestato, in ragione dei sempre più numerosi compiti di natura appunto pubblicistica – quando non addirittura di vere e proprie funzioni sanitarie – attribuiti agli operatori del settore, quali incaricati di pubblico servizio. L'attuale disciplina non risponde ormai da tempo a tali specificità dell'attività funeraria nella sua odierna accezione e le precedenti iniziative di riforma non traevano, sul piano delle soluzioni in concreto suggerite, le dovute e coerenti conclusioni da quanto premesso in merito alla natura dell'attività stessa. Non a caso dunque, a fronte di una legislazione, come pure si legge nella Relazione, «disorganica a livello regionale ed obsoleta a livello nazionale», l'interesse pubblico (generale) preminentemente perseguito dalla attività funeraria costituisce il momento ispiratore della nuova iniziativa legislativa.

---

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> [Relazione presentata al VI Congresso nazionale di Federcofit](#), il 26 giugno 2015, aggiornata al 30 settembre 2015.

<sup>2</sup> Presentato dai deputati Gasparini e Casati. Al momento della pubblicazione del contributo il testo del disegno di legge non è ancora stato reso disponibile *online*.

Che la salvaguardia dell'interesse pubblico sia una esigenza destinata ad imporsi sui profili più prettamente commerciali, pur esistenti e come tali meritevoli di tutela, è la stessa Unione europea a dircelo. Il nostro legislatore può così introdurre quei correttivi al libero mercato che soddisfino l'interesse generale al regolare svolgimento dei servizi di rilevanza non solo pubblica ma anche commerciale. Del resto, l'evoluzione in senso pubblicistico dei servizi funerari è comune, pur con risposte variamente articolate, a vari paesi dell'Unione europea. Muovendo da tale qualificazione, essi sono intervenuti a disciplinare il mercato, privilegiando la soddisfazione dell'interesse generale, che coincide, non a caso, con quello dei dolenti, a che, da un lato, siano garantite la qualità del servizio, la affidabilità degli operatori, la diffusione del servizio sul territorio e la professionalità degli addetti, e, dall'altro, sia rispettato il dolore della famiglia, evitando i deprecati fenomeni di malaffare.

L'Europa, dunque, viene in nostro soccorso, mostrandoci non solo la strada da seguire, ma anche fornendoci gli strumenti necessari.

## 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

I servizi funerari nella loro accezione più ampia comprendono due categorie di attività e possono perciò essere distinti in «servizi mortuari» e servizi di «pompe funebri». Tale distinzione è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 27 febbraio 2003, *Bestattung Wien*<sup>3</sup>, l'unica peraltro in cui i giudici del Lussemburgo si sono pronunciati sulla disciplina e soprattutto sulla natura di tali attività, avendo avuto modo in precedenza di occuparsi solo dei profili più prettamente concorrenziali in una ormai risalente decisione del 4 maggio 1988, *Pompes funèbres*<sup>4</sup>, resa in tema di fissazione dei prezzi e dunque di abuso di posizione dominante.

Nella decisione del 2003 la Corte muove invece dalla constatazione di come spesso gli Stati utilizzino la menzionata distinzione per qualificare i servizi mortuari quali servizi di interesse generale e le pompe funebri come servizi resi in regime di mercato, per concludere invece che entrambi i servizi rispondono ad una medesima funzione, giacché «non si può contestare che i servizi mortuari e di pompe funebri possono essere considerati come servizi rispondenti effettivamente a un bisogno di interesse generale»<sup>5</sup>, la cui nozione costituisce un concetto autonomo di diritto comunitario. Proseguendo nel suo ragionamento, la Corte precisa che «[d]a una parte, infatti, tali attività sono connesse all'ordine pubblico in quanto lo Stato ha manifestato interesse ad esercitare un rigoroso controllo sul rilascio di certificati quali certificati di nascita e di decesso. D'altra parte, evidenti motivi di igiene e sanità pubblica possono giustificare il fatto che lo Stato conservi, su tale attività, un'influenza

---

<sup>3</sup> Corte giust., 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, EU:C:2003:110.

<sup>4</sup> Corte giust., 4 maggio 1988, causa 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, EU:C:1988:225.

<sup>5</sup> Corte giust., 27 settembre 2003, causa C-373/00, *Bestattung Wien*, cit., punto 51.

determinante e adotti misure come quelle previste dall'art. 10, n. 1, del WLBG, qualora i funerali non siano stati organizzati entro un determinato termine successivo al rilascio del certificato di decesso. L'esistenza stessa di una tale disposizione rappresenta pertanto effettivamente un indizio del fatto che le attività di cui trattasi possono soddisfare un bisogno di interesse generale. Pertanto, è segnatamente necessario respingere l'interpretazione sostenuta dalla convenuta nella causa principale secondo cui, in antitesi alle prestazioni di pompe "nel senso ampio del termine" come l'inserzione di necrologi, la collocazione del defunto nella bara o il suo trasporto, soltanto l'inumazione e la cremazione dei corpi nonché la gestione dei cimiteri e dei colombari – qualificati come prestazioni di pompe funebri "nel senso stretto del termine" – rientrerebbero nella nozione di bisogno di interesse generale. Infatti, tale distinzione sarebbe artificiosa dato che tutte o la maggior parte di tali attività erano di regola esercitate da una medesima impresa o da una medesima autorità pubblica»<sup>6</sup>.

Le indicazioni che emergono dalla decisione della Corte sono chiare ed utili per definire il possibile ambito di intervento legislativo all'interno dei singoli paesi. Ad avviso dei giudici del Lussemburgo, non importa quanto siano rilevanti le prestazioni di pompe funebri in senso stretto rispetto alle attività più propriamente commerciali svolte da un'impresa, dal momento che la suddetta impresa continuerebbe ad occuparsi di bisogni di interesse generale, come tali soggetti ad una rigorosa disciplina volta ad assicurare la soddisfazione di tali interessi. Perché peraltro una determinata attività di natura anche, se non soprattutto, commerciale, possa comunque essere qualificata come destinata a soddisfare principalmente specifiche esigenze di interesse generale aventi – questi sì – carattere non commerciale, ovvero sanitari o di ordine pubblico, occorre che ricorrano determinati «indizi» della sua natura pubblicistica. In conclusione, (tutte) le attività funerarie, siano esse di natura pubblica oppure commerciale, rispondono, in determinate circostanze, ad un interesse generale dell'ordinamento.

Il disegno di legge di cui si discute è destinato a soddisfare pienamente le condizioni poste dalla Corte di giustizia, ponendo al centro del riordino motivi di ordine pubblico, di igiene e di sanità pubblica. Come si legge infatti nell'art. 7, «[l]'attività funebre costituisce attività di interesse generale attinente alla salute pubblica ed alla pubblica sicurezza, con preminenti aspetti di natura igienico sanitario». Tale affermazione, più volte ripresa nell'articolato, si riverbera anche ma non solo sul piano dei requisiti per lo svolgimento dell'attività, sulle modalità per la sua effettuazione e sul processo di qualificazione professionale degli addetti (vedi artt. 8-11).

Del resto, come sottolineato dall'avvocato generale Alber nelle conclusioni rese nel caso [\*Bestattung Wien\*](#), a connotare in senso pubblicistico l'incarico attribuito all'impresa di pompe funebri è proprio il fatto che le attività celebrative e di inumazione siano disciplinate insieme, in un ambito

---

<sup>6</sup> *Ivi*, punti 52-54.

normativo unitario che non consente di distinguere, fra le varie attività, «quelle che sono svolte nell'interesse della collettività e quelle che sono svolte nell'interesse dei singoli»<sup>7</sup>.

Ancora più interessanti sono le considerazioni che possono trarsi dalla sentenza della Corte di giustizia sul piano dei possibili interventi di regolamentazione del mercato da parte dello Stato. È infatti la stessa Corte a sottolineare come, soddisfacendo l'attività un bisogno di interesse generale, il suo esercizio possa essere subordinato al rilascio di una previa autorizzazione<sup>8</sup>, che è strettamente collegata, precisa l'avvocato generale, alla verifica dell'esistenza di una necessità del servizio da verificarsi in sede di rilascio della autorizzazione stessa<sup>9</sup>. La verifica di tale «necessità» si traduce, sempre ad avviso dell'avvocato generale, in una delimitazione, per motivi di interesse generale, della concorrenza, mantenendo la pubblica amministrazione «un'influenza sostanziale almeno per ciò che concerne la determinazione del numero di coloro che operano sul mercato»<sup>10</sup>.

L'introduzione di un meccanismo autorizzatorio, basato sulla verifica della sussistenza dei requisiti previsti per l'esercizio dell'attività, e la definizione dei livelli ottimali di copertura del servizio funebre non solo costituiscono momenti qualificanti del disegno di legge (vedi art. 5), ma, come appena osservato, rispondono anche alla funzione sociale dell'intero comparto delle attività funebri, in piena coerenza e rispetto delle precise indicazioni della Corte di giustizia.

