

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2010 | anno V



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2010 | anno V

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

Giandonato Caggiano (coordinatore) – **Valeria Di Comite – Ivan Ingravallo –
Angela Maria Romito – Roberto Virzo**

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

Direzione e Redazione

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

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

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2010 Cacucci Editore – Bari

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

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

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

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

Sommario



ARTICOLI

- Ennio TRIGGIANI
Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di
Lisbona 9
- James D. WILETS
The Thin Line between International Law and Federalism:
A Comparative Legal and Historical Perspective on US
Federalism and European Union Law 35
- Javier CARRASCOSA GONZÁLES, Francesco SEATZU
La legge applicabile alla separazione personale dei
coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento
“Roma III” 49
- Giandonato CAGGIANO
La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro
delle comunicazioni elettroniche 79
- Susanna CAFARO
L’Unione per il Mediterraneo 105
- Fabio FERRARO
Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese:
recenti sviluppi 129
- Rossana PALLADINO
L’“autonomia” del dialogo sociale europeo nel Trattato di
Lisbona 149

NOTE E COMMENTI

- Ilaria CASU
L’informazione ambientale nel diritto internazionale e
dell’Unione europea 177

Emanuele FEOLA Il Protocollo n. 14 <i>bis</i> alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonda- mentali	207
Alessia MARI Le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata o tardiva trasposi- zione di una direttiva comunitaria non <i>self-executing</i>	225
 RECENSIONI	
Angela DEL VECCHIO, <i>I tribunali internazionali tra glo- balizzazione e localismi</i> , Bari, Cacucci, 2009 (U. Villani)	247
Pietro GARGIULO, Maria Chiara VITUCCI (a cura di), <i>La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terro- rismo</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (E. Nalin)	251
Libri ricevuti	257
Elenco delle abbreviazioni	259
Indice degli autori	261

Summary



ARTICLES

Ennio TRIGGIANI Political Interinstitutional Balance after the Reform Treaty	9
James D. WILETS The Thin Line between International Law and Federalism: A Comparative Legal and Historical Perspective on US Federalism and European Union Law	35
Javier CARRASCOSA GONZÁLES, Francesco SEATZU The Law Applicable to Divorce and Judicial Separations under the “Rome III” Proposal	49
Giandonato CAGGIANO The Reform of Radio Spectrum Regime Related to Broadcasting Services	79
Susanna CAFARO The Union for the Mediterranean	105
Fabio FERRARO Compensation for Damage and State Aids to Undertakings: Recent Developments	129
Rossana PALLADINO The “Autonomy” of Social Dialogue in the Treaty of Lisbon	149

NOTES AND COMMENTS

Ilaria CASU Environmental Information in International and European Union Law	177
---	-----

Emanuele FEOLA Protocol No. 14 <i>bis</i> to the Convention on the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms	207
Alessia MARI The Plenary Session of the Italian “ <i>Corte di cassazione</i> ” Gives a Statement on the Nature of the Liability of the State for a Tardy or Absent Transposition of non- <i>self-</i> <i>executing</i> EC Directive	225
BOOK REVIEWS	
Angela DEL VECCHIO, <i>I tribunali internazionali tra glo-</i> <i>balizzazione e localismi</i> , Bari, Cacucci, 2009 (U. Villani)	247
Pietro GARGIULO, Maria Chiara VITUCCI (a cura di), <i>La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al</i> <i>terrorismo</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (E. Nalin)	251
Books received	257
Table of abbreviations	259
List of contributors	261



Articoli

Ennio Triggiani

Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*

SOMMARIO: 1. La riforma istituzionale nell'ottica della democrazia rappresentativa e partecipativa. – 2. Il cammino della legittimazione democratica attraverso i maggiori poteri del Parlamento europeo. – 3. Le due istituzioni intergovernative. Il Consiglio. – 4. Il Consiglio europeo e la sua centralità nel sistema. – 5. Il sostanziale indebolimento della Commissione europea. – 6. L'ingresso dei parlamenti nazionali nel circuito istituzionale. – 7. La legittimazione democratica "bifronte" ed il necessario salto di qualità politico per salvare il processo di integrazione.

1. L'ennesima e necessaria revisione del Trattato di Roma del 1957, avutasi a Lisbona nel 2007, è soprattutto legata alla indilazionabile esigenza di operare profondi cambiamenti nell'assetto istituzionale del processo d'integrazione e nei relativi equilibri politici¹. Non a caso già il fallimento della Consiglio europeo

* Il presente scritto riproduce quasi integralmente la relazione svolta nel corso del Convegno "Il trattato di Lisbona tra conferme e novità", Università degli studi di Messina, 26 e 27 giugno 2009. Esso è stato condotto nell'ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 "Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell'attuale fase del processo di integrazione". Responsabile nazionale, prof. Ennio Triggiani (prot. 2007ETKBLF).

¹ È già molto ampia la dottrina sulle modifiche relative alle istituzioni "politiche" introdotte con la riforma di Lisbona. Cfr. per le monografie J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008; M. C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008; F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, III ed.; F. GABRIELE, *Europa: La «costituzione» abbandonata*, Bari, 2008; E. TRIGGIANI, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008; J. WERTS, *The European Council*, London, 2008; M. W. BAUER (ed.), *Reforming the European Commission*, London, 2009; P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; D. CURTIN, *Executive Power in the European Union*, Oxford, 2009; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2009, V ed.; R. ORRÙ, L. G. SCIANNELLA, A. CIANMARICONI (a cura di), *Dai parlamenti in Europa ai parlamenti d'Europa*, Napoli, 2009. Per gli articoli scientifici v. M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in *DCSI*, 2007, p. 629 ss.; F. POCAR, *Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo trattato: un compromesso tra luci e ombre*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 4, pp. 8-9; G. TESAURO, *Un testo di revisione stilato a tempo di record*

di Nizza nel 2000, con le conseguenti e giustificate polemiche, aveva prodotto una significativa spinta in tale direzione concretizzatasi con la Dichiarazione di Laeken (2001), la Convenzione sul futuro dell'Europa (2002-2003) ed il c.d. Trattato costituzionale di Roma (2004). È peraltro indubbio che il venir meno di quest'ultimo ed un montante disinteresse verso l'integrazione, accentuato dallo scarso europeismo di alcuni dei nuovi Paesi membri dell'Europa orientale, hanno fatto progressivamente esaurire tale spinta tanto da mettere seriamente in pericolo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pur corretto qua e là rispetto a quello di Roma del 2004 a tutela delle sovranità nazionali.

D'altronde, le modifiche istituzionali non possono che essere lo specchio dell'evoluzione politica del processo di integrazione. L'altalena fra passi avanti e ritardi costituisce lo sviluppo naturale della "sterzata politica", registrata dall'Unione europea nel 1992 con il Trattato di Maastricht la cui nota "triade" (*moneta, cittadinanza e difesa*) ha fatto entrare l'Europa in una fase qualitativamente differente rispetto al periodo della formazione del mercato unico. Ad essa si sono poi aggiunte, dopo l'11 settembre 2001, le due aree altrettanto, se non

che sacrifica partecipazione e valori condivisi, *ivi*, n. 6, pp. 8-10; E. VIGLIAR, *Lo sviluppo dell'Unione Europea dopo la crisi del Trattato costituzionale*, in *CI*, 2007, p. 287 ss.; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss.; M. C. BARUFFI, *Profili distintivi del trattato di Lisbona*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 1, pp. 27-29; G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1, pp. 31-32 (www.sudineuropa.net, reperibile on line); L. DANIELE, *L'architettura dei due nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, *ivi*, pp. 7-9; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, *ivi*, pp. 23-25; G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona*, *ivi*, pp. 4-6; U. VILLANI, *La riforma di Lisbona*, *ivi*, pp. 1-3; L. CARBONE, L. COZZOLINO, L. GIANNITI, C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *op. cit.*, p. 223 ss.; L. GIANNITI, R. MASTROIANNI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, *ivi*, p. 161 ss.; A. MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, *ivi*, p. 431 ss.; G. L. TOSATO, *L'architettura del nuovo Trattato*, *ivi*, p. 47 ss. V. inoltre P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, in *ELR*, 2008, p. 137 ss.; Y. DEVUYST, *The European Union's Institutional Balance after the Treaty of Lisbon: "Community Method" and "Democratic Deficit" Reassessed*, in *Georgetown JIL*, 2008, p. 247 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, in *CML Rev.*, 2008, p. 617 ss.; L. GIANNITI, *Come sarà scelto il nuovo Alto rappresentante dell'Unione?*, in *Q. cost.*, 2008, p. 153 ss.; J.-V. LOUIS, *National Parliaments and the Principle of Subsidiarity: Legal Options and Practical Limits*, in *EuConst*, 2008, p. 429 ss.; P. BILANCIA, *The Role and Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *RIDPC*, 2009, p. 273 ss.; R. CANGELOSI, M. PERONACI, *La geografia istituzionale post-Lisbona e la posizione dell'Italia*, in questa *Rivista*, 2009, p. 55 ss.; L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, *ivi*, p. 43 ss.; U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 7 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *Une composition de la Commission telle que prévue par le traité de Nice conduirait vers un affaiblissement de l'autorité de l'Institution et une fragilisation de sa légitimité populaire*, in *RDUE*, 2009, pp. 5-11; P. PONZANO, *Il voto nel Consiglio: il compromesso di Ioannina alla luce del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, p. 77 ss.; F. RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in questa *Rivista*, 2009, p. 121 ss.; U. VILLANI, *Sul ruolo dei parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in C. DECARO, N. LUPO (a cura di), *Il "dialogo" tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009, p. 409 ss.

maggiormente “sensibili”, della sicurezza interna e della lotta al terrorismo². E tuttavia la necessaria politicizzazione dell’Europa è rimasta ancorata ad istituzioni nate in funzione della logica prevalentemente economica del mercato comune; in altri termini, gli Stati membri hanno continuato ad affrontare problematiche nuove con strumenti spesso vecchi e quindi parzialmente inadeguati a rispondere con efficacia alle complesse domande poste dalla società contemporanea. Il solido legame economico costruito attraverso le Comunità europee sulle fondamenta del circuito intergovernativo è rimasto per troppo tempo privo della diretta legittimazione democratica dei cittadini.

La contraddizione di agire con strumenti insufficienti in quanto inadeguati non è quindi stata superata proprio per l’assenza di una spinta popolare costruita sull’effettivo interesse dei cittadini per la vita dell’Unione, rendendo così evanescente un effettivo controllo democratico destinato, inevitabilmente, ad attenuarsi progressivamente. Al di là delle responsabilità imputabili alle stesse istituzioni comunitarie, è plausibile che l’abitudine ad eleggere “direttamente” i propri rappresentanti governativi a livello locale, regionale e nazionale ma non a livello europeo abbia progressivamente allontanato noi tutti da istituzioni sentite da un lato inutilmente invasive e poco influenti sulle scelte strategiche di sviluppo, dall’altro difficilmente controllabili e poco trasparenti.

Del resto, la complessa e di seguito descritta articolazione dei poteri fra Commissione, Consiglio, Consiglio europeo e Parlamento europeo rendono ardua la stessa individuazione delle precise responsabilità di scelte o inadempienze; ed i numerosi passi indietro effettuati dal Trattato di Lisbona rispetto a quello di Roma del 2004 in materia di semplificazione non consentono di migliorare il quadro appena descritto.

L’ultima sessione elettorale del Parlamento europeo ha quindi non casualmente evidenziato uno dei momenti più difficili del processo di integrazione, fra disattenzioni, disaffezioni e rinascite di decrepiti nazionalismi. Purtroppo il sogno europeo non affascina più e le spinte ideali promosse da grandi statisti nel secondo dopoguerra si sono ampiamente esaurite. L’Unione appare come un utile strumento di integrazione economica fra Stati indipendenti al quale pagare qualcosa nei termini dell’attribuzione di poteri sovrani, peraltro solo “prestati” sul presupposto di conservarne ben stretta la titolarità. Significativa, in tal senso, è non solo la formale previsione, nell’art. 50 del Nuovo Trattato dell’Unione europea (d’ora in poi NTUE), della possibilità di recesso dall’Unione (peraltro implicitamente consentita dal vecchio sistema), ma addirittura la riduzione delle competenze attribuite all’Unione mettendo per la prima volta in discussione l’*acquis* comunitario in una sorta di “cooperazione indebolita” se limitata ad alcuni Stati membri (art. 48, par. 2 NTUE)³.

² R. CANGELOSI, M. PERONACI, *op. cit.*, p. 61.

³ Per U. VILLANI, *La riforma di Lisbona*, cit., p. 3, la disposizione “segna una brusca inversione di tendenza rispetto al principio, che sembrava fuori discussione, di una intangibilità dell’*acquis* comunitario”.

Un così basso *Europe appeal*, nella sua drammatica pericolosità, evidenzia la scarsissima levatura politica di molti governanti che, sulla contingente necessità di mantenere un facile consenso elettorale, cavalcano sentimenti retrivi di vetero-nazionalismo se non di vero e proprio razzismo, classici rifugi istintivi in momenti di crisi economica e scarse risorse.

La miopia di un simile approccio è foriera di gravissime conseguenze in quanto rende ancora più debole la risposta all'oggettiva fine dell'egemonia globale del mondo occidentale, rispetto alla quale l'unica alternativa è l'innovazione a partire da quella istituzionale-politica. Ha quindi dell'incredibile la tendenza al gambero di un'Europa che si era invece mossa per tempo in quella direzione inventando l'unico modello possibile quale risposta efficace ai complessi problemi del terzo millennio, e cioè l'integrazione sovranazionale, suscitando in tutto il globo interesse ed anche invidia per tale sua capacità. Ebbene, proprio ora che i nodi vengono progressivamente al pettine, ora che diventa sempre più chiara la natura dei problemi sul tappeto (ambiente, povertà, malattie, risorse idriche ed energetiche, criminalità, terrorismo ...) – la cui gravità ed ampiezza rendono impensabili risposte nazionali – pensiamo di riporre in qualche polveroso scaffale decenni di progettualità innovativa e rivoluzionaria per seguire interessi di piccola bottega (con tutto il rispetto per quelle, gloriose ed artigianali, del tempo che fu).

In realtà l'Europa, dopo l'ultimo innegabile successo dato dall'introduzione dell'euro con cui anche sul piano monetario ha cominciato ad esprimersi da protagonista sulla scena mondiale, si è come ripiegata su se stessa pur ampliando la propria composizione (ma in parte forse anche per questo). Sia la guerra irachena sia la crisi economica hanno fatto emergere la diversità dei contingenti interessi fra gli Stati membri senza che né una *leadership* autorevole, né una comune visione strategica fossero in grado di ridare corpo all'Unione.

Certo, non mancano responsabilità diffuse dell'attuale situazione. Le istituzioni europee si sono dimostrate inadeguate a governare gli enormi flussi di immigrati e di merci attivati da un assetto economico globale caratterizzato da regole insufficienti e dall'accentuarsi della distribuzione ineguale della ricchezza. E proprio il "marchio di fabbrica" comunitario del mercato unico ne ha pagato le conseguenze attraverso una lettura certo superficiale ed errata ma produttiva, in un contesto di recessione e disoccupazione, di paura e di istintive richieste di ritorno al protezionismo.

In particolare, la Commissione ha per di più mostrato eccessiva accondiscendenza nei confronti di governi presuntuosi quanto inadeguati e non ha saputo efficacemente riformulare le ragioni della necessità dell'Unione. Si è così involontariamente suscitata nei cittadini un'idea d'Europa senza afflati ed ideali, ma progressivamente rivolta su se stessa nella, a volte esasperata, regolamentazione di profili puramente tecnici.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona merita pertanto una festa, ma senza fuochi d'artificio. Di fronte alle numerose e positive novità introdotte, per quanto qualitativamente inferiori rispetto a quelle previste nel c.d. Trattato costituzionale di Roma, la riforma di Lisbona evita al momento di sciogliere il vero

nodo dell'attuale *impasse* del processo di integrazione quale è data dall'impossibilità per gli Stati membri di camminare tutti alla stessa velocità. Non è pensabile che, ricordando il referendum irlandese del 2008, meno dell'1% della popolazione dell'Unione possa bloccare un processo di riforma frutto di anni di lavoro e di ampia partecipazione; così come è incredibile possa succedere che l'entrata in vigore del nuovo Trattato sia dipesa, fino all'ultimo, dalla volontà (singola o singolare) di due capi di Stato (polacco e ceco), i quali si rifiutavano di ratificare quanto deciso dai rispettivi parlamenti.

Resta quindi sempre più attuale il nodo dell'impossibilità che ogni passo avanti nell'integrazione debba fare i conti con il veto, probabile, di uno qualsiasi dei sempre più numerosi Stati membri. D'altro canto, l'ulteriore ampliamento ai Paesi balcanici è necessario proprio per tenere saldo il timone nella rotta per la quale è nata la nuova Europa e cioè il perseguimento della pace e del rispetto dei diritti fondamentali. La garanzia che tali valori diventino stabile patrimonio di quei Paesi non può che essere data dalla loro progressiva adesione all'Unione; ma è impensabile, per varie e comprensibili ragioni, che essi possano essere già pronti a sposare soluzioni di carattere sovranazionale altrove maturate, e si spera non dissolte, in molti decenni. Eppure a tutti dovrebbe essere ben presente che, al momento di firma e ratifica, ogni Stato si è impegnato a quanto solennemente sancito nell'art. 1, 2° comma NTUE: "Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa (...)". In altri termini, un Paese che chiede di entrare a far parte dell'Unione europea non si limita ad accettare diritti ed obblighi previsti dal sistema ma "sposa un progetto"; e questo progetto è fondato sul progressivo superamento dei tradizionali confini nazionali per la costruzione di un'identità europea fra popoli che – pur mantenendo proprie storie, tradizioni, culture – siano in grado di trovare in tali molteplici specificità forza e valori sui quali disegnare il futuro del continente.

Per raggiungere questi obiettivi è tuttavia necessario recuperare credibilità e sostegno al processo di integrazione convincendo i cittadini europei che solo uniti possono salvaguardare il futuro proprio e delle generazioni future. È quindi auspicabile che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona possa aprirsi una nuova fase dell'evoluzione europea caratterizzata da un percorso che potremmo definire di "necessaria politicizzazione". Questa, a partire da una diversa gestione della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) finalmente sottratta all'attuale approccio meramente intergovernativo, è per di più l'unica via attraverso la quale la gran parte dei Paesi europei, nella gestione "comunitaria" delle scelte, può aspirare ad un protagonismo diversamente negato nel contesto dell'attuale comunità internazionale. A tal fine non si può però prescindere dalla conquista di una nuova affezione da parte dei cittadini degli Stati membri e cioè dall'acquisizione di una piena consapevolezza della loro cittadinanza europea. Sotto questo profilo è quindi utile valutare i progressi rintracciabili nella riforma di Lisbona sul piano della crescita di una *democrazia rappresentativa e partecipativa*.

La prima (art. 10, par. 1 NTUE) si concretizza, per i cittadini, nel Parlamento dell'Unione anche attraverso i partiti politici organizzati a livello (auspicato) europeo ma per ora solo nei gruppi parlamentari⁴ e, per gli Stati, nei due Consigli in quanto espressione dei vertici governativi nazionali democraticamente responsabili dinanzi ai rispettivi parlamenti nazionali ed ai loro elettori.

Per quel che concerne la democrazia partecipativa⁵, la novità è data soprattutto dall'iniziativa legislativa per cui almeno un milione di cittadini, rappresentativi di un numero adeguato di Stati membri, possono invitare la Commissione europea “a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati” (art. 11, par. 4 NTUE). Sarebbero peraltro importantissime, ove opportunamente praticate, le diverse forme di amplificazione delle opinioni dei cittadini e delle associazioni rappresentative nonché il dialogo dell'Unione con queste e la società civile (paragrafi 1-3)⁶. La fotografia del presente esclude tuttavia l'esistenza di una cittadinanza europea “attiva”, con le negative conseguenze cui faremo di seguito riferimento⁷.

2. La ricerca di una maggiore legittimazione democratica dell'assetto istituzionale dell'Unione trova riscontro soprattutto nella ridefinizione delle funzioni del *Parlamento europeo*. Infatti, l'art. 14, par. 1 NTUE, letto insieme al successivo art. 16, par. 1, evidenzia l'ormai ampiamente determinato (per circa il 90% delle basi giuridiche) *riequilibrio di poteri* tra lo stesso ed il Consiglio, contemplando un *esercizio congiunto di funzioni* e non consentendo, per le relative materie, alcuna prevaricazione dell'uno sull'altro. Secondo la prima disposizione: “Il Parlamento europeo esercita, congiuntamente con il Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio”; per la seconda, reciprocamente: “Il Consiglio, esercita, congiuntamente con il Parlamento europeo, la funzione legislativa e la funzione di bilancio”.

Il campo d'applicazione della suddetta procedura di co-decisione, leggermente modificata e ridenominata significativamente *procedura legislativa ordinaria* (articoli 289 e 294 del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, d'ora in poi TFUE) è quindi notevolmente ampliato anche grazie all'abolizione del III pilastro –relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia – e alla sua assimilazione alla disciplina che, in precedenza, era riservata al solo pilastro comunitario. Si veda, ad esempio, l'art. 82, par. 1, 2° comma TFUE, ai

⁴ Per un'interessante analisi in proposito cfr. J. CHOFRE SIRVENT, *El parlamento europeo y el déficit de partidos políticos: el protagonismo de los grupos políticos*, in REDCE, 2009, p. 363 ss.

⁵ Tale denominazione è peraltro non più presente nel NTUE mentre compariva quale titolo dell'art. I-47 del Trattato di Roma del 2004. La scomparsa della titolazione delle norme ha, forse involontariamente, cancellato la denominazione.

⁶ Cfr. il recentissimo V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in EPL, 2010, p. 123 ss.

⁷ Rispetto ad una partecipazione “dal basso” del cittadino europeo v. di recente G. MORO, *Cittadini in Europa. L'attivismo civico e l'esperimento democratico comunitario*, Roma, 2009.

sensi del quale il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano misure nel campo della cooperazione giudiziaria in materia penale (ed anche, nello stesso campo, gli articoli 83 e 84 e, in quello della cooperazione di polizia, gli articoli 87, par. 2, 2° comma e 88, par. 2, 1° comma).

La procedura legislativa ordinaria, in luogo della mera consultazione, investe peraltro anche importanti settori del vecchio Trattato della Comunità europea (d'ora in poi TCE) quali, ad esempio, l'*agricoltura* (art. 43, par. 2), il *diritto di stabilimento* (art. 51, 2° comma), i *servizi* (articoli 53, par. 2 e 59, par. 1), i *capitali* (art. 64, par. 2), i *controlli alle frontiere*, l'*asilo* e l'*immigrazione* (articoli 77, par. 2, 78, par. 2 e 79, par. 4) oppure i *fondi a finalità strutturale* per i quali comunque il Parlamento rilasciava già un *parere conforme* (art. 161 TCE). Va inoltre segnalato che anche la costituzione dei *tribunali specializzati* (nuova denominazione delle camere giurisdizionali già previste dall'art. 225 A TCE) è sottoposta alla procedura legislativa ordinaria (art. 257 TFUE). Nell'ambito di tale procedura, è simbolicamente significativo che la prima lettura sia affidata al Parlamento europeo cui spetta pertanto la formulazione iniziale dell'atto legislativo (art. 294 TFUE).

Permangono, tuttavia, numerose materie per le quali si continua a prescrivere l'applicazione di quella che ora viene definita *procedura legislativa speciale* che comporta, in generale, una *deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio*, "con la partecipazione del Parlamento europeo" (art. 294, par. 2 TFUE), di solito consistente in una semplice consultazione, come evidenziato da oltre venti situazioni giuridiche.

Non mancano tuttavia circostanze per le quali la procedura si perfeziona attraverso la ben più significativa *previa approvazione* da parte del Parlamento europeo come sancito dagli articoli 25 (*completamento dei diritti di cittadinanza*), 86 (*procura europea*), 218 (alcuni *accordi internazionali*), 223 (*procedura elettorale uniforme per il Parlamento europeo*), 312 (*regolamento relativo al quadro finanziario pluriennale*), 352 (i c.d. *poteri impliciti*) TFUE. In particolare, l'approvazione è richiesta a proposito della *cooperazione rafforzata* (art. 329 TFUE ed art. 20 NTUE), strumento di cui auspicare un più largo utilizzo in futuro nella misura in cui consente di approfondire fra alcuni Stati in un determinato settore la loro integrazione.

Ma anche nell'ambito della procedura legislativa speciale sussistono alcune situazioni per le quali l'esercizio dei poteri si "inverte", nel senso che l'atto legislativo viene adottato dal Parlamento previa approvazione del Consiglio. Il riferimento è comunque legato, nel TFUE, allo svolgimento di funzioni appartenenti all'assise di Strasburgo quali lo *statuto* e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni dei suoi membri (art. 223), le modalità per l'esercizio del *diritto d'inchiesta* (art. 226), lo *statuto* e le condizioni generali per l'esercizio delle funzioni del *Mediatore* (art. 228).

Va inoltre segnalato che una procedura legislativa speciale caratterizza altresì l'approvazione del *bilancio* annuale dell'Unione, considerato che il Consiglio ne esamina per primo il relativo progetto presentato dalla Commissione

ed adotta la relativa sua posizione (art. 314 TFUE). In proposito, peraltro, è significativa, a favore del Parlamento, l'abolizione della discussa distinzione tra spese obbligatorie e spese non obbligatorie.

Ulteriore rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo è riscontrabile nelle *procedure di revisione dei Trattati* di cui all'art. 48 NTUE ed in particolare in quella ordinaria per cui, in aggiunta ai poteri già previsti dalla precedente versione della norma, il Parlamento può a sua volta formulare progetti intesi a modificare i Trattati (par. 1).

Esso è inoltre rappresentato in seno alla *Convenzione* – resa stabile ed esperimento nel complesso riuscito di istanza democratica del sistema – convocata per esaminare i progetti di modifica e per adottare una raccomandazione indirizzata alla conferenza intergovernativa (art. 48, par. 3, 1° comma NTUE); e deve approvare l'eventuale decisione del Consiglio europeo di non convocare la Convenzione di cui sopra (par. 3, 2° comma).

Un'importante novità è altresì data dall'istituto della delega alla Commissione, determinata con atto legislativo ma già frequente nella prassi, del potere di adottare “atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano elementi non essenziali dell'atto legislativo” (art. 290, par. 1 TFUE). L'esercizio del potere condiviso fra Parlamento europeo e Consiglio è evidenziato dal successivo par. 2 per il quale l'atto legislativo di delega può essere revocato sia dal Parlamento europeo che dal Consiglio (lett. a) i quali possono altresì opporsi, entro un determinato termine, all'entrata in vigore dell'atto delegato (lett. b). L'esercizio del potere delegato alla Commissione rimane pertanto soggetto al controllo di ciascuna delle due istituzioni deleganti, senza necessariamente l'accordo dell'altra.

La (quasi) parificazione del Parlamento europeo con il Consiglio sul piano dei poteri legislativi è invece lungi da essere raggiunta in altri settori quali, ad esempio, la *nomina dei membri delle altre istituzioni* o la designazione dei *titolari delle nuove cariche monocratiche* previste dal Trattato di Lisbona. Si fa eccezione per la nomina della Commissione, in ordine alla quale già il Parlamento giocava un ruolo di gran rilievo. L'art. 14, par. 7 NTUE apporta, infatti, alcune piccole modifiche alla situazione preesistente, tutte dirette a rafforzare l'influenza parlamentare rendendo più solido il legame tra Parlamento europeo e Commissione come una sorta di “fiducia parlamentare” nei confronti del potere esecutivo tipico dei sistemi statali democratici. Il Consiglio europeo non designa più ma si limita a proporre un candidato alla carica di Presidente della Commissione, la proposta deve tener conto “delle elezioni del Parlamento europeo” ed infine il candidato è “eletto” (e non soltanto approvato) dal Parlamento europeo.

Rispetto alla nomina dei *membri della Corte di giustizia e del Tribunale* (non più di primo grado), va segnalata l'istituzione del *Comitato* di cui all'art. 255 TFUE, incaricato di “fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale” prima che avvenga la nomina, di comune accordo, da parte dei governi degli Stati membri. I sette

membri del Comitato sono a loro volta nominati dal Consiglio, su proposta del Presidente della Corte, ma uno di loro è proposto dal Parlamento europeo.

Esso, invece, è escluso dalla procedura relativa alla nomina del *Presidente del Consiglio europeo*, affidata esclusivamente all'organismo stesso con decisione assunta a maggioranza qualificata (art. 15, par. 5 NTUE). Il titolare di tale carica non riveste dunque alcun mandato di tipo popolare, essendo privo di legittimazione democratica (se non in maniera molto indiretta).

La fase iniziale della procedura non coinvolge il Parlamento europeo nemmeno per la nomina dell'*Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza* (d'ora in poi Alto rappresentante). Esso è, infatti, nominato dal Consiglio europeo "con l'accordo del Presidente della Commissione" (art. 18, par. 1 NTUE) per quanto, nella qualità di *vicepresidente della Commissione*, sia soggetto al pari del Presidente e degli altri membri all'approvazione collettiva da parte del Parlamento europeo ai sensi dell'art. 17, par. 7, 3° comma NTUE. E tuttavia il successivo par. 8 di tale disposizione prevede che l'approvazione della *mozione parlamentare di censura* comporta le dimissioni collettive dei membri della Commissione mentre per l'Alto rappresentante essa produce il venir meno soltanto delle "funzioni che esercita in seno alla Commissione"; la rimozione completa dello stesso necessita invece di una deliberazione in questo senso del Consiglio europeo che risulta quindi il vero *dominus* della situazione (art. 18, par. 1, seconda frase).

Ancor meno incisivo risulta il ruolo del Parlamento europeo nell'ambito dell'*azione esterna* dell'Unione, per l'evidente volontà degli Stati di mantenere un sostanziale controllo della propria politica estera e delle proprie relazioni internazionali. Comunque, l'art. 218, par. 6 TFUE prevede la previa approvazione del Parlamento europeo (in luogo del parere conforme, ma sostanzialmente con analoghi limiti "negoziali") per gli accordi di associazione e sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quelli che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione e producono ripercussioni finanziarie considerevoli per l'Unione, quelli che riguardano settori ai quali si applica la procedura legislativa ordinaria oppure la procedura legislativa speciale qualora sia necessaria l'approvazione del Parlamento europeo⁸; mentre per la conclusione di tutti gli altri accordi è fissata la semplice consultazione.

⁸ Il Parlamento europeo ha rapidamente utilizzato i nuovi poteri rifiutando di approvare l'accordo *provvisorio* sul trasferimento dei dati bancari agli Stati Uniti attraverso la rete SWIFT sulla base di serie preoccupazioni in materia di *privacy*, proporzionalità e reciprocità. L'accordo, stipulato (appena il giorno prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) nel quadro di azioni di contrasto al terrorismo dopo l'11 settembre 2001, prevedeva che le autorità americane potessero avere accesso ai dati sui trasferimenti bancari dei cittadini europei. Il Parlamento ha ribadito che qualsiasi nuovo accordo deve essere conforme ai requisiti del Trattato di Lisbona, e in particolare alla Carta dei diritti fondamentali; cfr. risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2010 sulla proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e sul trasferimento di dati di messag-

Viene invece espressamente esclusa ogni partecipazione del Parlamento europeo alla conclusione degli accordi internazionali che riguardino “esclusivamente la politica estera e di sicurezza comune” (art. 218, par. 6, 2° comma). D'altronde risulta, come detto, del tutto secondaria la presenza del Parlamento nell'ambito della PESC il cui art. 24, par. 1, 2° comma NTUE precisa che questa “è soggetta a norme e procedure specifiche” limitandosi ad affermare genericamente che “il ruolo specifico del Parlamento europeo (e della Commissione) in questo settore è definito dai Trattati”.

Va quindi cercata, a fatica, l'unica disposizione espressamente riferibile ad un ruolo del Parlamento nell'ambito della PESC e cioè l'art. 36 NTUE, che modifica il vecchio art. 21 TUE prevedendo che il dialogo con il Parlamento europeo ricade nelle attribuzioni dell'Alto rappresentante e non della Presidenza del Consiglio. Ed è inoltre opportuno sottolineare che nel caso di una *cooperazione rafforzata* in materia di politica estera e di sicurezza comune il Parlamento non esprime la “previa approvazione”, come per regola generale, ma si limita, bontà della norma, ad esserne informato (art. 329, 2° comma TFUE).

Il nuovo Trattato conferma inoltre la tradizionale esclusione del Parlamento dalla fase, di estrema importanza, dell'iniziativa legislativa, riservandola espressamente alla Commissione (art. 17 NTUE). Questa è dunque ancora considerata “motore” (quasi) esclusivo dell'integrazione svolgendo un ruolo sicuramente indispensabile agli albori del processo di integrazione europea, quando il potere legislativo era concentrato nelle mani del Consiglio e dunque degli Stati membri, ma probabilmente datato alla luce del successivo sviluppo del processo di integrazione.

È poi riproposto il meccanismo dell'*iniziativa sull'iniziativa*, già presente nel testo dell'art. 192 TCE, per cui, a maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione del Trattato (art. 225 TFUE). La nuova disposizione aggiunge solo un obbligo di motivazione a carico della Commissione qualora questa non ritenga di seguire l'impulso proveniente dal Parlamento europeo: “Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo”. Si pone dunque il problema di valutare se quest'ultimo ha a disposizione delle forme (giudiziarie) di reazione qualora la motivazione offerta dalla Commissione non sia ritenuta soddisfacente. La novità dell'obbligo di motivazione potrebbe quindi, al fine di produrre un effetto utile, aprire la porta ad ulteriori scenari come la configurabilità di un ricorso del Parlamento per l'annullamento dell'atto della Commissione in presenza di una motivazione insufficiente o contraddittoria.

È comunque impossibile non sottolineare come un'assemblea parlamentare priva del potere di iniziativa legislativa sia tuttora lontana dalle prerogative tipi-

gistica finanziaria dall'Unione europea agli Stati Uniti ai fini del programma di controllo delle transazioni finanziarie dei terroristi – 05305/1/2010REV 1 – C7-0004/2010 – 2009/0190(NLE).

che degli organismi rappresentativi dei cittadini. Eppure un'ultima novità interessante introdotta a Lisbona è data dalla circostanza, molto significativa almeno simbolicamente, di aver indicato che il Parlamento europeo è composto non più, come recitava il TCE, dai "rappresentanti dei popoli degli Stati" bensì dai "rappresentati dei cittadini dell'Unione" (art. 14, par. 2 NTUE) e che la cittadinanza dell'Unione non è più complementare ma "si aggiunge alla cittadinanza nazionale" (art. 20, par. 1 TFUE), evidenziando la prospettiva di una vera e propria "seconda cittadinanza" e quindi la relativa autonomia di *status*.

3. Per quel che concerne le due istituzioni che esprimono le *sovranità nazionali*, le maggiori novità investono, come vedremo, il *Consiglio europeo* nel rafforzarne ulteriormente il ruolo anche rispetto all'altra, composta dai Ministri.

Per quest'ultimo va anzitutto segnalata la nascita del *Consiglio Affari generali*, diretto a garantire la coerenza e la continuità dell'attività delle diverse formazioni dell'istituzione, superando il limite di settorialità che ne caratterizza attualmente la composizione. Interessante appare altresì l'istituzione delle "nuove *troike*" fisse (*team presidencies*) della durata di 18 mesi (gruppi di tre Presidenze) che – secondo un sistema di rotazione paritaria degli Stati membri, tenendo conto della loro diversità e degli equilibri geografici dell'Unione – condivideranno le Presidenze delle diverse formazioni del Consiglio e del COREPER; ciò dovrebbe garantire la coerenza e la continuità del lavoro nel suo insieme ed assicurare la cooperazione interistituzionale.

È utile inoltre sottolineare che il sistema "ordinario" di voto, all'interno del Consiglio, non è più dato dalla "maggioranza" dei membri che lo compongono (art. 205 TCE) bensì dalla "maggioranza qualificata". Più precisamente tale sistema, il cui avvio viene però rimandato al 1° novembre 2014, è basato sulla "doppia maggioranza" degli Stati (55%) e della popolazione (65%) (par. 4), con le deroghe peraltro previste, a decorrere dal 1° novembre 2014, dall'art. 238, paragrafi 2 e 3 TFUE. Per di più, in via transitoria, il sistema di voto previsto dal Trattato di Nizza potrà altresì essere applicato fino al 31 marzo 2017, su richiesta di uno Stato membro (art. 3, par. 2 del *Protocollo n. 36* sulle disposizioni transitorie). Nell'Europa a 27, una maggioranza necessita di almeno quindici Stati membri, mentre le "minoranze di blocco" devono essere composte da almeno quattro Stati membri onde evitare che i tre Paesi più grandi dell'Unione possano impedire l'adozione delle decisioni sulla base del fattore popolazione.