### 3. La direttiva *Bolkestein* e le deroghe alla libertà di iniziativa economica.

Non deve a questo punto meravigliare il fatto che la direttiva servizi, nota anche come direttiva *Bolkestein* ([direttiva n. 2006/123/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno<sup>11</sup>, cui è stata data attuazione col [d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59](#)<sup>12</sup>), non menzioni i servizi funerari né per disciplinarli né per escluderli dal suo ambito di applicazione. Va invece rilevato che uno specifico riferimento ai «servizi di pompe funebri» compare nel [Manuale per l'attuazione della direttiva servizi](#), pubblicato dalla Commissione europea, dove, a commento dell'art. 2, par. 2, lett. *d*, della direttiva, che esclude dall'ambito di applicazione della direttiva stessa i servizi nel settore dei trasporti, si precisa che l'esclusione non comprende «i servizi che non costituiscono servizi di trasporto» in senso stretto, quali «i servizi di pompe funebri», per quanto attiene ovviamente al trasporto

---

<sup>7</sup> Conclusioni avv. gen. Alber, 21 marzo 2002, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, EU:C:2002:207, punto 69.

<sup>8</sup> Corte giust., 27 febbraio 2003, causa C-373-00, *Bestattung Wien*, cit., punto 63.

<sup>9</sup> Conclusioni avv. gen. Alber, 21 marzo 2002, causa C-373/00, *Bestattung Wien*, cit., punto 89.

<sup>10</sup> *Ivi*, punto 90.

<sup>11</sup> In *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36-68.

<sup>12</sup> In *GU* 94 del 23 aprile 2010, *suppl. ord.* 75.

della salma<sup>13</sup>. Tale precisazione è stata fatta propria dal d.lgs. n. 59 del 2010, cit., il cui art. 6, c. 2, riprende al riguardo le indicazioni fornite dalla Commissione europea.

La prima considerazione da trarre è che le attività funerarie in genere non sono in quanto tali menzionate nella direttiva per il fatto, si può ragionevolmente ritenere, che esse risultano, per molteplici e rilevanti profili, riconducibili alla prestazione di servizi che attengono all'ambito della sanità, dell'igiene e della sicurezza pubblica, di per sé escluse, *ex art. 2, par. 2, lett. f e anche i*, dal campo di applicazione della direttiva stessa, e, per altri, alla categoria più ampia dei servizi in cui è preminente l'interesse generale alla loro esecuzione. Secondo infatti la distinzione tracciata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Bestattung Wien*<sup>14</sup>, fra «servizi mortuari» e «pompe funebri», i primi («servizi mortuari») rientrano fra i settori cui non si applica la direttiva, stante la loro natura pubblicistica. Per quanto riguarda invece le «pompe funebri», tra cui rientrano i servizi di trasporto funebre sopra ricordati, essi possono essere comunque soggetti a restrizioni, anche significative, e quindi di fatto esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, laddove il legislatore nazionale riconosca loro la natura di servizi di interesse generale. Dispone infatti in tal senso la stessa direttiva che, in più disposizioni, prevede che la prestazione di determinate categorie di servizi possa essere sottoposta a restrizioni, tra cui, in particolare, il rilascio di autorizzazioni e misure di pianificazione territoriale, quando ciò trovi giustificazione in «motivi imperativi di interesse generale», tra i quali compaiono la pubblica sicurezza, la sanità e l'igiene pubblica e la tutela del consumatore (considerando n. 40; v. anche considerando n. 56 e art. 9). Il richiamo ai motivi imperativi d'interesse generale compare ovviamente anche nel d.lgs. di attuazione della direttiva, dove l'art. 8, c. 1, lett. *f*, riprende il contenuto del citato considerando n. 40 per definire l'ambito delle possibili deroghe al regime di liberalizzazione altrimenti introdotto.

Ulteriore conseguenza è che la libertà di esercizio delle attività in discorso può essere variamente limitata da ciascuno Stato membro per soddisfare le proprie esigenze imperative, nel rispetto comunque dei principi generali dell'ordinamento comunitario, tra cui quelli di non discriminazione e di proporzionalità. Stante infatti la natura comunque restrittiva delle misure previste nel progetto di disegno di legge in esame, perché esse possano essere giustificate occorre non solo che esse trovino ragione in motivi imperativi di interesse pubblico, ma anche che tali previsioni abbiano applicazione non discriminatoria, siano idonee a conseguire lo scopo perseguito e si limitino a quanto necessario per il raggiungimento di detto scopo.

Tutti questi requisiti sono pienamente soddisfatti dalle disposizioni di cui si propone l'adozione nel disegno di legge A.C. n. 3189, cit.

---

<sup>13</sup> Commissione europea, Direzione generale del Mercato interno e dei servizi, *Manuale per l'attuazione della direttiva servizi*, 2007, p. 13.

<sup>14</sup> Corte giust., 27 febbraio 2003, causa C-373/00, cit.

Che i servizi di pompe funebri possano essere considerati come servizi rispondenti ad un bisogno di interesse generale è la Corte di giustizia, nella decisione sopra ricordata, ad affermarlo, riconoscendo così la possibilità per gli Stati di far ricorso per la loro disciplina a meccanismi autorizzatori idonei a soddisfare le esigenze imperative dell'ordinamento in questione, in deroga a quanto altrimenti previsto dalla direttiva servizi. A ciò si aggiunge che le disposizioni contenute nel disegno di legge di riforma, seppur restrittive dell'accesso al mercato, sono non discriminatorie e si applicano in ugual misura a tutte le imprese del settore. Ciò vale in particolare per i requisiti che sono fissati per consentire agli attuali e ai nuovi operatori di ottenere l'autorizzazione per la propria attività. In linea di principio, tutti gli operatori del settore che soddisfino le condizioni indicate hanno la possibilità di beneficiare delle nuove disposizioni.

Degli obiettivi specifici perseguiti dalla normativa proposta già si è detto, va invece precisato che lo strumento della pianificazione territoriale, di cui all'art. 5 del disegno di legge, è sicuramente idoneo a soddisfare l'interesse pubblico a che venga garantita la possibilità da parte dei dolenti di accedere ad un servizio che nel tutelarne i diritti soddisfi anche esigenze prioritarie di carattere igienico sanitario e di sicurezza pubblica. Nel perseguire tale obiettivo la normativa proposta non va oltre quanto strettamente necessario per raggiungere tale obiettivo. Nella scelta poi concreta dei singoli strumenti, in particolare amministrativi, giudicati idonei a garantire la tutela dell'interesse pubblico perseguito gli Stati membri dell'Unione mantengono, come già ricordato, un margine di discrezionalità che giustifica le differenti soluzioni legislative rintracciabili in ciascuno di essi. Il fatto che uno Stato membro imponga norme più rigide in materia di tutela di preminenti interessi pubblici di quelle stabilite da un altro Stato membro non significa dunque che tali norme siano incompatibili con le disposizioni dell'ordinamento dell'Unione. Ciò che conta è che, quando da tali norme conseguano restrizioni alle libertà fondamentali, i requisiti e le limitazioni così introdotti soddisfino le condizioni (quattro) sopra indicate e frutto della elaborazione della Corte di giustizia.

Non varrebbe dunque invocare, al fine di contestare la legittimità delle forme di tutela e regolazione del mercato che sarebbero introdotte dal progetto di legge in discorso, una possibile violazione della libertà di iniziativa economica tutelata dalla Costituzione, così come declinata nelle pronunce della Corte costituzionale. In realtà, dovendosi fornire una interpretazione comunitariamente orientata della normativa nazionale, stante la supremazia del diritto dell'Unione, va ricordato che la libertà di impresa è sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso stabilisce che tale libertà è riconosciuta «conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Tale rinvio al diritto comunitario va inteso nel senso che la libertà di impresa può incontrare limiti tra i quali la Corte di giustizia, nella sentenza [Sokoll-Seebacher](#) del 13 febbraio 2014, annovera espressamente un regime di autorizzazione amministrativa preventiva, purché, come già osservato, tale regime sia fondato «su criteri oggettivi, non discriminatori e previamente conoscibili, che garantiscano

la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali»<sup>15</sup>.

Nello stesso senso si è pronunciata la Corte costituzionale, precisando che la tutela della concorrenza «si attua anche attraverso la previsione e la correlata disciplina delle ipotesi in cui viene eccezionalmente consentito di apporre dei limiti all'esigenza di tendenziale massima liberalizzazione delle attività economiche»<sup>16</sup>, purché eventuali regimi autorizzatori siano giustificati da motivi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità<sup>17</sup>. Tutti criteri quelli indicati dalla Corte costituzionale, e prima ancora dalla Corte di giustizia, che risultano pienamente soddisfatti dalla normativa proposta nel disegno di legge A.C. n. 3189, cit. Infine, sempre nel senso che la tutela del consumatore e, quindi, a maggior ragione, quella di esigenze igienico-sanitarie e di pubblica sicurezza giustifichino in base al diritto dell'Unione europea restrizioni alla libertà di iniziativa economica, si è pronunciato di recente anche il Consiglio di Stato, nella [sentenza pronunciata il 26 agosto 2015](#), in tema di esercizio dell'attività di gioco lecito<sup>18</sup>.

Pienamente legittima è dunque la scelta che il legislatore italiano è chiamato ad operare sulla base del disegno di legge A.C. n. 3189, cit., laddove introduce meccanismi autorizzatori e di pianificazione territoriale, in quanto, come si legge all'art. 7 dell'articolo, «l'attività funebre costituisce attività di interesse generale attinente alla salute pubblica ed alla pubblica sicurezza, con preminenti aspetti di natura igienico sanitario». Il tutto nel rispetto del dettato delle disposizioni del TFUE e, più in particolare, della direttiva servizi che consente di restringere il suo ambito di applicazione per quei servizi che rispondono a finalità di interesse generale, purché siano soddisfatti i requisiti generali posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

#### 4. I profili concorrenziali.

In più occasioni l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha avuto modo di occuparsi dei profili concorrenziali dell'attività funeraria, giungendo a conclusioni critiche nei confronti dell'attuale assetto normativo. Due sono i profili principali di indagine: anzitutto, la distinzione fra l'attività di gestione delle camere mortuarie e l'attività imprenditoriale di onoranze funebri ([AS392, Segnalazione del 23 maggio 2007](#)<sup>19</sup>); in secondo luogo, la possibilità, prevista nel caso dalla legge regionale campana, di subordinare l'esercizio dell'attività funeraria all'iscrizione in un apposito registro

---

<sup>15</sup> Corte giust., 13 febbraio 2014, causa C-367/12, *Susanne Sokoll-Seebacher*, EU:C:2104:68, punto 27.