Senza dilungarci sull'estrema farraginosità e complessità di un meccanismo diretto in più modi a favorire comunque gli Stati membri dissenzienti⁹, va segnalato che grazie alla *Dichiarazione n. 7* allegata al Trattato con l'entrata in vigore di questo è stata resa operante la decisione del Consiglio, in essa contenuta, per cui a tempo indefinito si rende sempre più difficile l'adozione di atti a maggioranza qualificata del Consiglio.

⁹ V. in proposito U. DRAETTA, *Elementi di diritto*, cit., p. 115 ss. Allo stesso autore si rinvia per una più articolata descrizione del funzionamento delle due istituzioni intergovernative in *Composizione e funzionamento*, cit., p. 17.

L'incredibile determinazione degli Stati nell'attenuare la possibilità di essere messi in minoranza costituisce un serio *vulnus* all'efficienza dei meccanismi consiliari ed evidenzia il rischio di una larvata istituzionalizzazione del *compromesso di Ioannina*¹⁰, che potrebbe addirittura rimettere in discussione l'essenziale novità del voto a maggioranza qualificata, riportando indietro la *governance* europea ai tempi del Trattato di Nizza.

Va peraltro segnalato che rimangono ancora una settantina di casi, per di più non sempre marginali, nei quali il Consiglio decide all'unanimità.

Vi è poi la più generale ambiguità che circonda le nuove istituzioni ed organismi: le disposizioni "aperte" del Trattato di Lisbona lasciano ad esempio parzialmente indeterminato il profilo che assumeranno nel nuovo equilibrio europeo il Presidente del Consiglio e l'Alto rappresentante con il *Servizio europeo per l'azione esterna* di cui quest'ultimo si avvale (art. 27, par. 3 NTUE). Il Servizio, dizione burocratica diretta ad "ammorbidire" la nascita di un vero e proprio corpo diplomatico europeo, lavora in collaborazione con le strutture diplomatiche degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del Segretariato generale del Consiglio e della Commissione nonché da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali.

Rispetto all'attività dell'Alto rappresentante è peraltro prevedibile sorgano non poche difficoltà sulla possibilità dello svolgimento di un ruolo relativamente autonomo derivante anche dalla sua presenza, in qualità di vicepresidente, nella Commissione europea. Del resto la politica estera è indubbiamente il settore più debole quanto a competenze dell'Unione, considerate le decise resistenze nazionali che non mancheranno di concretizzarsi ulteriormente.

Emblematica, in proposito, è la bozza di decisione adottata il 23 novembre 2009 dall'*Antici Group* (dal nome del diplomatico italiano Paolo Antici che per primo lo presiedette nel 1975) al fine di disciplinare il ruolo delle future presidenze semestrali in materia di politica estera¹¹. L'*Antici Group* è il nome con cui si indica la riunione degli assistenti degli ambasciatori degli Stati membri presso l'Unione europea, di alcuni rappresentanti della Commissione, di un rappresentante del Segretariato generale e di un membro del Servizio legale dell'Unione europea. Il suo compito consiste nella preparazione dei lavori per il COREPER II (ovvero la riunione degli ambasciatori permanenti) e per il Consiglio europeo,

¹⁰ Il compromesso di Ioannina prende il nome, come è noto, da una riunione informale dei ministri degli Affari esteri svoltasi in Grecia, il 29 marzo 1994, in occasione della quale venne tra l'altro adottata una decisione del Consiglio (*GUCE C 105*, 13 aprile 1994) sulla specifica questione del voto a maggioranza qualificata in vista dell'ingresso di Austria, Finlandia, Svezia e Norvegia nell'Europa a 16. Il compromesso raggiunto prevedeva che qualora i membri del Consiglio che rappresentassero tra i 23 voti (precedente soglia della minoranza di blocco) ed i 26 voti (nuova soglia della minoranza di blocco) manifestassero la loro intenzione di opporsi all'adozione da parte del Consiglio di una decisione a maggioranza qualificata, il Consiglio avrebbe fatto tutto quanto in suo potere per pervenire, entro un congruo termine, ad una soluzione soddisfacente che potesse essere adottata con almeno 68 voti su 87. Fu il Trattato di Nizza, introducendo una nuova ponderazione dei voti in seno al Consiglio dei ministri, a metter fine al compromesso di Ioannina.

¹¹ Cfr. il documento del Consiglio 16086/1/09 REV 1.

in pratica preparando materialmente i documenti che poi i capi di Stato e di governo si limiteranno a firmare.

La bozza in questione è stata adottata dal Consiglio con decisione del 1° dicembre 2009¹². In essa si fissa la competenza sulla nomina dei Presidenti dei comitati che prepareranno i lavori delle riunioni dei Ministri degli affari esteri, dettando la relativa agenda. Lo scenario che emerge da questa decisione potrebbe ridimensionare, nella pratica, alcuni cambiamenti apportati dal Trattato di Lisbona. Infatti, nell'*allegato II* si ipotizza la divisione, su base tematica, in quattro gruppi dei comitati incaricati di preparare i lavori del Consiglio dei Ministri degli esteri, limitando notevolmente il relativo potere di nomina dei *chairmen* da parte dell'Alto rappresentante. In particolare, spettano alle Presidenze semestrali (e non all'Alto rappresentante) le materie di commercio e sviluppo (compresi gli aiuti umanitari) ma soprattutto quelle di competenza degli organismi orizzontali (*horizontal preparatory bodies*), dove si svolgono i lavori dei comitati più importanti, quali quelli riguardanti relazioni estere, terrorismo, affari consolari, diritto internazionale pubblico (diritti umani, non proliferazione delle armi nucleari, Medio Oriente), diritto del mare.

4. La prima ed importante novità relativa al *Consiglio europeo* è data dal suo espresso inserimento, con l'art. 13, par. 1 NTUE, tra le istituzioni dell'Unione (aggiungendovi altresì la *Banca centrale europea*). Ciò comporta, di conseguenza, un relativo adeguamento delle sue modalità di funzionamento e delle procedure decisionali a quelle del Consiglio, ammettendosi che, in taluni casi, le delibere possano essere adottate a maggioranza qualificata (v. articoli 235 e 236 TFUE) e con l'applicazione delle stesse regole di calcolo fissate per il Consiglio (art. 235, par. 1, 2° comma). E comunque, allorché si procede a votazione, non è prevista la partecipazione né del Presidente del Consiglio europeo né del Presidente della Commissione (art. 235, par. 1, 2° comma) proprio per la spiccata natura di organo collegiale di Stati non riconducibile alla qualità "individuale" delle due figure in questione.

Il Consiglio europeo viene inoltre assoggettato al controllo giurisdizionale della Corte, secondo i nuovi articoli 263, 1° comma, 265, 1° comma e 269, 1° comma TFUE.

Il "tardivo" riconoscimento istituzionale del Consiglio europeo è probabilmente dovuto, al di là delle particolari circostanze di nascita ed evoluzione, alla sua natura squisitamente "politica" ed alla conseguente non partecipazione formale al processo decisionale del sistema. L'autorevolezza della composizione nonché la generalità della competenza hanno peraltro consentito al Consiglio europeo di superare i limiti tecnico-politici che oggettivamente presentano le riunioni dei Consigli dei ministri specialistici (agricoltura, economia e finanza, trasporti, ecc.) così permettendo, in precedenza, di concludere accordi globali

¹² Decisione 2009/908 del Consiglio, che stabilisce le modalità di applicazione della decisione del Consiglio europeo sull'esercizio della presidenza del Consiglio e sulla presidenza degli organi preparatori del Consiglio, *GUUE* L 322, 9 dicembre 2009, p. 28 ss. (allegato II).

come per esempio nel caso dei “pacchetti” Delors I (1988) e Delors II (1992) o dell’Agenda 2000 (1999), i quali contemplavano l’adozione di misure trasversali a settori diversi.

Non è tuttavia semplice definire con chiarezza la natura del Consiglio europeo anzitutto, e tradizionalmente, qualificato come interprete dell’interesse generale dell’Unione (in parallelo con la Commissione) concretizzato peraltro in una centrale funzione di indirizzo politico come espressa dai massimi vertici di ciascuno Stato membro. Su questo presupposto il Consiglio europeo esercita il potere di nominare importanti *organi unipersonali* quali il proprio Presidente permanente, l’Alto rappresentante (di comune accordo con il Presidente della Commissione) e lo stesso Presidente della Commissione, con l’approvazione del Parlamento europeo (articoli 15, par. 5, 17, par. 7 e 18, paragrafi 1 e 7, NTUE).

La sua trasformazione in termini istituzionali ha comunque consentito di arricchirne e meglio precisarne le competenze essendogli riconosciuta, in particolare, la possibilità di assumere decisioni in grado di integrare o dare attuazione ad alcune disposizioni dei Trattati assumendo le funzioni di una sorta di Conferenza intergovernativa. Esso può, infatti, secondo il NTUE, stabilire l’elenco delle formazioni del Consiglio diverse da quelle “Affari generali” e “Affari esteri” (art. 16, par. 6), fissare il “sistema di rotazione paritaria” della Presidenza (art. 16, par. 9), stabilire “la composizione del Parlamento europeo” (art. 14, par. 2, 2° comma). Ma in alcuni casi viene addirittura consentito al Consiglio europeo di sostituire la disciplina prevista dai Trattati come in ordine alla *revisione ordinaria* (art. 48, paragrafi 2 e 3) o alle *procedure semplificate di revisione* dette anche “*passerelle*” (paragrafi 6 e 7) o ancora, decidendo all’unanimità, all’aumento dei casi nei quali il Consiglio può deliberare, in ambito PESC, a maggioranza qualificata.

A dimostrazione della sua natura di “vertice massimo” del sistema e della conseguente autorevolezza, al Consiglio europeo è affidata una funzione di appello-mediazione operando in più situazioni come una *seconda istanza* rispetto al Consiglio, attivabile qualora si verifichi un *grave dissenso* all’interno di quest’ultimo; il che può verificarsi allorché il Consiglio potrebbe deliberare a maggioranza qualificata ma uno Stato membro non è disposto ad accettare di essere messo in minoranza. Ad esempio, in ambito PESC, il rischio che venga paralizzata l’attuazione di una strategia comune in un settore così delicato giustifica l’intervento potenzialmente decisivo dell’organo di grande prestigio e maggiore forza politica. In casi del genere lo Stato in questione può ottenere che la decisione sia deferita al Consiglio europeo, il quale deciderà per consenso (art. 31, par. 2 NTUE, riprendendo il meccanismo previsto dall’art. 23 TUE).

Analoga soluzione è ad esempio prevista, nel TFUE, laddove uno Stato membro si opponga all’instaurazione di una “cooperazione rafforzata” rispetto all’adozione di un atto legislativo in materia di *sicurezza sociale* (art. 48, 2° comma), nei settori della *cooperazione giudiziaria in materia penale* (articoli 82, par. 3 e 83, par. 3) e della *cooperazione di polizia* (art. 87, par. 3, 2° comma) attraverso l’adozione del c.d. “freno d’emergenza” con cui si permette ad uno Stato membro di ottenere la sospensione della procedura legislativa ordinaria e

il deferimento della questione al Consiglio europeo; che dovrà decidere per consenso, cioè senza l'opposizione di alcuno Stato membro. Ove il consenso non venga raggiunto, decorsi quattro mesi almeno nove Stati membri possono richiedere di instaurare una cooperazione rafforzata (art. 20, par. 2 NTUE) e la relativa autorizzazione si deve intendere automaticamente accordata.

Più complessa è la procedura diretta all'istituzione di una *Procura europea* come estensione di *Eurojust*, per la quale è richiesta l'unanimità del Consiglio e l'approvazione del Parlamento europeo. Tuttavia, almeno nove Stati possono comunque chiedere il deferimento della questione al Consiglio europeo e, ove la mediazione dello stesso non abbia successo per raggiungere l'unanimità in Consiglio, possono raggiungere l'obiettivo sotto forma di cooperazione rafforzata fra gli Stati disponibili (art. 86, par. 1 TFUE).

Il vertice istituzionale intergovernativo dell'Unione trova ovviamente piena espressione nel settore che rimane pressoché esclusivo appannaggio degli Stati e cioè la PESC e complessivamente nell'*azione esterna* dell'Unione, assicurando fra l'altro attraverso il suo Presidente la rappresentanza esterna dell'Unione (art. 15, par. 6, 2° comma NTUE). La centralità della relativa competenza è confermata dalla circostanza che il Consiglio europeo, in materia, adotta non atti legislativi ma comunque decisioni sugli interessi e gli obiettivi strategici dell'Unione, fissando altresì durata e mezzi per la realizzazione di specifici interventi (art. 22 NTUE) e sulla definizione e l'attuazione della PESC comprese le questioni interessanti la difesa (art. 26 NTUE).

Su queste premesse, appare evidente che il legame tra poteri di indirizzo generale e primi elementi decisionali può, di fatto, consentire ad un Presidente permanente, dotato di grande prestigio o comunque capacità di mediazione, di rafforzare ulteriormente il ruolo del Consiglio europeo nei confronti delle altre istituzioni. Sarebbe allora interessante porre l'obiettivo di medio termine della riunificazione in un'unica persona di tale carica con quella di Presidente della Commissione, attraverso la compresenza nelle due istituzioni già "sperimentata" attraverso l'Alto rappresentante; si tratterebbe di un'opzione non esclusa dal Trattato di Lisbona, in quanto l'incompatibilità è posta solo rispetto ad incarichi di livello nazionale. Potrebbero probabilmente per questa via attenuarsi le fondate, e qui sottolineate, preoccupazioni di una ripresa del metodo intergovernativo e del conseguente depotenziamento, nella specie, della Commissione¹³.

Infine, è utile soffermarci, rispetto ai due Consigli, su alcuni aspetti solo apparentemente secondari legati al funzionamento dei lavori degli stessi a seguito del relativo ridimensionamento delle presidenze semestrali dopo la nascita delle figure del Presidente del Consiglio europeo e dell'Alto rappresentante.

Il ruolo del Presidente permanente, in particolare, dovrebbe garantire la continuità e organicità nei lavori attraverso l'esercizio di un potere effettivo che lo renda il più indipendente possibile dalle volontà degli Stati membri. Il Trattato

¹³ V. in tal senso R. CANGELOSI, M. PERONACI, *op. cit.*, p. 67.

di Lisbona si limita tuttavia a disegnare il quadro generale entro cui si muoveranno gli attori, lasciando così alla prassi e alla consuetudine il compito di definire nei dettagli ogni singolo aspetto. Non è peraltro probabile che il Paese presidente di turno del Consiglio, soprattutto se di rilievo, accetti di giocare un ruolo marginale; è quindi immaginabile la complessità di una gestione soprattutto dei Consigli mensili per gli Affari generali aventi il compito di preparare le riunioni del Consiglio europeo e garantire il loro *follow-up* con i Presidenti del Consiglio europeo e della Commissione. Si può quindi immaginare che il Presidente permanente possa svolgere un ruolo più di mediazione che di guida all'interno del sistema istituzionale¹⁴.

Nel complesso le istituzioni intergovernative, per quanto sin qui evidenziato, appaiono “rinvigorite” ed in particolare il Consiglio europeo, in un contesto caratterizzato dall'aumento del numero degli Stati membri e dal contemporaneo rafforzamento per alcuni aspetti della dimensione sovranazionale, si è visto riconoscere una sorta di “tutoraggio” politico ai massimi livelli del processo di integrazione che prelude ad un'accentuazione del suo ruolo nel sistema dell'Unione quale effettivo centro del quadrilatero politico-istituzionale della stessa¹⁵.

5. La Commissione europea è l'istituzione che subisce minori modifiche ma anche per questa ragione è sostanzialmente indebolita dal rafforzamento delle altre. Certo, ad essa viene espressamente riconosciuto il compito, peraltro già implicito, di “promuovere l'interesse generale dell'Unione” (art. 17, par. 1 NTUE) rispetto al ben più riduttivo “di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune” (art. 211 TCE). Comunque mantiene il quasi monopolio del *potere di iniziativa*, ad eccezione di quei casi specifici previsti dai Trattati nei quali gli atti legislativi possono essere adottati su iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo ovvero su raccomandazione della Banca centrale europea o su richiesta della Corte di giustizia e della Banca europea per gli investimenti (art. 289, par. 4 TFUE).

La Commissione si arricchisce altresì del vicepresidente/Alto rappresentante, il cui “doppio incarico” avrebbe l'obiettivo di garantire coerenza, efficacia e visibilità all'azione esterna dell'Unione europea. Esso la rappresenta a livello ministeriale o nell'ambito di organizzazioni internazionali per quanto concerne appunto l'azione esterna globale dell'Unione europea anche in qualità di Presidente del Consiglio Affari esteri e si avvale, nell'esecuzione delle sue funzioni, del citato *Servizio europeo per l'azione esterna*.

Tuttavia, rispetto al Trattato di Nizza, non si intravede per ora la riduzione del numero dei commissari. Infatti, è vero che per il NTUE a decorrere dal 1° novembre 2014 la Commissione dovrebbe essere composta da un numero pari a

¹⁴ Il Consiglio europeo ha adottato il proprio regolamento interno con decisione 2009/882 del 1° dicembre 2009, *GUUE* L 315, 2 dicembre 2009, p. 51 ss.

¹⁵ Per un'interessante analisi della “irresistibile” e continua crescita del ruolo del Consiglio europeo nel corso degli anni, a partire dai primi vertici, v. il recente J. WERTS, *op. cit.*

due terzi degli Stati membri e che, per garantire *condizioni di parità* tra gli Stati nel rispetto della loro “molteplicità demografica e geografica”, viene introdotto un sistema di rotazione consentendo a ciascuno di essi la rappresentanza in seno a due collegi su tre. Tale soluzione è tuttavia subordinata alla circostanza che “il Consiglio europeo, deliberando all’unanimità, non decida di modificare tale numero” (art. 17, par. 5 NTUE). In particolare, l’annessa *Dichiarazione n. 10* prevede che la Commissione, quando non includerà più cittadini di tutti gli Stati membri, dovrebbe dedicare “particolare attenzione alla necessità di assicurare piena trasparenza nelle relazioni con tutti gli Stati membri”. Ciò dovrebbe tradursi nell’impegno di mantenere stretti contatti con tutti questi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano un loro cittadino tra i membri della Commissione, dedicando “particolare attenzione alla necessità di scambiare informazioni e di consultarsi con tutti gli Stati membri”. Tale attenzione dovrebbe in particolare concernere le realtà politiche, sociali ed economiche di tutti gli Stati, inclusi quelli che non hanno loro cittadini tra i membri della Commissione per assicurare anche che la posizione di questi ultimi sia tenuta in considerazione mediante l’adozione delle appropriate disposizioni organizzative.

Appare peraltro evidente come siffatta articolata “compensazione” prevista per gli Stati membri esclusi dalla nomina di un proprio cittadino nella Commissione, pur politicamente comprensibile, risulti in palese contraddizione con il formale vincolo di *indipendenza* che ciascun commissario dovrebbe esprimere.

Per tagliare la testa al toro e sulla spinta delle preoccupazioni derivanti dall’esito negativo del primo referendum irlandese sulla ratifica del Trattato, il Consiglio europeo dell’11 e 12 dicembre 2008 ha quindi preso l’impegno di adottare una decisione affinché la Commissione continui a comprendere un cittadino di ciascuno Stato membro. Tale impegno, peraltro ribadito al termine del Consiglio europeo del 18 e 19 giugno 2009¹⁶, non è quindi in contrasto con quanto previsto nel NTUE ma, sull’altare del compromesso, consentirà di tenere in piedi una Commissione sempre più pletorica e quindi, probabilmente, inefficiente.

In tale contesto appare difficile poter individuare specifici profili che evidenzino un qualche rafforzamento del ruolo della Commissione, che in generale, come detto, appare invece “compresso” dal rafforzamento delle altre istituzioni. Vanno comunque sottolineati l’accentuazione del profilo “politico” dell’elezione del Presidente da parte del Parlamento europeo, pur se su proposta del Consiglio europeo, ed il potere dello stesso Presidente di obbligare un membro del collegio (ad eccezione dell’Alto rappresentante) a rassegnare le dimissioni senza dover più chiedere al collegio stesso la relativa approvazione (come invece previsto in precedenza dall’art. 217, par. 4 TCE) ed anche basandosi su mere valutazioni di opportunità politica (art. 17, par. 6, 2° comma NTUE).

¹⁶ Consiglio dell’Unione europea, Bruxelles, 10 luglio 2009 (11225/2/09 REV 2, p. 2).

6. Una delle novità più interessanti introdotte dalla riforma di Lisbona è data dall'inserimento nel sistema istituzionale e nelle procedure decisionali dei *parlamenti nazionali*, così segnando il formale superamento della “separatezza” fino ad oggi caratteristica dei rapporti tra l'apparato istituzionale dell'Unione e quello di ciascuno Stato membro. Di quest'ultimo, in realtà, per decenni veniva “conosciuto” solo il governo nazionale senza tener conto dell'articolazione interna di ciascuna struttura¹⁷.

Pertanto nel momento stesso in cui si determina una maggiore salvaguardia delle competenze nazionali si esprime, di fatto, un approccio forse più coerente con una realtà fondata non più sulla mera cooperazione intergovernativa quanto sull'integrazione sovranazionale.

Il ruolo dei parlamenti nazionali, analiticamente determinato dall'art. 12 NTUE, è quindi ritenuto opportunamente indirizzato “al buon funzionamento dell'Unione” e concerne anzitutto un obbligo di informazione a carico delle istituzioni europee riguardo sia a diversi documenti e programmi redatti dalla Commissione, sia ai progetti di atti legislativi indirizzati al Parlamento europeo ed al Consiglio, sia ancora alla relazione annuale della Corte dei conti (secondo la procedura descritta dal *Protocollo n. 1*).

Gli atti legislativi sono altresì sottoposti ad un rigoroso controllo ed all'eventuale opposizione da parte dei parlamenti nazionali in ordine al rispetto dei principi di *sussidiarietà* e *proporzionalità*, secondo la disciplina prevista dall'apposito *Protocollo n. 2* volto a vigilare sulla ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri. Si ricorda comunque che per il principio di sussidiarietà l'Unione, nelle materie nelle quali non dispone di competenza esclusiva, interviene solo nella misura in cui gli obiettivi prefissati dai Trattati non possano essere adeguatamente raggiunti dagli Stati membri, mentre il principio di proporzionalità garantisce che la forma e il contenuto delle azioni dell'Unione non vadano oltre a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi. Il Trattato stabilisce altresì che i parlamenti nazionali (o anche una sola Camera) possono richiedere ai rispettivi governi di impugnare davanti alla Corte di giustizia gli atti legislativi per violazione del principio di sussidiarietà.

Importante è il ruolo dei parlamenti nazionali anche rispetto alla *revisione* dei Trattati. Già nel vecchio art. 48 TUE l'entrata in vigore del Trattato contenente gli emendamenti era condizionata, come è noto, alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri secondo le rispettive procedure costituzionali. Con Lisbona, l'intervento dei parlamenti nazionali è esteso anche alle procedure di revisione semplificata grazie all'art. 48, par. 7 NTUE che consente al Consiglio europeo di autorizzare il Consiglio a deliberare in un determinato settore a maggioranza qualificata invece che all'unanimità ovvero secondo procedura legislativa ordinaria invece che speciale. Il 3° comma di tale paragrafo prevede peraltro per i parlamenti nazionali il diritto di essere informati circa ogni iniziativa al riguardo da parte del Consiglio europeo, con possibilità per ciascuno di essi di

¹⁷ L. DANIELE, *Le istituzioni politiche*, cit., p. 52.

notificare, entro sei mesi, la propria opposizione ed impedire così l'adozione della modifica.

Rispetto alle attività materiali, è interessante il ruolo attribuito ai parlamenti nazionali nella partecipazione ai meccanismi di valutazione nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (articoli 69, 70, 71, 81 TFUE) e l'associazione, insieme al Parlamento europeo, alla valutazione delle attività di *Eurojust* (*Unità per la cooperazione giudiziaria europea*, art. 85 TFUE) e al controllo politico di *Europol* (*Ufficio europeo di polizia*, art. 87 TFUE).

Da sottolineare inoltre l'importanza della COSAC (la *Conferenza degli organismi specializzati negli affari comunitari*) – alla quale partecipano i rappresentanti delle commissioni competenti per gli affari comunitari ed europei dei parlamenti degli Stati membri ed i rappresentanti del Parlamento europeo – come punto di collegamento dei parlamenti nazionali.

Assistiamo in conclusione alla valorizzazione del ruolo delle assemblee nazionali come forma di legittimazione democratica *esterna* del sistema in quanto esse si vedono conferito per la prima volta un ruolo *autonomo* nel contesto istituzionale dell'Unione, formalmente indipendente dal ruolo dello Stato membro cui appartengono e finora affidato esclusivamente alla rappresentanza nei Consigli¹⁸.

In questo ambito vanno collocate le “preoccupazioni” relative al rispetto della sovranità nazionale espresse ad esempio nella complessa pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 30 giugno 2009. Esso ha “salvato” il Trattato di Lisbona con un'interpretazione restrittiva delle sue disposizioni più qualificanti ma richiedendo una revisione della legge regolante i rapporti tra il Governo tedesco e le due Camere in direzione della previa autorizzazione parlamentare al Governo rispetto all'uso di tutti quegli strumenti previsti dai Trattati (revisioni semplificate, cosiddette “clausole passerella”, freni di emergenza) dai quali può derivare un'estensione delle competenze dell'Unione e più in generale una modifica degli stessi. In altri termini, sono stati sanciti il controllo del Parlamento tedesco su qualsiasi ampliamento (diretto o indiretto) delle competenze dell'Unione nonché l'intangibilità e insostituibilità delle garanzie costituzionali interne fino a che non si svilupperanno equivalenti garanzie in sede europea. Pertanto, il ricorso alle “clausole evolutive” deve essere sottoposto ad un vaglio preventivo, garantendo al Parlamento tedesco sufficienti strumenti di partecipazione alle procedure europee di *law-making process* e di emendamento dei Trattati¹⁹. Appare quindi evidente un “avviso di garanzia” nazionale, indiriz-

¹⁸ Per C. MORVIDUCCI, *op. cit.*, p. 25, “il ruolo dei parlamenti nazionali, in materia di sussidiarietà, non mira infatti a integrare l'aspetto democratico del processo decisionale comunitario, ma la legittimità del presupposto del suo esercizio”. V. anche M. DI FILIPPO, *La fase ascendente del processo decisionale dell'Unione europea e il ruolo dei parlamenti nazionali*, in questa *Rivista*, 2007, p. 543 ss.

¹⁹ Cfr. al riguardo U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2009, p. 719 ss., che desume dalla sentenza l'affermazione, condivisa, dell'inadeguatezza sia del metodo comunitario che di quello in-

zato alle istituzioni dell'Unione ed anche alla stessa Corte di giustizia, rispetto ad ulteriori progressi nell'integrazione politica almeno sulla base del quadro attuale basato sul modello "funzionalista". In altri termini, sembra essere sottesa la considerazione per cui il venir meno di rigorosi controlli nazionali non potrebbe che seguire ad una trasformazione in termini realmente "costituzionali" dell'assetto istituzionale europeo in linea con la nascita di una vera "federazione" di Stati.

Va peraltro sottolineato che, a salvaguardia delle prerogative nazionali, un mese prima il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 7 maggio 2009 *sullo sviluppo delle relazioni tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali nel quadro del Trattato di Lisbona*²⁰, aveva affermato che "un aumento dei poteri dei parlamenti nazionali per quanto concerne il rispetto del principio di sussidiarietà, secondo quanto previsto dal trattato di Lisbona, consentirà di esercitare tempestivamente un'influenza e un controllo sulla legislazione europea, contribuendo a migliorare il processo legislativo e la coerenza della legislazione a livello di Unione europea" (punto 11); che "per la prima volta i parlamenti nazionali acquisiscono un ruolo definito in materia di questioni comunitarie, ruolo che è distinto da quello dei rispettivi governi nazionali e che contribuisce a rafforzare il controllo democratico e ad avvicinare l'Unione europea ai cittadini" (punto 12); che "il controllo dei parlamenti nazionali sui governi nazionali deve essere esercitato, prima di tutto, in conformità delle norme costituzionali e delle leggi afferenti" (punto 13); e che "i parlamenti nazionali assolvono un ruolo decisivo in sede di attuazione della legislazione europea, e che sarebbe di primaria importanza un meccanismo per lo scambio delle migliori pratiche al riguardo" (punto 14).

È quindi indubbio che con il Trattato di Lisbona ciascun parlamento sia messo nelle condizioni di svolgere con maggiore efficacia, a livello nazionale, il suo ruolo nella "fase ascendente"; e tuttavia esso ha nel contempo il dovere di definire procedure istituzionali, legislative e regolamentari tali da esercitare il proprio nuovo ruolo in maniera efficiente ed efficace senza provocare ulteriore rallentamento od ostacolo verso un corretto funzionamento delle istituzioni dell'Unione. Su queste basi i parlamenti nazionali possono inserirsi positivamente nel circuito decisionale del sistema, prefigurando una loro collocazione

tergovernativo. Per G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"* (www.astrid-online.it, reperibile on line), p. 7, il segnale proveniente dai giudici tedeschi riguarderebbe "il blocco non tanto di ulteriori progressi dell'integrazione europea, ma piuttosto di un metodo non pienamente democratico per realizzarli". Sulla sentenza v. anche A. LOPEZ CASTILLO, *Alemania en la Unión Europea a la luz de la "Sentencia-Lisboa" de 30 de junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán*, in REDC, 2009, p. 337 ss.; M. POIARES MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in DUE, 2009, p. 503 ss.; L. S. ROSSI, *Integrazione europea al capolinea? (www.affariinternazionali.it, reperibile on line)*; C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in GLJ, 2009, p. 1259 ss.

²⁰ INI/2008/2120.

organica nello stesso in parallelo, mutato ciò che va mutato, con quanto realizzati riguardo ai giudici nazionali nell'ambito della giurisdizione europea²¹.

Rimane comunque impensabile che le perplessità sollevate dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca possano essere superate attraverso una semplice "trasfusione" di democrazia derivante dal relativo inserimento dei parlamenti nazionali nel sistema decisionale dell'Unione. Ci vuole, evidentemente, ben altro.

7. In realtà, non diversamente dalle riforme istituzionali adottate dai precedenti Trattati di revisione, anche quelle introdotte a Lisbona si muovono in due direzioni, almeno apparentemente, diverse.

Come abbiamo scritto, da un lato si deve registrare un indubbio rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo con un ampio riequilibrio rispetto al Consiglio dato principalmente dall'esercizio congiunto delle funzioni più importanti a partire da quella legislativa.

Per converso, va sottolineato soprattutto il preminente ruolo non più solo politico-sostanziale ma anche formale-istituzionale del Consiglio europeo attraverso un'ulteriore verticalizzazione dell'assetto dei poteri ed il riemergere del principio dell'unanimità all'interno di quest'ultimo quale "compensazione" del maggior ricorso alla maggioranza nell'altra istituzione intergovernativa e cioè il Consiglio.

In questo contesto, il nuovo ruolo riconosciuto ai parlamenti nazionali se, da un lato, conferisce maggiore forza al principio della democrazia rappresentativa, dall'altro, risulta pur sempre espressione di una visione interstatale anziché integrazionista del fenomeno²². Si delinea, in altri termini, un sistema istituzionale di stampo "bicamerale" fondato sulla condivisione dei poteri fra Parlamento europeo e Consiglio e sulla relativa legittimazione concorrente quale espressione di un'Unione di cittadini e di Stati. Resta peraltro la supervisione del Consiglio europeo il quale, attraverso la sua Presidenza permanente e l'inserimento a pieno titolo nell'assetto istituzionale, appare espressione "simbolica" di una pericolosa tendenza al recupero del metodo intergovernativo considerato fra l'altro il voto all'unanimità che ne caratterizza la procedura decisionale²³.

Il Trattato in altri termini potenzia il ruolo soprattutto del Consiglio europeo e del Parlamento ma indebolisce i compiti dell'altra istituzione sovranazionale e cioè la Commissione. Se ne deduce, nel complesso, che l'Europa continua a stare in mezzo al guado, nella sua bifronte legittimazione democratica, ma presenta una non più differibile necessità di portare la "politica" al cuore del pro-

²¹ Per U. VILLANI, *Sul ruolo dei parlamenti nazionali*, cit., p. 410, "i parlamenti nazionali asurgono ad una posizione di nuovi attori sulla scena europea, se non di 'organi' dell'Unione europea".

²² L. DANIELE, *Le istituzioni politiche*, cit., p. 52.

²³ Secondo U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento*, cit., p. 20, i due Consigli a volte sembrano operare piuttosto che come istituzioni dell'Unione come una "riunione di organi degli Stati membri al pari di una conferenza intergovernativa".

cesso di costruzione dell'Unione. Si tratta cioè di spostare l'asse della stessa dai temi del mercato, del commercio e della crescita, a quelli della sicurezza (interna ed esterna), della giustizia e delle relazioni esterne aprendo nuovi scenari elaborati dal "laboratorio politico naturale" costituito dall'assise di Strasburgo²⁴.

Emblematica di tale situazione è la nozione di "cittadinanza europea", indissolubilmente legata a quella nazionale (che ne costituisce il presupposto) ma progressivamente in grado, come già evidenziato ed anche grazie ad una coraggiosa giurisprudenza della Corte di giustizia, di ritagliarsi significativi spazi di autonomia. Essa è contemporaneamente espressione della sovranità dello Stato, che fissa i criteri di attribuzione della cittadinanza nazionale, ma trova la fonte del proprio catalogo di diritti nei Trattati dell'Unione sulla base di un'autonoma nozione giuridica e politica. In realtà, è appunto la circostanza di non mettere in discussione l'appartenenza primaria alla comunità nazionale a consentire e legittimare l'esistenza di una cittadinanza non fondata sulla nazionalità e che "si aggiunge" a quella nazionale²⁵.

L'ulteriore passo dovrebbe essere quello di prevedere per la cittadinanza europea uno statuto del tutto autonomo, svincolato dal possesso di quella nazionale. Ma tale soluzione potrebbe determinarsi in un diverso contesto politico caratterizzato dalla progressiva democratizzazione del sistema istituzionale

²⁴ R. CANGELOSI, M. PERONACI, *op. cit.*, pp. 69-70.

²⁵ "È questo il miracolo della cittadinanza dell'Unione: essa rafforza i legami che ci uniscono ai nostri Stati (dato che siamo cittadini europei proprio in quanto siamo cittadini dei nostri Stati) e, al contempo, ci emancipa (dato che ora siamo cittadini al di là dei nostri Stati)". Si leggano in proposito le interessanti conclusioni presentate dall'Avvocato generale M. Poiares Maduro il 30 settembre 2009 in merito alla causa C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern* (curia.europa.eu, reperibili *on line*). La relativa sentenza è stata emessa il 2 marzo 2010. La questione affrontata dal giudice del rinvio affrontava il problema di un cittadino austriaco che, ottenuta la cittadinanza tedesca e di conseguenza persa quella originaria, era successivamente divenuto apolide dopo essere stato privato della nuova cittadinanza in quanto ottenuta in via fraudolenta. Il quesito posto alla Corte riguardava l'eventuale contrasto di tale situazione con il diritto comunitario poiché la mancata reviviscenza della cittadinanza austriaca avrebbe comportato altresì la perdita della cittadinanza dell'Unione.

La sentenza evidenzia una certa cautela della Corte, considerata la delicatezza della questione, portandola ad affermare che "uno Stato membro del quale sia stata acquisita la cittadinanza in maniera fraudolenta non può essere ritenuto obbligato, in forza dell'art. 17 CE, ad astenersi dalla revoca della naturalizzazione per il solo fatto che l'interessato non abbia recuperato la cittadinanza del suo Stato membro di origine". Sono infatti evidenti i motivi di pubblico interesse che vanno tutelati oltre al particolare rapporto di solidarietà e di lealtà esistente fra lo Stato ed i propri cittadini nonché alla reciprocità di diritti e di doveri posti a base del vincolo di cittadinanza. Tuttavia la Corte, sempre molto attenta a valorizzare la cittadinanza europea ("vista l'importanza che il diritto primario annette allo status di cittadino dell'Unione"), non si è limitata a tale, peraltro ovvia, considerazione; ha infatti nel contempo vincolato il giudice nazionale al rispetto del *principio di proporzionalità* affinché, prima che la revoca della naturalizzazione divenga efficace, sia concesso all'interessato un termine ragionevole per consentirgli di recuperare la cittadinanza del suo Stato membro di origine. In altri termini, essa ha ritenuto giuridicamente rilevanti le possibili conseguenze che la situazione di apolidia comporterebbe per l'interessato e, eventualmente, per i suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione.

dell'Unione basato sul ritrarsi della componente intergovernativa che tuttavia appare, allo stato, del tutto improbabile.