<sup>16</sup> [Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 245](#), punto 3.2 in diritto.

<sup>17</sup> [Corte cost., 20 maggio 2013, n. 98](#), punto 4.1 in diritto.

<sup>18</sup> [Cons. St., 1° ottobre 2015, n. 4593, Regione Lombardia c. s.r.l. Mmgames.](#)

<sup>19</sup> Segnalazione AS392 – Affidamento dei servizi di gestione delle camere mortuarie ed obitoriali e dei servizi cimiteriali, ad imprese di onoranze funebri, in *Bollettino AGCM* n. 19 del 27 maggio 2007, pp. 110-115.

([AS1153, Segnalazione del 6 novembre 2014](#); vedi anche [AS1055, Segnalazione del 14 giugno 2013](#)<sup>20</sup>).

In merito, va ora rilevato che il disegno di legge in esame soddisfa anche le esigenze manifestate dalla AGCM nelle proprie Segnalazioni. Giova al riguardo prendere le mosse dalle considerazioni svolte dalla Autorità Garante nel novembre 2014, con riguardo alla previsione della iscrizione in un registro regionale delle imprese funerarie e cimiteriali. È infatti la stessa AGCM a sottolineare come il regime autorizzatorio così introdotto risulti incompatibile con la libertà d’iniziativa economica, in quanto non vi sono a livello statale disposizioni che «abbiano valutato l’esistenza di esigenze di interesse generale»<sup>21</sup> idonee a giustificare tale restrizione.

A rendere dunque illegittimo il regime di autorizzazione introdotto a livello regionale è (solo) l’assenza, in sede di fissazione dei principi generali che devono regolare la materia, di una espressa qualificazione da parte dello Stato dei servizi funerari quali servizi di interesse generale. Tale considerazione, letta alla luce dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nel ricordato caso *Bestattung Wien*<sup>22</sup>, giustifica pienamente l’iniziativa di riforma in discussione, che, muovendo dalla esigenza di soddisfare ben precisate esigenze di interesse generale, detta criteri oggettivi cui subordinare il rilascio del documento autorizzativo, soggetto a periodiche verifiche, nell’ambito di una programmazione territoriale. I vincoli così introdotti all’accesso al mercato risultano strettamente giustificati, in un’ottica di proporzionalità, dall’interesse generale perseguito e come tale riconosciuto meritevole di tutela dall’ordinamento comunitario.

A conclusioni non dissimili si perviene anche con riguardo al fatto che, sempre secondo la AGCM, le finalità commerciali dell’attività di onoranze funebri «non si conciliano con il corretto e fisiologico svolgimento del servizio di gestione delle camere mortuarie». L’art. 8, par. 4, del disegno di legge A.C. n. 3189, cit., prevede infatti che «[l]e imprese funebri, qualora esercitino attività in esclusiva in mercati paralleli, quali quelli relativi all’ambito cimiteriale nello stesso territorio in cui operano le imprese funebri, sono obbligate alla separazione societaria, intesa come svolgimento distinto con società o soggetto, comunque denominato, dotato di separata personalità giuridica ed organizzazione distinta ed adeguata di mezzi e risorse». A ciò si aggiunge che, in base al successivo par. 5, alle stesse «imprese funebri è vietata la prestazione dei servizi in ambito necroscopico, intendendosi per tali la gestione di servizi mortuari di strutture sanitarie ed assimilabili e di depositi di osservazione ed obitori, nonché la fornitura a questi di servizi diversi dal trasporto funebre».

---

<sup>20</sup> Segnalazione AS1153 – Allegato A della legge regionale n. 12/2011: “Codice delle attività e delle imprese funebri”, come modificata dalla l. r. Campania 25 luglio 2013, n. 7, in *Bollettino AGCM* n. 43 del 10 novembre 2014, pp. 17-19; Segnalazione AS1055 – Comune di Avellino - Disciplina servizi funebri, in *Bollettino AGCM* n. 24 del 24 giugno 2013, p. 46 s.

<sup>21</sup> Segnalazione AS1153 – Allegato A della legge regionale n. 12/2011: “Codice delle attività e delle imprese funebri”, come modificata dalla l. r. Campania 25 luglio 2013, n. 7, cit., p. 18.

<sup>22</sup> Corte giust., 27 febbraio 2003, causa C-373/00, cit.

Anche sotto questo profilo le nuove disposizioni darebbero dunque una risposta adeguata alle perplessità manifestate dalla AGCM, assicurando il rispetto delle regole di concorrenza nel settore, sempre comunque in coerenza con il preminente interesse al soddisfacimento delle esigenze pubbliche, anche quando i servizi di onoranze funebri e i connessi servizi di carattere pubblico-sociale e igienico-sanitari sono prestati in un contesto imprenditoriale unitario ed integrato.

## 5. Conclusioni.

Un rapido esame delle normative vigenti negli altri paesi dell'Unione, tra cui, in particolare, Belgio, Francia, Germania e Spagna, ci mostra come comune sia il riconoscimento della funzione pubblica delle attività funerarie. La soddisfazione dell'interesse generale allo svolgimento nel modo più idoneo di tali attività avviene peraltro in ciascun paese secondo modalità tra loro diverse; comuni sono tuttavia l'attenzione per gli aspetti di formazione degli addetti al settore e l'introduzione di adeguati requisiti per l'esercizio dell'attività.

Alla luce di quanto fino ad ora osservato, deve pertanto ritenersi pienamente compatibile con i principi del mercato interno e della concorrenza una legislazione nazionale che, come quella di cui si propone l'adozione nel nostro paese, condizioni lo svolgimento delle attività funerarie, complessivamente intese, in modo cioè da ricomprendere sia i servizi mortuari sia quelli di pompe funebri, all'ottenimento di una autorizzazione rilasciata dalla pubblica amministrazione, previa verifica del soddisfacimento di taluni requisiti. Le condizioni così poste al rilascio della autorizzazione sono peraltro strettamente proporzionali al fine perseguito di interesse generale e riguardano, in particolare, le strutture necessarie per l'esercizio dell'attività e la formazione degli operatori del settore. Ad esse si accompagna l'obbligo di rispetto di una stringente regolamentazione di sanità pubblica.

L'adozione nel nostro paese di una normativa organica di riforma che fissi a livello nazionale i principi generali, cui devono attenersi i legislatori regionali negli ambiti di loro competenza, è divenuta una priorità cui il legislatore non può più sottrarsi. Si tratta infatti di porre rimedio alla confusione prodotta sul piano normativo dal proliferare sia di interventi legislativi regionali, attuati in modo disorganico e con previsioni normative talvolta tra loro contraddittorie, sia di misure regolamentari comunali che disciplinano, in modo spesso molto differente tra loro, i servizi funerari, con inevitabili ricadute negative sulla qualità del servizio reso al dolente e sul rispetto degli standard sanitari. L'esigenza di una riforma del settore è resa ancor più evidente dal fatto che l'attuale normativa nazionale riguarda soltanto gli aspetti di sanità pubblica più rilevanti, senza preoccuparsi, da un lato, di definire, a livello di principi, quali siano gli interessi generali da perseguire, e, dall'altro, di fornire gli strumenti normativi necessari per lo svolgimento della funzione pubblica di cui le imprese funebri sono incaricate. Di fatto, tutti questi aspetti vengono lasciati all'intervento del legislatore regionale o addirittura alla regolamentazione comunale, pur esulando le relative questioni dalle loro competenze, con effetti

distorsivi anche sul piano della concorrenza più volte segnalati dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In conclusione, il disegno di legge A.C. n. 3189, cit., oltre a rispondere ad esigenze di modernizzazione del settore, disciplinando la tanatoprassi, introducendo, sulla scorta dell'esperienza di altri paesi, le case funerarie e regolamentando, infine, la cremazione, procede ad un riordino complessivo dell'attuale normativa; il tutto al fine di assicurare la salvaguardia dell'interesse generale nell'espletamento del servizio pubblico di cui le imprese svolgenti attività funeraria sono incaricate. L'attività funeraria verrà perciò svolta, secondo le previsioni del disegno di legge di riforma, nel rispetto delle condizioni previste per il rilascio della prevista autorizzazione e secondo un piano di programmazione territoriale che, da un lato, consente a tutti gli operatori esistenti di adeguarsi alla nuova disciplina, e, dall'altro, garantisce che il servizio sia prestato sulla base delle esigenze del territorio. Le imprese del settore devono dunque soddisfare i requisiti di affidabilità, formazione, professionalità e dotazione strutturale che, per rispondere ad una esigenza di interesse generale, la natura stessa del servizio impone, nel pieno rispetto dei principi fissati dal diritto dell'Unione europea.



# **L'influenza del formante dottrinale tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni**

Diletta Danieli

## **Abstract**

Il contributo propone una ricostruzione della dimensione del formante dottrinale all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, esaminando il ruolo rivestito dalla dottrina nell'elaborazione, da parte della Corte di giustizia, di un nucleo di regole giuridiche che sono venute a formare i c.d. principi generali del diritto dell'Unione, poi integrati nel sistema delle fonti europee. La peculiarità di tale ordinamento sovranazionale risiede però in un profilo ulteriore, potendo i principi generali così individuati trovare a loro volta accoglimento negli ordinamenti degli Stati membri e ampliando le proprie possibilità di applicazione alla luce dell'interpretazione autonoma fornita dal giudice dell'Unione.

# L'influenza del formante dottrinale tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni

---

Diletta Danieli\*

SOMMARIO: 1. Il ruolo del formante dottrinale nell'ordinamento dell'Unione europea. – 2. I principi generali del diritto dell'Unione europea. – 3. Un esempio: il principio di proporzionalità. – 4. Considerazioni conclusive.

## 1. Il ruolo del formante dottrinale nell'ordinamento dell'Unione europea.

La dottrina comparatistica ha da tempo individuato il concetto di formante per descrivere i vari insiemi di regole che costituiscono un determinato ordinamento e che permettono, pertanto, di porre a confronto sistemi giuridici diversi facendo emergere i profili di convergenza e divergenza tra di essi<sup>1</sup>.

In questo senso, tradizionalmente, sono considerate tre tipologie di formanti<sup>2</sup>, ossia di distinti tipi di regole giuridiche che coesistono e si compenetrano tra loro assumendo un ruolo più o meno rilevante all'interno di ogni singolo ordinamento: il formante legislativo, costituito dal complesso di regole giuridiche positive, quello giurisprudenziale, rappresentato dall'interpretazione e applicazione concreta delle norme da parte degli organi giudicanti, e quello dottrinale, vale a dire il contributo critico di giuristi e studiosi nell'elaborazione di teorie e tesi in grado di influenzare sia il momento creativo sia il momento applicativo del diritto. Già da questa breve classificazione è quindi possibile trarre una distinzione fondamentale per meglio cogliere le diverse dimensioni dei formanti, ossia quella che vede contrapposte regole di condotta (fornite dal formante legislativo) ed elaborazioni definitorie e

---

\* Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche europee e internazionali nell'Università degli Studi di Verona. Il presente lavoro è stato elaborato sulla base della relazione “*Il ruolo del formante dottrinale nel diritto dell'Unione europea: i principi generali del diritto*”, presentata nell'ambito del IV incontro annuale della Scuola di Dottorato di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona sul tema “*Il formante dottrinale*” (Alba di Canazei, 29 marzo 2014).

<sup>1</sup> Tale ricostruzione teorica è fatta risalire all'opera di R. SACCO, in particolare a quanto espresso nel suo *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 1 ss. (*Installment I*) e p. 343 ss. (*Installment II*), poi ripresa in successive pubblicazioni del medesimo autore, tra cui, a titolo di esempio, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992, V ed., pp. 43-63; *Formante*, in *Digesto IV ed. (disc. priv.)*, VIII, Torino 1992, p. 438 ss., e divenuta quindi uno dei pilastri della moderna comparazione giuridica.

<sup>2</sup> Queste tuttavia non esauriscono tutti i tipi di formante che possono riscontrarsi in un dato ordinamento, alle quali ad esempio si aggiungono le dichiarazioni di scienza e le motivazioni: cfr. R. SACCO, *Introduzione*, cit., pp. 58-61.

interpretative di tali regole (tratte invece dai formanti giurisprudenziale e dottrinale), peraltro senza da ciò inferire una sorta di gerarchia tra le stesse<sup>3</sup>.

Un simile approccio teorico è applicabile non solo nell'analisi degli ordinamenti interni, ma anche sovranazionali, essendo possibile anche con riferimento a questi ultimi individuare i vari formanti che li compongono e valorizzarne, quindi, il diverso grado di incidenza rispetto al sistema nel suo complesso.

In questa sede si vuole prendere in considerazione l'ordinamento dell'Unione europea quale efficace esempio di integrazione di regole derivanti, da un lato, dal sistema internazionale e, dall'altro, dalle esperienze giuridiche nazionali, ma finalisticamente orientate verso obiettivi propri sanciti dai Trattati istitutivi<sup>4</sup>. In particolare, l'obiettivo è individuare se anche in questo sistema giuridico vi sia, e con quali peculiarità, una dimensione propria del formante dottrinale: è possibile analizzare, in quest'ottica, il significativo ruolo rivestito dalla dottrina nell'elaborazione, da parte della Corte di giustizia, di un nucleo di regole giuridiche che via via sono venute a formare un compiuto *corpus* di principi di diritto non scritto, vale a dire i principi generali del diritto dell'Unione, poi divenuti parte integrante del sistema delle fonti europee.

## 2. I principi generali del diritto dell'Unione europea.

La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'individuazione ed elaborazione dei principi generali è piuttosto risalente, collocandosi già nei primi anni della sua attività<sup>5</sup>. Più precisamente, sono stati richiamati come limiti alle restrizioni delle libertà economiche fondamentali imposte dall'Alta Autorità nel quadro del Trattato CECA, ma hanno trovato applicazione anche in ulteriori ambiti di intervento dell'originaria Comunità economica europea, quali ad esempio la concorrenza e la politica agricola comune, e, inoltre, grande rilevanza hanno avuto i principi che si collegano al rispetto dei diritti fondamentali, i quali sono stati alla base dello sviluppo della giurisprudenza della Corte in argomento<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Tale ultimo aspetto è ben sottolineato da R. SACCO, *Introduzione*, cit., 49, nota 3.

<sup>4</sup> L'individuazione di tale peculiarità dell'ordinamento comunitario/europeo risale già a [Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos](#), EU:C:1963:1.

<sup>5</sup> La dottrina in argomento è particolarmente ampia, potendosi ricordare, a titolo di esempio, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss.; U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds.), *General Principles of European Community Law*, The Hague-London-Boston 2000; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford-New York, 2006, II ed.; nonché, tra i contributi più recenti, L.F. PACE, *I principi generali di diritto dell'Unione europea e il viaggio attraverso i paesi della Comunità*, in *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di L.F. Pace, Milano, 2012, p. 3 ss.; G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma 2012; G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, Torino 2013.

<sup>6</sup> Con specifico riferimento al tema del rapporto tra principi generali e tutela dei diritti fondamentali, si veda *amplius* G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999. La costituzione europea* (atti del XIV Convegno Annuale – Perugia, 7-8-9 ottobre 1999), Padova 2000, pp. 305-308; L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *La Corte costituzionale e le corti*

Risulta quindi evidente, anche da questa elencazione esemplificativa, come i principi generali abbiano rivestito un ruolo significativo in relazione a molteplici profili del diritto dell'Unione. Tale constatazione si spiega, infatti, con il carattere settoriale e incompleto dell'ordinamento comunitario, in particolare al momento della sua istituzione quando le norme fondamentali erano contenute nel Trattato CEE che fungeva da *traité cadre*, prevedendo disposizioni dal significato talora generico e lasciando determinate situazioni prive di specifica disciplina. Da ciò è derivata la necessità, per la Corte di giustizia, di fornire un'interpretazione più puntuale del diritto scritto in relazione al caso concreto sottoposto al suo esame, nonché di individuare norme integrative per risolvere le eventuali lacune legislative. In questi frangenti il giudice comunitario è stato chiamato ad esercitare la propria funzione giurisdizionale in modo maggiormente dinamico e creativo, tuttavia ha ritenuto di mantenere come punto di riferimento le discipline previste nei singoli ordinamenti degli Stati membri e, più in generale, le rispettive tradizioni giuridiche. Il ricorso a principi generali, tratti dalle soluzioni elaborate negli ordinamenti nazionali, è stato quindi il metodo seguito dalla Corte «per non denegare giustizia»<sup>7</sup> in ipotesi come quelle appena richiamate e, in questo senso, la dottrina ne ha sottolineato il ruolo di *gap-filling*<sup>8</sup> del diritto comunitario positivo.

Un simile approccio, peraltro, non è da ritenersi estraneo al diritto comunitario poiché trova sostegno direttamente nelle disposizioni dei Trattati<sup>9</sup>, in particolare nell'allora art. 215, c. 2, Trattato CEE (oggi art. 340, c. 2, TFUE) che sancisce l'obbligo, in capo alla Comunità, di risarcimento dei danni provocati da istituzioni e agenti nell'esercizio delle loro funzioni «conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri»<sup>10</sup>. In questo ambito, infatti, la norma del Trattato non precisa la disciplina applicabile all'azione di responsabilità extracontrattuale da esercitarsi nei confronti della Comunità, né specifica le condizioni necessarie per la sussistenza del suddetto obbligo di risarcimento,

---

*d'Europa* (atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1° giugno 2002), a cura di P. Falza, A. Spadaro, L. Ventura, Torino 2003, p. 3 ss.

<sup>7</sup> Questa l'espressione usata in [Corte giust., 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e da 3 a 7/57](#), *Dineke Algera* e al., EU:C:1957:7, in *Racc.*, p. 112, che sarà specificamente esaminata *infra*, in questo paragrafo. Sul punto M. HERDEGEN, *The Origin and Development of the General Principles of Community Law*, in *General Principles of European Community Law*, cit., p. 5, ritiene che tale finalità sia da intendere come «dogmatic justification» del ricorso ai principi generali del diritto per la risoluzione delle concrete controversie.