Per incamminarsi verso il raggiungimento di questo pur ambizioso traguardo è tuttavia indispensabile eliminare i veti sulla revisione dei Trattati (comunque sottoposti alla "stabilizzazione" dello strumento redazionale della "Convenzione" quale indubbia istanza di democrazia). In Irlanda nel 2008, si è già accennato, hanno votato contro il Trattato di Lisbona, paralizzandone l'entrata in vigore, 862.415 elettori e cioè lo 0,2% della popolazione europea. Quale modifica costituzionale, o anche solo legislativa, potrebbe essere approvata se in qualsiasi Paese si imponesse ogni volta di ottenere separatamente anche la maggioranza di ogni consiglio regionale oppure, regione per regione, quella popolare? È il referendum nazionale su decisioni europee che distorce la democrazia, in quanto assoggetta le decisioni di una larghissima maggioranza al potere di veto di piccole minoranze. Il ricorso allo strumento referendario, per quanto discutibile su questioni molto complesse, andrebbe al limite effettuato su scala europea.

Tra l'altro, la gestione dei nuovi assetti istituzionali emersi da Lisbona e, soprattutto, la progettazione di quelli futuri (e non, si spera, futuribili) deve essere realizzata nel quadro ormai giuridicamente vincolante della *Carta dei diritti fondamentali* (art. 6 NTUE), vera ed indispensabile bussola di riferimento. Il suo art. 51 precisa: "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze".

La conseguenza, in ordine all'esercizio dei poteri soprattutto legislativi da parte delle istituzioni comunitarie, è la creazione di precisi vincoli posti a tutela dei cittadini e comunque dei destinatari della normativa dell'Unione.

Nel contempo, al titolo II ("Disposizioni relative ai principi democratici") gli articoli 10, 11 e 12 NTUE, affermano rispettivamente la supremazia del principio della democrazia rappresentativa sul quale "si fonda" l'Unione europea, l'apertura a cittadini e associazioni rappresentative del circuito istituzionale dell'UE e, appunto, la valorizzazione dei parlamenti nazionali.

In altri termini, l'assetto istituzionale dell'Unione, al di là dei pur fondamentali aspetti della distribuzione dei relativi poteri, deve qualificarsi maggiormente in termini democratici considerato che all'espansione delle competenze con i nuovi Trattati e al di fuori di essi non è corrisposto un aumento dei poteri di controllo e partecipazione da parte dei cittadini europei. È questa una delle ragioni principali del paradosso per cui la distanza fra le istituzioni rafforzate dell'Unione ed i cittadini sia notevolmente aumentata invece di ridursi, come ci si sarebbe invece potuto aspettare a seguito dei comunque importanti progressi istituzionali conseguiti negli ultimi due decenni.

A determinare tale distanza non è evidentemente estranea la costante ed ampia soddisfazione accordata agli interessi particolari degli Stati membri, evidenziata a Lisbona da 37 Protocolli e 65 Dichiarazioni allegati al Trattato a partire dalla più che discutibile concessione a favore di Regno Unito e Polonia

di un *opting out* rispetto alla natura giuridicamente vincolante attribuita alla Carta dei diritti (*Protocollo n. 30*); con la conseguenza di garantire in entrambi i Paesi l'inapplicabilità proprio delle norme che, anche secondo la nostra Corte costituzionale, esprimono i "principi comuni agli ordinamenti europei"²⁶. Per di più, il Consiglio europeo del 29 e 30 ottobre 2009, per "premiare" le resistenze alla ratifica da parte del Presidente, ha esteso tale "privilegio" alla Repubblica ceca attraverso un apposito *Protocollo* per la cui operatività si attende ovviamente il prossimo trattato di adesione al fine della formale modifica del suddetto Protocollo n. 30²⁷.

A ciò si collega d'altronde l'affievolimento delle ragioni costitutive del processo di integrazione, per cui l'Unione sarebbe, paradossalmente, vittima del suo stesso successo storico: il raggiungimento della pace nel continente, la sua riunificazione, lo sviluppo economico, il mercato unico, le quattro libertà, e così via. Esiste, in altre parole, una debolezza ideologica che nasce dalla difficoltà di individuare nuovi traguardi ed orizzonti comuni, che rende difficilmente "vendibile" il modello europeo e lo fa soccombere, soprattutto in tempi di crisi, di fronte ai più familiari e rassicuranti modelli nazionali.

In effetti, la pluralità di centri decisionali nonché la commistione e sovrapposizione tra alcune delle loro competenze, funzioni e poteri rendono difficile per il cittadino l'individuazione di un referente politico, cui attribuire la responsabilità di "governo" e su cui attraverso il Parlamento europeo si possa esercitare un efficace controllo democratico. Si tratta di una semplificazione non facile da raggiungere con l'attuale sistema istituzionale, ma che in qualche modo deve essere perseguita per evitare l'approfondirsi del divario fra poteri e competenze europee (oggi piuttosto consistenti) e l'interesse del cittadino a poterli controllare democraticamente.

I requisiti fondamentali perché l'Unione di oggi possa proseguire nel suo mandato istitutivo e cioè il "processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa" sono l'autorevolezza delle istituzioni e la chiarezza delle regole. Essa è un esperimento democratico necessario avendo ben presente che il cuore del suo intero sistema è fondato sui diritti, la cui forza è accentuata dalla futura adesione alla *Convenzione di Roma* del 1950; d'altronde l'universalità degli stessi rappresenta il primo superamento di un concetto asfittico di nazionalità.

²⁶ Sentenze nn. 135/2002, 393/2006 e 394/2006. Sull'*opting out* in questione v. S. AMADEO, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *DUE*, 2009, p. 720 ss., e P. L. SIMONE, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, *ivi*, p. 742 ss.

²⁷ Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza, 15265/1/09 REV 1, allegato I, p. 15. A. MANZELLA, *op. cit.*, p. 434, sostiene a ragione che si è creata nell'Unione "una zona residuale di nazionalismo costituzionale: la diversità da rispettare in un ordinamento caratterizzato dall'unione di costituzioni e non già dall'unione di Stati".

Su tali basi si è coerentemente mossa negli anni la Corte di giustizia che, pur non potendo ovviamente essere qualificata come un'istituzione politica, ha prodotto una giurisprudenza di altissimo significato non solo giuridico ma anche politico nell'ispirarsi costantemente ai valori fondativi di un processo di integrazione sviluppato ampiamente attraverso il diritto²⁸.

Ed allora, l'evolversi degli equilibri istituzionali è in grado di acquisire un senso profondo solo tenendo ben presenti questi valori e contribuendo a rendere gli stessi patrimonio comune dei cittadini europei in un rapporto più solido sia fra di loro, al di là delle appartenenze nazionali, sia verso le istituzioni europee. In altri termini, l'obiettivo della progressiva legittimazione popolare delle istituzioni passa per la capacità, finalmente, di "dare un volto riconoscibile" alla democrazia europea, una democrazia in costruzione senza essere necessariamente uno Stato.

Abstract

Political Interinstitutional Balance after the Reform Treaty

The need to bring about deep changes in the institutional framework of the European Union, due to the need for democratization and adaptation to the number of the Member States, has found only a partial confirmation in the Lisbon Treaty. The changes that the new treaty introduces move, at least seemingly, towards two opposite directions. On one side, it is noticed an undoubted strengthening of the European Parliament's tasks with a large re-balance with respect to the Council, thanks to the joint performance of the most important duties, starting from the legislative function. This entails the institution of a "bicameral" system founded on the sharing of powers between the European Parliament and the Council and on their concurring role as an expression of a Union both of citizens and of States.

Conversely, it is worth underlining the leading role of the European Council through a further verticalization of powers and the increasing use of the principle of unanimity within it as a "compensation" of the more frequent use of the majority system in the other intergovernmental institution, namely the Council. However, the strengthening of the Parliament and of the two Councils contributes to weaken the tasks of the Commission, the other sovranational institution.

In this context, if on the one hand the new role of the national Parliaments provides more strength to the principle of representative democracy, on the other hand it is still expression of a Union of States rather than a real process of integration.

²⁸ L'Europa contemporanea, diversamente che nel passato, non è stata costruita con la spada ed il fuoco "ma con la penna e l'inchiostro" e non si basa sulla sottomissione militare "ma sul consenso e la cooperazione degli Stati" (U. BECK, E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita: società e politica nella seconda modernità*, Roma, 2006, p. 89).

Summarizing, it is possible to argue that Europe is still facing its dilemma: the European Union has a double democratic foundation, but it still lacks, and it needs, a true “political” boost.

Moreover, the management of the new institutional balance emerged as a consequence of the Lisbon Treaty and, mostly, its future development shall be realized taking into account the Charter of fundamental rights, which now is legally binding. In the future, the interinstitutional balance will acquire a more solid foundation only if it will root more and more on popular support. Acting this way, the European Union will give a sense to the concepts of European democracy and European citizenship.

James D. Wilets*

The Thin Line between International Law and Federalism: A Comparative Legal and Historical Perspective on US Federalism and European Union Law

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The similarities between early United States federalism and international law. – 3. The Articles of Confederation. – 4. The US Constitution. – 5. The European Union: From “Confederation” to “Federalism”. – 6. Conclusion.

1. This article will explore the historical and legal parallels between the US system of federalism and European law, and the similar operation of the two systems in the *domestic* legal arena. This article will illustrate that the United States system of federalism, particularly in its early years, bore much more resemblance to contemporary international law than commonly supposed. Conversely, this article will also argue the correlative: that European law is much more characteristic of US federal law in its application in the *domestic sphere* than international law, with the exception of EU member states’ jurisdiction over their own security and military matters.

This article will first address the creation of the United States, with a focus on how its creation bears much more resemblance to international than commonly supposed. This article will then demonstrate how European Union law bears much more resemblance to United States federalism than commonly supposed. Understanding the historical and developmental parallels between the two legal systems will help legal scholars on both sides of the Atlantic from

* Professor of Law, Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center and Chair, Inter-American Center for Human Rights. M.A., Yale University, 1994; J.D., Columbia University School of Law, 1987; B.A., University of Washington, 1982. In this article, apart from a few adaptations made by the Journal, the editing style conventionally used in the USA has been maintained, as applied by the author himself.

viewing either US federalism or EU law solely through the lens of either municipal or international law.

2. It is helpful to examine the creation of the United States to fully appreciate the evolution of US federalism from a form of government that, in contemporary terminology, would be characterized as a kind of confederative international law, to a form of government that is today unquestionably “domestic” federal law. Some scholars have gone so far as to posit that the U.S. Constitution itself could, in substantive terms, be most accurately characterized as an international treaty among sovereign entities rather than an organic creation of a unitary sovereign entity with legal legitimacy emanating from the American people themselves.¹ Some commentators have argued that since the United States was not a single country at the time of the creation of the United States, politically, economically, or even conceptually, there could not be a single “American people” from which an organic Constitution could emanate. Some commentators have similarly argued that the first centuries of American federalism could be roughly characterized as a type of international law.² This position is not as radical as it may first appear.

In order to explore this development, it is helpful to begin with the independence of the American colonies from Britain in 1776. As we shall see, the states of the United States did not transform themselves from a collection of British colonies to a single country upon their declaration of independence from Britain in 1776, but rather formed a very loose confederation of independent countries under a document termed the “Articles of Confederation.”

3. The Articles of Confederation (“Articles”) were created upon the independence of the American colonies to provide a coordinated means of conducting the War of Independence against Great Britain, and to provide a united front to a frequently hostile world. The Second Continental Congress, representing the newly independent colonies,³ began drafting the Articles in June, 1776 and sent the Articles to the states for ratification in November, 1777. The completion of the ratification process did not occur until March, 1781, but the final draft of the Articles served as the de facto system of government until the Articles’ final ratification. The Articles remained in effect until 1789, the year of their replacement by the U.S. Constitution.

¹ See, e.g., Forrest Martin, *The Constitution as Treaty: The International Legal Constructionalist Approach to the U.S. Constitution*, (Cambridge University Press, 2007).

² See, e.g., Larry Catá Backer, *The Extra-National State: American Confederate Federalism and the European Union*, 7 COLUM. J. EUR. L. 173 (2001). In this article, Backer discusses John C. Calhoun’s theories of federalism in antebellum United States and how those theories of federalism may represent a conceptual framework upon which non-national federal systems of government, like the EU, can be best understood by comparing contemporary European federalism to the American federalist model post-1865.

³ The Second Continental Congress was a body consisting of equal numbers of representatives from each of the newly independent colonies, and was tasked with coordinating the war against Great Britain.

The Articles were an accurate representation of the self-perception of the newly independent states that they were sovereign, independent countries.⁴ Article 2 of the Articles provided that “Each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction, and right which is not by this Confederation expressly delegated.”

The Articles created a “Congress of the Confederation,” whose formal name was the “United States in Congress Assembled.” Each state was entitled to one vote in the Congress regardless of size, consistent with the present day United States Senate, and each state maintained its own currency,⁵ customs controls and port fees. They imposed tariffs on goods from other states and Congress had no ability to regulate trade, although freedom of movement of people was guaranteed.

Consistent with a collection of sovereign states, the Congress had no power to enforce its laws and had no power to impose taxes, but simply had the right to request contributions to its budget from the several states. The Congress, however, even lacked the means to compel such contributions by the states, and the requested contributions were frequently not forthcoming.

As with any collection of independent countries, each state had an equal vote in Congress, as does the current United States Senate and the European Union Commission. The Articles were simply a pragmatic effort to create greater unity among those independent states in the face of the threat from Britain during an ongoing War of Independence and in foreign policy in general. In no way did the countries under the Articles view themselves as anything other than a loose confederation of fully sovereign countries with full control over their economic, legal and *domestic* political affairs, except to the extent such matters might be delegated on a limited basis to other entities, much as contemporary countries delegate certain discrete economic, political and security matters to transnational or international entities.

The practical problems inherent in the Articles, particularly the inability to compel contributions to the central treasury, and economic conflicts among the states, led many of America’s leaders to contemplate a substantial revision of the Articles, which ultimately led to the creation of an entirely new document: the United States Constitution.

4. The process of political integration of the states of the United States following the ratification of the United States Constitution has been much misun-

⁴ See, e.g., Keith L. Dougherty, *COLLECTIVE ACTION UNDER THE ARTICLES OF CONFEDERATION: STATE SUPPORT OF THE FEDERAL GOVERNMENT* (Cambridge Univ. Press, 2001); See also Larry Catá Backer, *The Extra-National State: American Confederate Federalism and the European Union*, 7 *COLUM. J. EUR. L.* 173 (2001).

⁵ See, e.g., Ronald W. Michener and Robert E. Wright, *State “Currencies” and the Transition to the U.S. Dollar: Clarifying Some Confusions*, 95 *THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 682 (2005); Farley Grubb, *Creating the U.S. Dollar Currency Union, 1748-1811: A Quest for Monetary Stability or a Usurpation of State Sovereignty for Personal Gain?* 93 *THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 1778 92003).

derstood. The process of integration in the United States characteristic of what we would call contemporary “federalism” took centuries to develop, and it can be argued that the United States, in many respects, did not even achieve the level of political and economic integration achieved by the present-day European Union until the very recent past.

In order to understand the early political reality of the United States, it is helpful to start with the U.S. Constitution itself. There has been a great deal of misunderstanding about the process by which the creation of the US Constitution took place, and the intent of the creators of that instrument, to the extent any kinds of generalizations can be derived from the collective intent of the Founders. This misunderstanding has been compounded by the subsequent history of the United States which has transformed the Constitution into a very different document than it was at its creation. This history has colored the view of early federalism by viewing it through the lens of contemporary understandings of modern federalism, and making the erroneous assumption that the early American federalism was essentially the same political system as its much later evolutionary product.

Clearly, the differences between the US Constitution and the Articles of Confederation were substantial. However, those differences obscure some very real similarities between the Articles and the Constitution, particularly with respect to the sovereign nature of the constituent states of the new republic.

First, at the danger of echoing the rhetoric of those who promoted slavery, segregation and other evils under the banner of “states rights,” it is nevertheless important to recognize, as a historical and legal matter, that the structure of the Constitution reflected the widespread view at the time of the Constitution’s creation of the US as a collection of sovereign entities who delegated an admittedly broad, but limited array of powers to the central government.⁶ Some of those attributes of sovereignty include:

(1) A federal political structure characteristic of a union of sovereign states. As noted above, the Articles gave each state an equal voice in the Congress of the Confederation, consistent with a confederation of independent states. To some extent this structure continued under the new Constitution in a Senate consisting of two senators from each state regardless of population. This structure is all the more striking when one compares the political structure created by the Constitution to that of the European Union. The European Union, like the United States, faced a conflict between more and less populated states. The compromise in both entities was to create a body reflecting the equal sovereignty of each entity: the Senate in the United States and the Council of Ministers in the European Union; and a body reflecting the respective population of each entity: the European Parliament in the European Union and the House of Representatives in the United States. However, unlike the United States Senate, each country’s

⁶ A central thesis of this article is that the experience of growing federalization of civil rights in the United States, contrary to those advocates of states’ rights, resulted in a vast increase in net individual and human rights in the United States, even if this laudable development may not have been explicitly intended by many of the Founders.

vote in the Council of Ministers is weighted by population, however inaccurately. In this sense, the Senate continues to be a much less democratic institution, and more reflective of a body representing equal sovereigns. Although this singular aspect of the United States' political structure does not render the United States federal structure more international than the European Union, it does reflect that the tensions between sovereignty and union in the creation of the Constitution were very similar to those present during the contemporary discussions of the European Union's political structure.

(2) Assumptions about the right to withdrawal from the Union that would be more characteristic of a union of sovereign states. Legal commentators such as Professor Daniel Farber have argued that the failure of the writers of the Constitution to include any provision as important as the right to secede was not accidental, but rather reflected a lack of a unanimous consensus over the issue. Although Farber ultimately concludes that the Constitution prohibited secession, he cites Thomas Jefferson and John Calhoun, he argues that the issue of secession was not firmly resolved at the time of the drafting of the Constitution, and mention of the issue was therefore left out of the finished document.⁷ The first decades of the United States even went through an ongoing debate over whether states had the right to nullify federal law, much as the German constitutional and Italian constitutional courts have dealt with the supremacy of EU treaty law over national constitutions.

(3) The creation of a central government of enumerated and very limited powers. The Constitution specifically enumerates the powers of the federal government, and the states retain all other rights of sovereignty. As James Madison noted in Federalist Paper 45, "The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite."

Although the list of federal powers articulated in the Constitution appear impressive, in fact they are largely limited to addressing: (a) the creation of a common market with free movement of goods, peoples and services across state boundaries, much like the common market that exists in the European Union; and (b) the creation of a coherent, unified voice of the United States in its relations with other countries. Although these two areas of federal jurisdiction arguably embody many of the aspects of national sovereignty, it is important to consider what the original pre-Constitution did *not* cover.

Prior to the passage of the 14th Amendment following the Civil War, the federal government had little Constitutional power to regulate US states' treatment of their own residents, even actions, such as slavery, that are now characterized as crimes against humanity. States were largely free to treat their own citizens however cruelly or arbitrarily they wished, as long as such policies did not affect the common market, foreign policy, or other limited area of federal

⁷ See generally Daniel Farber, *Lincoln's Constitution* (The Univ. of Chicago Press 2003). Cf. Thomas Di Lorenzo, *The Real Lincoln*, (Prima Lifestyles 2002).

jurisdiction. At the risk of stating the obvious, states could even enslave their own inhabitants and no state was under any requirement to provide any of the rights contained in the federal bill of rights to their own citizens. There is no other historical example in the last three centuries of one legally unified country where a class of people were full citizens in some jurisdictions and slaves in other jurisdictions in the same country.

Prior to the passage of the post Civil War Amendments to the US Constitution, which imposed the requirements of equal protection on the states, the United States practiced one of the most racialized systems of slavery ever promulgated. The United States experience with slavery was not just unique to the Western World, but arguably to World History as well. As noted by the report of the Brown University Steering Committee on Slavery and Justice (the “Brown Report”):

If American slavery has any claims to being historically “peculiar,” its peculiarity lay in its rigorous racialism, the systematic way in which racial ideas were used to demean and deny the humanity of people of even partial African descent. This historical legacy would make the process of incorporating the formerly enslaved as citizens far more problematic in the United States than in other New World slave societies.⁸

This would help explain the historical distinction in racial attitudes between the United States and other countries such as Brazil, with an even longer history of slavery than the United States.⁹ The United States was perhaps unique in the history of the world in its racialization of slavery. As noted by the Brown Report:

Few if any societies in history carried this logic further than the United States, where people of African descent came to be regarded as a distinct “race” of persons, fashioned by nature for hard labor.¹⁰

In other words, Prior to the 14th Amendment, the U.S. federal government had less legal power to regulate human rights abuses by U.S. states against their citizens than international law has to regulate human rights abuses by nations against their own citizens. In this respect, U.S. states enjoyed more sovereignty and autonomy from federal interference than individual nations currently enjoy in the international legal system.

The sovereign US states in pre-Civil War United States thus retained many of the attributes of what we would today normally consider independent states where sovereignty is regularly curtailed by certain supranational institutional

⁸ Report of the Brown University Steering Committee on Slavery and Justice, “*Slavery and Justice*”, at 8 (“Brown Report”). Available at http://www.brown.edu/Research/Slavery_Justice/documents/SlaveryAndJustice.pdf.

⁹ See generally Herbert S. Klein, *African Slavery in Latin America and the Caribbean*, Oxford Univ. Press, 1988, at 217.

¹⁰ Brown Report, *supra* note 8, at 8.

rules affecting economics,¹¹ taxation,¹² labor, human and animal health,¹³ product safety, anti-trust and securities regulation, to name just a few.

At a minimum, therefore, the US states, prior to the Civil War, maintained much greater sovereignty over their *domestic law* than the member states of the supposedly non-federal contemporary European Union. In this sense, the pre-Civil War, or “Antebellum” United States resembled a confederation of truly sovereign, independent states much more than the current European Union. This was reflected in much of the U.S. legal literature of the period, and reflected the legal reality of the period. For example, antebellum legal theorists such as Calhoun viewed the American union in terms that would currently be considered confederative, rather than federal. These legal theorists took the 10th Amendment to the U.S. Constitution and state sovereignty seriously, not just as jingoistic assertions of anti-Northern sentiment, but as expressions of the *original* concept of US federalism as thirteen independent nations delegating certain limited powers to a central government and otherwise retaining the other attributes of state sovereignty.

However, even after the Civil War and the passage of the 14th Amendment, U.S. states still enjoyed certain kinds of sovereignty that even sovereign nations do not currently enjoy under international law. The concept of sovereignty normally implies the power to regulate the activity of individuals residing within the territory of the sovereign. Nevertheless, the U.S. Constitution originally envisioned the several states as the primary regulators of individual activity, not the federal government, and this regulatory division continued even after the Civil War.

The inability of federal law to protect, or regulate the conduct of, *individuals*, as opposed to the respective *states*, is much more characteristic of traditional international law, not domestic law. Indeed, the growth of international criminal law has even shattered that fundamental distinction between international and domestic law.

This division of power left the federal government unable to prevent creation by the states of a pervasive system of private segregation that would now be characterized as a violation of *jus cogens* international law.¹⁴ Nevertheless, the division of powers between the federal and state government left the federal

¹¹ For example, the World Trade Organisation, for the purpose of creating an integrated world market, has had a tremendous impact on US law, requiring the US to modify a substantial number of its laws and regulation regarding the environment, taxation, product health and safety, and of course domestic rules regarding trade.

¹² Id.

¹³ Even sections of US domestic statutes protecting dolphins and sea turtles have been ruled violative of the General Agreement on Tariffs and Trade, even though there has never been any allegation of any protectionist intent behind the passage of such acts.

¹⁴ It is true that segregation was not limited to private actors after the Civil War, at least until *Brown v. Board of Education* and its progeny dismantled state-sponsored segregation. Nevertheless, the 14th Amendment *could have* permitted federal prevention of state laws requiring segregation if the U.S. Supreme Court had viewed such laws as a violation of equal protection. Thus, the

government powerless to require states to eliminate the pervasive system of private segregation.

The system of racial apartheid in southern US states was unique to the industrialized world and, as of the early 1960's, was officially practiced only in the outlaw nations of Rhodesia and South Africa. Even two individuals married in one state could be arrested in another state for the simple act of being married until 1967,¹⁵ hardly a legal characteristic of a country with one unified coherent domestic legal system. Indeed, the parents of President Barack Obama would have been arrested simply for being married had they chosen to visit any one of 16 U.S. states during the time of their marriage.

The enormous advances in human rights protection in the United States resulting from the elimination of American slavery and apartheid resulted not from a consensual political process within the United States, but because the values and mores of the North were imposed on the South through a violent strengthening of the federalist process. Similarly, the end of apartheid in the United States also came about only through a strengthening of the implied powers of federalism, piggybacking on the Commerce Clause of the Constitution, which itself was intended only to create a common market, not create a national civil rights law. The U.S. Supreme Court was forced to resort to the Commerce Clause of the U.S. Constitution, and in some cases the "Spending Clause,"¹⁶ because no other Constitutional authority existed for federal regulation of individual discrimination. As discussed below, the European Union's central law-making authorities have had, in many cases, less difficulty in finding explicit or implicit authority in the EU treaties for more far-reaching "federal legislation."

As in the EU, it was the creation of a unitary economic market, as provided by the Commerce Clause, which gave the federal government the implied power to regulate issues with only very attenuated relationships with interstate commerce. The federal government's exercise of implied power to regulate entities not explicitly subject to federal regulation occurred as the American market and economy became more national. Legal regulation of a wide variety of economic and social issues then moved from the state level to the federal. Similarly, as economic and other issues become global with the increasing globalization of the world economy, a similar phenomenon is occurring on the international level.

existence of state segregation was not technically a lacunae in federal power, but the characterization of segregation itself by the US Supreme Court.

¹⁵ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁶ The "Spending Clause" of the United States Constitution can be found in Article I, Section 8, Clause 1, and, among other things, gives the federal government the power to require states to take certain actions as a condition of receiving federal funds in areas where the federal government has no direct power under the Constitution to regulate the states or individuals. In other words, the Spending Clause gives the federal government the power to do indirectly what it does not have the power to do directly. The Clause provides: "The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States".

5. The European Community law of the European Union shares the four core legal characterizations of United States domestic federal law.

(1) First, EU law enjoys supremacy over individual EU member state law, equivalent to US federal supremacy over state law in those limited areas where the federal government has authority to legislate.¹⁷

(2) Second, as in US federal law, much of European law, with the exception of directives, is directly effective in the domestic legal system of EU member states without further action by EU member states.¹⁸ There is an argument that some countries' legal systems would consider direct effect of European law to be consistent with the manner in which international law is treated by some countries. However, even EU member states that do not recognize the direct incorporation of international law into their domestic law nevertheless accept this principle in the context of the European legal system. Thus, this characteristic of EU law is also much more typical of a federal system than international law.

(3) Third, judicial review by the European Court of Justice ("ECJ") of member state judicial decisions for compliance with EU law is actually even more stringent and comprehensive than federal judicial review of US state law or judicial decisions.

(4) Fourth, the implied powers of the EU lawmaking bodies to legislate on matters not explicitly delegated to it by the EU treaties¹⁹ are, as discussed above, the aspect of US federalism that ultimately enable the United States to forge what can now be considered a unified state.

Not only does EU law share the core fundamental legal characteristics of US federalism, EU treaty law codifies the four freedoms of movement of people,

¹⁷ It should be noted that some EU states such as Italy and Germany dispute the supremacy of EU law over their constitutional law in theory, but have recognized the principle in practice. See *Solange*, German Constitutional Court (1975) 2 CMLRev 434 (supremacy of EC law recognized so long as the provisions of Community law fulfill the requirements of the German Constitution); *Frontini*, Italian Constitutional Court (1973) 2 CMLRev 372 (if European law violated the fundamental rights contained in the constitution, the Court would have not applied the European law.

¹⁸ See http://ec.europa.eu/community_law/introduction/what_regulation_en.htm (last visited Mar. 13, 2009) ("Regulations are the most direct form of EU law – as soon as they are passed, they have binding legal force throughout every Member State, on a par with national laws. National governments do not have to take action themselves to implement EU regulations.") It should be noted that EU regulations enjoy this status in European law, as opposed to EU directives which require each EU state to implement the goals and purposes of the directive. See http://ec.europa.eu/community_law/introduction/what_directive_en.htm (last visited Mar. 13, 2009) ("EU directives lay down certain end results that must be achieved in every Member State. National authorities have to adapt their laws to meet these goals, but are free to decide how to do so.")

¹⁹ Catherine Barnard, *THE SUBSTANTIVE LAW OF THE EU: THE FOUR FREEDOMS* 216 (2007) (discusses implied powers); Paul Craig & Gráinne De Búrca, *EU LAW: TEXT, CASES AND MATERIALS* 90 (2008)(discusses implied powers); Martin Bartlik, *THE IMPACT OF EU LAW ON THE REGULATION OF INTERNATIONAL AIR TRANSPORTATION* 62 (2007) discusses implied powers); See <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/competencesof-theeuropeanunion.htm> (last visited Mar. 13, 2009) (discusses the competences of the EU granted in the treaties as well as implied powers).

goods, services and capital that are the legal equivalent of the US Constitution's "Commerce Clause." This is all the more significant since the Commerce Clause is one of the few areas where US federal law can legally regulate the actions of individuals, as opposed to simply the several states.

The European Union has thus witnessed a similar "federalization" of broad substantive areas of law as has the United States. Aside from defense and foreign policy, admittedly substantial exceptions, it is difficult to see how European Union law differs from US federal law in terms of its effect as *domestic law*. Moreover, increasing areas of law and policy related to foreign policy and external relations are being "federalized" to the extent that: (1) many foreign policy issues are trade issues, which by definition must be dealt with at the EU, not national, level; (2) the freedom of movement of people, goods, capital and services within the European Union has meant that the relevant borders for issues related to business regulation, immigration, criminal control, product safety, public safety are usually the borders of the EU, not the borders of each EU state.²⁰

In many respects the evolution of European "federalism" has been even more dramatic than that of US federalism. The members of the European Union began the process as not just independent countries with different languages and vast cultural differences, but as historical adversaries with a vicious history of nationalist conflict. It was almost inconceivable in 1945 that the countries of Western and Central Europe would, in a span of approximately 50 years, emerge as a unified common market with most physical borders eliminated.

The European Union now enjoys a completely unified common market largely identical to the national economy of the United States. As in the United States, upon entry of a good in any European Union port, it is an EU domestic good and faces no internal obstacles or discrimination in its sale or distribution anywhere in the EU. As a result of the Schengen Convention, most countries now have completely eliminated any type of border controls whatsoever, so that it is often not even apparent when a traveler leaves one EU country and enters another.

However, in certain ways the federalization and unification of the European Union has gone further than the United States, *at least domestically*. It is easier for lawyers to practice law in a different EU state than it is for lawyers in the United States. Unlike in the United States, students wishing to study in another

²⁰ For example, most countries in the European Union are parties to the Schengen Convention, which facilitates the free movement of people, goods and services between EU member countries by removing all internal border checks among the signatory countries, thus literally creating a single, external border. The Amsterdam Treaty on the European Union incorporated the Schengen policies into the EU's legal and institutional framework as the Schengen *acquis* to create a common set of rules to govern cross-border movement of EU citizens and immigration, to enhance security by enabling greater cooperation between customs, police and judicial officials of member countries and to establish the Schengen Information System designed to combat terrorism and organized crime by centralizing data for access by all member countries.

EU state not only cannot be charged higher tuition than citizens of the other EU state, they are entitled to receive the same living stipends as students from the host country. In summary, the European Union frequently applies its principles of non-discrimination against individuals from other states,²¹ and the EU equivalent of the US Constitution's "privileges and immunities" clause,²² more rigorously than the United States. The European Union even frequently applies Article 3 of the Rome Treaty, embodying the EU Common Market principles of the four freedoms of movement, in a more rigorous and methodical fashion than do US courts with respect to the US's own Commerce Clause.

However, over the years it became increasingly apparent that the creation of a Common Market inevitably implicated much more than a unified economy. The lack of borders between EU states meant that the only meaningful border was that between the EU itself and non-EU states. Accordingly, immigration and asylum standards are in the process of being harmonized to prevent non-EU individuals from immigrating to the most permissive EU states, and then freely relocating elsewhere in the EU. Open borders have meant that criminal regulation has had to be harmonized and coordinated. Extradition standards now are not based on international law, but permit an arrest warrant or extradition for crimes that may not necessarily be illegal in the country from which the alleged criminal is sought, a deviation from the "double-criminality" requirement in extradition law. Environmental law has become increasingly "federalized" with environmental protection a central stated goal of the EU treaties.

It is in the area of civil, political, economic and social human rights that the European Union has most clearly tracked the evolution of US federalism by linking the creation of a common market with the unification of other kinds of law.

The jurisdiction of the EU's European Court of Justice is technically limited to the law encompassed by the EU's treaties. Until relatively recently, the EU treaties have largely focused on issues relating to the creation of the common market and largely avoided addressing human rights issues *per se*, much like the original US Constitution before the creation of the Bill of Rights. Human rights in the European Union, and Europe in general, have been traditionally enforced by the European Court of Human Rights, which has jurisdiction over all the member countries of the Council of Europe, encompassing almost all of the countries of the continent of Europe.

The governing treaty of the European Court of Human Rights is the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The European Court of Human Rights is an enormously respected institution, and its decisions are almost universally recognized and enforced by the member states of the Council

²¹ The principle of non-discrimination based on nation of EU nationality is embodied in Article 12 of the Rome Treaty and is roughly analogous to the manner in which the US Constitution's Equal Protection Clause is applied to prevent discrimination based on residency.

²² The principle of European Union citizenship is embodied in Article 18, conferring rights roughly analogous to the United States Constitution's Privileges and Immunities Clause.

of Europe. However, as the EU treaties have begun incorporating increasingly greater human rights protections above and beyond those guaranteed by the European Convention, the role of the EU's European Court of Justice as a guarantor of human rights has vastly increased. This has resulted in the European Union's "federalization" of what were previously European international human rights norms. Because the human rights criteria for entry into the European Union are much more stringent than for entry into the Council of Europe, and because the benefits of EU membership are so much more valuable than membership in the Council of Europe because of the attendant economic and other benefits, the European Union is able to force all of its member states to comply with its more rigorous human rights norms. With the admission of Russia into the Council of Europe, it has become more difficult for the Council of Europe to effectively enforce the norms in the European Convention, and more difficult to reach a consensus among the more numerous and politically diverse members of the Council of Europe regarding what precisely those norms are. In this sense, the European Court of Human Rights has begun looking less like a European human rights Supreme Court, and is coming to resemble a more traditional international law court. This is occurring even as the European Court of Justice, by increasingly ruling on human rights protections explicitly provided or implied within the Treaty of Rome, has come increasingly to resemble the United States Supreme Court in the sense that its jurisdiction has come to increasingly cover the full ambit of what one would normally domestic law.

In this sense, the European Union, however, has evolved from a common market into an entity that is perhaps potentially the most potent protector of individual human, economic and social rights the world has ever seen, with the possibility of surpassing even the Council of Europe as the most effective and comprehensive protector of basic human rights in the world.

This position is likely to be controversial since most human rights commentators regard the Council of Europe and its European Court of Human Rights as the preeminent human rights regional body in the world. In fact, it could be argued that the European Union's European Court of Justice is an even more potent example of such regional human rights protection as it addresses the increasingly broad human rights protections offered by the European Union treaties, which will only be increased by the final ratification of the Lisbon Treaty. The failure of most human rights theorists to recognize this reality reflects this classical and increasingly outdated dichotomy between international and domestic law. When international norms are incorporated into "federal law" such as European Union law, with much more direct, expansive and binding authority, than traditional international bodies such as the European Court of Human Rights, that federal body has now effectively become a much more effective enforcer of human rights norms. Similarly, the elimination of some of the most horrific human rights abuses, slavery and American apartheid, occurred not through application of international law through traditional international legal institutions, but through the forceful application of those norms through federal law.

6. It is clear that contemporary United States federalism is not international law. It is also clear that the European Union does not yet have all the attributes of a municipal federal legal system like the United States, particularly with respect to foreign and military affairs.

To some extent, however, the European Union and the United States reached a similar form of *domestic* federal structure coming from very different assumptions. The United States began the process of confederation and then federation from a desire to maintain a united front in international relations, creating a common market only under the later Constitutional process. The European Union, however, has begun from an assumption that the EU countries would maintain full independence in foreign relations and security matters, and that the European Union project was more limited to the domestic goal of creating a common market.

Nevertheless, as illustrated in this article, the *domestic* legal reality of United States federalism and European Union law is largely identical. Moreover, with the passage of the Lisbon Treaty, the European Union has expanded the reach of European Union law into foreign policy areas that were previously strictly the jurisdiction of inter-governmental European legal institutions. Perhaps such a development is inevitable. It could be argued that once a true common market is created, with the elimination of all physical and legal borders, a “federalization” of foreign affairs and security matters is required since the foreign relations of one country, particularly in the areas of immigration and internal security, have a direct impact on the other EU member countries. Perhaps, however, the European Union is illustrating that the line between international law and domestic federal law truly is thin and ambiguous, and that it is indeed possible for a political entity to enjoy a unitary territory and economy, but permit subdivisions of that entity to exercise independent sovereignty with respect to other countries. Whether a certain outcome is inexorable or not, understanding the parallels in the development of both European law and United States federalism has the ability to create new opportunities for reconceptualizing the role of federalism, international law, and hybrids of the two in the governance of the world’s peoples, and the economic, political and social forces that impact them.