<sup>8</sup> Così, più precisamente, T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 19. Allo stesso modo A. ADINOLFI, *op. cit.*, 530, secondo cui l'originaria elaborazione dei principi generali da parte della Corte va posta in relazione con l'esigenza di «superamento di tale settorialità», propria dell'ordinamento comunitario, al fine «di completare e di inserire in un quadro più organico la normativa dettata dalle fonti scritte».

<sup>9</sup> Come sottolineato infatti da T. KOOPMANS, *The Birth of European Law at the Crossroads of Legal Traditions*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 497, secondo cui «[t]he ECC-treaty itself lends support to this method».

<sup>10</sup> Una norma analoga è prevista anche all'art. 41, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconduce tale obbligo nell'ambito del diritto ad una buona amministrazione.

ma opera un rinvio ai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri ricavabili mediante un esame comparativo<sup>11</sup>.

Va inoltre dato atto di un altro richiamo esplicito presente nelle norme dei Trattati, introdotto con il Trattato di Maastricht come art. F, par. 2 e rinumerato con il Trattato di Amsterdam come art. 6 TUE, che nella sua formulazione attuale sancisce, al par. 3, l'appartenenza al diritto dell'Unione dei diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «in quanto principi generali».

Ulteriore parametro di riferimento per l'elaborazione dei principi generali in ambito europeo è poi sicuramente costituito dall'art. 38, c. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che inserisce «i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» tra le fonti applicabili ai fini della risoluzione delle controversie sottoposte a tale organo giurisdizionale. Anche questi, infatti, svolgono una funzione di chiusura del sistema di diritto internazionale, fungendo da complemento e integrazione delle norme positive e garantendo un'interpretazione evolutiva in relazione allo sviluppo progressivo della regolamentazione giuridica<sup>12</sup>.

L'origine giurisprudenziale, appena delineata, non ha comunque impedito la qualificazione dei principi generali così individuati come vere e proprie fonti del diritto dell'Unione, cui, più precisamente, è stato riconosciuto un rango pari-ordinato rispetto alle norme dei Trattati, costituendo quindi diritto primario<sup>13</sup>.

Questa equiparazione è inoltre significativa ove si consideri anche l'altra funzione cui i principi generali assolvono nella giurisprudenza della Corte di giustizia, vale a dire quella relativa al controllo di legittimità degli atti emanati dalle istituzioni in cui essi fungono da parametri di validità. Sotto questo diverso profilo, il giudice dell'Unione esercita la propria giurisdizione in modo ancora più incisivo e, pertanto, il ruolo dei principi generali diventa maggiormente rilevante, confermandosi il loro

---

<sup>11</sup> Per un approfondimento sulla disciplina relativa alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione individuata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, si veda F.C. VILLATA, *Art. 340 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, diretto da F. Pocar, M.C. Baruffi, Padova 2014, p. 1519 ss.

<sup>12</sup> Tra l'ampia bibliografia relativa ai principi generali di diritto nel sistema internazionale, si rinvia alla recente voce di G. GAJA, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

<sup>13</sup> Particolarmente chiara, al riguardo, è la posizione di T. TRIDIMAS, *op. cit.*, 51, che ravvisa un'equivalenza tra il loro carattere di «constitutional principles emanating from the rule of law» e la parificazione alle norme dei Trattati istitutivi nella gerarchia delle fonti. Nello stesso senso v. J. ZILLER, *Hierarchy of Norms: Hierarchy of Sources and General Principles in European Union Law*, in *Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag*, edited by U. Becker, A. Hatje, M. Potacs, N. Wunderlich, Baden-Baden 2014, p. 351. Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha recentemente confermato questa impostazione, affermando il «rango costituzionale» dei principi generali (nel caso di specie, il principio di parità di trattamento): cfr. [Corte giust., 29 ottobre 2009, causa C-174/08, NCC Construction Danmark A/S c. Skatteministeriet](#), EU:C:2009:669, in *Racc.*, I-10567, punto 42. Secondo altra dottrina, invece, il rango da riconoscere ai principi generali sarebbe ancora diverso, essendo collocabili «in una posizione intermedia tra le norme dei Trattati e gli atti di diritto derivato» in quanto costituenti, da un lato, regole di applicazione del diritto primario e, dall'altro, parametro di validità degli atti: così G. VITALE, *op. cit.*, p. 16.

recepimento effettivo nel concetto di diritto di cui la Corte assicura il rispetto ai sensi dell'attuale art. 19, par. 1, TUE (ex art. 164 Trattato CEE).

Nell'elaborazione della propria giurisprudenza, la Corte di giustizia ha annoverato tra i principi generali del diritto dell'Unione perlopiù concetti e regole giuridiche propri di ogni ordinamento democratico fondato sullo Stato di diritto<sup>14</sup>: a titolo di esempio, possono essere ricordati i principi di uguaglianza e non discriminazione, di certezza del diritto, di proporzionalità, del legittimo affidamento, i diritti fondamentali, il divieto dell'abuso del diritto. Tuttavia, come è stato sottolineato<sup>15</sup>, un simile catalogo di principi deve necessariamente considerarsi aperto e suscettibile di eventuali cambiamenti nel prosieguo del percorso di integrazione europea, per quanto comunque gli orientamenti giurisprudenziali della Corte possano ritenersi attualmente consolidati.

Ciò su cui si vuole qui porre maggiore attenzione, esaminando l'elaborazione dei principi generali da parte del giudice dell'Unione, è però l'approccio metodologico seguito ai fini della loro individuazione, con particolare riferimento ai richiami effettuati ad interpretazioni e opinioni di dottrina che siano state giudicate rilevanti per la risoluzione dei casi concreti. Come detto, infatti, da questo punto di vista è possibile riconoscere al formante dottrinale un ruolo rilevante anche in un ordinamento giuridico sovranazionale come quello europeo.

L'individuazione di un simile criterio di principio non è tuttavia agevole, preferendo la Corte seguire, almeno tendenzialmente, una linea di giudizio più casistica. Anche in via deduttiva si può comunque ricavare un orientamento di massima cui è stato fatto ricorso quando il giudice dell'Unione si è trovato ad affrontare la questione della qualificazione di un principio come generale. Più precisamente, le enunciazioni contenute nelle pronunce della Corte sono state ricondotte ad un approccio definito «comparativo»<sup>16</sup>, o anche dell'«integrazione selettiva»<sup>17</sup>, consistente in un'attività di confronto delle soluzioni approntate dagli ordinamenti degli Stati membri relativamente ad una determinata fattispecie, finalizzata alla rilevazione, se esistente, di un principio comune e generalizzato rispetto al quale emerga un certo grado di uniformità e convergenza.

Tale metodo, è appena il caso di notare, è suscettibile di essere eventualmente anche disapplicato dalla Corte qualora non riscontri un'effettiva omogeneità di disciplina in relazione al caso concreto. Inoltre, rimane in ogni caso ferma la libertà interpretativa del giudice europeo anche nell'ipotesi dell'individuazione di un principio effettivamente comune ai diritti nazionali, in conformità alla regola generale per cui esso gode di un'ampia autonomia di giudizio nell'interpretazione del diritto

---

<sup>14</sup> Sul punto M. HERDEGEN, *op. cit.*, p. 4, ritiene che sia stata proprio la Corte di giustizia a modellare le norme contenute nei Trattati istitutivi secondo i canoni dello Stato di diritto e, in questo senso, decisivo è stato l'apporto di un «body of general principles of law, encompassing all essential features of a *Rechtsstaat*».

<sup>15</sup> Il fatto che i principi generali del diritto dell'Unione non costituiscano un *numerus clausus* è posto in diretta relazione, per G. PEPE, *op. cit.*, p. 108, con la «logica antiformalista del giudice comunitario il quale, rifiutando costrittive qualificazioni teoriche, procede secondo un pragmatismo per obiettivi».

<sup>16</sup> Con tale termine si esprimono sia A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 539 ss., sia G. VITALE, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>17</sup> Così P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova 2006, II ed., p. 236 s.

dell'Unione<sup>18</sup>. L'obiettivo di un simile approccio, infatti, non è necessariamente il riconoscimento di un principio che debba valere come denominatore comune<sup>19</sup> tra le soluzioni adottate dagli ordinamenti degli Stati membri, ma, piuttosto, di quello che risponda maggiormente alle esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e che possa quindi «operare in sintonia con la struttura e i principi fondamentali dell'ordinamento»<sup>20</sup> europeo.

Parzialmente diverso risulta invece il percorso argomentativo seguito dalla Corte quando fa riferimento ai principi generali ai fini del controllo di legittimità degli atti dell'Unione. Qui, infatti, non è richiesto di interpretare disposizioni dei Trattati, né di colmare eventuali lacune, facendo ricorso a quanto previsto dalle discipline degli ordinamenti nazionali, bensì di effettuare una valutazione sull'atto impugnato che si ritiene viziato utilizzando i principi generali quali parametri di giudizio nel ragionamento giuridico della Corte. In particolare, è stato osservato come in questo diverso caso si possano annoverare i principi così come elaborati dalla giurisprudenza tra i criteri interpretativi «dinamici»<sup>21</sup> di cui la Corte fa uso nella propria argomentazione, i quali garantiscono un'interpretazione evolutiva funzionale al fenomeno dell'integrazione europea.