Abstract

The Thin Line between International Law and Federalism: A Comparative Legal and Historical Perspective on US Federalism and European Union Law

This article explores the historical and legal parallels between the US system of federalism and European law, and the similar operation of the two systems in the domestic legal arena. This article argues that the United States system of federalism, particularly in its early years, bore much more resemblance to contemporary international law

than commonly supposed. Conversely, this article will also argue the correlative: that European law is much more characteristic of US federal law in its application in the domestic sphere than international law, with the exception of EU member states' jurisdiction over their own security and military matters.

This article will first address the creation of the United States, with a focus on how its creation bears much more resemblance to international than commonly supposed. This article will then demonstrate how European Union law bears much more resemblance to United States federalism than commonly supposed.

Exploring the historical and developmental parallels between the two legal systems will assist legal scholars on both sides of the Atlantic from viewing either US federalism or EU law solely through the lens of either municipal or international law.

Javier Carrascosa Gonzáles, Francesco Seatzu

La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento “Roma III”*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le scelte metodologiche degli autori della proposta “Roma III” in materia di conflitti di leggi. – 3. La disciplina di conflitto a carattere soggettivo ed il *favor divortii*: profili generali. – 4. *Segue*: la disciplina dell’*electio iuris* nella proposta di regolamento “Roma III”. – 5. La legge applicabile al divorzio e alla separazione personale dei coniugi in assenza di *electio iuris*: i criteri di collegamento della comune residenza abituale dei coniugi. – 6. *Segue*: il criterio di collegamento della legge della nazionalità degli sposi. – 7. *Segue*: il richiamo della *lex fori*. – 8. L’eccezione dell’ordine pubblico. – 9. I rapporti con le convenzioni internazionali e le norme di conflitto, in particolare italiane e spagnole.

1. Innanzitutto, perché non una proposta di regolamento in materia di divorzio “compatta”, e cioè limitata soltanto ai conflitti di leggi? Uno sguardo anche rapido alle complesse vicende connesse alla genesi dello strumento comunitario qui in considerazione¹ – finalizzato anche all’introduzione di norme uniformi

* Questo lavoro è stato realizzato grazie a un contributo dell’Università degli studi di Cagliari, che ha reso possibile un soggiorno del prof. Javier Carrascosa González come *Visiting Professor* presso la Facoltà di Giurisprudenza. Esso è stato scritto in collaborazione con il prof. Francesco Seatzu, il quale ha provveduto all’elaborazione ed alla stesura dei paragrafi 4-8. Il par. 9 è stato redatto congiuntamente dai due autori.

¹ Incidentalmente può ricordarsi che dal 14 marzo 2005, data della presentazione da parte della Commissione europea del cosiddetto Libro verde sulla legge applicabile e la competenza in materia di divorzio (COM(2005)82 def.) al luglio 2008, data dell’ultima riunione dei rappresentanti degli Stati membri in seno al Comitato di diritto civile (Sez. Roma III) e dell’approvazione dell’ultima proposta di regolamento nella materia in considerazione (COM(2008)8587 def.), oggetto di studio del presente lavoro, è stata presentata dalla Commissione europea anche un’ulteriore proposta regolamentare avente ad oggetto sia la modifica del regolamento n. 2201/2003 (sul quale v., *infra*, nota 13) sia l’introduzione di norme sulla legge applicabile in materia di separazione personale dei coniugi e divorzio (COM(2006)399 def.). Per alcuni approfondimenti su quest’ultima proposta, cfr. B. NASCIBENE, *La proposta di modifica del regolamento n. 2201/2203 nel quadro della libera circolazione delle persone*, in S. M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di Famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 207 ss.

sulla legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio – sembrerebbe fare ritenere una siffatta opzione legislativa abbastanza ragionevole, soprattutto perché, almeno astrattamente, suscettibile di facilitare il superamento di quell'*impasse* in cui la comunitarizzazione della disciplina internazionalprivatistica e processualistica sullo scioglimento del matrimonio attualmente si trova². Sennonché da una lettura anche fugace del programma di attuazione del principio del mutuo riconoscimento³ si apprende che sono da considerarsi settori privilegiati di intervento del legislatore comunitario rispettivamente la disciplina della giurisdizione, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni giudiziarie riguardanti le conseguenze patrimoniali delle dissoluzioni familiari e/o la responsabilità genitoriale sui figli minori mentre, invece, all'avanzamento delle norme sul diritto applicabile deve essere attribuita un'importanza secondaria ai fini precipui dell'integrale realizzazione di uno spazio giudiziario europeo⁴.

Resta il fatto difficilmente contestabile che la soluzione esattamente contraria – e cioè l'esclusione *in toto* dal futuro regolamento di norme di conflitto uniformi in materia di separazione e divorzio – potrebbe considerarsi compatibile solamente con l'esistenza di disposizioni sulla competenza giurisdizionale internazionale piuttosto "ristrette" dal punto di vista della loro applicazione materiale, vale a dire con la previsione e/o la sussistenza di norme di diritto processuale civile internazionale fondate, ad esempio, sul criterio del domicilio dei coniugi o comunque su criteri giurisdizionali parimenti insuscettibili di faci-

² Incidentalmente può rilevarsi che la strada che pure qualcuno ha suggerito di percorrere per superare il sopra menzionato *impasse* – vale a dire quella delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale; cfr. V. GAERTNER, *European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters against the Background of Private International Law Developments*, in *JPIL*, 2006, pp. 99-136 – sembra comunque abbastanza impervia, così come ci pare dimostrato dal numero esiguo di convenzioni internazionali concluse nei settori della competenza internazionale e della legge regolatrice del divorzio.

³ Sul principio del mutuo riconoscimento ed il rapporto tra esso e il diritto internazionale privato e processuale v. *ex multis* M. FALLON, *Variations sur le principe d'origine entre droit communautaire et droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 187 ss.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation*, in *Rev. cr. DIP*, 1993, p. 401 ss.; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancía y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, p. 102 ss.; M. FALLON, J. MEEUSEN, *Private International Law and the Exception of Mutual Recognition*, in *YPIL*, 2002, p. 53 ss.; G. ROSSILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 228 ss.; A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *RDIPP*, 2007, p. 293 ss.

⁴ Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale del 30 novembre 2000, *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001, pp. 8-9. Per un'analisi del programma v. J. SEDLMEIER, *Diritto processuale internazionale e europeo. Recenti sviluppi concernenti il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in Europa e nel mondo*, in *ELF*, 2002, p. 34 ss.

litare il *forum shopping* a fini della determinazione della legge applicabile⁵. Ma queste, evidentemente, sono condizioni insussistenti, almeno nell’attuale proposta regolamentare, la quale contiene invece una pluralità di criteri giurisdizionali⁶. Da qui, *rebus sic stantibus*, l’opportunità di una disciplina comunitaria uniforme dedicata sia ai conflitti di leggi sia ai conflitti di giurisdizione in materia di divorzio.

Ma non basta; la desiderabilità di norme comunitarie di conflitto in materia di separazione e divorzio agevolmente si coglie sia se si ha riguardo all’aumento sempre costante e vistoso dei casi di scioglimento del vincolo coniugale⁷, sia se, per così dire, si riflette seriamente sull’intrinseca maggiore “fragilità” dei matrimoni internazionali rispetto alle corrispondenti fattispecie privatistiche puramente interne⁸. Ancora, va egualmente tenuto presente che è oggettivamente assai difficile non pensare ad un’armonizzazione delle norme internazionalprivatistiche sul divorzio, stante anche l’attuale evoluzione “*en sens humaniste*” dell’ordinamento giuridico comunitario⁹. Quanto appena sottolineato è vero nonostante il divorzio – analogamente ad altri istituti del diritto di famiglia – sia strutturalmente e naturalmente connesso al contesto socio-economico dei singoli Paesi membri dell’Unione europea¹⁰. *Last but not least* – sempre a proposito dell’importanza di norme di conflitto uniformi in materia di divorzio – può anche ricordarsi quanto è stato scritto in argomento nel 1997 da Pierre Mayer, il quale ha lucidamente evidenziato che “*c’est à propos du statut personnel et plus*

⁵ *Amplius* V. GAERTNER, *op. cit.*, p. 102 ss.

⁶ Cfr. M. EKSTRÖM, *Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement ‘Bruxelles II’ à la proposition ‘Rome III’*, in *L’observateur de Bruxelles*, 2007, p. 19 ss.; F. POCAR, *Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 267 ss.; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la UE sobre separación y divorcio*, in *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 2007, p. 3313 ss.

⁷ Cfr. EUROSTAT, *The Family in the EU25 Seen through Figures*, Luxembourg, 2006.

⁸ Cfr. A. DAVÌ, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale e comunitaria*, in *RDI*, 2002, p. 865 ss.; G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, p. 439 ss.; N. DETHLOFF, *Arguments for the the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, in K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerp, 2003, p. 37 ss.; K. BOELE-WOELKI, K. PINTENS, W. FERRAND, C. GONZALEZ BELFUSS, E. JARENBORG, M. LOWE, N. MARTINY, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen, 2004.

⁹ Cfr. F. MORO, *Observations sur la communitarisation du droit de la famille*, in *RDIPP*, 2007, p. 677; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione europea*, Padova, 2007, *passim*. V. anche H. GAUDEMET-TALLON, *De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union Européenne*, in *Estudos Magalhães Collaço*, I, Almedina, 2002, pp. 159-185; P. MCELEAVY, *The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?*, in *ICLQ*, 2004, pp. 605-642.

¹⁰ In argomento si veda M. SESTA (a cura di), *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l’Europa*, Milano, 2000 e più recentemente N. DETHLOFF, *op. cit.*, pp. 51-59.

spécialement du divorce que la plupart des questions soulevées par la mise en œuvre de la règle de conflit ont été tranchées”¹¹.

Va ricordato che un regolamento comunitario avente ad oggetto *anche* i criteri per l’individuazione della legge regolatrice del divorzio è naturalmente orientato alla realizzazione di un sincronismo (“synchronicity”) tra le pertinenti norme sulla competenza giurisdizionale e quelle sulla legge applicabile¹². Ma ciò è però da valutarsi in termini positivi? Almeno a nostro parere, a tale quesito non è affatto semplice dare una risposta univoca. In altri termini, occorre considerare il contesto in cui il suddetto “sincronismo” tra le sopra due indicate categorie di norme internazionalprivatistiche si realizza, nonché le modalità del medesimo (leggasi: il criterio di giurisdizione prescelto ed a cui dovrebbe farsi ricorso anche ai fini dell’individuazione della legge applicabile). Impostata la questione nei termini appena esposti è necessario considerare anche gli effetti derivanti dal sincronismo sostanziale realizzato dalla congiunta operatività del criterio della residenza abituale, previsto a titolo principale sia nel regolamento n. 2201/2003 (da qui in avanti “Bruxelles II bis”)¹³ sia, con precipuo riguardo ai conflitti di leggi, nella recente proposta di regolamento “Roma III”. A questo proposito, è abbastanza semplice riscontrare l’esistenza in dottrina di due posizioni divergenti. Secondo un primo orientamento tali effetti dovrebbero valutarsi positivamente, soprattutto perché essi consisterebbero nella facoltà per il giudice internazionalmente competente di applicare al divorzio internazionale la legge del foro¹⁴. Secondo un altro orientamento tali effetti giuridici – proprio perché legittimanti un ricorso alla *lex fori* (sia pure nei soli casi in cui entrambi i coniugi siano abitualmente residenti in uno stesso Paese!) – dovrebbero, invece, valu-

¹¹ Cfr. P. MAYER, *Evolution du statut de la famille en droit international privé*, in *JDI*, 1977, p. 447 ss.

¹² Cfr. V. GAERTNER, *op. cit.*, p. 102 ss.

¹³ Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, *GUUE* L 338, 23 dicembre 2003, è entrato in vigore il 1° agosto 2004 ed è applicabile dal 1° marzo 2005, secondo la disciplina transitoria di cui all’art. 64. Sul regolamento “Bruxelles II bis” v., *ex multis*, R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 143 ss.; *Id.*, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 163 ss.; G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e l’efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *RDI*, 2004, p. 991 ss.; M. C. BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II bis*, in S. BARIATTI (a cura di), *op. cit.*, p. 175 ss.; C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze straniere in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Dig. disc. pubb.*, II agg., 2005, p. 336 ss.; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, II ed., p. 125 ss.; H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, 2005; I. LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il regolamento comunitario n. 2201/2003*, in *St. I*, 2005, p. 555 ss.; G. MONDELLA, *Lo scioglimento del vincolo coniugale: annullamento, separazione e divorzio*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persone e famiglia*, Torino, 2008, p. 294 ss.

¹⁴ Cfr. V. GAERTNER, *op. cit.*, pp. 99 ss. e 134-135.

tarsi negativamente¹⁵. È peraltro opportuno rilevare come tali divergenze, sebbene profonde, attengano però esclusivamente alla valutazione da dare ai predetti effetti giuridici e *non* anche alla concreta tipologia dei medesimi.

Va precisato che non è comunque questa la sede più adeguata per valutare gli eventuali *pro* e *contro* di un ricorso massiccio alla legge del foro nella disciplina di fattispecie privatistiche con elementi di estraneità. Più proficuo è invece evidenziare taluni inconvenienti prodotti, almeno a nostro parere, dal “sincronismo” di cui sopra, vale a dire dall’identico concetto di residenza abituale utilizzato rispettivamente nel regolamento “Bruxelles II *bis*” e nella proposta di regolamento “Roma III”. Sul punto in parola, sembra anche a noi che la notevole flessibilità e soprattutto l’indeterminatezza della nozione di residenza abituale dei coniugi costituisca un grave *vulnus* nella proposta “Roma III”, poiché palesemente la rende inadeguata a garantire l’individuazione in termini obiettivi della legge più appropriata (leggasi: della legge più strettamente connessa alla fattispecie) per la disciplina dei casi di separazione personale e divorzio con elementi di estraneità. Tali inconvenienti, si badi bene, non potrebbero essere ovviati, sempre se la nostra interpretazione del fenomeno è corretta, salvaguardando il sopra descritto “sincronismo”, vale a dire semplicemente mediante la previsione di una nozione obiettiva e rigorosa di residenza abituale. Un siffatto correttivo *de minimis*, sebbene *prima facie* opportuno – poiché farebbe adeguatamente fronte alle sopra descritte esigenze di obiettività poste dall’istituendo regolamento “Roma III” –, annullerebbe però, al contempo, anche i vantaggi prodotti, nel contesto del regolamento “Bruxelles II *bis*”, da una nozione di residenza abituale fattuale ed intenzionalmente generica¹⁶.

Occorre, a questo punto, procedere ad un esame critico dei criteri di collegamento utilizzati nella proposta di regolamento “Roma III”. Esso servirà altresì a comprendere le ragioni alla base delle attuali “resistenze” all’adozione di un regolamento comunitario sulla competenza giurisdizionale e la legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio. Prima però ci pare opportuno soffermarsi rispettivamente: a) sulla conseguente possibilità di un richiamo di una “legge religiosa”; b) sulle ragioni dell’applicabilità delle medesime norme conflittuali sia alla separazione personale sia al divorzio.

A proposito dell’applicabilità ai divorzi internazionali di una “legge religiosa” (intesa come il complesso dei principi e delle regole di condotta riconducibili ad una determinata entità confessionale) può evidenziarsi brevemente che essa è suscettibile di causare, anche a nostro parere, una serie non trascurabile di

¹⁵ Cfr. F. R. PAULINO PEREIRA, *Rome III: la compétence juridictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale*, in *RMCUE*, 2007, p. 390 ss.

¹⁶ Incidentalmente può anche osservarsi che l’opportunità di un intervento correttivo come quello descritto nel testo e diretto ad “oggettivizzare” la nozione di residenza abituale facilmente si coglie se si pone attenzione alla circostanza che – ad esempio nell’ipotesi in cui i coniugi non abbiano la medesima nazionalità ma siano residenti abitualmente nello stesso Paese – è probabilmente proprio la legge della loro residenza comune quella più strettamente connessa alla fattispecie da disciplinare.

problemi¹⁷. Trattasi di difficoltà eminentemente pratiche, poiché è chiaro che l'applicazione di una siffatta "legge religiosa" è assai più complessa rispetto a quella riguardante una qualsiasi corrispondente normativa "laica", anche in considerazione del fatto che le fonti di produzione normativa nel primo caso sono, per così dire, peculiari ed alquanto eterogenee tra loro¹⁸. Esistono poi ulteriori e non meno semplici problemi connessi alla prova di una tale *lex religiosa* nel corso di procedimenti giudiziari statali aventi ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale. Si pensi, a questo riguardo, alla circostanza non certo ipotetica in cui un soggetto si dichiara appartenente ad una determinata confessione religiosa solamente o comunque principalmente allo scopo di ottenere così l'applicazione in un giudizio di cui è attore o convenuto di una certa "legge religiosa", perché reputata ad esso più favorevole. È evidente, infatti, che una siffatta possibilità sarebbe suscettibile di aprire la strada a casi di frode alla legge, difficilmente immaginabili laddove il diritto richiamato dalla norma conflittuale è, invece, quello di un ordinamento normativo "laico"¹⁹. Da qui dunque l'auspicio, condiviso anche in questa sede, di un diritto internazionale privato integralmente a-confessionale in *subiecta materia*²⁰, sia pure però con l'importante precisazione dell'inadeguatezza di un sistema conflittuale in materia di separazione personale e divorzio che – diversamente da quello previsto nella proposta "Roma III" – pur "laico" nel senso sopra illustrato, permetta però alle competenti autorità giurisdizionali di disattendere l'applicazione di un determinato diritto *in quanto* a carattere religioso (il riferimento è, in particolare, agli ordinamenti giuridici confessionali di numerosi Paesi islamici).

Quanto all'applicabilità della medesima disciplina internazionalprivatistica alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio essa ci pare giustificata da

¹⁷ Cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, in *RCADI*, 226, 1991, p. 203, la quale correttamente parla di "difficultés engendrées par le rattachement à la religion". A tale proposito, ha osservato preliminarmente: "Tout d'abord, l'application en Israël de la loi hébraïque, dans les pays musulmans du droit islamique, à des ressortissants étrangers dont la loi personnelle est celle d'Etat laïque conduit inéluctablement à des solutions boiteuses"; l'autrice conclude sostenendo: "L'inconvénient est d'autant plus grand que les pays à système juridique religieux ont souvent une conception beaucoup plus large du statut personnel que les autres Etats et y rattachent les relations pécuniaires entre époux et les successions qui relèvent ailleurs de rattachements propres; cela augmente beaucoup les risques de conflits de décisions et d'inefficacité des décisions hors de la sphère juridique dans laquelle elles ont été rendues".

¹⁸ In argomento v. tra i molti M. CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, in *RCADI*, 203, 1988, p. 329 ss.; C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *RDIPP*, 1990, p. 853 ss.; ID., *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, *ivi*, 1999, p. 34 ss.; A. L. HAMILTON, *Family, Law and Religion*, London, 1995; D. DIAGO, *La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad*, in *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 271.

¹⁹ Cfr. H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion*, cit., p. 208 ss.

²⁰ V. ancora H. GAUDEMET-TALLON, *op. ult. cit.*, p. 208 ss., la quale acutamente evidenzia che solamente "un Etat laïque permet d'assurer la liberté de conscience et de religion et se conforme ainsi au principe général de respect des droits de l'homme".

alcune solide argomentazioni. Si pensi, ragionando *a contrario*, soprattutto alle difficoltà che una discontinuità di regolamentazione giuridica – quale quella che emergerebbe a seguito di un’esclusione dalla disciplina comunitaria *in fieri* della separazione personale – sarebbe suscettibile di produrre; ci riferiamo, in particolare, al problema di coordinamento (che invece non può verificarsi per effetto dell’omissione dalla sfera di applicazione *ratione materiarum* del futuro regolamento delle ipotesi di dissoluzione delle unioni di fatto)²¹ – a seguito di un ipotetico passaggio dalla legge applicabile alla separazione personale a quella regolatrice del divorzio – tra le discipline giuridiche applicabili ai rapporti personali e/o patrimoniali dei coniugi rispettivamente *prima* e *dopo* lo scioglimento del vincolo matrimoniale (leggasi: antecedentemente e successivamente alla pronuncia di divorzio)²². È chiaro che siffatti problemi pratici, concretamente suscettibili di compromettere la certezza del diritto, possono essere definitivamente eliminati soltanto mediante il riconoscimento di una continuità nella disciplina delle predette relazioni personali e patrimoniali, su cui sia la separazione personale dei coniugi prima sia il divorzio dopo sono inevitabilmente destinate ad incidere, ed anche che a tale continuità non può pervenirsi se non appunto tramite l’unicità del regime conflittuale riguardante i suddetti due casi di rottura del vincolo coniugale²³.

2. Prima di analizzare la disciplina di conflitto a carattere oggettivo (ma va precisato, fin da adesso, che si tratterà comunque di un esame non esaustivo considerata la molteplicità di questioni che essa solleva e la portata abbastanza ristretta del presente lavoro) è opportuno sottolineare, innanzitutto, che le disposizioni internazionalprivatistiche in commento devono essere interpretate in modo uniforme e che, anche per le medesime, si rende se non addirittura necessaria quanto meno utile l’utilizzazione di una prospettiva autonoma.

²¹ Sia pure incidentalmente sembra il caso di rilevare qui che l’esclusione dei casi di dissoluzione delle unioni di fatto dall’ambito di applicazione materiale della disciplina comunitaria *in fieri* non è comunque di immediata comprensione. Molto in sintesi, giova sottolineare che essa pone soprattutto un non facile problema di qualificazione, il quale non può non essere affrontato e risolto, dal momento che da esso dipende la distinguibilità *in concreto* di siffatte ipotesi da quella oggettivamente contigue (e ricomprese) di scioglimento del vincolo matrimoniale. In argomento v. S. TONOLO, *Lo scioglimento delle unioni di fatto e degli accordi di convivenza nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *RDI*, 2005, p. 997 ss.

²² Per un efficace *resumé* dei principali problemi internazionalprivatistici riguardanti i rapporti patrimoniali tra coniugi divorziati v. F. PETRALIA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi divorziati nel diritto internazionale privato*, in *RDI*, 1979, p. 31 ss. e, più recentemente, A. DEVERS, *De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international*, in *Droit et patrimoine*, 2005, pp. 89-94; I. PERIN TOMICIC, *Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union – Jurisdiction, Recognition and Applicable Law*, in *Zbornik pravnog Fakulteta u Zagrebu* 2007, p. 847 ss.; C. DARIESCU, D. DARIESCU, *The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen*, in *JPIL*, 2008, p. 107 ss.

²³ Su tali inconvenienti v. anche R. BARATTA, *Scioglimento*, cit., pp. 162-164.

Ancora, sotto un differente angolo prospettico, può sottolinearsi poi che l'elaborazione di una proposta di normativa comunitaria, quale appunto quella in considerazione, fortemente ispirata ad una logica localizzatrice ha richiesto ai redattori del nuovo atto comunitario *in fieri* una riflessione di principio sull'operatività delle disposizioni conflittuali da essi elaborate. Più precisamente, la consueta dialettica tra le ragioni della "prevedibilità" e quelle della "flessibilità" si è manifestata, nella proposta "Roma III", nella ricerca di un ragionevole contemperamento di tali orientamenti naturalmente antitetici: la certezza del diritto applicabile e l'esigenza che i coniugi siano sempre in grado di scegliere, quale legge applicabile alla separazione personale o al divorzio, quella nei cui confronti esista uno stretto collegamento ("close connection")²⁴. È per questa ragione quindi che la proposta regolamentare – pur volendo perseguire l'obiettivo di favorire la prevedibilità dell'esito delle controversie giudiziarie²⁵ – introduce un *framework* normativo-istituzionale orientato a consentire la trattazione dei singoli casi in maniera adeguata²⁶. Un vasto *parterre* di soluzioni è stato finalizzato alla realizzazione del suddetto obiettivo di politica legislativa. Ci riferiamo, in particolare, alla previsione di disposizioni elaborate in maniera tale da assicurare un'operatività che – pur condizionata *in concreto* dall'esistenza di criteri di collegamento tendenzialmente rigidi (leggasi: suscettibili di un impiego abbastanza facile) – non impedisse, almeno in linea di massima, agli operatori del diritto di procedere anche ad un apprezzamento complessivo delle circostanze del caso specifico. Tale sensibilità si riflette specialmente nella previsione di un'operatività, per i casi di mancata o invalida *electio iuris*, del criterio di collegamento della comune residenza abituale o, in alternativa a quest'ultimo, di quello dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi (significativamente condizionato però alla circostanza che uno dei coniugi sia ivi ancora abitualmente residente).

L'importanza così riconosciuta ai valori fondamentali della flessibilità dei criteri internazionalprivatistici per l'individuazione della *lex causae* e della certezza delle situazioni giuridiche originate dalla dissoluzione del vincolo coniugale si rivela invero abbastanza diseguale, e nell'ipotesi di conflitto la preminenza pare debba essere accordata in via interpretativa alla seconda delle due sopra indicate finalità. Suggestiscono siffatta conclusione rispettivamente: a) la centralità assegnata alla tematica della certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo relativa ad altri strumenti giuridici egualmente

²⁴ V 10° considerando, lett. a).

²⁵ V. 10° considerando lett. b) alinea 1, in cui testualmente si prevede: "In the absence of choice of applicable law, this Regulation should introduce harmonised conflict of law rules based on a scale of connecting factors to ensure legal *certainty* and *predictability* and to prevent 'rush to court'. Such connecting factors should be chosen so as to ensure that proceedings relating to divorce or legal separation are governed by a law with which the spouses have a close connection" (corsivo aggiunto).

²⁶ *Ibidem*, specialmente nell'inciso finale in cui insiste sull'opportunità che la *lex causae* sia in ogni caso strettamente connessa alla fattispecie concreta.

riconducibili alla cooperazione nelle materie civile e commerciale; b) l’esame dei sopra indicati e di altri considerando della proposta “Roma III” (i quali sistematicamente si richiamano al valore della prevedibilità/*predictability*); c) la circostanza che la scelta della legge regolatrice della separazione personale e del divorzio sia stata riconosciuta significativamente soltanto all’interno di un nucleo ristretto ad alcune (poche) leggi tassativamente indicate; d) il fatto non meno trascurabile che la regola prevista nell’art. 20, lett. b) della proposta regolamentare per i conflitti di leggi in mancanza di *electio iuris* prescriva l’impiego di criteri di collegamento (almeno nei primi due casi e cioè quelli della comune residenza abituale dei coniugi e dell’ultima loro residenza comune) sostanzialmente ispirati alla logica della *proper law*.

Giova sottolineare altresì che la riconducibilità delle norme conflittuali contenute nella proposta “Roma III” al tradizionale metodo della localizzazione spaziale delle relative fattispecie non deve essere intesa però come una prova insuperabile dell’esistenza di una completa “impermeabilità” della disciplina internazionalprivatistica ivi prevista rispetto ai valori materiali che investono i settori del divorzio e della separazione personale dei coniugi²⁷. Il riguardo manifestato dagli autori di questo atto normativo *in fieri* per le implicazioni sostanziali delle norme in considerazione è, in realtà, abbastanza vistoso: questo, si badi – non soltanto poiché i valori sostanziali risultano in grado di interferire con il normale *modus operandi* delle norme conflittuali secondo il consueto meccanismo dell’ordine pubblico (art. 20, lett. e) – ma anche e soprattutto perché la stessa localizzazione spaziale delle fattispecie relative alla rottura dei rapporti coniugali è stata affidata a disposizioni che si fanno carico di garantire taluni effetti di natura sostanziale. Emblematico, a questo riguardo, ci pare l’art. 20, lett. e), 1° alinea, il quale significativamente dispone: “Nulla nel regolamento obbliga le competenti autorità giurisdizionali di uno Stato membro il cui diritto non riconosca il divorzio o il matrimonio agli effetti di un’eventuale pronuncia di divorzio a pronunciarsi in tale senso per effetto dell’applicazione del regolamento”.

Quel che va rimarcato qui è, caso mai, che l’attenzione verso gli interessi materiali si è manifestata – all’interno delle singole disposizioni sulla legge applicabile – esclusivamente sul versante dell’enunciazione dei criteri di collegamento, senza che questo ponesse anche in forse l’adesione degli autori della proposta “Roma III” al tradizionale metodo conflittuale. In altri termini – se è certamente legittimo sostenere che le disposizioni sui conflitti di leggi nella proposta in considerazione sottendono spesso degli obiettivi di ordine materiale (e dunque non sono in quanto tali “neutre”) – altrettanto corretta è l’affermazione

²⁷ Sul tradizionale metodo della localizzazione spaziale e sui suoi limiti v. le sempre attuali pagine di P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, pp. 1-14 e più recentemente, tra i molti scritti del medesimo autore sull’argomento, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in Id., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 296 ss.; *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *RCADI*, 276, 1999, p. 183 ss.

secondo cui il loro fisiologico *modus operandi* rimane essenzialmente condizionato da un criterio spaziale: l'operatore del diritto conseguentemente, pur non potendo affatto prescindere dagli obiettivi di politica legislativa che le disposizioni in questione sono tenute a perseguire, ivi comprese naturalmente le finalità sostanziali, non può condizionarne però l'ordinaria operatività *in concreto* all'eventuale raggiungimento di taluni risultati materiali. È verosimilmente, anche alla luce di questi elementi fattuali, che si motiva la scelta del legislatore comunitario di consentire, con non poche e importanti riserve, un'ampia facoltà di scelta da parte dei coniugi della legge applicabile alla separazione personale e al divorzio.

3. Illustrate le principali ragioni sottostanti la scelta del legislatore comunitario di una proposta regolamentare avente ad oggetto anche i conflitti di leggi, è opportuno adesso procedere all'esame delle singole disposizioni internazional-privatistiche, ad iniziare dalla disciplina a carattere soggettivo. Quest'ultima si articola in cinque proposizioni normative: la prima riguardante la scelta di legge ed il suo oggetto, e le altre quattro particolari questioni concernenti il *pactum de lege utenda* ed i suoi requisiti temporali e formali.

Quanto alla decisione del legislatore di valorizzare il ruolo dell'autonomia privata è appena il caso di evidenziare qui che essa manifestamente richiama quelle aperture nei riguardi della *lex voluntatis*, già riscontrabili in alcune codificazioni di diritto internazionale privato, e conseguentemente testimonia l'obsolescenza di quelle teorie tradizionali secondo cui, nei conflitti di leggi, il consenso dei privati avrebbe unicamente rilevanza nel settore delle obbligazioni contrattuali²⁸. Ancora, è parimenti importante sottolineare che l'idea secondo la quale, sia pure soltanto a talune condizioni tassativamente previste, gli interessati (e, nel caso che qui rileva, gli sposi) possano definire mediante accordo reciproco taluni aspetti internazionalprivatistici connessi alla cessazione del loro rapporto di coniugio, non è estranea nemmeno al sistema comunitario della cooperazione giudiziaria in materia civile: il regolamento 2201/2003, ad esempio, assai significativamente concede alle parti la facoltà di attribuire "alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata, ai sensi dell'art. 5, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio" anche la competenza sulle istanze "relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande"²⁹.

²⁸ Su tale posizione tradizionale v. *ex multis* C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999. Sul ruolo della *lex voluntatis* nel campo dei conflitti di leggi nelle materie familiare e personale v. J. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992; P. GANNAGÉ, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, *Rev. cr. DIP*, 1992, p. 425 ss.; A. E. VON OVERBECK, *L'irresistible extension de l'autonomie en droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit*, cit., p. 619 ss.; I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996.

²⁹ Art. 12.

Last but not least, il sopra menzionato rafforzamento dell’autonomia internazionale dei coniugi è stato probabilmente suggerito anche dall’obiettivo perseguito dal legislatore comunitario nella proposta “Roma III” di garantire l’applicazione ad un divorzio internazionale di una legge “prossima” ai coniugi e/o alla loro situazione concreta. Si pensi, in particolare, alla possibilità consentita ai coniugi divorziandi di vedere applicata la legge del loro Paese di origine, anche in un altro Paese, magari geograficamente distante dal luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale degli sposi, e dunque da parte di autorità giurisdizionali diverse da quelle del Paese della loro nazionalità comune³⁰. Da quanto appena osservato consegue dunque che è corretto sostenere altresì che la suddetta facoltà di scelta costituisce un’alternativa all’applicazione della legge del foro a tutti i divorzi internazionali. Ma non è tutto; almeno a nostro parere, la ragione della valorizzazione dell’autonomia privata degli sposi deve rinvenirsi anche e forse soprattutto nell’esistenza nella proposta “Roma III” di un *favor divortii* che tale facoltà di scelta della legge regolatrice – al pari dei criteri di collegamento a carattere obiettivo disposti “a cascata” – indubbiamente favorisce. Sorgono però, a questo proposito, tre ulteriori quesiti relativi rispettivamente: a) al significato del predetto *favor*; b) ai vantaggi pratici connessi alla facoltà di scelta della legge applicabile alla dissoluzione del matrimonio; c) al fondamento normativo della facoltà di scelta della legge regolatrice nel contesto della proposta di regolamento “Roma III”.

Quanto al primo interrogativo deve evidenziarsi che il *favor divortii* – principio o meglio *ratio* ispiratrice di tutte le disposizioni sui conflitti di leggi presenti nella proposta di regolamento in considerazione – si giustifica in quanto esso trova il proprio fondamento normativo-filosofico nella libertà decisionale dei coniugi all’interno del nucleo familiare che, come è noto, è garantita da numerose convenzioni internazionali in materia di tutela dei diritti umani e di cui evidentemente la libertà degli sposi di dissolvere il vincolo coniugale non può non considerarsi un corollario essenziale. Va osservato peraltro che – almeno se si presta attenzione al *range* di leggi statali su cui può concretamente esercitarsi, sempre secondo la proposta “Roma III”, la scelta dei coniugi – emerge comunque l’esistenza di un ulteriore obiettivo del legislatore comunitario, oltre al sopra menzionato *favor*, vale a dire quello di assicurare un effettivo collegamento tra il divorzio internazionale e la sua legge regolatrice. Se così non fosse, infatti, quale significato dovrebbe riconoscersi alla restrizione dell’oggetto dell’*optio legis* esclusivamente alle leggi della residenza abituale, della nazionalità degli sposi ed alla *lex fori*³¹?

Quanto ai vantaggi astrattamente riconducibili alla facoltà di scelta della legge regolatrice della separazione personale e del divorzio va sottolineata, in particolare, la possibilità di facilitare l’applicazione di una legge straniera da

³⁰ Sul significato e la portata del criterio della localizzazione della vita matrimoniale v. F. VISMARÀ, *Spunti ricostruttivi in tema di prevalente localizzazione della vita matrimoniale*, in *RDIPP*, 2002, p. 961 ss., il quale sostiene la sua non assimilabilità al criterio del collegamento più stretto.

³¹ Cfr. anche *infra*, par. 4.

parte delle competenti autorità giurisdizionali, in tale maniera permettendo loro un ampio confronto tra le singole discipline di diritto sostanziale in materia di dissoluzione del vincolo matrimoniale. Ancora, tra i possibili vantaggi di un’*optio legis* degli sposi a proposito della legge applicabile alla rottura del vincolo coniugale, non va trascurato nemmeno il fatto che, così come previsto nel regolamento “Roma III”, il criterio dell’autonomia della volontà delle parti si presenta anche come un’importante strumento normativo per la circolazione nello spazio europeo dei provvedimenti giudiziari in materia di separazione e divorzio adottati nei singoli Paesi membri. Al riguardo, basti ricordare qui l’esatta osservazione secondo cui, da una parte il futuro regolamento “Roma III” presuppone un’equivalenza tra le diverse soluzioni previste nei singoli ordinamenti giuridici nazionali e, dall’altra, facilita la circolazione nello spazio giudiziario comunitario dei vari modelli di scioglimento del vincolo coniugale su una base egualitaria³². Ancora, nemmeno deve trascurarsi che l’*optio legis* dei coniugi divorziandi deve essere positivamente apprezzata, poiché trattasi di un meccanismo finalizzato a dare una risposta ai gravi problemi posti dall’immigrazione nel diritto internazionale privato e processuale contemporaneo³³.