Quale esempio di ricorso puntuale al metodo comparativo appena descritto, può essere richiamata la sentenza del 12 luglio 1957 resa dalla Corte nel caso *Algera*<sup>22</sup>, in cui la questione giuridica fondamentale riguardava la legittimità della revoca di alcuni decreti emanati dall'Assemblea comune della CECA che disponevano l'applicazione nei confronti dei ricorrenti dell'allora Statuto del personale della Comunità, riconoscendo loro un determinato inquadramento gerarchico e il relativo scatto di stipendio. Si trattava, pertanto, di valutare se fosse ammissibile la revoca di tali provvedimenti, qualificati come «atti amministrativi produttivi di diritti soggettivi»<sup>23</sup>: al riguardo, la Corte osservava che la questione costituiva «un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella

---

<sup>18</sup> A questo proposito, F. TORIELLO, *op. cit.*, p. 133, ritiene che residui «un grande spazio integrativo alla Corte di giustizia» nella successiva applicazione concreta delle «idee giuridiche (...) “prese a prestito” dai diritti nazionali».

<sup>19</sup> Come ribadito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che in questo senso sottolinea come essa non debba limitare il proprio esame ad «una specie di “media” aritmetica fra i vari ordinamenti» (così le [conclusioni avv. gen. Lagrange, 4 giugno 1962, causa 14/61, Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V.](#), EU:C:1962:19, in *Racc.*, 523), né «adottare un *minimo* comune multiplo» (v. le [conclusioni avv. gen. Roemer, 13 luglio 1971, causa 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt](#), EU:C:1971:96, in *Racc.*, 989).

<sup>20</sup> Questa la posizione di P. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 237. Conformemente anche A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 553 s.; T. KOOPMANS, *General Principles of Law in European and National Systems of Law: A Comparative View*, in *General Principles of European Community Law*, cit., p. 25 ss. Tale assunto trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte stessa: si vedano, ad esempio, le [conclusioni avv. gen. Tesauero, 4 febbraio 1998, causa C-367/96, Alexandros Kefalas e al.](#), EU:C:1998:41, in *Racc.*, I-2843, punto 23, in cui si afferma che «la rilevazione di un principio generale a livello comunitario non richiede necessariamente che il principio di cui si tratta sia presente in tutti gli ordinamenti nazionali e risponda alle stesse condizioni e modalità di applicazione», poiché tali principi «vanno inseriti nel sistema comunitario» acquistando pertanto «una loro autonomia in funzione della natura e degli obiettivi di tale sistema».

<sup>21</sup> Cfr. F. TORIELLO, *op. cit.*, 136.

<sup>22</sup> Corte giust., 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3 a 7/57, cit.

<sup>23</sup> *Ivi*, 111.

dottrina di tutti i paesi della Comunità ma per la cui soluzione il Trattato non cont[eneva] alcuna norma giuridica» e che, quindi, era «tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri»<sup>24</sup>. Questa affermazione del giudice dell'Unione ben riassume l'importanza dell'elaborazione dei principi generali per sopperire alle eventuali lacune derivanti dalle norme settoriali sancite dai Trattati istitutivi, inscrivendosi nella realizzazione della prima funzione, esposta in precedenza, cui tali principi sono preordinati.

Concretamente, inoltre, nel caso di specie la Corte effettuava «un esame di diritto comparato»<sup>25</sup> delle discipline interne degli allora sei Stati membri, tuttavia limitandosi, per quanto qui interessa, ad un generico riferimento alla dottrina nazionale (in particolare tedesca e italiana), e concludeva rilevando una generale ammissibilità in tutti gli ordinamenti della revoca di un atto amministrativo illegittimo.

Richiami specifici alla dottrina sono invece più spesso rinvenibili nelle conclusioni degli avvocati generali, i quali si soffermano maggiormente su analisi comparate delle soluzioni adottate nei vari Stati membri in ossequio ai principi di imparzialità e piena indipendenza che regolano l'esercizio della loro funzione nel procedimento.

Particolarmente significative, a questo proposito, sono le conclusioni dell'avvocato generale Lagrange dell'11 novembre 1954 rese nel caso *Assider*<sup>26</sup>, in cui, nell'ambito di un ricorso per annullamento proposto contro alcune decisioni dell'Alta Autorità della CECA, era richiesto di interpretare la nozione di sviamento di potere contenuto nell'allora art. 33 del Trattato CECA. Anche in questo caso emerge chiaramente l'ulteriore utilità dell'elaborazione di una sistematica di principi generali del diritto, anch'essa collocabile all'interno della funzione integrativa prima descritta, che consiste nel fornire un contenuto concreto alle definizioni ampie e generali presenti nelle disposizioni dei Trattati.

L'avvocato generale, più precisamente, dedicava uno specifico paragrafo delle sue conclusioni alla ricostruzione della nozione dello sviamento di potere, sottolineando come essa «non [era] di certo stata inventata dai compilatori del Trattato e per cercare di formar[e] un concetto di ciò che lo sviamento di potere d[oveva] essere nell'applicazione del Trattato, (...) [era] necessario conoscere come esso [fosse] configurato rispettivamente nel diritto interno» degli allora sei Paesi della Comunità. Seguendo tale approccio comparatistico, dunque, venivano esaminate le singole discipline interne non solo tramite il confronto delle rispettive normative, ma anche, ed è ciò che più rileva, attraverso

---

<sup>24</sup> *Ivi*, 112.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> [Conclusioni avv. gen. Lagrange, 11 novembre 1954, causa 3/54, Associazione Industrie Siderurgiche Italiane \(ASSIDER\)](#), e causa 4/54, *Industrie Siderurgiche Italiane (ISA)*, EU:C:1954:6, in *Racc.*, 148 ss.

richiami puntuali ad opere di Autori ritenute importanti per il caso di specie, completi di riferimenti bibliografici e citazioni di specifici passaggi<sup>27</sup>.

Un altro esempio in questo senso è dato dalle conclusioni dell'avvocato generale Lagrange del 18 novembre 1959 nel caso *Feram*<sup>28</sup> riguardante un ricorso per responsabilità extracontrattuale della CECA fondato su un invocato fatto illecito commesso dall'Alta Autorità nei confronti dell'impresa ricorrente. L'aspetto qui rilevante, come sottolineato dall'avvocato generale, è rappresentato dalla proposizione, per la prima volta, di un ricorso fondato sull'allora art. 40 del Trattato CECA e ciò rendeva necessario la preliminare trattazione di «alcune considerazioni di carattere generale (...) sul significato e la portata di detta disposizione»<sup>29</sup>. In particolare, rispetto a tale tema della responsabilità della pubblica amministrazione si era ritenuto di effettuare «un richiamo al diritto francese il quale, essendo basato su principi di diritto pubblico elaborati per intero dalla giurisprudenza senza alcun appoggio testuale», rappresentava il riferimento «più adatto ad assicurare alla Corte la massima libertà nell'elaborare le soluzioni più idonee alle necessità della vita giuridica della Comunità»<sup>30</sup>.

Questo approccio conferma dunque ancora una volta l'importanza del ricorso a principi generali tratti dagli ordinamenti nazionali ai fini dell'interpretazione delle norme di diritto scritto, ma aggiunge anche un'altra considerazione che vale la pena di evidenziare, ossia la necessità, come detto, che la Corte mantenga in ogni caso un ampio margine di discrezionalità in funzione della realizzazione degli obiettivi dell'ordinamento dell'Unione. Anche in questo caso, inoltre, le tesi dottrinali utilizzate dall'avvocato generale erano esplicitate tramite citazioni specifiche di Autori e opere rilevanti per la ricostruzione della questione ad oggetto del ricorso<sup>31</sup>.

Da questa breve rassegna di pronunce è peraltro possibile ricavare una linea evolutiva della giurisprudenza della Corte di giustizia in argomento. In particolare, nelle prime sentenze relative al Trattato CECA, come nei casi appena richiamati, essa ha infatti applicato in modo sistematico l'approccio metodologico comparativo per determinare la sussistenza di un principio di diritto qualificabile come generale. In seguito, diversamente, i confronti tra le discipline nazionali sono divenuti meno frequenti, ritenendosi sufficiente un generico richiamo alla presenza di un simile principio negli ordinamenti degli Stati membri. Ciò risponde, come da alcuni sostenuto, alla

---

<sup>27</sup> *Ivi*, 151-171. Con riguardo allo sviamento di potere, così come gli altri vizi tipici di un atto amministrativo, è noto che il diritto francese ha rappresentato il modello di riferimento per l'elaborazione della relativa sistematica in molti ordinamenti, tra cui quello comunitario stesso, come sottolineato anche dall'avvocato generale. Per quanto concerne il diritto italiano, invece, è opportuno precisare che gli Autori direttamente citati nelle conclusioni in esame sono Guido Zanobini, Vittorio Emanuele Orlando e Giovanni Salemi, con la specificazione dell'opera cui si è fatto riferimento e una breve esposizione del relativo pensiero.

<sup>28</sup> [Conclusioni avv. gen. Lagrange, 18 novembre 1959, causa 23/59, Acciaieria Ferriera di Roma \(F.E.R.A.M.\)](#), EU:C:1959:26, in *Racc.*, 509 ss.

<sup>29</sup> *Ivi*, 509.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> In particolare, si trattava del pensiero dei giuristi francesi Raymond Odent e Paul Duez, nonché, anche in questo caso, dell'italiano Guido Zanobini.

valorizzazione del «ruolo creativo»<sup>32</sup> che la Corte ha progressivamente assunto e, secondo altri, anche al fatto che i principi generali, una volta acquisiti in via giurisprudenziale come fonti del diritto dell'Unione, non necessitano di un rinvio specifico ai diritti interni dai quali sono stati desunti<sup>33</sup>.