A proposito del fondamento normativo della facoltà di scelta nel contesto della proposta di regolamento “Roma III” esso dovrebbe individuarsi, almeno secondo quanto è stato sostenuto da taluni autori, nell’esistenza in numerosi ordinamenti giuridici di Paesi membri dell’Unione europea di varie tipologie di divorzio consensuale³⁴. Sennonché, trattasi di un’opinione che, almeno a nostro parere, è difficilmente condivisibile; specialmente se, così come a noi pare opportuno, si riconosce la necessità di effettuare una distinzione sul piano giuridico-formale tra l’autonomia contrattuale nel diritto privato e l’autonomia delle parti nel diritto internazionale privato e processuale³⁵. Assai più plausibilmente può ritenersi, invece, che il fondamento giuridico della scelta della legge regolatrice del divorzio deve essere individuato piuttosto nelle significative e spesso anche profonde diversità esistenti tra i singoli diritti statali potenzialmente applicabili nella materia *de qua*: si pensi soprattutto alla maggiore o, a seconda dei casi, minore loro vicinanza ai valori religiosi e/o etici degli sposi intenzionati a porre fine al loro vincolo coniugale. È appena il caso di osservare qui che tali differenze contenutistiche – le quali, come appena precisato sopra, rendono insieme importante e oggettivamente difficile l’individuazione del diritto applicabile alla separazione personale e al divorzio – non potrebbero però mai essere utilizzate strumentalmente, allo scopo cioè di imporre o nemmeno a quello più tenue di fare privilegiare la scelta della legge più laicista rispetto a quella astrat-

³² Cfr. P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in ID. (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 517, il quale si riferisce al regolamento “Bruxelles II bis”.

³³ Cfr. P. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 449, note 59 e 60.

³⁴ Cfr. V. GAERTNER, *op. cit.*, p. 114 ss.

³⁵ Sul punto v. P. PICONE, *Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in ID., *La riforma*, cit., p. 515 ss.

tamente applicabile ed ipoteticamente caratterizzata da una più marcata connotazione etico-confessionale. Ad un tale risultato pratico, infatti, non si potrebbe pervenire nemmeno mediante un’eventuale ricorso all’eccezione dell’ordine pubblico che, nel sistema della proposta di regolamento “Roma III”, impedisce solamente l’applicazione di quella legge che manifestamente risulta incompatibile in concreto con il diritto del foro (ciò che, almeno se la nostra interpretazione è corretta, non si verifica evidentemente nei casi in cui il diritto statale richiamato dalla norma conflittuale risulta più fortemente impregnato di valori etico-religiosi)³⁶.

Brevemente giova rilevare ancora che tale *optio legis*, vale a dire la facoltà dei coniugi divorziandi di selezionare autonomamente la legge regolatrice del loro divorzio, necessariamente implica anche una loro definitiva rinuncia a considerare le pertinenti discipline di diritto sostanziale in quanto tali “norme di applicazione necessaria”. È chiaro, infatti, che l’autonomia della volontà quale criterio di collegamento per l’individuazione della legge regolatrice del divorzio segna un significativo allontanamento o, se si preferisce, un mutamento di prospettiva generale proprio rispetto a quelle tesi che – partendo dalla determinazione dell’ambito di applicazione della legge italiana sul divorzio per l’individuazione della normativa in base a cui disciplinare le condizioni di ammissibilità del divorzio e le conseguenze di esso – concludevano affermando il carattere autolimitato o di applicazione necessaria delle predetta legge³⁷. Quanto poi ai contenuti di una siffatta scelta della legge regolatrice deve evidenziarsi, così come anche già anticipato sopra, che essa è stata ristretta ad un preciso *parterre* di discipline sostanziali³⁸. Le ragioni di una siffatta restrizione sono peraltro abbastanza facilmente comprensibili, almeno se si pensa agli interessi pubblicistici ordinariamente sottesi al matrimonio ed alla sua dissoluzione, nonché al carattere non neutrale delle disposizioni di conflitto sul divorzio e la separazione personale dei coniugi. Un esempio emblematico della predetta non neutralità della disciplina internazionalprivatistica concernente la materia in considerazione e quella contigua della separazione personale può rinvenirsi nell’art. 31, 2° comma, della legge italiana di diritto internazionale privato, il quale stabilisce

³⁶ Questo nonostante “cette approach peut se révéler fructueuse en droit international privé”. Così H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion*, cit. p. 37 ss.

³⁷ Sulle quali cfr. *ex multis* A. GIARDINA, *Nullité du mariage et divorce en droit international privé italien*, in *NILR*, 1972, p. 307 ss.; P. PICONE, *Divorzio straniero come motivo di divorzio italiano*, in *RDI*, 1973, p. 5 ss.; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, p. 270 ss.; G. CARELLA, *Il divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano*, in *RDIPP*, 1988, p. 427 ss.; A. DAVÌ, *Separazione personale (diritto internazionale privato)*, in *EdD*, XLI, 1989, p. 1412 ss.; L. GAROFALO, *Il divorzio nel diritto internazionale privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 17 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile in materia di divorzio: tra codificazione e leggi speciali*, in *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 681 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Divorzio (dir. int. priv.)*, in *EG*, XI, 1989.

³⁸ Sui rapporti tra identità culturale e diritto internazionale privato v. E. JAYME (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2003.

una competenza della legge del foro in tutti i casi in cui la *lex causae* non permetta ai coniugi di divorziare³⁹. Ciò significa, almeno a nostro parere, che il ricorso alla legge nazionale degli sposi può giustificarsi attualmente e quasi paradossalmente non in base al principio tradizionale della sovranità statale ma a quello più moderno dell'identità culturale⁴⁰.

Va anche evidenziato che un'importante restrizione della facoltà di scelta delle parti è stata prevista, sul versante complementare della procedura civile internazionale, nell'art. 3 del regolamento "Bruxelles II bis". Quest'ultimo, infatti, non consente alle parti (*rectius*: ai coniugi) che un margine di manovra piuttosto ridotto, poiché circoscrive l'oggetto della scelta solamente ai fori ivi esplicitamente previsti⁴¹. Anche in questo caso, peraltro, non si tratta di una decisione assunta dal legislatore comunitario in maniera arbitraria. Molto in sintesi, sia sufficiente ricordare qui che essa si giustifica avendo riguardo alla notevole diversità delle legislazioni statali in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale, riscontrabile soprattutto a proposito delle condizioni (soggettive ed oggettive) richieste per ottenere il divorzio e dunque in base all'esigenza pratica di evitare o perlomeno ridurre un inappropriato *forum shopping* in una materia particolarmente delicata ed intrisa di interessi anche pubblicistici, quale appunto quella del divorzio e della separazione⁴².

Non ci si può esimere dal valutare, sia pure rapidamente, se il *depeçage* della legge applicabile al divorzio possa o meno ritenersi ammesso secondo la proposta di regolamento "Roma III". Al riguardo, va evidenziato che non sembrerebbe sussistere alcun valido motivo per escludere che i coniugi possano assoggettare a leggi differenti i singoli aspetti della loro relazione personale. Il frazionamento della fattispecie, manifestazione esteriore delle autonome determinazioni degli sposi, non è infatti necessariamente contrastante con la finalità della certezza del diritto e può anzi, naturalmente se utilizzato con discernimento, servire, caso mai, a questo fine.

4. Occorre ricordare adesso che nel disciplinare l'*electio iuris* i redattori dell'art. 20, lett. a) della proposta si sono discostati, per ragioni che è anche abbastanza facile intuire, dal naturale modello dell'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, trasfuso nel recente regolamento (CE) n. 593/2008 (da qui in avanti "Roma I")⁴³. A fini inter-

³⁹ Per un commento v. G. CONETTI, *Art. 31*, in S. BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, 1996, p. 1181 ss.

⁴⁰ Cfr. A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, II, Milano, 2008, p. 643 ss.

⁴¹ Art. 12.

⁴² Cfr. F. R. PAULINO PEREIRA, *op. cit.*, p. 391.

⁴³ Regolamento (CE) n. 583/2008 del parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, *GUUE* L 177, 4 luglio 2008, p. 6 ss. Sul quale v. *ex multis* B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008; N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009; F. FERRARI, L. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation*, München, 2009; F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di),

pretativi, interessa stabilire, innanzitutto, se fra le norme in parola sussista rispettivamente una diversità funzionale e/o di posizione occupata in seno ai rispettivi testi normativi. In particolare, è legittimo domandarsi se l’art. 20, lett. a) – *prima facie* investito di un ruolo principale, così come si evince dalla sistematica della proposta regolamentare che tratta del principio dell’autonomia della volontà dei coniugi *antecedentemente* alla disciplina di conflitto a carattere obiettivo – abbia, in seno all’istituendo regolamento “Roma III”, uno *status* identico a quello delle corrispondenti norme sull’*electio iuris* rispettivamente nella Convenzione di Roma e, più recentemente, nel regolamento “Roma I”.

A questo riguardo, ci pare corretto sostenere che l’art. 20, lett. a) – come anche la stessa “topografia” della proposta suggerisce – rappresenta il principale perno della disciplina dell’istituendo regolamento comunitario in materia di separazione personale e divorzio. Ne consegue pertanto sia che esso non costituisce in alcun modo un’eccezione alle disposizioni di conflitto a carattere obiettivo, su cui ci si soffermerà nelle pagine seguenti, sia che esso non deve essere interpretato restrittivamente. L’autonomia della volontà degli sposi *in subiecta materia* risulta in effetti strumentale al conseguimento dei fini generali della disciplina comunitaria *in fieri*: oltre a costituire una sorta di corollario di quella autonomia che contraddistingue ormai molteplici aspetti della disciplina sostanziale del divorzio e della separazione personale dei coniugi nei moderni ordinamenti privatistici, essa permette, infatti, di identificare facilmente la legge applicabile alla fattispecie concreta, elevando così il livello di certezza delle situazioni giuridiche e conseguentemente promuovendo la buona amministrazione della giustizia (poiché, nel processo, essa permette una rapida definizione della spinosa questione concernente la legge regolatrice della dissoluzione del matrimonio)⁴⁴. Ma non è tutto; non va nemmeno trascurato che l’*electio iuris* rappresenta, inoltre, un significativo “fattore riequilibratore” della complessiva normativa conflittuale prevista nella proposta “Roma III”, poiché essa compensa talune non trascurabili concessioni alla flessibilità che, come meglio si preciserà nelle pagine successive, contraddistinguono alcune delle altre disposizioni di conflitto a carattere obiettivo⁴⁵.

Per quanto riguarda poi l’applicazione pratica della norma in considerazione, occorre identificare rispettivamente: a) quale diritto possa essere designato dalle parti; b) in quale momento ed in quale maniera debba compiersi la scelta della legge applicabile; c) mediante quali parametri vada stabilita l’esistenza e la validità dell’accordo dei coniugi sulla legge regolatrice del divorzio e quali effetti giuridici ne derivino.

Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”), in NLCC, 2009, p. 521 ss.

⁴⁴ V. anche P. PICONE, *Autonomia della volontà*, cit., p. 515 ss.

⁴⁵ Sulla funzione dell’*electio iuris* nel diritto internazionale privato di famiglia v. P. PICONE, *Modalità di designazione della legge applicabile nel diritto internazionale privato della famiglia*, in ID., *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 675 ss.

Quanto alla scelta delle parti va ribadito che essa invariabilmente deve cadere sull'ordinamento giuridico di un Paese che presenti uno stretto legame con la fattispecie matrimoniale. Questa lettura, suggerita dall'elencazione tassativa degli ordinamenti alla cui designazione i coniugi possono procedere mediante un'*electio iuris* dichiarata, valorizza la scelta della legge regolatrice come espressione di un potere di autoregolamentazione riconosciuto ai coniugi in una forma però temperata *a priori* con le esigenze di ordine pubblico, in principio confliggenti con eventuali *electiones* di leggi del tutto slegate rispetto al rapporto coniugale. Sempre a proposito dell'oggetto della scelta dei coniugi è interessante osservare altresì che l'art. 20, lett. a) della proposta "Roma III", analogamente all'art. 3 del regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, contempla solamente l'ipotesi della designazione di un sistema giuridico statale. Ne consegue pertanto che l'eventuale richiamo operato dalle parti a disposizioni di diversa natura andrebbe considerato come un'incorporazione materiale delle norme richiamate all'interno della disciplina giuridica del rapporto (separazione personale o divorzio) e non invece come un autentico richiamo internazionalprivatistico. Detto in altri termini, la liceità di siffatta incorporazione ed i limiti della sua efficacia dovrebbero, quindi, essere valutate esclusivamente in base all'ordinamento statale individuato dalle pertinenti norme di conflitto a carattere obiettivo.

A proposito della seconda delle tre questioni fondamentali sopra menzionate, può osservarsi che le opzioni garantite quanto alle modalità espressive dell'*electio* risultano vistosamente differenti da quelle previste rispettivamente nella Convenzione di Roma del 1980 e nei recenti regolamenti "Roma I" e "Roma II". Così è, in particolare, a proposito dell'alternativa ivi accolta tra un'*optio legis* espressa ed un'*optio legis* tacita. Secondo quanto inequivocabilmente disposto dall'art. 20, lett. a), 3° comma, l'accordo dei coniugi sulla legge applicabile alla separazione o al divorzio non può, infatti, che avvenire in forma scritta a pena di invalidità (forma scritta *ad validitatem*). Ciò si desume, oltre che dal linguaggio della norma in considerazione, anche dal riferimento ivi effettuato ad ulteriori requisiti formali, come la datazione dell'accordo e l'espressa equiparazione delle comunicazioni elettroniche a quelle scritte⁴⁶.

Altrettanto chiara è anche la motivazione sottostante tale decisione – e cioè quella di assicurare in ogni caso l'effettività della comune volontà dei coniugi – eliminando "alla radice" la possibilità di incertezze (evidentemente ritenute sempre possibili) nei casi in cui la volontà comune dei coniugi risulti sprovvista di una base dichiarativa. Sebbene lodevole nelle intenzioni tale soluzione ci pare però decisamente spropositata rispetto al fine perseguito e dunque anche inadeguata, poiché essa trascura il fatto che una volontà effettiva può anche emergere "in modo non equivoco" dalle "circostanze del caso". Brevemente quanto al termine per la conclusione del *pactum de lege utenda* è stato esplicitamente stabilito che, almeno in principio, può pervenirsi alla stipulazione di un siffatto

⁴⁶ Art. 20, lett. a), paragrafi 3 e 4.

accordo al più tardi al momento in cui è stata adita l'autorità giurisdizionale⁴⁷. Ciò significa dunque che ai coniugi è stata riconosciuta un'ampia (sebbene certamente non illimitata) libertà di scelta, non solamente a proposito della legge applicabile alla separazione personale o al divorzio, ma anche dei tempi in cui ad una siffatta *electio iuris* può pervenirsi, così come dimostrato in particolare dal fatto che ad essa può anche pervenirsi *in limine litis* ed addirittura persino oltre (cioè nel corso del procedimento giudiziario di separazione o divorzio) se ciò è espressamente consentito dall'ordinamento giuridico del foro.

Quanto, in ultimo, ai parametri da utilizzare per stabilire l'esistenza e la validità dell'accordo dei coniugi sulla legge regolatrice del divorzio ed i correlati effetti giuridici che da esso derivano deve osservarsi che la proposta “Roma III” reca una disciplina abbastanza imprecisa e frammentaria, così come evidenziato dalla circostanza che essa omette di stabilire alcunché in ordine all'esistenza ed alla validità del *pactum de lege utenda*. In linea con una soluzione già accolta in altri atti normativi ascrivibili al diritto internazionale privato e processuale comunitario, come, ad esempio, il regolamento “Roma I”, ci pare plausibile sostenere che l'esistenza e la validità sostanziale dell'accordo delle parti dovranno essere accertate in base alla legge che sarebbe applicabile alla separazione o al divorzio se l'accordo fosse valido.

5. L'adesione all'ormai non più recentissimo *trend* di diritto internazionale privato contemporaneo nelle materie familiare e personale favorevole ad un sempre più ampio riconoscimento del principio dell'autonomia della volontà dei privati non ha impedito, evidentemente, che nel nuovo atto normativo *in fieri* trovassero accoglimento anche alcune disposizioni sulla legge regolatrice del divorzio e della separazione personale dei coniugi in assenza di una *electio iuris*⁴⁸.

Conviene partire adesso – seguendo in principio il medesimo ordine espositivo della proposta regolamentare – dalla norma di conflitto primaria, e cioè dalla comune residenza abituale dei coniugi al momento della presentazione della domanda di separazione o divorzio. Si tratta del primo criterio di collegamento coordinato in modo gerarchico con i successivi tre criteri rispettivamente: a) dell'ultima residenza abituale dei coniugi (sempre che uno dei due vi risieda ancora); b) della legge della comune nazionalità degli sposi; c) della legge dello

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ In senso favorevole all'*electio iuris*, sia pure in misura ristretta, da parte degli sposi nei casi di separazione personale e divorzio si era espressa anche una risoluzione dell'*Institut de droit international* del 1987, anche pubblicata nella versione in lingua francese in *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 133 ss. In dottrina v. P. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Id.*, *La riforma*, cit., p. 37, in nota, ove si sostiene che un'*optio legis* potrebbe essere consentita anche nelle materie del divorzio e della separazione personale dei coniugi, visto in particolare il *trend* favorevole all'affermazione di tale facoltà di scelta in numerose branche di tali settori ordinamentali. V. anche R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità*, cit., p. 4, nota 4.

Stato in cui è stata presentata la domanda avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale (“*lex fori*”).

È importante precisare che la proposta “Roma III” omette di indicare che cosa debba intendersi per luogo di abituale residenza degli sposi. Si tratta di una lacuna verosimilmente non casuale e che, se la nostra interpretazione del fenomeno è corretta, è ulteriormente aggravata dall’assenza di una corrispondente definizione di residenza abituale anche nel regolamento 2201/2003⁴⁹. Uno sguardo al complesso degli strumenti normativi ascrivibili al settore della cooperazione comunitaria nelle materie civile e commerciale evidenzia però come una nozione di residenza sia stata recentemente inserita nel regolamento “Roma I” (art. 19). Sennonché una tale circostanza ci pare di nessuna utilità ai nostri fini particolari, poiché in tale regolamento comunitario manca una definizione della residenza abituale delle persone fisiche *non* professioniste. Da qui dunque l’impossibilità pratica di procedere ad una qualificazione *per relationem* di tale nozione a cui gli autori della proposta “Roma III”, nell’ottica di una flessibilizzazione del tradizionale metodo di soluzione dei conflitti di leggi, hanno affidato l’operatività della nuova norma primaria sulla legge applicabile al divorzio ed alla separazione personale in assenza di *electio. Rebus sic stantibus* è evidente la necessità di procedere ad una ricostruzione del concetto di residenza abituale in chiave “autonoma”, vale a dire con specifico riguardo all’applicazione delle disposizioni conflittuali in considerazione. Ciò che non deve però intendersi, sia chiaro, anche come un’assoluta impossibilità di fare riferimento a quelle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinarie concernenti la nozione di residenza abituale nel regolamento “Bruxelles II bis”. L’interdipendenza tra i due strumenti normativi in parola – piuttosto marcata soprattutto se si pensa ai conflitti di giurisdizioni – impedisce, infatti, di interpretare il requisito dell’autonomia di cui sopra in senso letterale e autonomo.

A proposito della qualificazione della nozione di residenza sovviene, innanzitutto, quanto già affermato in un’importante decisione della Corte di cassazione francese, in cui persuasivamente si è argomentato che per abituale residenza deve intendersi il “centro principale degli interessi”, sempre che però sia provvisto del carattere della stabilità⁵⁰. Se si aderisce a questa tesi sull’interpretazione del concetto di residenza abituale è evidente anche l’inutilità di procedere a delle successive (e spesso non facili!) verifiche sul carattere definitivo oppure solamente

⁴⁹ In argomento cfr. F. A. SCHOCKWEILLER, *Habitual Residence as a Connecting Factor in Question of Personal Status under Luxembourg Law*, in *NILR*, 1993, p. 115 ss.; E. CLIVE, *Concept of Habitual Residence*, in *The Juridical Review*, 1997, p. 137 ss.; P. ROGERSON, *Habitual Residence: Ten New Domicile ?*, in *ICLQ*, 2000, p. 106 ss. e, più recentemente, R. LAMONT, *The Habitual Residence and Bruxelles II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *JPIL*, 2007, p. 261 ss.; C. RICCI, *Il foro della residenza abituale nel Regolamento n. 2201/2003 e nella proposta Roma III*, in A. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUÍZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431.

⁵⁰ Si tratta della sentenza del 14 dicembre 2005, riprodotta anche in *RDIPP*, 2006, p. 853 ss.

temporaneo del predetto “centro degli interessi dei coniugi”⁵¹. Un altro importante corollario della predetta tesi è poi quello secondo cui è parimenti privo di senso stabilire un’eventuale intenzione delle parti di istituire in un determinato Paese membro il proprio centro principale e permanente di interessi⁵². Ma non basta; da quanto fin qui prospettato si ricava anche l’irrelevanza, sempre ai medesimi fini qualificatori, di un’eventuale iscrizione di uno o anche di entrambi gli sposi nei pubblici registri (*in primis* l’anagrafe) di uno Stato membro. Non è superfluo aggiungere che quanto fin qui sostenuto – oltre che confortato dalla sopra citata e naturale complementarietà del regolamento “Bruxelles II bis” e dell’istituendo regolamento “Roma III” – è facilmente ricavabile dalla *voluntas* del legislatore europeo di collegare le due principali fattispecie di rottura del vincolo matrimoniale al Paese con cui esse risultano maggiormente connesse. Quel che va rimarcato qui è, semmai, che in tale maniera gli autori della proposta “Roma III” hanno disatteso quelle esigenze di certezza del diritto – le quali pure sembrano essere state complessivamente perseguite in tale atto normativo – non ultimo a causa di quella eccessiva e quasi insostenibile “vaghezza” della nozione di residenza abituale che deriva anche dall’omessa specificazione dei suoi contenuti.

L’obiettivo di “flessibilizzare” il tradizionale metodo conflittuale della localizzazione spaziale pone anche la necessità di esaminare, in ultimo, la relazione intercorrente tra il criterio di collegamento della residenza abituale dei coniugi e quello, per molti aspetti simile, della prevalente localizzazione della vita matrimoniale. Come è noto, a quest’ultimo criterio è fatto un esplicito riferimento nell’art. 31 della legge n. 218/1995, il quale ne impone l’applicazione in via sussidiaria nei casi in cui manchi una nazionalità comune dei coniugi. Ridotta nei suoi termini essenziali, la questione da esaminare qui è quella se i criteri della residenza abituale e della prevalente localizzazione debbano oppure no considerarsi come sostanzialmente equivalenti. *Prima facie* sembrerebbe di sì, non soltanto in considerazione della comune finalità da essi perseguita ma anche per la notevole flessibilità che li contraddistingue. Senonché un’attenta valutazione della struttura e del normale *modus operandi* del criterio della localizzazione della vita matrimoniale fa emergere alcune importanti diversità, che è dunque opportuno richiamare sia pure sinteticamente. Ci riferiamo, in particolare, per adoperare la felice espressione di un altro autore, alla circostanza che il meccanismo dell’individuazione della legge regolatrice basato sul luogo di prevalente localizzazione della vita coniugale anzi che un *criterium individuationis*, stabilisce un meccanismo di approssimazione alla legge regolatrice, divisibile in due fasi alla prima delle quali la residenza abituale, al pari del domicilio, risulta ascrivibile⁵³. Ne consegue, pertanto, la maggiore complessità sia strutturale sia funzionale del suddetto criterio di collegamento, il quale pure annovera la resi-

⁵¹ Così esattamente F. SALERNO, *I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale*, in *RDIPP*, 2007, pp. 63-84.

⁵² V. la nota di I. GALLMEISTER (www.dalloz.fr, reperibile *on line*).

⁵³ Cfr. R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità*, cit., p. 14 ss.

denza comune degli sposi quale sua componente. Se questa ricostruzione è esatta, così come anche a noi pare, ne discende parimenti l'impossibilità di procedere a riferimenti pedissequi e meccanici alla pertinente prassi giurisprudenziale in materia di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, ai fini della futura applicazione della nozione di residenza abituale nell'istituendo regolamento "Roma III".

6. L'importanza del criterio di collegamento della cittadinanza nella disciplina conflittuale sul divorzio – percepita anche dal legislatore comunitario che nella proposta "Roma III" rinvia ad esso sia nell'art. 20, lett. a) ("Scelta della legge ad opera delle parti"), sia nell'art. 20, lett. b) ("Legge applicabile in mancanza di scelta delle parti") – è stata perfettamente colta già nel 1991 da Hèlene Gaudemet-Tallon, la quale acutamente ha osservato: "les mariages mixtes sont fort diverse et qu'un couple belge-français, ou italo-espagnol, ne posera pas les mêmes problèmes juridiques qu'un couple italo-algérien, ou franco-marocain"⁵⁴.

Procedendo con ordine, va osservato *in limine* al nostro discorso che l'applicazione al divorzio della legge della nazionalità comune dei coniugi o eventualmente di quella di uno soltanto di essi garantisce almeno astrattamente – oltre ad un elevato livello di sicurezza e prevedibilità del quadro normativo di riferimento – soprattutto una tutela della identità culturale dei coniugi, da cui chiaramente non può facilmente prescindere, almeno nei casi in cui l'intervento del legislatore comunitario si realizza nel settore del diritto di famiglia e delle persone fisiche. È peraltro vero che la cittadinanza dei coniugi può anche non esprimere in concreto l'identità degli sposi o, se si preferisce, il loro effettivo attaccamento culturale ("cultural attachment")⁵⁵. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla circostanza non inusuale in cui uno oppure entrambi i coniugi abbiano sviluppato legami particolarmente intensi con il loro Paese di domicilio o residenza abituale. Quanto fin qui osservato deve essere completato interrogandosi se – naturalmente ai meri fini dell'applicazione del criterio di collegamento della nazionalità nel futuro regolamento "Roma III" – si debba oppure no fare riferimento alla nazionalità comune agli sposi al momento della *presentazione* della domanda di divorzio. Una risposta nel senso della rilevanza della cittadinanza comune al momento della domanda di separazione o divorzio ci sembra suggerita dall'interpretazione della proposta regolamentare, la quale significativamente omette di indicare una diversa scansione temporale a cui gli interpreti dovrebbero riferirsi ai sopra indicati fini applicativi.

Ancora, preme evidenziare che la legge della nazionalità dovrebbe applicarsi, almeno in principio, anche nelle ipotesi in cui essa risulti non effettiva⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. H. GAUDEMÉT-TALLON, *La désunion*, cit., p. 203.

⁵⁵ In senso conforme cfr. V. GAERTNER, *op. cit.*, p. 123 ss., la quale fa l'esempio dell'adozione: "(...) where the application of the law of nationality led to the result that spouses could not adopt a child according to German law because they had the nationality of an Islamic country, which knows only the *kafala* but not full adoption".

⁵⁶ Cfr. H. GAUDEMÉT-TALLON, *La désunion*, cit., p. 87, note 2 e 3.

Se così non fosse, infatti, quale significato dovrebbe riconoscersi al precedente riferimento nella proposta di regolamento al criterio di collegamento fattuale della residenza abituale degli sposi? Quanto appena sostenuto, sia bene inteso, non significa peraltro che sia sempre e comunque irrilevante accertare la nazionalità maggiormente effettiva o, detto in termini differenti, che possa in ogni caso applicarsi al divorzio una cittadinanza non effettiva. Un approccio interpretativo come quello qui proposto (leggasi: la legge della nazionalità dovrebbe considerarsi operativa anche se eventualmente soltanto nominale e cioè priva di effettività) non è peraltro scevro da inconvenienti, almeno nei casi sempre più frequenti di coniugi con doppia nazionalità. È palese che in tali particolari circostanze la selezione della legge nazionale in quanto legge regolatrice del divorzio non può che risultare significativamente facilitata dal ricorso al principio di effettività. Basti osservare sul punto che le difficoltà poste dall’applicazione della cittadinanza al divorzio nei casi di cittadinanza doppia o plurima di uno o entrambi i coniugi, almeno a nostro parere, non potrebbero superarsi semplicemente mediante il riferimento al “primato” del diritto del foro sull’altra legge nazionale. Oltre all’evidente impossibilità di applicare tale criterio nel caso in cui entrambe le nazionalità siano diverse da quella del foro, resta la difficoltà pratica di giustificare tale approccio interpretativo se riferito alla proposta di regolamento “Roma III”, la quale ammette il richiamo della *lex fori* in *alternativa* alla nazionalità comune delle parti⁵⁷. Da qui dunque l’opportunità di fare ricorso in tali circostanze (leggasi: nei casi di nazionalità doppia o plurima) – anche in considerazione dei sopra esposti vantaggi pratici e nonostante il silenzio del dettato normativo sul punto – alla legge della cittadinanza più strettamente connessa con la fattispecie concreta⁵⁸.

Quanto sottolineato peraltro richiede alcune specificazioni ulteriori sul modo in cui concretamente deve determinarsi la legge nazionale effettiva. È da considerarsi forse come tale quella del Paese in cui è avvenuta l’integrazione sociale dei coniugi? In un suo celebre corso del 1986 Lagarde sembra suggerire che deve intendersi come effettiva la legge del foro e non quindi quella del luogo in cui è avvenuta l’integrazione sociale, poiché: “l’État du for ne peut, sans renoncer au principe de souveraineté, admettre que l’un de ses nationaux ait une allégeance prépondérante étrangère”⁵⁹. Ma è forse tale ragionamento, indubbiamente assai suggestivo, proponibile anche in un *milieu* normativo-istituzionale comunitario, come quello a cui è riconducibile la proposta “Roma III”? La risposta ci pare debba essere negativa, per almeno le seguenti due ragioni: a) la circostanza che il primo criterio di collegamento ivi previsto per i casi di assenza di *optio legis* è la comune residenza abituale dei coniugi (e cioè un criterio già

⁵⁷ In aggiunta a quanto osservato nel testo non possono poi tacersi le difficoltà create da una tale soluzione nel settore del riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze straniere. In argomento v. H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion*, cit., p. 86 ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 87, note 2 e 3. p. 87.

⁵⁹ Cfr. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *RCADI*, 196, 1986-I, p. 13 ss.

ispirato all'effettività); b) il "ridimensionamento" del ruolo della *lex fori*, che nella proposta regolamentare sembrerebbe applicabile solamente in un numero ben definito di ipotesi. Da qui conseguentemente, almeno a nostro avviso, la maggiore plausibilità dell'opinione che "ancora" l'effettività della nazionalità dei coniugi, almeno in principio, alla loro integrazione sociale in un determinato Paese.

7. Il duplice richiamo alla legge del foro nella proposta regolamentare, rispettivamente previsto nella disciplina di conflitto a carattere soggettivo ed in quella a carattere oggettivo, è stato fortemente voluto da taluni Paesi dell'Unione europea, probabilmente anche per i vantaggi eminentemente pratici prodotti dalla sua applicazione alle ipotesi di scioglimento del vincolo coniugale (ivi comprese quelle con elementi di estraneità)⁶⁰. Si pensi, al fine di meglio comprendere tali convenienze, alle obiettive difficoltà che, ad esempio nel Regno Unito, potrebbe eventualmente produrre l'applicazione alla dissoluzione del vincolo matrimoniale di due soggetti ivi domiciliati e/o abitualmente residenti di una legge straniera che ammetta il divorzio solamente per colpa imputabile ad uno dei due sposi. Nondimeno, almeno se la nostra interpretazione è corretta, è assai discutibile che i suddetti vantaggi debbano prevalere in ogni caso su quelli derivanti dall'applicazione del diritto straniero nel foro (si pensi, a tale riguardo, a quelli connessi all'applicazione ad un divorzio o eventualmente ad una separazione personale tra coniugi di diversa nazionalità della legge maggiormente appropriata in quanto più strettamente connessa alla fattispecie concreta)⁶¹.

Prospettata la questione in termini differenti non va nemmeno trascurato che possono esistere addirittura delle "controindicazioni" ad un'applicazione sistematica della legge del foro ai divorzi con elementi di estraneità. Tali possibili "controindicazioni" emergono con esemplare chiarezza se si considerano le principali questioni e, prima ancora, le perplessità sollevate dall'ormai celebre art. 310 del codice civile francese che, nella versione emendata dalla legge dell'11 luglio 1975, abbastanza singolarmente prevede che il divorzio tra due coniugi domiciliati in Francia è in ogni caso regolato dalla legge francese⁶². La suddetta norma di conflitto unilaterale – introdotta nell'ordinamento giuridico francese allo scopo di permettere l'applicazione della locale legge sul divorzio a tutte le coppie domiciliate in Francia anche se provenienti da Paesi in cui lo scioglimento del vincolo coniugale non è invece consentito – appare infatti,

⁶⁰ Cfr. V. GAERTNER, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁶¹ Non va nemmeno trascurato però che l'applicazione della *lex fori* è anche suscettibile di causare taluni inconvenienti. Sul punto v. R. CLERICI, *Separazione personale dei coniugi. IV) Diritto internazionale privato e processuale*, in EG, 1998, p. 4, la quale correttamente osserva che l'applicazione della legge del foro può, ad esempio, anche rendere difficile il riconoscimento all'estero di una pronuncia italiana in materia di divorzio o separazione dei coniugi.

⁶² In argomento v. *ex multis* P. FRANCESKAKIS, *Le suprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international*, in Rev. cr. DIP, 1975, p. 553 ss.; P. COURBE, *Le divorce international, premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé 1989-1990*, pp. 123-140.

almeno attualmente, decisamente sproporzionata nei suoi effetti rispetto al suo obiettivo primario, così come è anche ben evidenziato dalla circostanza che il divorzio, diversamente dalla separazione personale dei coniugi, è un istituto giuridico ormai a carattere quasi universale⁶³. Ma non basta; essa, abbastanza irragionevolmente, al pari di tutte le corrispondenti norme di conflitto unilaterali, nella sua operatività meccanicistica è suscettibile di privare le coppie domiciliate in Francia ma di cittadinanza non francese della possibilità di vedere applicata la loro legge personale alla rottura del vincolo di coniugio. Orbene – anche a volere prescindere qui da una naturale *affectio* degli sposi nei riguardi della propria legge di nazionalità e dunque dal loro pur comprensibile e frequente desiderio che quest’ultima regoli una vicenda tanto intima e strettamente legata all’“identità personale” ed anche al credo religioso come il divorzio – non va nemmeno sottovalutata la circostanza che un siffatto approccio sistematico potrebbe essere persino contrario, almeno in taluni casi specifici, al *favor divortii* (quest’ultimo posto a fondamento dell’applicazione in ogni caso della legge francese), poiché la legge della cittadinanza comune dei coniugi ben potrebbe essere ad esso persino più favorevole, magari perché maggiormente permissiva rispetto a quella francese⁶⁴. Da qui conseguentemente l’opportunità, in una prospettiva *de iure condendo*, di un più moderato ricorso alla *lex fori* nel contesto del nuovo regolamento comunitario “Roma III”. In particolare, ci parrebbe auspicabile che all’applicazione della legge del foro fosse possibile pervenire esclusivamente per il tramite di norme di conflitto bilaterali, vale a dire di disposizioni internazionalprivatistiche che alternativamente prevedano il richiamo (antecedentemente o successivamente alla *lex fori*) di altri ordinamenti giuridici.

Occorre domandarsi adesso se la norma che nella proposta di regolamento “Roma III” richiama la “*lex fori*” debba intendersi, analogamente all’art. 31, 2° comma, della l. 218/1995, come una disposizione di conflitto speciale direttamente espressiva di un principio di ordine pubblico del foro⁶⁵. Detto in termini diversi, deve forse interpretarsi l’operatività di tale disposizione regolamentare come un limite al funzionamento del tradizionale metodo di localizzazione delle fattispecie? È appena il caso di osservare che il quesito in parola ha nel contesto del divorzio un’importanza pratica minore che in quello contiguo della separa-

⁶³ Cfr. E. G. AUTORINO, *Divorzio in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. (civ)*, VI, 1990, p. 501 ss.

⁶⁴ Per alcune interessanti osservazioni a carattere generale sulla fisionomia e l’operatività del *favor divortii* v. R. BARATTA, *Separazione e divorzio nel diritto internazionale privato italiano*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002, p. 1536 ss. V. anche I. VIARENGO, *In tema di legge regolatrice del divorzio e localizzazione del rapporto matrimoniale*, in *RDIPP*, 1993, p. 315 ss.

⁶⁵ Sul punto v. P. PICONE, *I metodi*, cit., p. 41 ss., il quale ha parlato dell’art. 31, 2° comma, della l. 218/1995 come (quasi) di una disposizione speciale di ordine pubblico. V. anche del medesimo autore, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in ID., *La riforma*, cit. p. 296 ss., in cui si precisa che la norma in questione appartiene al metodo classico dei conflitti di leggi. Sulla nozione di disposizioni di conflitto speciali individuate sulla base dei principi di ordine pubblico del foro v. A. BUCHER, *L’ordre public et le but sociale en droit international privé*, in *RCADI*, 239, 1993, p. 9 ss.

zione personale dei coniugi. Ciò in quanto la separazione costituisce, come già ricordato, un'istituto giuridico ancora sconosciuto in taluni Paesi a differenza del divorzio, ormai ammesso invece in quasi tutti gli Stati occidentali⁶⁶. Ne consegue che una risposta affermativa al suddetto interrogativo ci pare l'unica corretta, poiché direttamente suggerita da quel *favor divortii* che, sempre a nostro avviso, ispira la proposta di regolamento nel suo complesso⁶⁷.

Se è però il *favor divortii* a suggerire che la legge del foro può funzionare come un limite all'applicazione della *lex causae* ai divorzi internazionali ne discende altresì, a rigore di logica, che la *lex fori* dovrebbe potere essere disattesa a favore della legge straniera richiamata dalle pertinenti norme di conflitto (*lex causae*) nel caso contrario, cioè in quello in cui sia essa invece ad ignorare il divorzio ("cosiddetta ipotesi dell' "ordine pubblico a contrario"). Ad un siffatto risultato (*id est*, all'applicazione della legge che riconosce il divorzio) potrebbe facilmente pervenirsi anche senza attribuire un vistoso e *politically incorrect* – sul piano internazionale – "primato" alla legge del foro su quella straniera. Se la nostra interpretazione è esatta, ad esso potrebbe arrivarsi, ad esempio, anche mediante l'inserimento nella proposta di una norma internazionalprivatistica alternativa la quale – anziché sancire *sic et simpliciter* l'applicazione della legge del foro (sia pure nel caso in cui essa disciplini il divorzio a differenza della *lex causae*) – preveda l'applicazione di una seconda legge straniera, purché però si tratti di una legge sufficientemente collegata alla vita matrimoniale dei coniugi e naturalmente a condizione che pure essa effettivamente contempli l'istituto del divorzio. L'intenzione di rispondere adeguatamente ad una rilevante crisi del rapporto matrimoniale potrebbe così essere perseguita in una "prospettiva internazionalistica", tramite il collegamento della fattispecie concreta ad un ambiente sociale e normativo più strettamente connesso alla medesima rispetto a quello del Paese del foro la cui legge – ad esempio nei casi di divorzi tra coniugi stranieri – risulti in principio inapplicabile (salvo naturalmente che si dimostri *in concreto* che quest'ultima è, invece, la realtà ordinamentale più strettamente connessa al caso specifico).

In circostanze come quelle appena esemplificate (*id est*, nei casi di divorzi tra stranieri) è, infatti, assai inverosimile sostenere che gli interessati possano ragionevolmente prevedere l'applicazione del diritto materiale del foro alla rottura del loro rapporto coniugale. Ma non basta; se si adottasse nel testo definitivo del regolamento l'approccio alternativo da noi qui suggerito, verrebbe anche scongiurato l'equivoco di una disciplina di conflitto semplicemente ispirata ad un'esigenza pratica di semplificazione e realizzata mediante la previsione di una coincidenza in ogni caso (*rectius*: salvo prova contraria) tra *ius* e *forum* (leggasi: tra la giurisdizione

⁶⁶ Cfr. E. G. AUTORINO, *op. cit.*, p. 501 ss.; M. T. MEULDEERS-KLEIN, *La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale*, in *RIDC*, 1989, p. 21 ss.; L. PALSSON, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, Leiden, 1974.

⁶⁷ È appena il caso di osservare qui che il *favor divortii* è il corollario di un principio giuridico opposto rispetto a quello all'origine della concezione non contrattualistica del matrimonio in base a cui, come è noto, lo scioglimento del vincolo coniugale è ammissibile nei soli casi in cui il matrimonio non possa realizzare la sua funzione economico-sociale.

zione internazionalmente competente e la legge regolatrice del divorzio). Ma non basta, verrebbero anche apprezzabilmente diminuiti i rischi che un ricorso quasi sistematico alla *lex fori* naturalmente comporta sulle prospettive di riconoscimento all'estero delle decisioni giudiziarie rese dalle competenti autorità del foro⁶⁸. Quanto fin qui osservato – a proposito del cosiddetto “ordine pubblico a contrario” e delle soluzioni alternative ad esso – sembra comunque superato dal fatto che – alquanto irragionevolmente e nonostante il *favor divortii* (assai vistoso soprattutto se si pensa all'*electio iuris*) – nell'attuale proposta “Roma III” la legge del foro non può essere disapplicata a favore della *lex causae* nell'ipotesi in cui sia essa (e non invece quest'ultima) ad ignorare il divorzio. Tale possibilità ci sembra, infatti, definitivamente esclusa dall'art. 20, lett. e), 1° alinea, il quale prevede: “nulla nel futuro regolamento deve intendersi come un obbligo per le autorità giurisdizionali degli Stati membri di pronunciare un divorzio se questo non è previsto nell'ordinamento giuridico del Paese di appartenenza”.

Quanto fin qui esposto non deve fare trascurare che il regime processuale, le condizioni e le modalità di presentazione della domanda di divorzio sono, almeno in principio, disciplinati dalla legge del foro a titolo di *lex processualis*⁶⁹. Ma non basta; una generale competenza deve essere riconosciuta alla *lex fori* anche a proposito delle questioni preliminari. Si pensi, a riprova dell'esattezza di quanto appena sostenuto, al caso di un matrimonio tra due lesbiche che, pur se validamente contratto in Olanda, è invalido secondo la legge italiana. Tuttavia se le questioni preliminari non venissero riconosciute di competenza della legge del foro in un caso come quello appena ipotizzato si dovrebbe concludere nel senso della validità in Italia, ai fini internazionalprivatistici, di un siffatto matrimonio – ovviamente nella circostanza in cui la domanda di divorzio sia presentata al giudice italiano internazionalmente competente – nonostante esso sia indiscutibilmente invalido perché contrario all'ordine pubblico italiano. Detto in altri termini, è evidente che in caso contrario – e cioè se si disconoscesse la competenza esclusiva della legge del foro per la disciplina di tali questioni – si perverrebbe ad un risultato nel medesimo tempo paradossale e, ciò che non è meno trascurabile, in contrasto con l'art. 20, lett. e), 1° alinea della proposta di regolamento (“*Differences in national law*”), nella parte in cui esso prevede: “Nothing in this Regulation shall oblige the courts of a Member State whose law does not provide for divorce or does not recognise the marriage in question for the purposes of divorce proceedings to pronounce by virtue of the application of this Regulation”. In conclusione, giova osservare che le considerazioni fin qui effettuate sull'ambito di applicazione materiale delle norme conflittuali sul divorzio si motivano anche, nonostante il silenzio della disciplina comunitaria *in fieri* sul punto in parola, con la tendenza – solitamente ravvisabile anche nelle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e processuale – alla

⁶⁸ Questo è però vero se il sistema di riconoscimento straniero preveda una verifica del diritto sostanziale applicato al divorzio. Così correttamente R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità*, cit., p. 24 ss.

⁶⁹ Cfr. R. BARATTA, *op. ult. cit.*, p. 32.

progressiva espansione dello statuto sul divorzio la quale, a propria volta, lungi dall'essere immotivata, in quanto produttiva dell'accentramento in un'unica legge del complesso delle relazioni giuridiche che richiedono di essere definite in seguito all'attenuazione o allo scioglimento del rapporto coniugale, presenta invece il non trascurabile vantaggio di evitare o comunque ridurre un eventuale ed eccessivo frazionamento della disciplina regolatrice del divorzio⁷⁰.

8. La rilevanza dell'ordine pubblico anche nel settore dei conflitti di leggi, oltre che in quello contiguo del riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere in materia di divorzio, può cogliersi con immediatezza se si riflette sulla potenziale sfera di operatività di tale eccezione che è inevitabilmente condizionata dall'intrinseca eterogeneità dei divorzi internazionali⁷¹.

Resta da comprendere – ed al riguardo scarsamente utile ci sembra la lettera dell'art. 20, lett. e) (*public police*) – la funzione assolta in positivo dall'eccezione dell'ordine pubblico nella futura disciplina comunitaria. Sintetizzando in questa sede un discorso che meriterebbe una più estesa trattazione ci pare che l'operatività dell'ordine pubblico nella proposta “Roma III” non possa che farsi dipendere da una valutazione di compatibilità delle modalità di divorzio con l'ordine giuridico del foro considerato nella sua complessità e generalità. In altri termini, sembrerebbe necessario dimostrare che le modalità previste dalla *lex causae* per il divorzio siano incompatibili con la *lex fori* poiché, ad esempio, escludono la possibilità di un divorzio consensuale oppure, al contrario, in quanto lo prevedono diversamente dall'ordinamento giuridico del foro. Soltanto allora, infatti, risulterebbe legittimo disapplicare la singola norma o norme della legge straniera individuate secondo i criteri di collegamento previsti nella pro-

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 33-55.

⁷¹ Sui problemi posti dal riconoscimento delle sentenze e decisioni giudiziarie straniere in materia di divorzio e separazione personale dei coniugi v. *ex multis* P. PICONE, *Sentenze straniere e norme di conflitto*, in *Id.*, *La riforma*, cit., p. 477 ss.; *Id.*, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *RDIPP*, 2000, p. 381 ss.; *Id.*, *Diritto di famiglia e riconoscimento delle sentenze straniere nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Id.*, *Studi*, cit., p. 694 ss.; F. GARAU SOBRINO, *El reconocimiento en España de las resoluciones judiciales extranjereras en materia matrimonial*, in *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, p. 297 ss.; C. BRUNEAU, *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne*, in *La Semaine Juridique*, 2001, p. 803 ss.; F. MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *RDIPP*, 2001, p. 550 ss.; B. STULESE, *Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce*, in *La Semaine Juridique*, 2001, p. 247 ss.; F. DANOVÌ, *Riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio e intervento necessario del p.m.*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 529 ss.; F. COLLIENNE, *La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit International privé*, in *Revue générale de droit civil*, 2005, p. 445 ss.; P. WAUTELET, *La dissolution du mariage en droit International privé – compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères*, in *Actualités du contentieux familial international*, Bruxelles, 2005, p. 69 ss.; K. MCQUAID, *Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2006, p. 374 ss.

posta di regolamento. Così come anche suggerito dall’art. 20, lett. e) tale incompatibilità dovrebbe poi essere manifesta. Ne consegue quindi che la *lex causae* non potrebbe in nessun caso essere disapplicata mediante il ricorso all’eccezione dell’ordine pubblico nell’ipotesi in cui esista, invece, un’incompatibilità solamente “lieve” come, ad esempio, quella ravvisabile ogni qualvolta la legge straniera richiamata preveda il decorso di un periodo temporalmente assai più breve rispetto a quello stabilito dalla *lex fori* quale requisito indispensabile per il positivo accoglimento della domanda di divorzio.

Quid iuris, però, nella diversa ipotesi di una legge straniera estremamente severa nella disciplina della condizioni di ammissibilità del divorzio? Formulato in termini diversi, il quesito riguarda la questione se, in siffatte circostanze, sarebbe oppure no possibile esperire l’eccezione di ordine pubblico. Almeno *prima facie* la proposta di regolamento “Roma III” parrebbe suggerire una risposta affermativa. Un’ulteriore conferma di quanto appena sostenuto può ricavarsi dal *favor divortii*, a cui è ispirata l’istituenda disciplina regolamentare nel suo complesso così come dimostrato, in particolare, dalla facoltà dei coniugi di scegliere la legge applicabile. Tuttavia, sebbene una tale possibilità non possa obiettivamente escludersi, essa è da ritenersi comunque residuale, poiché l’eccezione dell’ordine pubblico è ammissibile unicamente nell’ipotesi in cui si riscontri una manifesta incompatibilità *in concreto* tra i valori dell’ordinamento giuridico del foro ed i contenuti della *lex causae*⁷².

Il ragionamento fin qui sviluppato sui controlli ed i limiti all’applicazione nel foro della legge straniera regolatrice del divorzio non sarebbe peraltro completo se circoscritto a quanto fin qui stabilito: vale a dire prescindendo dalla necessità di valutare la conformità della *lex causae* solamente rispetto al generale limite dell’ordine pubblico del foro. È pertanto opportuno fare anche alcuni accenni ad un’altra questione – soltanto apparentemente distante dalla prima – e cioè quella riguardante i controlli di conformità e/o eventuale difformità della legge regolatrice del divorzio rispetto alle (o meglio ad alcune) norme fondamentali sulla protezione dei diritti dell’uomo. “Testare”, per così dire, la compatibilità delle norme giuridiche in materia di separazione personale e divorzio (siano esse del foro, del Paese della nazionalità comune oppure della residenza abituale) rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) e, in tale particolare contesto normativo-istituzionale, rispetto alla libertà religiosa risulta, infatti, quanto mai opportuno, soprattutto se si considerano i forti legami esistenti (*in primis* nelle società extra-europee) tra la disciplina giuridica applicabile alle

⁷² Sull’ammissibilità dell’eccezione dell’ordine pubblico nei casi in cui la legge straniera richiamata dalla norma di conflitto ammetta il divorzio solamente in casi eccezionali ma comunque ricorrenti nella fattispecie v. R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità*, cit., p. 26, il quale acutamente rileva che in caso contrario si avrebbe una: “differenza di trattamento fra il cittadino italiano sposato con uno straniero il quale otterrebbe facilmente il divorzio nel primo caso (se la *lex causae* non preveda il divorzio), ma non nel secondo (vale a dire nell’ipotesi in cui il divorzio sia estremamente difficile)”. Una tale diversità evidentemente sarebbe irragionevole e contrastante con il principio di eguaglianza.

materie della separazione personale e del divorzio ed il fenomeno religioso complessivamente inteso⁷³.

Quanto appena precisato, si badi bene, non deve peraltro essere inteso nel senso che dalla CEDU possano ricavarsi, per dirla in francese, delle “normes de conflits cachées” ovvero, indirettamente, delle disposizioni internazionalprivatistiche da talune norme convenzionali su singoli diritti e libertà fondamentali⁷⁴. Una siffatta opinione, chiaramente evocativa di quelle teorie che hanno ricavato l’esistenza di norme internazionalprivatistiche nei Trattati comunitari⁷⁵, non sarebbe, sempre se la nostra interpretazione del fenomeno è corretta, da condividersi, soprattutto perché essa risulterebbe irrimediabilmente smentita dalla funzione propria delle norme pattizie sulla tutela internazionale dei diritti umani (ivi comprese naturalmente quelle sulla libertà religiosa), la quale è essenzialmente quella dell’imposizione di obblighi agli Stati contraenti (a seconda dei casi “positivi” o “negativi”) sul trattamento dei cittadini e, più in generale, di tutte le persone fisiche e giuridiche sottoposte al loro *imperium*. È chiaro, infatti, che trattasi di una funzione ontologicamente diversa da quella finalità di coordinamento ordinamentale che, invece, è tipica delle norme internazionalprivatistiche.

9. Da quanto fin qui osservato è agevole desumere che l’applicabilità del futuro regolamento “Roma III” dipende, almeno in taluni circostanze, dall’esistenza di disposizioni internazionalprivatistiche di fonte convenzionale applicabili nel Paese del foro alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio. L’art. 1, lett. b) della proposta testualmente prevede: “il regolamento non pregiudica l’applicazione di convenzioni internazionali di cui uno o più Stati sono parti al momento della sua adozione”.

⁷³ In senso conforme anche V. GAERTNER, *op. cit.*, p. 126 ss.

⁷⁴ Cfr. tra i molti P. KINSCH, *The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Convention on Human Rights Institutions*, in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, 2004, p. 224 ss.; ID., *Droit de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *RCADI*, 318, 2007, p. 9 ss.; B. JURATOWITCH, *The European Convention on Human Rights and English Private International Law*, in *JPIL*, 2007, p. 173 ss.

⁷⁵ In argomento v. *ex multis* C. KOHLER, *La Cour de Justice des communautés européennes et le droit international privé*, in *Droit international privé: travaux du Comité français de de droit international privé 1993-1994*, p. 71 ss.; S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *RDIPP*, 2003, p. 671 ss.; G. DE BAERE, *Is This a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce*, in *Maastricht JECL*, 2004, p. 287 ss.; S. GRUNDMANN, *Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order*, in A. FUCKS (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 5 ss.; B. AUDIT, *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois*, in *JDI*, 2006, p. 1333 ss.

La previsione – che può agevolmente essere considerata come una sorta di ideale sintesi fra l’obiettivo della realizzazione di forme di cooperazione astrattamente estese a tutti i Paesi del mondo e la necessità di dare vita nel contesto regionale europeo ad una disciplina internazionalprivatistica omogenea – è comunque suscettibile di produrre conseguenze trascurabili sul piano pratico-applicativo, considerato soprattutto il carattere fin troppo “prudente” della codificazione realizzata dalla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato nella materia che qui interessa. Ci riferiamo, in particolare, alla Convenzione dell’Aja del 1970, di cui è parte contraente l’Italia, significativamente circoscritta soltanto al riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie riguardanti lo scioglimento del vincolo coniugale⁷⁶. Detto in altre parole, il carattere “cedevole” delle disposizioni di diritto dell’UE non si risolve pertanto, nella pratica, almeno se si ha riguardo alla situazione attuale, in una mancanza di uniformità della disciplina internazionalprivatistica *in fieri* concernente la separazione personale ed il divorzio in Europa. L’art. 1, lett. b) precisa, peraltro, che il futuro regolamento “Roma III” è destinato a prevalere sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più Paesi membri, nella misura in cui tali convenzioni internazionali riguardino materie trattate dal regolamento.

Fonte di disposizioni immediatamente applicabili negli ordinamenti giuridici dei Paesi membri, il futuro regolamento “Roma III” è destinato a prevalere, invece, sulle norme nazionali con esso incompatibili. Ciò comporta la disapplicazione – nei Paesi membri – delle disposizioni interne sui conflitti di leggi e giurisdizioni in materia di separazione personale dei coniugi e divorzio, ogni qualvolta si tratti di disciplinare fattispecie rientranti, sotto qualsiasi profilo, nella sfera di applicazione *ratione materiarum* della disciplina uniforme. Per quanto concerne l’Italia, dovranno ritenersi inoperanti – dopo la definitiva adozione del regolamento *de quo* – gli articoli 31 e 32 della l. 218/1995, rispettivamente concernenti la competenza giurisdizionale e la legge regolatrice della separazione personale e del divorzio.

⁷⁶ Cfr. *ex multis* P. FRANCESKAKIS, *La prudente élaboration par la Conférence de la Haye d’une convention sur le divorce*, in *JDI*, 1965, p. 24 ss.; P. BELLET, B. GOLDMAN, *La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*, *ivi*, 1969, p. 847 ss.; T. BALLARINO, *La Convenzione dell’Aja del 1° giugno 1970 sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali*, in *Foro padano*, 1986, n. 2, p. 135 ss.; R. CLERICI, *Una codificazione troppo prudente? A proposito della convenzione dell’Aja sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali*, in *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 313 ss.; G. BADIALI, *Il riconoscimento di divorzi e di separazioni personali nella Convenzione dell’Aja del 1° giugno 1970*, Napoli, 1997.

Abstract

The Law Applicable to Divorce and Judicial Separations under the “Rome III” Proposal

In July 2008, the European Commission tabled a new proposal for a Regulation on the Law Applicable and Jurisdiction in Divorce Matters (Rome III) (cited as the Proposal). The Commission’s Proposal has been tabled as a Regulation. This new institutional framework ensures efficient and swift harmonisation, as Regulations, unlike Conventions, do not have to be implemented in accordance with each Member State’s constitutional requirements. Moreover, new instruments become part of the “*acquis communautaire*”. The Commission’s Proposal deserves significant attention, as it will create a legal instrument governing the choice of law for divorces and judicial separations in a European Union of 27 Member States with more than 500 million inhabitants and varied, multicultural and dynamic societies. The Proposal, nevertheless, is not revolutionary. In this article, we will examine the choice of laws provisions in the Proposal and discuss the possible impact of these rules on certain Member States, in particular Italy and Spain.

La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizione e natura giuridica del diritto d'uso delle frequenze. – 3. Base giuridica e quadro normativo-istituzionale. – 4. Competenze ed evoluzione dei mercati sottoposti a regolazione settoriale. – 5. Natura degli atti in materia e procedura di comitologia. – 6. Pianificazione strategica e armonizzazione. – 7. Il principio di neutralità tecnologica e dei servizi. – 8. I sistemi di autorizzazione generale e di concessione dei diritti d'uso. – 9. Trasferibilità dei diritti individuali e “cambiamento d'uso” delle frequenze per altri servizi. – 10. Il regime speciale delle frequenze per la radiodiffusione.

1. La politica dello spettro radio è uno degli aspetti del mercato interno delle comunicazioni elettroniche, in cui si registrano i maggiori cambiamenti dopo l'adozione della direttiva 2009/140/CE (in prosieguo: *direttiva legiferare meglio*)¹. La maggiore flessibilità tecnologica ed i risultati ottenuti dalle misure di regolazione sono alla base di questa parziale riforma, che accresce la liberalizzazione dei mercati, realizzata circa dieci anni fa per quanto riguarda l'accesso degli operatori alle reti e ai servizi di telecomunicazioni.

La decisione sullo spettro radio n. 2002/676/CE (in prosieguo: *decisione spettro radio*) riconosce l'interesse generale degli Stati membri nella gestione delle radiofrequenze a tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali, in quanto contribuisce “alla libertà di espressione che comprende la libertà di opinione e la libertà di ottenere e trasmettere informazioni e idee senza distinzione di frontiere nonché la libertà dei mezzi di comunicazione di massa e il loro pluralismo”².

¹ Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *GUUE* L 337, 18 dicembre 2009, p. 37. La direttiva è denominata “legiferare meglio”, in quanto segue il metodo dell'aggiornamento periodico della legislazione in vigore al progresso tecnico e all'evoluzione dei mercati. Sulle caratteristiche e i risultati dell'iniziativa “legiferare meglio”, v. COM(2009)15 def., del 28 gennaio 2009, terzo esame strategico del programma per legiferare meglio nell'Unione europea.

² Decisione 2002/676/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio nella Comunità europea, *GUCE*

Nella definizione della *direttiva legiferare meglio*, le radiofrequenze sono “una risorsa pubblica molto limitata”, che riveste un importante valore sociale, culturale ed economico³. Il nuovo regime è caratterizzato dalla libertà di scambi tra privati e dalla progressiva affermazione del principio di neutralità dei servizi, mentre ridefinisce responsabilità e funzioni degli Stati membri in un quadro di principi comuni europei e, se del caso, di armonizzazione normativa dell'utilizzazione di specifiche bande di frequenza.

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, le Amministrazioni e le Autorità di regolazione nazionale (in prosieguo: ARN) non partecipano “allo sfruttamento del bene costituito dai diritti d'uso dello spettro delle frequenze radio”, ma esercitano esclusivamente un'attività di controllo e di regolamentazione⁴. In altre parole, il canone pagato dagli operatori per il diritto d'uso di una banda di frequenza non costituisce una forma di partecipazione dello Stato membro all'attività economica svolta dai privati. Tale ruolo non cambia neanche in occasione del trasferimento dei diritti d'uso tra privati.

Nel caso *Bouygues*, il Tribunale dell'UE ha ribadito il valore economico delle licenze, che autorizzano l'esercizio di un'attività economica e rappresentano “titoli per l'occupazione o l'utilizzo del demanio pubblico corrispondente”⁵. L'ARN fissa l'importo dei canoni dovuti dagli operatori interessati, in considerazione del presumibile valore⁶. Agli Stati membri spetta, al contempo, un ruolo di regolamentazione delle comunicazioni e un “ruolo di gestione del patrimonio pubblico costituito dallo spazio hertziano”⁷. La Corte di giustizia, confermando la correttezza di tali affermazioni, precisa che il valore delle licenze dipende dal momento dell'accesso al mercato di ogni singolo operatore interessato al

L 108, 24 aprile 2002, p. 1, 3° considerando.

³ V. il 24° considerando e l'art. 8 *bis* della direttiva 2009/140/CE, cit.

⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, causa C-284/04, *T-Mobile Austria GmbH e al. c. Austria*, *Raccolta*, p. I-5189, punto 44 ss. In senso contrario v. le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, presentate il 7 settembre 2006. V. anche la parallela sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, causa C-369/04, *Hutchison 3G UK Ltd e al. c. Commissioners of Customs and Excise*, *ivi*, p. I-5247. Per un commento, v. K. NIKIFARAVA, *La funzione di regolazione del mercato: conferme e nuove prospettive nell'ambito Iva*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1613 ss.; O. OKEOGHENE, *Case C-369/04 Hutchison 3G UK Ltd and others v. Commissioners of Customs and Excise and C-284/04, T-Mobile Austria GmbH and others v. Republik Osterreich*, with annotation, in *CML Rev.*, 2008, p. 1269 ss.

⁵ V. sentenza del Tribunale del 4 luglio 2007, causa T-475/04, *Bouygues c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-2097, punto 101. Il caso riguardava un ricorso contro una decisione della Commissione in materia di aiuti in relazione alla riduzione da parte dello Stato francese dei canoni fissati in un primo momento a due operatori UMTS.

⁶ V. *amplius infra*, paragrafi 8 e 9.

⁷ “L'esercizio di funzioni sovrane non esclude quindi che si possa tenere conto di elementi di ordine economico ai fini della gestione patrimoniale di una risorsa pubblica rara quali le radiofrequenze, che costituiscono lo spazio pubblico hertziano sul quale può concedersi un diritto di accesso o un diritto di uso” (sentenza del Tribunale nella causa *Bouygues*, cit., punto 104).

momento dell'inizio dell'erogazione del servizio, vale a dire dalla concreta utilizzazione delle frequenze⁸.

2. Le frequenze sono considerate dalla dottrina prevalente un bene di proprietà pubblica⁹. L'impostazione tradizionale considera lo spettro radio come una risorsa naturale, costituita da onde radioelettriche con diversa capacità fisica di propagazione, rappresentabile con metafore di tipo spazio-territoriale¹⁰. A seguito degli sviluppi tecnologici, appare invece preferibile porre la prospettiva dell'analisi giuridica piuttosto sull'attività di comunicazione elettronica "senza fili", che sulle bande di frequenza¹¹. Dopo la fine del periodo transitorio della riforma in parola, saranno soprattutto gli operatori a determinare quali e quante siano le bande di frequenze da utilizzare, nonché le caratteristiche delle apparecchiature di trasmissione e ricezione, per l'erogazione delle diverse tipologie di servizi senza interferenze dannose (principio di neutralità tecnologica e dei servizi). Il ruolo delle amministrazioni nazionali e dell'Unione si modifica in materia tramite l'ampliamento del ruolo di controllo e la riduzione delle funzioni di pianificazione e gestione.

Nell'evoluzione in corso, la natura giuridica del bene pubblico delle frequenze può essere oggi declinata, almeno in parte, nella variante dei "beni comuni" (*commons*)¹². Negli Stati Uniti, il diritto individuale d'uso di una banda

⁸ V. sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009, *Bouygues c. Commissione*, causa C-431/07 P, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 119. Secondo la Corte, la parità di trattamento degli operatori, prevista dalla normativa comunitaria, consentiva allo Stato francese un allineamento verso il minor canone fissato per il terzo operatore, che aveva richiesto successivamente una licenza. Alla motivazione della decisione contribuiscono in maniera determinante le circostanze che i primi due operatori assegnatari non avessero ancora iniziato a svolgere la loro attività e che, per le caratteristiche del bando, avrebbero potuto ancora rinunciare a svolgere l'attività o impugnare la fissazione del canone sulla base del diverso trattamento ottenuto dal terzo operatore.

⁹ Per una sintesi del contributo della dottrina italiana alla sistemazione del concetto di proprietà, v. G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Analisi economica del diritto e disciplina della proprietà. Materiali per una riflessione* (reperibile *on line*), che costituisce l'introduzione dell'ampia e accurata opera antologica, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001, II ed. Per il dibattito dottrinale sui beni pubblici, v. V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo – 2003*, Milano, 2004, p. 3 ss.; G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, *ivi*, p. 29 ss.; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo: conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005; A. ROTA, *I beni demaniali dopo le riforme, Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Padova, 2007; Id., *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

¹⁰ J. P. DE VRIES, *De-Situating Spectrum: Rethinking Radio Policy Using Non-Spatial Metaphors*, 2008 (ssrn.com/abstract=1241342, reperibile *on line*).

¹¹ Per una ricostruzione generale, v., per tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 713 ss.

¹² A partire dal celebre contributo/metafora del biologo G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, p. 1243. Impressionante la vastità del dibattito in ambiti materiali diversi,

di frequenza è definito come *property rights*, equivalenti a diritti esclusivi con gli obblighi previsti nella licenza d'uso (tecnologia, potenza, servizio, ambito di diffusione) distinti dall'*ownership* che resta pubblico¹³.

In alcune frequenze, un approccio secondo la teoria dei “beni comuni” consente un regime aperto di utilizzazione (senza licenza). A partire dalla celebre metafora della “*tragedia dei commons*”, la dottrina ha esaminato le conseguenze negative di un regime di “accesso comune” alle risorse naturali (ad es. la pesca) e, nello specifico, il rischio di uno sfruttamento non coordinato delle frequenze. Tuttavia, l'analisi critica si è esercitata ugualmente nei confronti del regime in vigore di diritti esclusivi (*property rights*) per il rischio di conflitti o di congelamento per incapacità o mancanza di interesse da parte del titolare¹⁴. La riflessione sugli incentivi per un sistema ottimale è proseguita manifestando una preferenza per un regime misto delle frequenze¹⁵.

Di conseguenza, nella prassi degli anni '90, è entrato in crisi il modello tradizionale dell'assegnazione dei diritti individuali d'uso agli operatori, sulla base di

tra i quali spec. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

¹³ V. U.S. Code [Laws in effect as of Jan. 8, 2008], Title 47, Chapter 5, Subchapter III, Special Provisions Relating To Radio, Part I – General Provisions, Sec. 301, License for radio communication or transmission of energy: “It is the purpose of this chapter, among other things, to maintain the control of the United States over all the channels of radio transmission; and to provide for the use of such channels, but not the ownership thereof, by persons for limited periods of time, under licenses granted by Federal authority, and no such license shall be construed to create any right, beyond the terms, conditions, and periods of the license”, 47USC301, p. 106 (www.gpoaccess.gov, reperibile *on line*).

¹⁴ M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard LR*, 1998, p. 622 ss.; E. BAFFI, *Gli «anticommons» e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2004, p. 455 ss.

¹⁵ Sulla configurazione dei *property rights*, v. il confronto di posizioni tra P. J. WEISER, D. N. HATFIELD, *Spectrum Policy Reform and the Next Frontier of Property Rights*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 2007-2008, p. 549 ss. e T. W. HAZLETT, *Law and Economics Approach to Spectrum Property Rights: A Response to P. Weiser and A Hatfield*, *ivi*, p. 975 ss. Sull'incremento del valore sociale tramite una dinamica di mercato, v. T. W. HAZLETT, R. E. MUNOZ, *A Welfare Analysis of Spectrum Allocation Policies*, in *George Mason Law & Economics Research Paper No. 06-28*, 2008 (ssrn.com/abstract=908717, reperibile *on line*). Sulle alternative concettuali offerte dalla dottrina di *law and economics*, v. anche K. WERBACH, *Supercommons: Toward a Unified Theory of Wireless Communication*, in *Texas L. Rev.*, 2003-2004, p. 863 ss.; W. J. BAUMOL, D. L. ROBYN, *Policing the Spectrum Commons*, in *Fordham L. Rev.*, 2005-2006, p. 663 ss.; e, da ultimo, L. A. FENNELL, *Commons, Anticommons, Semicommons*, in K. AYOTTE, H. E. SMITH (eds.), *Research Handbook on the Economics of Property Law*, Northampton (MA), 2009 (ssrn.com/abstract=1348267, reperibile *on line*) e bibliografia *ivi* citata. Tra i contributi italiani, v. L. F. MINERVINI, D. PIACENTINO, *Spectrum Management and Regulation: Towards A Full-Fledged Market for Spectrum Bands?*, Disse, Working Paper, 2007 (unipv.it, reperibile *on line*). Specificamente sulle frequenze, C. CAMBINI, A. SASSANO, T. VALLETTI, *Le concessioni sullo spettro delle frequenze*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007. Per una ricostruzione che collega la riflessione sulle reti e sulle frequenze al dibattito sui beni pubblici, v. G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le “tragedie dell'interesse comune”*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 129 ss.

una valutazione di idoneità allo svolgimento dell'attività, da parte dell'Amministrazione (*command and control*). In particolare, l'Autorità americana di regolazione (FCC) ha introdotto la prassi delle aste, riconoscendo la validità della celebre tesi del premio Nobel Coase, favorevole ad un mercato delle frequenze e sostenitore del concetto di impresa come "aggregazione di diritti proprietari"¹⁶.

3. La politica dello spettro radio non è prevista nei Trattati istitutivi, quale settore specifico di competenza materiale dell'Unione europea¹⁷. Tutte le misure adottate nel settore delle comunicazioni elettroniche hanno come base giuridica l'art. 114 TFUE (già art. 95 TCE) sul ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. In generale, la disciplina europea delle comunicazioni elettroniche tende alla creazione di uno "spazio unico dell'informazione"¹⁸ e può essere considerata un aspetto della circolazione della conoscenza e dell'innovazione, per cui è invalso l'uso metaforico dell'espressione "quinta libertà" del mercato¹⁹.

L'esercizio di tale competenza può richiedere sia un coordinamento nella pianificazione strategica (allocazione), che un'armonizzazione di specifiche bande di frequenza (assegnazione) oppure dei principi e delle modalità di accesso alla loro concreta utilizzazione da parte degli operatori (attribuzione). Nelle relazioni esterne, la politica comune si realizza in occasione della pianificazione internazionale e del coordinamento internazionale (Conferenze mondiali sulle radiocomunicazioni dell'UIT) e regionale europeo (CEPT)²⁰.

¹⁶ Per un'analisi del pensiero di Coase in dottrina si vedano T. W. HAZLETT, *Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did Fcc License Auctions Take 67 Years?*, in *The Journal of Law and Economics*, 1998; A. NICITA, R. PARDOLESI, *Il Nobel che fece l'impresa. Coase e il governo delle regole incomplete*, in *MCR*, 2008, p. 427 ss. Secondo gli autori, nel confronto tra i contributi di Coase del 1937 e del 1960, si rileva una visione dell'impresa come aggregatore di diritti proprietari incompleti che incide sulla teoria dell'impresa e, più in generale, sulla regolazione delle attività delle imprese sul mercato. Per un'analisi dell'impatto della teoria di Coase, v. da ultimo T. W. HAZLETT, D. PORTER, V. SMITH, *Radio Spectrum and the Disruptive Clarity of Ronald Coase*, in *Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase*, University of Chicago Law School, December 4-5, 2009 (www.iep.gmu.edu, reperibile *on line*).

¹⁷ Basi giuridiche degli atti in materia di comunicazioni elettroniche sono state ritrovate negli articoli 81 e 82 TCE (concorrenza); 47 e 55 TCE (diritto di stabilimento e servizi) TCE; da 163 a 172 TCE (ricerca e sviluppo); 157 TCE (competitività dell'industria); 154, 155 e 156 TCE (reti transeuropee, TEN).

¹⁸ *Direttiva legiferare meglio*, 3° considerando.

¹⁹ V. doc. 10410/08, del 12-13 giugno 2008, conclusioni del Consiglio, Riesame intermedio dell'iniziativa i2010. Sui risultati, v. COM(2009)390 def. del 4 agosto 2009, relazione sulla competitività digitale in Europa, Principali risultati della strategia i2010 nel periodo 2005-2009. La priorità strategica è presente anche nella prospettiva della fase successiva alla strategia di Lisbona, denominata UE 2020, v. COM(2009)647 def. del 24 novembre 2009, documento di lavoro della Commissione, consultazione sulla futura strategia "UE 2020".

²⁰ Ne deriva anche una competenza comunitaria nelle relazioni esterne e la rappresentanza in seno a tutti gli organismi e alle conferenze internazionali competenti (UIT), v. 19° considerando della *decisione spettro radio*.

Una disciplina della comunicazione senza fili si è affermata già agli inizi degli anni '90, sia per lo sviluppo di "servizi paneuropei", sia per lo sviluppo di un mercato europeo delle apparecchiature necessarie, incluso il reciproco riconoscimento della loro conformità²¹. Nell'evoluzione della materia, le prime misure adottate dal Consiglio²² hanno assunto natura legislativa in relazione alla pianificazione e armonizzazione di frequenze per servizi di comunicazione disponibili su tutto il territorio europeo²³, quali i servizi GSM²⁴, Hermes²⁵ e Dect²⁶. Successivamente, si sono sviluppati l'armonizzazione del sistema dell'interconnessione delle reti²⁷ ed un approccio coordinato di autorizzazione nel settore dei servizi di comunicazioni personali via satellite²⁸.

²¹ V. direttiva 91/263/CEE del Consiglio, del 29 aprile 1991, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle apparecchiature terminali di telecomunicazione, incluso il reciproco riconoscimento della loro conformità, *GUCE* L 128, 23 maggio 1991, p. 1. Per il quadro aggiornato dell'attività di normalizzazione, v. rettifica della comunicazione della Commissione nell'ambito dell'applicazione della direttiva 1999/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 1999, riguardante le apparecchiature radio e le apparecchiature terminali di telecomunicazione e il reciproco riconoscimento della loro conformità, *GUUE* C 303, 15 dicembre 2009, p. 35.