### 3. Un esempio: il principio di proporzionalità.

Ai fini della presente analisi, il principio di proporzionalità appare particolarmente esemplificativo: riconosciuto quale valore costituzionale dalla dottrina e giurisprudenza tedesca (benché fatto proprio anche da molti altri ordinamenti, talvolta con diversa denominazione<sup>34</sup>), esso è stato recepito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che l'ha incluso nel catalogo dei principi generali del diritto e, successivamente, è stato codificato espressamente nelle norme dei Trattati in una ulteriore e diversa dimensione relativa all'esercizio delle competenze da parte dell'Unione. Per questo motivo, è opportuna una ricostruzione, anche attraverso alcune sentenze della Corte, di tale percorso evolutivo<sup>35</sup>.

Nell'ordinamento tedesco il principio ha trovato originariamente applicazione con riferimento alle limitazioni imposte dall'autorità statale rispetto al godimento delle libertà fondamentali riconosciute ai cittadini. Tali restrizioni, infatti, devono essere idonee e necessarie al perseguimento degli obiettivi cui sono preordinate, nonché imporre all'individuo un sacrificio ragionevolmente proporzionato rispetto ai vantaggi generali che esse tendono a conseguire. Più precisamente, secondo l'orientamento dominante in dottrina e giurisprudenza, il concetto di proporzionalità risulterebbe da un'unione di tre elementi – idoneità (*Geeignetheit*), necessità (*Erforderlichkeit*) e proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) – che devono essere riscontrati nel caso concreto affinché la limitazione imposta possa dirsi ammissibile<sup>36</sup>. Peraltro, tale principio, sebbene dotato di rango costituzionale<sup>37</sup>, non trova specifica previsione nelle norme del *Grundgesetz*, ma viene piuttosto ritenuto come immanente all'ordinamento in

---

<sup>32</sup> Così A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 545.

<sup>33</sup> In questo senso H.G. SCHERMERS, D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague-London-New York 2001, VI ed., p. 29.

<sup>34</sup> Nel sistema inglese, per esempio, tale principio non trova puntuale riscontro ma viene spesso avvicinato al concetto di *reasonableness* applicato nei giudizi di legittimità degli atti legislativi.

<sup>35</sup> A questo proposito è possibile ricordare, tra la vasta letteratura in argomento, G. NOLTE, *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*, in *The Modern Law Review*, 1994, p. 191 ss.; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London-The Hague-Boston 1996; D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998; G. DE BÚRCA, *Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law*, in *General Principles of European Community Law*, cit., p. 95 ss.; J.H. JANS, *Proportionality Revisited*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, p. 239 ss.; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 136 ss., T.-I. HARBO, *The Function of Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, p. 158 ss.

<sup>36</sup> Per un approfondimento sull'applicazione del principio nel sistema tedesco si rinvia a G. NOLTE, *op. cit.*, pp. 198-205; N. EMILIOU, *op. cit.*, pp. 23-66; D.-U. GALETTA, *op. cit.*, pp. 11-69.

<sup>37</sup> Come confermato già da [Bundesverfassungsgericht, 15 dicembre 1965, 1 BvR 513/65](#), 19, ritenendo che «[i]n der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang» e specificando che esso «ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip».

quanto derivante dal più ampio concetto di Stato di diritto, assumendo, in questo senso, una connotazione propriamente pubblicistica<sup>38</sup>.

Inteso in questi termini, il principio di proporzionalità è stato accolto anche nel sistema giuridico dell'Unione europea. Come si è detto, infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia l'ha annoverato tra i principi generali del diritto utilizzandolo come «balancing principle»<sup>39</sup> nell'esame dell'incidenza di determinate misure legislative rispetto alle libertà fondamentali tutelate dall'ordinamento europeo. Esso è stato applicato con riferimento ad atti emanati sia dalle istituzioni, sia dagli Stati membri e, a questo proposito, è stato anche rilevato un differente approccio del giudice dell'Unione relativamente al margine di discrezionalità della propria valutazione a seconda dell'ambito in cui questa viene effettuata: qualora riguardi misure di diritto dell'Unione, la Corte tende a ritenere illegittime solo quelle che risultino *manifestly inappropriate* rispetto ai fini perseguiti, mentre se ha ad oggetto provvedimenti di diritto nazionale, il giudizio è condotto in modo più rigoroso verificando se il legislatore dello Stato membro ha effettivamente scelto la *less restrictive alternative* nel caso di specie<sup>40</sup>.

Esaminando la giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, emerge che tale principio ha trovato applicazione sin dalle pronunce più risalenti. In particolare, la sentenza in cui esso appare enunciato per la prima volta è quella del 29 novembre 1956 relativa al caso *Fédéchar*<sup>41</sup>. La controversia imponeva di stabilire quale fosse, concretamente, l'ampiezza dell'intervento limitativo dell'Alta Autorità CECA rispetto a determinati atti illeciti compiuti dalle imprese ricorrenti nell'ambito della fissazione dei prezzi del carbone. A questo riguardo la Corte riteneva che i provvedimenti cui l'Alta Autorità poteva fare ricorso dovessero essere «commisurat[i] all'importanza [di tali] att[i] illecit[i] e ciò in conformità ad «una norma giuridica generalmente ammessa»<sup>42</sup>, riferendosi chiaramente alla nozione di proporzionalità, sebbene non in modo espresso.

Un'altra pronuncia, invece, fornisce una lettura del principio che si richiama alla concezione tripartita propugnata dalla dottrina e giurisprudenza tedesca, a ulteriore conferma di quanto esposto in precedenza riguardo all'utilizzo di un metodo comparativo da parte della Corte nella fase dell'elaborazione dei principi generali. Più precisamente, si tratta della sentenza resa il 13 novembre

---

<sup>38</sup> Al riguardo N. EMILIOU, *op. cit.*, p. 66, parla di «objective constitutional right».

<sup>39</sup> Questa l'espressione usata da G. DE BÚRCA, *op. cit.*, p. 97.

<sup>40</sup> Come evidenziato, in particolare, da G. DE BÚRCA, *op. cit.*, p. 98 s.; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 137 s. e p. 193 s.; T.-I. HARBO, *op. cit.*, p. 172 s.; J. ZILLER, *op. cit.*, p. 352. Conformemente anche la giurisprudenza: si veda, a questo proposito, [Corte giust., 3 ottobre 1985, causa 28/84, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania](#), EU:C:1985:386, in *Racc.*, 3122, in cui la valutazione delle direttive controverse non viene effettuata, come invocato dalla Germania, alla luce del «“principio detto dell'intervento meno radicale possibile”», ritenuto non idoneo, bensì attraverso un'interpretazione teleologica che valorizza lo scopo di promozione della libera circolazione delle merci in funzione della quale erano state emanate.

<sup>41</sup> [Corte giust., 29 novembre 1956, causa 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique](#), EU:C:1956:11, in *Racc.*, 295 ss.

<sup>42</sup> *Ivi*, 298.

1990 nel caso *Fedesa*<sup>43</sup>, relativo ad un giudizio di validità di una direttiva comunitaria ritenuta illegittima dai ricorrenti per violazione, tra gli altri, anche del principio di proporzionalità. La Corte esaminava infatti singolarmente i tre diversi elementi dell'idoneità e della necessità dei divieti imposti per mezzo della direttiva controversa, nonché del bilanciamento tra gli scopi perseguiti per loro tramite e le eventuali conseguenze economiche negative, concludendo nel senso della validità di tale atto<sup>44</sup>.

La ricostruzione teorica del principio in esame è stata ulteriormente approfondita anche sotto il profilo della fonte da cui esso trae origine nel diritto dell'Unione. L'analisi in questo senso più esaustiva si rinviene già nelle conclusioni dell'avvocato generale Dutheillet de Lamothe del 2 dicembre 1970 relative al noto caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>45</sup>. La questione riguardava la validità del sistema di cauzioni cui erano subordinate le licenze di importazione ed esportazione nell'ambito della regolazione della politica agricola comune; in particolare, il principio di proporzionalità fungeva da parametro di valutazione della «legittimità interna» dei regolamenti comunitari che disciplinavano tale sistema. Preliminarmente all'esame del merito era necessario, secondo l'avvocato generale, esaminare «quale *fonte di diritto* rend[esse] il principio opponibile ad un atto degli organi comunitari»<sup>46</sup>, individuando, a tal fine, tre ipotesi contrapposte: la legge fondamentale tedesca (art. 2 e 12), secondo quanto sostenuto dalle parti ricorrenti, oppure i principi generali del diritto comunitario, o, ancora, direttamente una disposizione del Trattato CEE (art. 40). Quanto al rinvio al *Grundgesetz*, esso era da escludersi in quanto il giudizio di validità di un atto comunitario non poteva essere condotto sulla base del diritto nazionale, seppure di rango costituzionale. Ciò che qui più interessa, però, sono le successive considerazioni svolte in merito alla preferenza per la norma di diritto scritto, vale a dire l'art. 40 Trattato CEE secondo cui l'organizzazione comune dei mercati poteva prevedere solamente i «provvedimenti necessari» alla realizzazione degli obiettivi della politica agricola comunitaria. Come precisato dall'avvocato generale, infatti, i principi generali, che costituiscono «quella base filosofica, politica, giuridica comune agli Stati membri», sono destinati ad operare solo laddove «il diritto scritto present[ ] lacune, insufficienze o nebulosità»<sup>47</sup>, ossia in funzione sussidiaria rispetto a quest'ultimo.