²² V. raccomandazione 91/288/CEE del Consiglio, del 3 giugno 1991, sull'introduzione coordinata nella Comunità delle telecomunicazioni numeriche europee senza filo, *GUCE* L 144, 8 giugno 1991, p. 47.

²³ V. risoluzione del Consiglio, del 28 giugno 1990, sul rafforzamento della cooperazione a livello europeo in materia di radiofrequenze, in particolare per quanto concerne i servizi a dimensione paneuropea, *GUCE* C 166, 7 luglio 1990, p. 4.

²⁴ V. direttiva 87/372/CEE del Consiglio, del 25 giugno 1987 e risoluzione del Consiglio, del 14 dicembre 1990, sulla fase finale dell'attuazione dell'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiofonia mobile terrestre nella Comunità (GSM), *GUCE* C 329, 31 dicembre 1990, p. 25.

²⁵ La direttiva è stata abrogata perché l'utilizzo di tale sistema è stato sostituito da altre tecnologie quali i servizi di messaggi brevi (SMS), v. direttiva 2005/82/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2005 che abroga la direttiva 90/544/CEE del Consiglio sulle bande di frequenza designate per l'introduzione coordinata nella Comunità del servizio pubblico paneuropeo di radioavviso terrestre, *GUUE* L 344, 27 dicembre 2005, p. 38.

²⁶ V. direttiva del Consiglio 91/287/CEE, del 3 giugno 1991, sulla banda di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata nella Comunità di un sistema digitale di telecomunicazione senza filo (DECT), *GUCE* L 144, 8 giugno 1991, p. 45.

²⁷ V. direttiva del Consiglio 90/387/CEE, del 28 giugno 1990, sull'istituzione del mercato interno per servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provisions – ONP), *GUCE* L 192, 24 luglio 1990, p. 1.

²⁸ V. decisione 97/710/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 marzo 1997, su un approccio coordinato di autorizzazione nel settore dei servizi di comunicazioni personali via satellite nella Comunità, *GUCE* L 105, 23 aprile 1997, p. 4, modificata dalla decisione 2000/1215/CE, *ivi* L 139, 10 giugno 2000, p. 1.

4. L'utilizzazione delle radiofrequenze per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica solleva aspetti relativi al diritto della concorrenza e alla regolazione settoriale²⁹.

Sulla base dell'art. 90, par. 3 TCE (ora 106 TFUE), l'abolizione di diritti speciali o esclusivi accordati dagli Stati membri per fornire servizi di telecomunicazioni era stata estesa ai servizi di comunicazioni mobili³⁰. La direttiva "concorrenza"³¹ conferma il divieto degli Stati membri di accordare o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'installazione e/o la fornitura di reti o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica.

In linea generale, la direttiva "quadro" prevede che le ARN promuovano e vigilino sulla concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica, in particolare sull'impresa che disponga di un "significativo potere di mercato"³², sino al momento in cui non sia applicabile esclusivamente il diritto della concorrenza. L'obiettivo è ridurre progressivamente le regole settoriali *ex ante* a seguito dell'evoluzione delle condizioni della concorrenza sui mercati in parola. L'effettiva creazione delle condizioni di concorrenza nei mercati delle comunicazioni mobili sarà raggiunta allorché cesserà la necessità di misure di regolazione, anche nel settore specifico delle radiofrequenze³³, cioè quando saranno del tutto eliminati i "colli di bottiglia" dei mercati grazie all'attività delle ARN.

²⁹ Per la dottrina più recente, v. M. BURRI NENOVA, *EC Electronic Communications and Competition Law*, London, 2007; R. KLOTZ, *Competition Law Enforcement in Regulated Sectors (Telecommunications and Energy)*, in G. HIRSCH, F. MONTAG, F.-J. SÄCKER (eds.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, 2008, p. 1327 ss.; M. STOYANOVA, *Competition Problems in Liberalized Telecommunication: Regulatory Solutions to Promote Effective Competition*, Alphen/Rijn, 2008; V. C. KOENIG, A. BARTOSCH, M. ROMES, J.-D. BRAUN, *EC Competition and Telecommunications Law*, Alphen/Rijn, 2009, II ed.; W. MÖSCHEL, *The Future Regulatory Framework for Telecommunication: General Competition Law instead of Sector-Specific Regulation – A German Perspective*, in *European Business Organization Law Review*, 2009, p. 149 ss.

³⁰ V. direttiva della Commissione 96/2/CE, del 16 gennaio 1996, che modifica la direttiva 90/388/CEE in relazione alle comunicazioni mobili e personali, *GUCE* L 20, 26 gennaio 1996, p. 59. Gli articoli 3 *bis* e 3 *quater* prevedevano, tra l'altro, il divieto di indicare, tra le condizioni per la concessione di licenze, limitazioni all'offerta di "tecnologie differenti che si avvalgono di frequenze distinte qualora siano disponibili apparecchiature multistandard", nonché la rimozione di ogni restrizione in relazione all'installazione della infrastruttura, all'impiego delle infrastrutture fornite da terzi e all'uso in comune dell'infrastruttura.

³¹ V. direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, *GUCE* L 249, 17 settembre 2002, p. 21 (in prosieguo: la direttiva "concorrenza").

³² Se l'impresa in oggetto, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, ovvero di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti ed, in ultima analisi, dai consumatori, v. linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *GUCE* C 165, 11 luglio 2002, p. 6.

³³ Per un'analisi della situazione dei mercati, v. COM(2009)140 def., del 24 marzo 2009, relazione sui mercati europei delle comunicazioni elettroniche 2008 (Quattordicesima relazione).

A riguardo, l'ARN, qualora accerti che un mercato non sia effettivamente concorrenziale, individua le imprese in oggetto, imponendo appropriati e specifici obblighi regolatori, ovvero mantenendo in vigore o modificando eventuali obblighi già esistenti³⁴.

Sul piano dell'equilibrio istituzionale, appare discutibile che per finalità di applicazione uniforme dei principi della regolazione, la Commissione abbia adottato strumenti di *soft law* per conseguire un risultato sostanziale equivalente a quello raggiungibile solo tramite armonizzazione (vincolante). Infatti, com'è noto, la Commissione ha emanato la raccomandazione 2003/311/CE avente ad oggetto i mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche, le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione *ex ante*, anche se non è esclusa l'individuazione con apposite procedure di ulteriori mercati meritevoli di regolazione *ad hoc*. La "procedura dell'art. 7" per l'applicazione delle misure correttive ha permesso di migliorare la coerenza nella definizione dei mercati e nell'adozione di misure da parte delle ANR per bilanciare in maniera simmetrica il "significativo potere di mercato" di gestori delle reti, ivi comprese quelle mobili³⁵. In linea di principio, ciascun operatore gode di una posizione di monopolio per la terminazione delle chiamate nella sua rete³⁶.

La Commissione nella raccomandazione 2007/879/CE ha provveduto alla riduzione dei mercati sottoposti a regolazione. Vi rientrano ancora la "terminazione delle chiamate vocali" (nuovo mercato 7)³⁷, ma è stato eliminato il mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali, previsto precedentemente (mercato 18), che non è più soggetto

³⁴ I. CHIEFFI, *Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in *RIDPC*, 2004, p. 457 ss.

³⁵ Dal 2002, la Commissione ha esercitato il suo potere di veto solo in cinque casi ma in altri quaranta le ARN hanno ritirato le misure proposte per evitare una decisione di veto, v. MEMO/09/539, 7 December 2009, EU Telecoms: the Article 7 procedure, the role of the European Commission and the impact of the EU Telecoms Reform: Frequently Asked Question.

³⁶ Nello stesso periodo, la Commissione ha ricevuto e formulato "commenti" su circa cento misure di regolazione nel mercato della terminazione di chiamata, *ibidem*.

³⁷ Raccomandazione 2007/879/CE della Commissione, del 17 dicembre 2007, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, Allegato A, *GUUE* L 344, 28 dicembre 2007, p. 65. Per l'analisi di risultati raggiunti, v. COM(2007)401 def., dell'11 luglio 2007 sull'analisi dei mercati a norma del quadro normativo comunitario (Seconda relazione). Nei mercati delle terminazioni delle chiamate fisse e mobili la Commissione ha insistito sulla necessità di pervenire, di norma, a tariffe di terminazione simmetriche, basate sui costi sostenuti da un operatore efficiente. Mentre i mercati all'ingrosso dell'accesso e della raccolta delle chiamate di telefonia mobile resta da verificare lo sviluppo congruo della concorrenza per gli accordi con operatori di reti mobili virtuali (MVNO).

all'intervento *ex ante* da parte dei regolatori nazionali³⁸. Anche il mercato nazionale all'ingrosso dei servizi internazionali di *roaming* per le reti telefoniche mobili (ex mercato 17) è stato eliminato, perché si è ritenuta più efficace l'adozione di un regolamento per le tariffe massime di *roaming* vocale intracomunitario (eurotariffa GSM)³⁹ e per la fornitura di servizi di SMS e dati⁴⁰.

La riforma rafforza la "procedura dell'art. 7" e conferisce alla Commissione la facoltà di adottare misure di esecuzione che definiscono la forma, il contenuto e il livello di dettaglio delle notifiche dei rimedi tramite la procedura di "regolamentazione con controllo" per modifiche di elementi non essenziali⁴¹. La Commissione eserciterà il potere di supervisionare le misure proposte dalle ANR sulla base dei pareri dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). Le nuove regole consentono alla Commissione di adottare ulteriori misure in forma di raccomandazione o decisioni se le divergenze negli approcci regolatori delle ANR persistano anche nel medio termine.

³⁸ V. raccomandazione 2007/879/CE, cit. Vale la pena di ricordare che il diritto *antitrust* distingue i "mercati rilevanti" nel settore radiotelevisivo, distinguendo fra *pay-tv* e televisioni non a pagamento; a proposito di concentrazioni nel settore v., ad es., le decisioni della Commissione 21 marzo 2000, caso COMP/JV. 37, BSKYB/Kirch Pay TV e 2 aprile 2003, caso COMP/M. 2876, Newscorp/Telepiù.

³⁹ Regolamento (CE) n. 717/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2007, relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di telefonia mobile all'interno della Comunità e che modifica la direttiva 2002/21/CE, *GUUE* L 171, 29 giugno 2007, p. 32. Tale regolamento modifica la direttiva 2002/21/CE introducendo un nuovo paragrafo (art. 1, par. 5). L'introduzione di un'eurotariffa è stata ritenuta necessaria in quanto le autorità nazionali di regolamentazione non avrebbero strumenti sufficienti sui prezzi dei servizi di *roaming* intracomunitario. Sulla sua applicazione, v. COM(2008)579 def., del 23 settembre 2008. Sulla legittimità del fondamento normativo, v. conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro presentate il 1° ottobre 2009, causa C-58/08 *Vodafone Ltd e al. c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

⁴⁰ Sull'estensione della sua validità temporale e dell'ambito di applicazione, v. Regolamento (CE) n. 544/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che modifica il regolamento (CE) n. 717/2007 relativo al *roaming* sulle reti mobili pubbliche all'interno della Comunità e la direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, *GUUE* L 167, 29 giugno 2009, p. 12.

⁴¹ Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio, *GUUE* L 337, 18 dicembre 2009, p. 1. Il nuovo organismo si sostituisce al Gruppo dei regolatori europei (GRE), ente consultivo indipendente istituito dalla Commissione che aveva proposto l'istituzione dell'"Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche": esso si avvale delle competenze delle autorità nazionali di regolamentazione ed ha il compito di facilitare anche il coordinamento dell'approccio in materia di spettro tra gli Stati membri.

5. La disciplina sulle radiofrequenze è oggetto specifico della direttiva “quadro”⁴², della direttiva “autorizzazioni”⁴³ e della *decisione spettro radio*⁴⁴. La direttiva “quadro” afferma la competenza degli Stati membri per la gestione nazionale delle singole bande di frequenza, nell’ambito del coordinamento internazionale UIT, e l’assegnazione dei diritti d’uso agli operatori. È prevista un’armonizzazione minimale di principi e procedure comuni dell’attività regolatoria degli Stati membri, in applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, considerati gli effetti transnazionali dei servizi di comunicazione ed il valore aggiunto dell’azione comune. La politica comunitaria include una attività di raccolta e informazione sull’uso delle frequenze nei singoli Stati membri⁴⁵.

⁴² Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), *GUCE* L 108, 24 aprile 2002, p. 33. Più specificamente, si tratta delle seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in *GUCE* L 108, 24 aprile 2002: direttiva 2002/21/CE, cit.; direttiva 2002/19/CE, relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all’interconnessione delle medesime (direttiva accesso); direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale).

⁴³ In dottrina v. F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003; W. MAXWELL (a cura di), *Electronic Communications: The New EU Framework*, New York, 2002; M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *MCR*, 2002, p. 511 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, ivi, p. 561 ss.; P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford-New York, 2004; F. DONATI, *L’accesso alle reti e ai contenuti*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L’evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, p. 76 ss.; A. DE STREEL, *Current and Future European Regulation of Electronic Communications: A Critical Assessment*, in *Telecommunications Policy*, 2008, p. 722 ss.; G. DE MINICO, *The 2002 EC Directives Telecommunications: Regime up to the 2008 Ongoing Revision – Have the Goals Been Reached?*, in *EBLR*, 2008, p. 657 ss.; G. L. TOSATO, *L’evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in *DUE*, 2009, p. 169 ss.

⁴⁴ Decisione 2002/676/CE, cit.

⁴⁵ Il sistema di informazione sulle frequenze EFIS istituito dall’Ufficio europeo delle radiocomunicazioni (ERO) mette a disposizione del pubblico, attraverso Internet (www.efis.dk), le informazioni che ciascuno Stato membro è tenuto a fornire sull’uso dello spettro radio sul loro territorio per ogni banda di frequenza: l’attribuzione delle frequenze ai servizi radio, le applicazioni, le specifiche tecniche delle interfacce radio, i diritti d’uso individuali (identità del titolare, data di scadenza o durata prevista; validità geografica); v. decisione della Commissione 2007/344/CE del 16 maggio 2007 relativa all’armonizzazione delle informazioni sull’uso dello spettro radio pubblicate nella Comunità, *GUUE* L 129, 17 maggio 2007, p. 67. Per l’Italia, il Piano nazionale ripartizione delle frequenze concerne le bande di frequenze comprese tra 0 e 1000 GHz (Appendice con le canalizzazioni per il servizio fisso), v. DM 13 novembre 2008, in *GURI* 273, 21 novembre 2008, S.O. n. 255.

Per quanto riguarda il rango della normativa in materia, la *decisione spettro radio*⁴⁶ (non modificata dalla *direttiva legiferare meglio*) prevede, da un lato, l'adozione di atti legislativi di carattere non *self-executing* da parte del Consiglio e del Parlamento; dall'altro, misure esecutive di carattere tecnico tramite comitologia (Cocom). Restano comunque escluse da quest'ultimo ambito di applicazione; le procedure di assegnazione dei titoli abilitativi (misure non-tecniche), che richiedono sempre atti di armonizzazione legislativa.

Secondo la *decisione spettro radio*, la Commissione dovrebbe riferire ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio in merito ai risultati ottenuti e proporre atti normativi⁴⁷. Nella prassi si è preferito un sistema di informazione puntuale sulle singole questioni. Anche al di fuori delle proposte legislative, le varie comunicazioni presentate dalla Commissione hanno consentito al Parlamento europeo e al Consiglio di prendere posizione sull'evoluzione normativa della materia. Gli Stati membri partecipano attivamente al processo decisionale non solo tramite la procedura di comitologia di regolamentazione (Cocom) ma anche all'interno di un organo di consulenza strategica (GRSP)⁴⁸, cui partecipano rappresentanti delle Amministrazioni e delle ARN.

Quando l'armonizzazione di un servizio su una banda di frequenza ha assunto carattere legislativo, le modifiche o l'annullamento hanno richiesto l'adozione di atti legislativi per la necessità di procedere con atti di pari rango⁴⁹. Ad esempio, la direttiva GSM è stata di recente modificata da una direttiva del Parlamento e del Consiglio che permette ai servizi che adottano le tecnologie di terza generazione (IMT) di coesistere con i servizi GSM nelle medesime frequenze. In occasione della modifica della direttiva in parola si è posta la que-

⁴⁶ Decisione 2002/676/CE, cit.

⁴⁷ V. COM(2004)507 def., del 20 luglio 2004, Prima relazione annuale sulla Politica dello spettro radio: Stato di attuazione e prospettive; COM(2005)411 def., del 6 settembre 2005, Spettro Radio: una Politica Strategica per l'Unione Europea – Secondo Rapporto Annuale; P6_TA(2007)0041, Spettro radio, risoluzione del Parlamento europeo del 14 febbraio 2007, Verso una politica europea in materia di spettro radio, 2006/2212(INI).

⁴⁸ Decisione 2002/622/CE della Commissione, del 26 luglio 2002, che istituisce il gruppo "Politica dello spettro radio", *GUCE* L 198, 27 luglio 2002; decisione 2002/627/CE della Commissione, del 29 luglio 2002, che istituisce il gruppo dei "Regolatori europei per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica", *ivi* L 200, 30 luglio 2002. V. ora decisione della Commissione del 16 dicembre 2009 che modifica la decisione 2002/622/CE che istituisce il gruppo "Politica dello spettro radio", *GUUE* L 336, 18 dicembre 2009, p. 50.

⁴⁹ Sono state eliminate le restrizioni in materia di spettro radio per i servizi senza fili avanzati, consentendo l'utilizzazione delle frequenze radio utilizzate dal GSM per le comunicazioni di terza generazione (3G), v. direttiva 2009/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, recante modifica della direttiva 87/372/CEE del Consiglio sulle bande di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonía mobile terrestre nella Comunità, *GUUE* L 274, 20 ottobre 2009, p. 25. Per l'attuazione della suddetta direttiva, la Commissione ha adottato una decisione in cui vengono stabilite le misure tecniche per consentire la coesistenza del sistema GSM e dei sistemi UMTS sulle medesime frequenze GSM, v. decisione 2009/766/CE della Commissione, 16 ottobre 2009, relativa all'armonizzazione delle bande di frequenze 900 MHz e 1800 MHz per i sistemi terrestri in grado di fornire servizi di comunicazioni elettroniche paneuropee nella Comunità, *ivi*, p. 32 ss.

stione del rango delle misure normative necessarie. Di fronte alla posizione negativa del Parlamento europeo⁵⁰, la proposta di prevedere una decisione della Commissione di deroga all'atto in vigore (senza formale abrogazione), è stata trasformata in una procedura di co-decisione legislativa.

In materia di spettro radio, la Commissione disporrà del potere di adottare atti delegati, per completare o modificare elementi “non essenziali” (attuale procedura di regolamentazione con controllo), e misure tecniche esecutive con la “procedura di regolamentazione”⁵¹.

Una procedura comunitaria centralizzata è stata adottata per l'istituzione di un servizio paneuropeo e la selezione degli operatori autorizzati ad erogare un servizio ricevibile in ciascuno Stato membro. La circostanza che le radiofrequenze sono una risorsa scarsa ha portato all'asta dei diritti d'uso delle frequenze, dal momento che solo un numero limitato di reti può essere contemporaneamente gestito per un determinato servizio. Si tratta della banda di frequenza per l'erogazione dei servizi mobili via satellite (MSS) armonizzata dalla decisione 2007/98/CE della Commissione⁵². Tale gara è stata gestita dalla Commissione, che ha selezionato due operatori con l'assegnazione di due sottobande contigue⁵³. Proprio la modifica della direttiva “autorizzazioni”, che consente una procedura di selezione comune, faciliterà l'autorizzazione dei servizi paneuropei via satellite, che rappresentano uno degli obiettivi della politica spaziale europea.

⁵⁰ V. motivazione del Parlamento europeo del 27 aprile 2009, A6-0276/2009, relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 87/372/CEE del Consiglio sulle bande di frequenza da assegnare per l'introduzione coordinata del servizio pubblico digitale cellulare paneuropeo di radiotelefonía mobile terrestre nella Comunità, Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia, Relatrice F. Pleguezuelos Aguilar.

⁵¹ Sulla questione generale, v. il nostro lavoro, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in questa *Rivista*, 2006, p. 505 ss. Per quanto riguarda gli atti esecutivi, il principio della divisione delle competenze è ora espresso molto chiaramente nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In linea di principio, gli Stati membri adottano le misure di esecuzione e solo quando occorre garantire una maggiore omogeneità all'applicazione del diritto derivato vengono conferiti poteri di esecuzione alla Commissione. Poiché la Commissione esercita un potere attribuito in linea di principio agli Stati membri, è previsto che venga affiancata da Comitati di rappresentanti. Le regole della comitologia esprimono in questo modo la dinamica istituzionale tra gli Stati membri, titolari del diritto di attuazione nei loro ordinamenti, e la Commissione. Il legislatore comunitario può delegare ampi poteri alla Commissione per l'emanazione di norme di applicazione degli elementi essenziali dell'atto di base. L'aggettivo “delegato” viene aggiunto nel Titolo dell'atto, consentendo una immediata identificazione della natura dell'atto. Ciascuno dei due organi legislativi ha il potere di sospensione dell'entrata in vigore o di avocazione della delega.

⁵² Si tratta più precisamente delle bande 1980-2010 (Terra-spazio) e 2170-2200 MHz (spazio-Terra); v. decisione 2007/98/CE della Commissione, del 14 febbraio 2007 sull'uso armonizzato dello spettro radio nella banda di frequenze 2 GHz per la realizzazione di sistemi che forniscono servizi mobili via satellite, *GUUE* L 43, 15 febbraio 2007, p. 32.

⁵³ Decisione 2009/449/CE della Commissione, del 13 maggio 2009, relativa alla selezione degli operatori di sistemi paneuropei che forniscono servizi mobili via satellite (MSS), *GUUE* L 149, 12 giugno 2009, p. 65.

6. L'utilizzazione ottimale delle radiofrequenze postula pianificazioni tecniche a livello mondiale ed uno stretto coordinamento nell'ambito dell'Unione europea, secondo i principi di gestione efficiente e flessibile⁵⁴.

In sede internazionale (ITU), si svolge la pianificazione strategica per l'"allocazione" delle frequenze nelle tre "regioni" in cui è diviso lo spazio elettromagnetico, secondo modalità di utilizzazione esclusiva, o condivisa su base primaria e secondaria, da parte delle diverse tipologie di servizi. Dalle norme internazionali discendono piani nazionali di coordinamento delle frequenze con gli Stati vicini e della medesima area geografico-continentale, soprattutto (ma non solo) per l'inevitabile debordamento (*spill over*) delle aree confinanti.

Nel quadro dell'allocazione delle frequenze disponibili nella Regione 1 (Europa, Africa, Medio Oriente), la pianificazione strategica e l'armonizzazione d'uso possono richiedere decisioni integrative, di carattere tecnico e non vincolante, da parte dell'Organizzazione regionale europea *ad hoc* (CEPT)⁵⁵. Le misure assunte in questa sede possono a loro volta essere trasformate, se del caso, in decisioni vincolanti per gli Stati membri dell'Unione europea.

Secondo la *direttiva legiferare meglio*, anche se la gestione dello spettro radio resta di competenza degli Stati membri, solo il coordinamento della pianificazione strategica (art. 8 *bis*) e, se del caso, l'armonizzazione a livello comunitario (art. 9 modificato) possono garantire la realizzazione del mercato interno (28° considerando). Programmi strategici legislativi pluriennali in materia di spettro radio dovranno stabilire gli orientamenti e gli obiettivi per la pianificazione strategica e l'armonizzazione dell'uso dello spettro radio nella Comunità.

Una nuova norma (art. 8 *bis*) statuisce che gli Stati membri "cooperano fra loro e con la Commissione" nella pianificazione strategica e nell'armonizzazione dell'uso dello spettro radio. Fondamentale per la realizzazione degli obiettivi e per l'equilibrio della divisione verticale dei poteri è il rispetto dell'obbligo di leale cooperazione tra Stati membri e tra Stati membri e la Commissione. Si tratta di una formulazione che riflette la preoccupazione politica degli Stati membri, espressa in sede di Consiglio dei ministri⁵⁶, di una sostanziale delega alla Commissione dei poteri in materia. Secondo la formula adottata, sono gli Stati membri, "cooperando tra loro e con la Commissione", che promuovono il coordinamento delle politiche in materia di spettro radio e, ove opportuno, l'instaurazione di condizioni armonizzate sulla disponibilità e l'uso efficiente dello spettro radio (art. 8, par. 2). Si tratta di un "coordinamento tra Stati" in cui la Commissione rappresenta l'interesse comune soprattutto nelle relazioni esterne. L'esercizio delle competenze in materia di spettro radio viene esercitata "in considerazione" degli aspetti inerenti alla sicurezza, alla salute, all'interesse pubblico, alla libertà di espressione, culturali, scientifici, sociali e tecnici delle

⁵⁴ Il principio della gestione efficiente è enunciato all'art. 9 della direttiva "quadro".

⁵⁵ La Conferenza Europea delle Amministrazioni delle Poste e delle Telecomunicazioni (CEPT) opera nel settore tramite l'Electronic Communications Committee (EEC).

⁵⁶ Consiglio 10334/086 giugno 2008 (Punto IV. Principali questioni da discutere ulteriormente: i. Spettro radio).

politiche dell'Unione europea, come pure i vari interessi delle comunità di utenti.

La gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica (art. 9 modificato) spetta agli Stati membri, che garantiscono che l'autorizzazione generale o la concessione di diritti d'uso da parte delle autorità nazionali competenti siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

7. Com'è noto, la convergenza digitale di informatica, telecomunicazioni e radiodiffusione consente l'erogazione della medesima tipologia di servizi tramite sistemi o "piattaforme" tecniche diverse, tramite la televisione digitale terrestre, satellitare, mobile o su web/IP e l'applicazione dei servizi mobili di terza generazione (IMT) e quarta generazione (LTE). È evidente che la possibilità di erogare pacchetti di servizi, su piattaforme diverse da parte dei medesimi operatori, postula un sistema giuridico unitario.

Il panorama tecnologico presenta aspetti rilevanti anche sul piano giuridico: in primo luogo, la convergenza dei servizi di televisione digitale terrestre e servizi telefonici mobili verso la possibile condivisione di alcune bande di frequenze (dividendo digitale); in secondo luogo, lo sviluppo di alcuni servizi sulla base di sistemi non proprietari idonei all'interoperabilità e (GSM, WiFi e WiMax)⁵⁷ e di altri di tipo brevettuale (UMTS); infine, il superamento della distinzione tra servizi della società dell'informazione (comunicazioni punto-a-punto) e della radiodiffusione (circolare punto-multipunto) nel regime dei servizi lineari (*on demand*) e dei media basati sul contributo del consumatore (*consumer centric*)⁵⁸.

A seguito della convergenza tecnologica si realizza anche una convergenza dei regimi giuridici applicabili alle reti fisse e mobili, che, utilizzando impulsi elettromagnetici a fini di comunicazione, rientrano nella definizione unitaria di "rete di comunicazione elettronica".

In questo fenomeno di convergenza dei relativi regimi giuridici, la parziale autonomia e specificità delle "comunicazioni senza fili" resta ancorata alla questione delle possibili interferenze dannose tra operatori. Tale questione ha portato sinora ad "allocare" le bande di frequenza in maniera esclusiva o primaria a determinati servizi di comunicazione. L'impatto di tale rischio tende ad essere minimizzato dall'evoluzione tecnologica, che consente la flessibilità/neutralità di utilizzazione delle medesime bande di frequenza per diversi servizi. Malgrado

⁵⁷ Il sistema GSM opera sulla base di standardizzazione e non-brevettabilità dei protocolli. Wi-Fi e WiMax seguono uno sviluppo di sistema, tramite un gruppo di aziende che collaborano al fine di produrre dispositivi standardizzati e interoperabili, v. W. LEMSTRA, V. HAYES, *Unlicensed Innovation: The Case of Wi-Fi*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2008, p. 135 ss.

⁵⁸ V. European Commission Directorate-General for the Information Society and Media, *Networked Media, Current Research, Results and Future Trends*, 2009 (reperibile *on line*).

l'introduzione commerciale di sistemi intelligenti⁵⁹, resta, in ogni caso, determinante per l'ordinato svolgimento di tali servizi almeno la valutazione della "qualità" di interferenza *ex ante* ed *ex post*⁶⁰.

L'Unione europea ha stabilito una fase di sperimentazione del principio di neutralità/flessibilità in alcune rilevanti bande di frequenza tramite un nuovo approccio alla politica di comunicazione senza fili (Wapecs)⁶¹.

Nella *direttiva legiferare meglio*, il principio in parola viene reso vincolante per tutte le bande di frequenza, quale che sia l'attività prioritaria o di provenienza degli operatori prima della convergenza digitale. L'affermazione del principio si ritiene possa garantire l'utilizzazione ottimale dello spettro radio, consentendo la distribuzione di servizi diversi sulle stesse frequenze, sia pure nei limiti degli standard di compatibilità con il divieto delle interferenze dannose.

Si riconosce però che la gestione dello spettro può rappresentare un interesse generale degli Stati membri, da salvaguardare in modo trasparente e compatibile con il diritto comunitario, per contribuire alla diversità culturale e linguistica, alla libertà di espressione e al pluralismo dei media. Questa deroga riguarda, come vedremo in seguito, soprattutto la gestione delle frequenze per la radiodiffusione ed in particolare il servizio pubblico⁶². In generale, vengono ridotti i

⁵⁹ Si tratta di apparecchiature di trasmissione/ricezione e gestione della rete, denominate *cognitive radio* (che ricercano di volta in volta le frequenze ottimali). La flessibilità d'uso è resa possibile da diverse evoluzioni tecnologiche, che richiedono una specifica regolamentazione. Tra gli altri ricordiamo: l'introduzione di prescrizioni finalizzate a gestire il rischio di interferenze dannose tra reti vicine, in particolare tramite l'applicazione all'emissione di parametri tecnici/maschere (Block Edge Masks, BEM). Per l'uso di apparati di Cognitive radio Brussels, v. RSPG09-299, Radio Spectrum Policy Group Report on "Cognitive Technologies", Final Draft, 14 October 2009.

⁶⁰ Si tratta di un nuovo tipo di condizioni più sofisticato adottato nella recente prassi del Regno Unito degli *Spectrum Usage Rights*, Ofcom, Spectrum usage rights, Final Report, Executive Summary, 2006 (www.ofcom.org.uk, reperibile *on line*).

⁶¹ V. COM(2007)50 def., dell'8 febbraio 2007, maggiore flessibilità per un accesso rapido allo spettro radio riservato alle comunicazioni elettroniche senza fili. Le frequenze per la sperimentazione sono: la banda 470-862 MHz allocata per la radiodiffusione (a disposizione anche dei servizi di comunicazione mobile); le bande 880-915, 925-960 e 1710-1785, 1805-1880 MHz, allocate per i servizi di telefonia mobile GSM (a disposizione anche dei servizi mobili di terza generazione); le bande 1900-1980, 2010-2025, 2110-2170 MHz allocate per i servizi mobili di terza generazione (a disposizione anche dei servizi analoghi alla radiodiffusione e dei collegamenti a banda larga); la banda 2500-2690 MHz allocata ai servizi mobili di terza generazione (a disposizione anche per la fornitura di servizi a banda larga che utilizzano altre tecnologie); la banda 3,4-3,8 GHz allocata al collegamento ai locali dell'abbonato (a disposizione anche per la fornitura di servizi mobili). Per un commento, v. R. AKALU, *Implementing the Wireless Access Policy for Electronic Communications Services Approach to Spectrum Management Year*, in *Info*, 2006, p. 31 ss.

⁶² V. direttiva quadro 2002: "La presente direttiva e le direttive particolari si applicano fatte salve le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, per perseguire obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alle regolamentazioni dei contenuti ed alla politica audiovisiva" (art. 1, par. 3).

poteri amministrativi degli Stati membri a seguito del consolidamento del principio “mercato secondario” dei diritti d’uso delle frequenze⁶³.

Quando la Commissione ha proposto il nuovo approccio ha indicato la possibilità di prevedere eccezioni di carattere proporzionato, limitate nel tempo, non-esclusive, giustificate e necessarie per raggiungere legittimi obiettivi di interesse generale. In altri termini, le regole europee di coordinamento tecnico devono consentire d’ora in poi l’utilizzazione delle frequenze per l’erogazione di tutti i servizi di comunicazione senza fili, salve specifiche e giustificate deroghe di armonizzazione legislativa. Sono state proposte eccezioni relative alla politica audiovisiva, alla promozione della diversità culturale e linguistica, al pluralismo dei media, alla creazione di servizi con una copertura pan-europea o alla protezione della sicurezza della vita.

Nell’iter della co-decisione sulla *direttiva legiferare meglio*, il Consiglio ha chiesto di conservare la facoltà degli Stati membri di deroga, in sede di attuazione, per motivi relativi alla qualità dei servizi o per realizzare un obiettivo d’interesse generale attraverso attività di radiodiffusione⁶⁴. Peraltro, si richiedeva che il principio della neutralità dei servizi fosse applicabile ai diritti di uso solo per il futuro, per non determinare un riesame della situazione esistente, che avrebbe implicazioni molto rilevanti a livello amministrativo e per i titolari di diritti individuali d’uso.

L’attuale quadro normativo è stato sollecitato dal Parlamento europeo⁶⁵ secondo cui, nello sviluppo delle politiche di gestione dello spettro, il principio generale di utilizzazione dovrebbe essere quello della protezione degli interessi pubblici. L’efficienza determinata dalle scelte del mercato non può essere l’unico parametro della gestione delle frequenze⁶⁶, ma si deve procedere ad un bilanciamento con gli interessi generali e sociali. In particolare, una parte delle frequenze dovrebbe essere assicurata per le regioni rurali e meno sviluppate, per far fronte ai bisogni dei consumatori e per servizi di interesse pubblico e generale. Il Parlamento europeo ha inoltre affermato che si deve tenere conto delle considerazioni culturali (art. 151, par. 4 TCE, ora art. 167 TFUE)⁶⁷.

8. A partire dalla direttiva 97/13/CE, l’accesso degli operatori dei servizi di comunicazione è previsto dalle regolamentazioni nazionali, con le procedure di

⁶³ Secondo lo schema della comunicazione della Commissione COM(2005)411 def. del 6 settembre 2005, verso nuovi approcci per la gestione dello spettro, par. 4.2.

⁶⁴ Consiglio 10334/086 del giugno 2008 (Punto IV. Principali questioni da discutere ulteriormente: i. Spettro radio).

⁶⁵ Risoluzione del Parlamento europeo: Verso una politica europea in materia di spettro radio, 2006/2212(INI), *GUUE C* 287 E, 29 novembre 2007, p. 364.

⁶⁶ Optimization of spectrum usage (i.e. internalization of opportunity costs) has been estimated to add €10 billion to GDP growth. Commission Staff Working Document and Impact assessment, Brussels, 28 June 2006, SEC(2006) 816 and 817.

⁶⁷ Risoluzione del Parlamento europeo P6_TA-PROV(2007)0041, cit.

“autorizzazioni generali”⁶⁸ e “licenze individuali”⁶⁹, che rientrano nella più ampia categoria delle “autorizzazioni”⁷⁰.

Nella disciplina comunitaria, l’“autorizzazione generale” costituisce lo strumento ordinario di esercizio del controllo all’ingresso degli operatori economici nel mercato, e si sostanzia in una denuncia di inizio di attività da parte dell’operatore interessato. Un importante vantaggio del sistema in parola è costituito dalla semplificazione e armonizzazione del regime giuridico negli Stati membri. In questo ambito, l’ordinamento nazionale fissa le condizioni generali per l’esercizio del diritto d’uso e dei relativi obblighi specifici per la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 3, nuovo par. 2).

Nella *direttiva legiferare meglio* (art. 5, par. 1) appare evidente che il regime di autorizzazione generale all’attività di comunicazione elettronica riguarda tutti gli operatori⁷¹, ma la concessione di diritti individuali d’uso di determinate frequenze si realizza con procedura *ad hoc*. L’autorizzazione individuale, corrispondente al modello tradizionale di provvedimento autorizzatorio del diritto d’uso di una frequenza, dovrebbe assumere carattere di eccezione e rappresentare una fattispecie residuale⁷². La formulazione precedente della norma affermava la preferenza comunitaria per lo strumento dell’autorizzazione generale

⁶⁸ Direttiva 97/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 aprile 1997 relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, *GUCE* L 117, 7 maggio 1997, p. 15 “un’autorizzazione che, indipendentemente dal fatto che sia disciplinata da una ‘licenza per categoria’ o da una normativa generale, e che preveda (...) una registrazione, non obbliga le imprese interessate ad ottenere una decisione esplicita da parte delle autorità di regolamentazione nazionali per poter esercitare i diritti derivanti dall’autorizzazione”, art. 2, n. 1, lett. a), primo trattino, della direttiva.