In forza della legittimazione derivante dal riconoscimento tra i principi generali, la nozione di proporzionalità ha trovato anche una diversa dimensione applicativa nel diritto dell'Unione con riferimento, come si è anticipato, all'esercizio delle competenze attribuite all'Unione stessa. Sotto

---

<sup>43</sup> [Corte giust., 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e al.](#), EU:C:1990:391, in *Racc.*, I-4057 ss.

<sup>44</sup> *Ivi*, punti 15 (in cui si valuta il «carattere idoneo o no del divieto»), 16 (che esamina gli «argomenti dedotti a sostegno della tesi del carattere non necessario del divieto», confutandoli) e 17 (in cui si rileva che «l'importanza degli scopi perseguiti è tale da giustificare conseguenze economiche negative, anche notevoli, per taluni operatori»).

<sup>45</sup> [Conclusioni avv. gen. Dutheillet de Lamothe, 2 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH](#), causa 25/70, *Köster, Berodt & Co.*, causa 26/70, *Günther Hencke*, e causa 30/70, *Otto Scheer*, EU:C:1970:100, in *Racc.*, 1142 ss.

<sup>46</sup> *Ivi*, 1148.

<sup>47</sup> *Ivi*, 1150.

questo profilo, specificamente istituzionale, tale principio trova una previsione espressa nelle norme dei Trattati, e in particolare nell'art. 5, par. 4, TUE ai sensi del quale l'azione dell'Unione deve essere limitata «a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi dei trattati». Anche in questa disposizione, sebbene limitata nella sua formulazione, è dunque possibile rinvenire quella valutazione di idoneità, necessità e proporzione tra mezzi e fini che trova origine nel diritto tedesco ed è stata successivamente recepita dalla giurisprudenza comunitaria.

In questo ambito, la proporzionalità svolge un ruolo complementare all'altro fondamentale criterio regolatore dell'esercizio delle competenze a livello dell'Unione, cioè la sussidiarietà. A differenza di quest'ultimo, tuttavia, il principio in esame opera a posteriori e si applica a settori di competenza sia esclusiva sia concorrente.

Quanto alla sua operatività in concreto, va precisato che il principio in esame richiede la sussistenza di tre requisiti: innanzitutto, la competenza deve essere esercitata da parte dell'Unione in modo utile e pertinente rispetto agli obiettivi prefissati, privilegiando inoltre la modalità di intervento che rechi il minor pregiudizio possibile nel rispetto degli interessi confliggenti e, infine, è necessario verificare l'esistenza di un nesso di causalità tra la misura posta in essere e i fini da perseguire<sup>48</sup>.

Il principio di proporzionalità può dunque essere ritenuto di rango “costituzionale” nell'ordinamento dell'Unione, caratterizzato da un'intrinseca flessibilità nelle sue ipotesi applicative che permette alla giurisprudenza, così come alle istituzioni dell'Unione, di effettuare un bilanciamento quanto più possibile efficace dei valori in gioco nel caso concreto. In questo senso, si è parlato di «dual constitutional implications»<sup>49</sup> di tale principio: da un lato, infatti, attiene ai rapporti tra potere giudiziario e legislativo, costituendo una fonte di riferimento per la giurisprudenza nell'interpretazione e integrazione del diritto scritto, e dall'altro, riguarda anche il riparto di competenze tra Unione e suoi Stati membri, in particolare per le modalità di esercizio da parte della prima.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Dalle considerazioni sin qui svolte si è cercato di far emergere, attraverso l'esame di alcune sentenze della Corte di giustizia e l'approfondimento sulla nozione di proporzionalità, il ruolo che può essere riconosciuto al formante dottrinale nell'ordinamento dell'Unione europea.

L'elaborazione dei principi generali del diritto, tratti dalle esperienze giuridiche degli Stati membri, rappresenta una sorta di “naturale” punto di incontro tra i diritti nazionali e quello sovranazionale dell'Unione, essendo stato necessario vagliare, attraverso un approccio comparativo, se

---

<sup>48</sup> Sulla dimensione istituzionale del principio di proporzionalità cfr. *amplius*, tra i contributi maggiormente recenti, G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo*, a cura di S. Mangiameli, II, Milano 2006, p. 225 ss.; M.C. CICIRIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, Napoli 2010, IV ed., p. 248 ss.

<sup>49</sup> Così J.H. JANS, *op. cit.*, p. 242, che pone, come ulteriore punto in comune, il fatto che «the proportionality principle does say something about the degree of Community interference».

un determinato concetto giuridico fosse dotato di una certa rilevanza e una tendenziale uniformità applicativa negli ordinamenti interni. In questo ambito, come si è visto, il giudice dell'Unione ha tuttavia mantenuto la propria autonomia interpretativa funzionale alla realizzazione degli obiettivi dell'integrazione europea e proprio quest'ultima peculiarità nella progressiva definizione giurisprudenziale dei principi generali permette di sviluppare alcune riflessioni sul punto.

Risulta chiara infatti l'influenza che le discipline di diritto interno hanno avuto in questo ambito nei confronti del diritto dell'Unione, avendo costituito i parametri di riferimento da cui la Corte di giustizia ha tratto ispirazione. Si è creata in questo modo una circolazione di principi che ha seguito un andamento dal basso verso l'alto<sup>50</sup>. Ma tale fenomeno di diffusione, ed è questo l'aspetto ulteriore, è apprezzabile anche in senso opposto: i principi generali, una volta accolti tra le fonti primarie di diritto dell'Unione, possono trovare successivo accoglimento negli ordinamenti degli Stati membri, incorporando in questo caso anche quel valore aggiunto dato dall'interpretazione autonoma della Corte di giustizia e quindi ampliando, in ultima analisi, le proprie possibilità di applicazione<sup>51</sup>.

Questa circolazione "dall'alto verso il basso" è peraltro una prerogativa dei principi recepiti a livello di Unione europea, non essendo invece riscontrabile ad esempio con riferimento al sistema internazionale. Ciò è dovuto soprattutto all'incidenza del percorso di integrazione europea nei rapporti tra l'Unione e gli Stati membri, finalizzata al rafforzamento dell'armonizzazione delle discipline nazionali. In particolare, per tale via si realizzerebbe quello che è stato definito un effetto di «indiretto ravvicinamento»<sup>52</sup> fondato sul valore vincolante della giurisprudenza della Corte di giustizia, che si affiancherebbe a quello diretto derivante dal ricorso a specifici atti di diritto derivato. Inoltre, tale fenomeno è favorito anche dalla possibilità di utilizzare il procedimento di rinvio pregiudiziale, che permette ai giudici nazionali di sottoporre alla Corte questioni di interpretazione o di validità di norme interne invocando la violazione, in ipotesi, anche dei principi generali del diritto dell'Unione<sup>53</sup>.

Tale rapporto "osmotico" tra diritto nazionale ed europeo, che si sviluppa nel senso bidirezionale appena precisato, trova un impulso fondamentale nell'apporto fornito dal formante

---

<sup>50</sup> In questo senso F. TORIELLO, *op. cit.*, p. 133.

<sup>51</sup> Aspetto su cui concordano T. KOOPMANS, *The Birth of European Law*, cit., p. 505 s.; A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 562 ss.; F.C. MAYER, *Constitutional Comparativism in Action. The Example of General Principles of EU Law and How They Are Made – A German Perspective*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2013, n. 24, p. 18 s. Nello stesso senso anche T. KOOPMANS, *General Principles of Law*, cit., p. 25, che, con un'espressione particolarmente efficace, definisce i principi generali come «commuters», spiegando che «they travel from national legal systems to European Community Law, as principles common to legal systems of the Member States. Subsequently, after having been baptized as general principles of Community law, they travel back to national systems as part of the influence of Community law on national law».

<sup>52</sup> Così A. ADINOLFI, *op. cit.*, 564.

<sup>53</sup> A questo riguardo si può ricordare [Corte giust., 20 febbraio 1979, causa 122/78, SA Buitoni](#), EU:C:1979:43, in *Racc.*, 678 ss., in cui il giudice francese (il *Tribunal administratif* di Parigi) sottoponeva alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale concernente la validità di un regolamento comunitario relativo al sistema di cauzioni per l'importazione ed esportazione di prodotti agricoli sul presupposto che esso fosse incompatibile con il principio di proporzionalità, al quale generalmente non è fatto ricorso da parte della giurisprudenza di tale Paese.

dottrinale che si pone, metaforicamente, al centro di questa reciproca influenza<sup>54</sup>. A questo proposito si è fatto prima riferimento a diverse pronunce della Corte di giustizia in cui la dottrina è stata richiamata e citata, talvolta specificamente, in quanto strumento di veicolazione privilegiato di principi e valori giuridici che sono stati poi concretamente applicati nel caso di specie. Questa appare dunque la funzione specifica del formante in esame nel sistema giuridico dell'Unione europea che, in questo come in altri ambiti, può trovare forme più compiute di integrazione in virtù del suo ormai consolidato riconoscimento come ordinamento sovranazionale *sui generis*.

---

<sup>54</sup> Chiara sul punto la posizione di F. TORIELLO, *op. cit.*, p. 409, secondo cui «parti in causa, Giudici e formante dottrinale dei vari Paesi sarebbero il vero motore dell'integrazione».

# Papers

di diritto europeo