⁶⁹ Per licenza individuale s’intende “un’autorizzazione concessa da un’autorità di regolamentazione nazionale, la quale conferisce diritti specifici ad un’impresa, ovvero l’assoggetta ad obblighi specifici, se del caso oltre all’autorizzazione generale, così che tale impresa non può esercitare i diritti di cui trattasi senza la previa decisione dell’autorità di regolamentazione nazionale”, art. 2, n. 1, lett. a), secondo trattino della direttiva.

⁷⁰ La direttiva definisce quest’ultima nozione come “ogni permesso che sancisca diritti e obblighi specifici per il settore delle telecomunicazioni (...)”, art. 2, n. 1, lett. a), 1° comma.

⁷¹ La direttiva comunitaria in materia di autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazioni elettronica 2002/20/CE, stabilisce che il relativo regime non può essere subordinato all’adozione di un atto amministrativo di assenso, ma soltanto ad un obbligo di preventiva notifica, in base alla quale l’attività può iniziare (art. 3, 2° comma). L’autorizzazione generale conferisce in via normativa tutti coloro che si trovino in una data situazione il titolo all’esercizio dell’attività, mentre il potere dell’Amministrazione si configura come potere di impedire l’attività stessa ove non risultino soddisfatte le condizioni poste dall’autorizzazione generale.

⁷² Nell’ordinamento italiano, gli atti autorizzatori sono previsti per la regolazione delle attività economiche nell’ambito del controllo pubblico dell’iniziativa privata. Nella distinzione tradizionale, variamente riconsiderata dalla dottrina più recente, l’“autorizzazione” rappresentava l’atto di rimozione di un limite all’esercizio di un diritto preesistente mentre la “concessione” conferiva nuovi diritti. Nelle direttive sulle comunicazioni elettroniche viene impiegata genericamente la terminologia “concessione dei diritti d’uso delle frequenze”. In dottrina, v. M. CLARICH, A. BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 685 ss.

senza concessione di diritti individuali d'uso⁷³. La nuova formulazione, pur ribadendo l'obbligo degli Stati membri di facilitare l'uso delle frequenze radio tramite la procedura di autorizzazione generale, prevede inoltre la facoltà di concedere diritti individuali di uso per una serie di motivi. L'elenco di questi ultimi, contenuto nel testo della norma, appare però particolarmente ampio e di difficile determinazione. Se sono verificabili i motivi tecnici legati alle interferenze dannose ed alla qualità del servizio, al contrario risultano di difficile identificazione i motivi di “un utilizzo efficiente dello spettro”, o collegati ad “altri obiettivi di interesse generale definiti dagli Stati membri conformemente alla normativa comunitaria”.

Pertanto, l'operatore di servizi di comunicazione può assumere due *status* diversamente configurati (art. 6 direttiva autorizzazione). Il regime previsto per l'autorizzazione generale prevede condizioni e obblighi il cui rispetto consente l'esercizio immediato dell'attività di comunicazione elettronica⁷⁴. Per la concessione di diritti d'uso delle frequenze sono previste specifiche condizioni e oneri⁷⁵. In entrambi i casi, la modifica dei diritti e degli obblighi prima della

⁷³ “Ogni qualvolta sia possibile e soprattutto qualora il rischio di interferenze dannose sia trascurabile, gli Stati membri si astengono dal subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti d'uso individuali, includendo invece le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale” (par. 1).

⁷⁴ Secondo l'allegato A della direttiva autorizzazione, leggermente modificato dalla *direttiva legiferare meglio*, i diversi obblighi e condizioni riguardano: 1. Contributi finanziari a sostegno del servizio universale; 2. Oneri amministrativi; 3. Interoperabilità dei servizi e interconnessione delle reti; 4. Accessibilità dei numeri del piano nazionale, europeo, verdi-internazionali-universali e, se possibile, di altri Stati membri; 5. Obblighi con riferimento alla normativa ambientale e alla pianificazione urbana e rurale; 6. Obblighi di trasmissione; 7. Protezione dei dati personali e tutela della vita privata specifiche al settore delle comunicazioni elettroniche; 8. Norme sulla tutela dei consumatori specifiche al settore delle comunicazioni elettroniche e le condizioni relative all'accessibilità per gli utenti disabili; 9. Restrizioni relative ai contenuti illegali; 10. Informazioni da presentare in osservanza della procedura di notifica; 11. Possibilità per le autorità nazionali competenti di effettuare legalmente intercettazioni delle comunicazioni; 11 *bis*. Condizioni d'uso per le comunicazioni su minacce imminenti e per attenuare le conseguenze di gravi calamità; 12. Condizioni d'uso in caso di catastrofi per garantire le comunicazioni tra i servizi di emergenza e le autorità; 13. Provvedimenti concernenti la limitazione dell'esposizione delle persone ai campi magnetici; 14. Obblighi di accesso; 15. Mantenimento dell'integrità delle reti pubbliche di comunicazione, anche mediante le condizioni per prevenire interferenze elettromagnetiche tra i servizi; 16. Sicurezza delle reti pubbliche contro l'accesso non autorizzato; 17. Condizioni per l'uso di frequenze radio, qualora l'uso non sia soggetto alla concessione di diritti d'uso individuali; 18. Misure volte ad assicurare il rispetto delle norme tecniche e/o specifiche; 19 (nuovo). Gli obblighi di trasparenza.

⁷⁵ Secondo l'allegato B della direttiva autorizzazione, leggermente modificato dalla *direttiva legiferare meglio*, i diversi obblighi e condizioni riguardano: 1. Obbligo di fornire un servizio o di utilizzare un tipo di tecnologia per il quale sono stati concessi i diritti d'uso della frequenza, compresi, se del caso, i requisiti di copertura e di qualità; 2. Uso effettivo ed efficiente dei numeri; 3. Condizioni tecniche e operative per evitare interferenze dannose e per limitare l'esposizione del pubblico ai campi elettromagnetici, qualora siano diverse da quelle previste dall'autorizzazione generale. 4. Durata massima, fatte salve eventuali modifiche del piano di frequenze nazionali. 5. Trasferimento dei diritti su iniziativa del detentore dei diritti e relative condizioni in conformità

naturale scadenza ha carattere eccezionale ed è protetta da obblighi di informazione e da termini preventivi di efficacia (art. 14, par. 1). In particolare i diritti d'uso delle radiofrequenze non devono essere limitati o revocati, salvo in casi motivati ed eventualmente in conformità con le pertinenti disposizioni nazionali relative alla compensazione per la revoca dei diritti (art. 14, par. 2).

La trasferibilità e le eventuali condizioni dei diritti d'uso delle radiofrequenze vengono specificate dagli Stati membri, al momento della concessione (art. 5, par. 1). Secondo la modifica apportata dalla *direttiva legiferare meglio*, le limitazioni eventuali di durata della concessione devono tener conto dell'obiettivo perseguito e della "necessità di prevedere un periodo adeguato di ammortamento degli investimenti". Il nuovo regime prevede che le concessioni di diritti d'uso di frequenze per periodi di lunga durata (dieci anni e più) di cui non sia stata dichiarata la trasferibilità possano, in qualche modo, essere svincolate da tale condizione, su richiesta debitamente motivata del titolare del diritto, in quanto trasformate in un'autorizzazione generale oppure in un diritto liberamente trasferibile. È previsto un dovere generale di controllo delle Autorità nazionali sulle distorsioni della concorrenza determinate da trasferimenti o accumuli dei diritti d'uso delle frequenze radio da parte del medesimo soggetto, anche tramite l'adozione di misure appropriate, quali ad esempio l'obbligo di vendita o di locazione dei diritti d'uso delle frequenze radio (art. 5, nuovo par. 6).

La limitazione quantitativa delle concessioni dei diritti d'uso richiede una consultazione per la ponderazione dei vantaggi per gli utenti e per la valutazione dell'impatto sulla concorrenza. Una decisione motivata delle Autorità nazionali stabilirà la procedura da seguire per l'assegnazione "in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori" (art. 6). Analogo procedimento deve essere seguito quando sia possibile concedere un numero supplementare di diritti d'uso delle frequenze radio e, secondo la modifica della *direttiva legiferare meglio*, anche nell'ipotesi di rinnovo dei diritti d'uso. Secondo la Corte di giustizia nella sentenza *Centro Europa 7*⁷⁶ un sistema di concessioni che limita il numero degli operatori di servizi nel territorio nazionale può essere giustificato da obiettivi di interesse generale⁷⁷, a condizione che le restrizioni che ne derivano siano necessarie e proporzionate.

della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). 6. Contributi per l'uso in conformità dell'articolo 13 della presente direttiva. 7. Ogni impegno che l'impresa cui sono stati attribuiti i diritti d'uso abbia assunto nell'ambito di una procedura di gara o di selezione comparativa. 8. Obblighi derivanti dagli accordi internazionali relativi all'uso delle frequenze. 9 (nuovo). Obblighi specifici di un uso sperimentale delle radiofrequenze.

⁷⁶ Sentenza della Corte del 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni*, Raccolta, p. I-349. Sulla sentenza, v. L. F. PACE, *Il caso "Centro Europa 7" dinanzi alla Corte di giustizia: ampliamento del campo di applicazione dell'art. 49 TCE, tutela della chance del prestatore di servizi e protezione del pluralismo "esterno"*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4000 ss.

⁷⁷ La Corte richiama la sua giurisprudenza, a partire dalla sentenza del 6 marzo 2007, cause riunite C-338, 359 e 360/04, *Placanica e a.*, Raccolta, p. I-1891, punto 49.

Il sistema di controllo da parte delle ARN sul rispetto delle condizioni poste dal sistema di autorizzazione o della concessione dei diritti d'uso risulta ora rafforzato e precisato, tra l'altro, con la previsione di misure cautelari, di ingiunzione sospensiva e di sanzioni, anche in caso di cessazione delle violazioni (art. 7).

Per quanto riguarda i diritti amministrativi richiesti alle imprese dalle Autorità di regolamentazione, vanno intesi quale esclusiva copertura dei costi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici (art. 13); mentre possono essere previsti contributi per la concessione dei diritti d'uso al fine di garantire l'impiego ottimale delle risorse, purché siano trasparenti, obiettivamente giustificati, proporzionati allo scopo perseguito e non discriminatori (art. 14).

Nel sistema della precedente direttiva 97/13/CE, l'imposizione di un canone per le "risorse rare" veniva collegata non solo alla necessità di assicurarne l'uso ottimale, a condizioni non discriminatorie, ma anche alla "necessità di incoraggiare lo sviluppo di servizi innovativi e la concorrenza" (art. 11, par 2)⁷⁸. In riferimento a tale formulazione, la Corte di giustizia, nella sentenza *Connect Austria*⁷⁹, ha statuito, sulla base di considerazioni condivisibili anche nell'attuale contesto normativo, che la fissazione dell'importo dei canoni per l'uso delle frequenze comporta complesse valutazioni di ordine economico, per cui non è possibile imporre alle ARN il rispetto di rigidi criteri. È competenza del giudice nazionale "verificare il valore economico delle licenze interessate tenendo conto, in particolare, dell'importanza dei vari spettri di frequenze attribuiti, del momento dell'accesso al mercato di ogni singolo operatore interessato e dell'importanza di poter presentare un'offerta completa di sistemi di telecomunicazione mobile"⁸⁰.

La questione del valore delle licenze⁸¹ che vede alcuni soggetti operare sulla base di occupazioni gratuite delle frequenze e altri con titoli acquisiti ad elevato

⁷⁸ Secondo la Corte nella sentenza del 19 settembre 2006, cause riunite C-392 e 422/04, *i-21 Germany e Arcor c. Germania*, Raccolta, p. I-3505, l'art. 11, n. 1 della direttiva 97/13/CE osta all'applicazione, a titolo di licenze individuali, di un diritto calcolato in funzione delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione per la concessione delle licenze su un periodo comprensivo di tutta la durata della concessione medesima (trent'anni). Secondo le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 16 marzo 2006, sia nel caso di autorizzazioni generali, che di licenze individuali, il prelievo ha natura remunerativa e parafiscale, in quanto rappresentano un compenso per l'atto o per il servizio amministrativo che riguarda il soggetto passivo; mentre nell'ipotesi di risorse scarse "scompare qualsiasi idea di controprestazione, anche se il diritto ha la natura di un'imposta, sebbene con destinazione individuale" (punti 45 e 46).

⁷⁹ Sentenza del 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH c. Telekom-Control-Kommission*, Raccolta, p. I-5197, punto 92.

⁸⁰ Sentenza del Tribunale nella causa *Bouygues*, cit.

⁸¹ In generale sulla questione, v. T. W. HAZLETT, *Property Rights and Wireless License Values*, in *The Journal of Law and Economics*, 2008, p. 563 ss.

costo è considerato da alcuni Stati un insopportabile limite alla creazione del mercato secondario.

9. La funzione di gestione e di controllo degli Stati membri è destinata a modificarsi profondamente per effetto di due principi affermati sul nuovo regime delle frequenze nella *direttiva legiferare meglio*: in primo luogo, la generalizzazione della trasferibilità dei diritti d'uso delle frequenze (art. 9, par. 3 e 9 *ter* della direttiva quadro); in secondo, la possibilità di cambiamenti di “destinazione d'uso” delle frequenze (art. 9, par. 4).

Per quanto riguarda il primo principio della trasferibilità dei diritti individuali d'uso, la Commissione avrà il potere di adottare misure esecutive in talune bande di frequenza con la procedura di “regolazione con controllo” (art. 9 *ter*, par. 3, atti delegati secondo il Trattato di Lisbona). Nelle rimanenti bande di frequenza, gli Stati membri potranno prevedere procedure nazionali a riguardo. In linea di principio, il contenuto (diritti e obblighi) dei diritti individuali d'uso non potrà essere modificato a seguito di trasferimento o locazione, salva indicazione contraria dell'Autorità nazionale competente. Una deroga a questo principio può riguardare le frequenze usate per la diffusione radiotelevisiva. La trasferibilità potrà essere esclusa a livello nazionale per quei diritti d'uso ottenuti inizialmente a titolo gratuito.

Si crea così un *mercato secondario*, basato su forme di commercializzazione delle frequenze, che dovrebbe conferire una maggiore flessibilità a fronte di cambiamenti del mercato delle comunicazioni elettroniche⁸². In ogni caso saranno gli operatori a definire il valore delle applicazioni delle frequenze per sviluppare la competitività e l'innovazione. Questo principio dovrebbe limitare

⁸² Le modifiche all'approccio in materia di spettro radio erano state preparate da importanti documenti di riflessione e proposta della Commissione: COM(2005)400 def., del 14 settembre 2005, un approccio basato sul mercato in materia di gestione dello spettro radioelettrico nell'Unione europea; COM(2005)411 def., del 6 settembre 2005, spettro radio: una politica strategica per l'unione europea seconda relazione annuale. Per un quadro generale della problematica dell'assegnazione delle frequenze e dei sistemi adottati dagli Stati membri, v. RSPG09-298 Radio Spectrum Policy Group Report on Assignment and Pricing Methods, 22 October 2009 (rspg.groups.eu.int, reperibile *on line*). L'attività di commercializzazione può presentare numerose varianti. Il trasferimento dei diritti può essere totale o parziale, di vendita o di affitto, per determinate frequenze o copertura geografica. La decisione di molti regolatori è stata quella di modificare i meccanismi di assegnazione e gestione delle frequenze tramite la commerciabilità dei diritti d'uso, le aste ed il meccanismo dei prezzi incentivanti (Administrative Incentive Pricing o AIP), vale a dire la definizione di canoni annuali per l'utilizzo dello spettro da imporre anche agli utilizzatori pubblici, per spingere tutti gli utilizzatori, ad una valutazione economica dell'occupazione dello spettro e, dunque, a considerare l'opportunità di mantenerne il controllo o restituirne la disponibilità per una nuova assegnazione. Le porzioni di spettro liberate verrebbero così messe all'asta ed affidate a nuovi operatori. M. COLANGELO, *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nell'Unione europea: il caso degli “slots” aeroportuali e dello spettro radio*, in *EDP*, 2009, p. 113 ss.; ID., *Secondary Trading of Administrative Rights in the EU: Legal Aspects and Perspectives*, in *EBLR*, 2009, p. 591 ss.

la scarsità delle frequenze, che viene considerata imputabile ad un loro utilizzo non ottimale.

Il secondo principio della neutralità dei servizi consente l'utilizzazione delle frequenze, per servizi diversi da quelli previsti originariamente dal diritto d'uso (par. 4 dell'art. 9). La definizione di deroghe al principio in parola rientra nella competenza degli Stati membri, da esercitare in conformità con il diritto comunitario (necessità e proporzionalità) e, comunque, da limitare al perseguimento degli obiettivi d'interesse generale, quali la diversità culturale e linguistica, la libertà d'espressione e la pluralità dei mezzi di comunicazione, la promozione della coesione sociale e territoriale, la sicurezza della vita umana. Restano impregiudicate le misure adottate a livello comunitario o nazionale per perseguire obiettivi d'interesse generale relativi in particolare ai contenuti delle trasmissioni, o determinate da finalità di ordine pubblico, pubblica sicurezza e difesa. Le procedure associate al perseguimento degli obiettivi di interesse generale devono essere sempre trasparenti, obiettive, proporzionate e non discriminatorie.

Per quanto riguarda l'affermazione del nuovo regime si prevede un termine di cinque anni. Nel periodo transitorio, gli Stati membri hanno la facoltà di consentire ai titolari di diritti d'uso delle radiofrequenze di richiedere un riesame delle limitazioni ai diritti esistenti in relazione alla trasferibilità e alla modifica della destinazione d'uso (art. 9 *bis* in riferimento ai limiti di cui ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 9). La decisione dell'Autorità nazionale non potrà essere adottata senza l'espressione della volontà "definitiva" dell'operatore interessato, che, una volta informato dell'opinione sulle valutazioni espresse nella procedura di riesame, potrebbe decidere di ritirare, senza alcuna conseguenza, la propria richiesta.

10. La questione più dibattuta dello spettro radio riguarda ancora oggi l'assimilazione delle frequenze terrestri radiotelevisive al regime generale delle frequenze⁸³. Lo "status speciale in deroga" dei diritti individuali d'uso di tali frequenze può essere riconosciuto da uno Stato membro per loro strumentalità rispetto al regime dei contenuti audiovisivi. La convergenza tecnologica non ha prodotto una completa convergenza e parificazione dei regimi giuridici applicabili alle comunicazioni personali e alla radiodiffusione televisiva⁸⁴.

⁸³ Per l'intervento del regolatore italiano, v. delibera AGCOM n. 159/08/cons. mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali (mercato n. 18 della raccomandazione della Commissione europea n. 2003/311/CE), che integra le delibere n. 61/06/CONS, in *GURI* 44, 22 febbraio 2006, e n. 55/08/CONS, *ivi* 31, 6 febbraio 2008. Per una ricostruzione della situazione del quadro normativo e regolatorio anche dei diritti di utilizzazione delle frequenze per la radiotelevisione in modalità analogica e digitale, v. l'Allegato B delle ultime due delibere sopra citate disponibili *on line* sul sito di AGCOM.

⁸⁴ È quanto afferma in numerosi lavori V. ZENO-ZENCOVICH, del quale v. da ultimo *Presupposti ed equivoci della "trippla convergenza"*, in A. CASTALDO, S. DA EMPOLI, A. NICITA (a cura di), *La tripla convergenza, Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Roma, 2008.

Anche se esiste una separazione tra l'“operatore di rete” (titolare di impianti e delle risorse frequenziali), il “fornitore di contenuti” ed il responsabile editoriale nella predisposizione dei programmi diffusi (palinsesto), l'attività di radiodiffusione conserva una sua unitarietà di regime. Infatti, la facoltà per gli Stati membri di disciplinare uno *status* in deroga dei diritti d'uso delle radiofrequenze per la radiodiffusione è mantenuta proprio in forza dei contenuti e della politica audiovisiva per perseguire obiettivi di interesse generale⁸⁵. Si tratta di eventuali obblighi di trasmissione (*must carry*) dei titolari del diritto d'uso delle frequenze o, in generale, di condizioni imposte a tutela del pluralismo e della diversità dei contenuti trasportati attraverso la disciplina dell'accesso dalle reti da parte dei fornitori indipendenti di contenuti, non integrati con un operatore di rete, a garanzia della loro parità di trattamento⁸⁶.

Tale “*status* speciale in deroga” dei diritti individuali d'uso di tali frequenze da parte degli operatori radiotelevisivi può anche essere collegato all'erogazione di un servizio pubblico da parte di un'impresa incaricata da uno Stato membro (servizio di interesse economico generale). Infatti, la Commissione, nella comunicazione sul servizio pubblico radiotelevisivo del 27 ottobre 2009⁸⁷, ricorda come le attività televisive siano state in passato accessibili ad imprese pubbliche in regime di monopolio, soprattutto a causa della disponibilità limitata di frequenze. Oggi la questione della permanenza della missione di servizio pubblico, anche in presenza di diverse piattaforme tecniche di diffusione, viene riconosciuta come legittima sempre in forza del particolare impatto dei media audiovisivi sull'opinione pubblica. Ai sensi dell'art. 106 TFUE (già art. 86, par. 2 TCE), il diritto comunitario consente agli Stati membri di conservare il proprio modello di servizi pubblici con i limiti ivi indicati ed, in particolare, nei limiti della compensazione secondo i parametri della sentenza *Altmark*⁸⁸.

Vale la pena di ricordare che i “servizi audiovisivi” che rientrano nell'ambito della comunicazione in parola comprendono la distribuzione di contenuti audio e/o audiovisivi e di altri servizi assimilati, ivi compresi i servizi testuali d'informazione *on line*; mentre la direttiva 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi ha un ambito di applicazione più ristretto, adottando una distinzione tra i regimi

⁸⁵ Direttiva quadro, cit., art. 1, 3° comma: “La presente direttiva e le direttive particolari si applicano fatte salve le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, per perseguire obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alle regolamentazioni dei contenuti ed alla politica audiovisiva”.

⁸⁶ Direttiva autorizzazioni, cit., art. 5, par. 2, 2° comma: “Fatti salvi criteri e procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie”.

⁸⁷ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di emittenza radiotelevisiva, *GUUE C 257*, 27 ottobre 2009, p. 1.

⁸⁸ Sulla questione, v. il nostro lavoro, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

dei servizi lineari e quelli non lineari⁸⁹, in base al carattere interattivo o meno della fruizione dei prodotti radiotelevisivi.

La questione di maggiore attualità resta certamente la possibile condivisione, da parte di diversi servizi, delle frequenze usate sinora dalla televisione analogica al momento del passaggio progressivo al digitale terrestre (dividendo digitale)⁹⁰. Infatti, il passaggio dei servizi televisivi dall'analogico al digitale moltiplica le potenzialità di trasmissione delle radiofrequenze (dividendo digitale)⁹¹.

Per tali frequenze destinate si è discusso dell'estensione del principio della neutralità dei servizi. Alcuni Stati membri hanno annunciato di voler aprire il dividendo digitale ai servizi di comunicazioni elettroniche di potenza medio-bassa, mentre altri intendono conservarne l'utilizzazione esclusiva ai servizi digitali della radiotrasmissione terrestre ad alta potenza. A livello europeo è stata presa una decisione non vincolante a riguardo⁹²: non vi sarà un obbligo per gli Stati, che potranno decidere di conservare la banda di frequenze in parola per l'uso esclusivo ai servizi di radiodiffusione e di non consentirvi altri servizi di comunicazioni elettroniche.

⁸⁹ Sulla proposta della Commissione, v. il nostro lavoro, *Evoluzione della Direttiva Televisione senza frontiere e ampliamento del suo campo di applicazione a tutti i servizi audiovisivi*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale*, cit. Sulla direttiva, v. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009; nonché M. CAPPELLO, *La revisione della direttiva televisione senza frontiere nella nuova direttiva sui servizi media audiovisivi*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2009, p. 9 ss.; H. WARDALE, *The New Frontier: The Audiovisual Media Services Directive*, in *European Intellectual Property Review*, 2009, p. 336 ss.

⁹⁰ Nell'ambito della Conferenza regionale delle radiocomunicazioni del giugno 2006 (UIT RRC-06) e della Conferenza mondiale delle radiocomunicazioni (UIT WRC-07) del novembre 2007 è stato deciso che a partire dal 2015 (o anche prima di tale data), la sottobanda delle frequenze 790-862 MHz potrà essere allocata anche ai servizi mobili oltre che ai servizi fissi e di radiotrasmissione.

Per quanto riguarda la pianificazione strategica delle frequenze per la radiodiffusione, occorre ricordare che la Conferenza regionale delle radiocomunicazioni di Ginevra del 2006 ha aggiornato la pianificazione originaria alla Conferenza di Stoccolma 1961, sulla base dello scenario dello sviluppo della tecnologia per la radiodiffusione terrestre e per l'introduzione di nuovi servizi nella stessa banda. Il modello tecnico di riferimento adottato prevede, per le bande non interamente assegnate a un singolo paese, un coordinamento delle reti di radiodiffusione con altre tipologie di servizi su base bilaterale tra Stati confinanti.

⁹¹ L'evoluzione tecnologica permette ora di utilizzare reti di comunicazione mobile nelle bande originariamente riservate ai servizi radiotelevisivi (bande UHF). Grazie alle peculiari caratteristiche di propagazione delle frequenze in parola (minor numero di stazioni radio base e migliore ricezione indoor) sarebbe tecnicamente possibile la fornitura di servizi a banda larga in aree oggi non ancora coperte, nonché l'offerta di nuovi servizi a valore aggiunto per i consumatori, v. COM(2007)700 def. del 13 novembre 2007, trarre il massimo beneficio dal dividendo digitale in Europa: un approccio comune all'uso dello spettro liberato dal passaggio al digitale.

⁹² V. raccomandazione della Commissione, del 28 ottobre 2009, agevolare l'utilizzo del dividendo digitale nell'Unione europea, *GUUE* L 308, 24 novembre 2009, p. 24.

Abstract

The Reform of Radio Spectrum Regime Related to Broadcasting Services

This article deals with the new developments in radio spectrum introduced by the “Better Regulation” Directive published on 18 December 2009. The article first focuses on the debate on property rights and commons leading to the practice of auctions. It then addresses the implementation of the principles of technological neutrality and service neutrality. An insight into the future practice of contracts on frequency property right is also given. The article finally identifies the exception of frequencies used for broadcasting services in the age of digital convergency.

L'Unione per il Mediterraneo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli antecedenti logici: il processo di Barcellona, luci e ombre. – 3. *Segue*: la politica europea di vicinato. – 4. La proposta francese di Unione euro-mediterranea e la sua successiva comunitarizzazione. – 5. I caratteri dell'Unione per il Mediterraneo: i profili istituzionali. – 6. *Segue*: gli aspetti operativi. – 7. Conclusioni.

1. Il 13 luglio 2008, sotto la presidenza congiunta del Presidente della Repubblica francese e del Presidente della Repubblica araba d'Egitto si è tenuto a Parigi un Vertice di particolare importanza per l'area mediterranea, con l'obiettivo di “relancer les efforts afin de transformer la Méditerranée en un espace de paix, de démocratie, de coopération et de prospérité”.

Il *parterre* era degno di una grande occasione, vedeva riuniti tutti gli Stati, le organizzazioni internazionali che insistono nell'area, le banche di sviluppo e le istituzioni preposte al dialogo culturale. Gli Stati rappresentati erano ben quarantaquattro: i ventisette membri dell'Unione europea, i Paesi già membri del Partenariato euro mediterraneo (tra essi anche l'Autorità palestinese, che Stato – ancora – non è) e altri quattro di nuovo ingresso: Bosnia ed Erzegovina, Croazia, Monaco e Montenegro. Alla Conferenza tanto la Comunità quanto l'Unione europea erano formalmente presenti nella persona del padrone di casa e Presidente di turno Sarkozy, del Presidente della Commissione europea, dell'Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune e del Presidente del Parlamento europeo – anche in veste di Presidente dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea (APEM). Vi erano ancora le Nazioni Unite, il Consiglio di cooperazione degli Stati arabi del Golfo, la Lega araba, l'Unione africana, l'Unione del Maghreb arabo, l'Organizzazione della conferenza islamica, la Banca mondiale, la Banca europea per gli investimenti (BEI),

* Il presente scritto è destinato anche al volume *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli – Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, di prossima pubblicazione.

la Banca africana di sviluppo, l'*Alliance des civilisations*¹ e la Fondazione euro mediterranea Anna Lindh per il dialogo culturale².

La grande occasione che riuniva tanti protagonisti della vita di relazione internazionale traeva origine dall'intenzione di segnare una svolta nell'ambito del processo di Barcellona, portando a battesimo un nuovo soggetto multilaterale: l'Unione per il Mediterraneo. Per comprendere la portata dell'evento e le conseguenze che esso potrebbe produrre nel medio-lungo periodo bisogna fare un passo indietro, illustrare – sia pure in sintesi – i caratteri del dialogo strutturato noto come processo di Barcellona, le ragioni del rilancio, le novità della nuova configurazione, i suoi punti di forza ed i limiti, pur nella consapevolezza che solo la prassi successiva potrà avvalorare quelli che allo stato non possono che essere ipotesi ed auspici. Tale analisi permette di comprendere la nuova linea strategica dell'Unione nei confronti dell'area mediterranea.

2. L'iniziativa francese all'origine del Vertice di Parigi giungeva dopo tredici anni di dialogo multilaterale strutturato nell'ambito del processo di Barcellona. Il meccanismo, varato a Barcellona nel novembre 1995³ – peraltro non il primo tentativo dell'allora Comunità di darsi una politica e una proiezione “mediterranea”⁴ – ha riassunto negli anni Novanta tutte le speranze dei Paesi

¹ La *Alliance of Civilization* (AoC) è stata creata nel 2005 per iniziativa dei governi di Spagna e Turchia, sotto gli auspici delle Nazioni Unite. Un gruppo di esperti ad alto livello è stato riunito dall'ex Segretario generale nelle Nazioni Unite Kofi Annan con l'obiettivo di andare alla radice della polarizzazione fra società e culture e per raccomandare un programma d'azione per prevenire e gestire potenziali conflitti “di civiltà”. Il rapporto del Gruppo ha fornito analisi e raccomandazioni che sono alla base del piano d'azione dell'Alleanza. Il 26 aprile 2007, l'ex Presidente del Portogallo, Jorge Sampaio, è stato nominato Alto rappresentante dell'AoC dal Segretario generale Ban Ki-Moon. Il Segretariato, con sede in New York, opera in *partnership* con Stati, organizzazioni internazionali e regionali, gruppi della società civile, fondazioni e anche con il settore privato per promuovere sforzi concertati al fine di migliorare le relazioni culturali.

² Vedi *infra*, par. 2.

³ Dando seguito agli orientamenti già definiti dai Consigli europei di Lisbona (giugno 1992), Corfù (giugno 1994) e Essen (dicembre 1994) e alle proposte della Commissione, l'Unione europea decideva di creare una nuova cornice per le sue relazioni con i Paesi del bacino mediterraneo che presentasse le caratteristiche del partenariato. Questo progetto si è concretizzato in occasione della conferenza di Barcellona che ha riunito, il 27 e 28 novembre 1995, i quindici ministri degli esteri degli Stati membri dell'UE e quelli di Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Siria, Tunisia, Turchia e Autorità palestinese. La Lega degli Stati arabi e l'Unione del Maghreb arabo (UMA) sono state invitate, così come la Mauritania (in qualità di membro dell'UMA).

⁴ Con la Conferenza di Parigi del 1972, la Commissione europea, su proposta del Ministro degli esteri francese M. Schumann, elaborò per la prima volta una politica uniforme nei confronti dei Paesi mediterranei non comunitari, denominata politica mediterranea globale (PMG), seguendo le indicazioni provenienti dal Parlamento. Essa prevedeva un incentivo allo sviluppo dell'area mediterranea, attraverso maggiore cooperazione economica, finanziaria e tecnica: misure di finanziamento e scambi commerciali semplificati, intensificazione delle esportazioni e la creazione di infrastrutture agricole e industriali. Nel 1990, il Consiglio europeo decise di adottare la Politica mediterranea rinnovata. Si decise di rafforzare la politica di sviluppo economico, tramite lo stanziamento di maggiori risorse finanziarie, e di dare maggior impulso alla cooperazione regionale.

europei di stabilizzazione dell'area, articolandosi in tre assi: il dialogo politico, la cooperazione economica e il dialogo umanitario, sociale e culturale. Tre capitoli che avrebbero condotto nelle intenzioni iniziali a ridurre tanto il divario di sviluppo quanto il divario in termini di rispetto dei diritti umani e democratici, a favorire lo scambio culturale, a realizzare entro il 2010 un'area di libero scambio e – in ultima analisi – a fare della regione Mediterranea un'area di “prosperità condivisa” a garanzia della stabilità e della pace, disinnescando la minaccia terroristica.

Il Partenariato si è avvalso di una strutturazione leggera di matrice fortemente intergovernativa, al cui vertice si trovava la Conferenza euro-mediterranea dei ministri degli affari esteri che, riunendosi periodicamente, aveva il compito di definire azioni specifiche per raggiungere gli obiettivi previsti dalla Dichiarazione⁵. Ad un livello sottostante si collocava il Comitato euro-mediterraneo per il processo di Barcellona, composto di funzionari ministeriali⁶ in veste di rappresentanti degli Stati. La funzione del Comitato era quella di monitorare il processo e preparare i lavori della Conferenza. A tali incontri regolari si aggiungevano incontri occasionali dei capi di Stato e di governo di tutti i Paesi partecipanti alla cornice di Barcellona. Vi partecipavano tutti i Paesi mediterranei della sponda sud, ad esclusione della Libia alla quale solo successivamente è stato concesso lo status di osservatore⁷.

Furono previsti dei Protocolli bilaterali pluriennali che contemplavano investimenti produttivi ad alta redditività. Tramite questi strumenti di partenariato e cooperazione “a tutti i livelli” la Comunità confermò e rafforzò il proprio impegno a contribuire alla stabilità e allo sviluppo economico equilibrato della regione mediterranea. Per sostenere iniziative concrete in materia, la Comunità istituì programmi appositi, con il preciso intento di trasferire risorse e *know-how* nei Paesi meno sviluppati del Mediterraneo, tra questi ricordiamo: MED-campus, MED-techno, MED-media, MED-urbs, Metap, Mast. Sull'argomento, per maggiori approfondimenti, si rinvia a F. ATTINÀ, F. LONGO (a cura di), *Unione Europea e Mediterraneo fra globalizzazione e frammentazione*, Bari, 1996; D. K. XENAXIS, D. N. CHRYSOCHOOU, *The Emerging Euro-mediterranean System*, Manchester, 2001; F. RIZZI, *Unione europea e Mediterraneo*, Roma 1997; ID. *Un Mediterraneo di conflitti*, Roma, 2004; M. C. BARUFFI, *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea. Uno sguardo ai rapporti con i Paesi del Mediterraneo*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, 2008, p. 127 ss.; U. VILLANI, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in questa Rivista, 2009, p. 551 ss.

⁵ Dalla Conferenza di Barcellona del 1995, si sono tenute altre sette conferenze euro-mediterranee dei ministri degli Esteri: a Malta nell'aprile 1997, a Stoccarda nell'aprile 1999, a Marsiglia nel novembre 2000, a Bruxelles il 5 e 6 novembre 2001, a Valencia, il 22 e 23 aprile 2002, a Napoli, il 2 e 3 dicembre 2003 e a Lussemburgo il 30 e 31 maggio 2005. Inoltre, si sono tenute riunioni informali di ministri degli esteri a Palermo nel giugno 1998 e a Lisbona nel maggio 2000. A Barcellona dal 27 al 29 novembre 2005, una riunione speciale ha celebrato il 10° anniversario del Partenariato.

⁶ Normalmente essi provenivano dai ministeri degli affari esteri.

⁷ Nel corso della Conferenza di Stoccarda, la Libia è stata accolta per la prima volta quale invitato speciale della Presidenza e, successivamente, ha assistito alle conferenze di Marsiglia, Bruxelles e Valencia.

Naturalmente, secondo il tipico schema di attuazione del diritto “morbido”, che riveste mere funzioni di raccomandazione ed indirizzo, tanto la Dichiarazione di Barcellona, quanto i documenti elaborati nelle sedi intergovernative hanno trovato poi concretizzazione nell’attività condotta dai singoli membri del Partenariato, ciascuno dei quali si è avvalso dei propri strumenti normativi ed operativi per dare corpo agli obiettivi. Particolarmente importante il ruolo della Commissione europea, che ha tracciato il programma di lavoro, a conferma del ruolo di iniziativa e di *leadership* assunto dall’Unione europea⁸.

La vera ossatura del dialogo euromediterraneo era, in realtà, bilaterale. Si fondava e si fonda tutt’ora essenzialmente sul fascio di accordi di associazione e/o di cooperazione che ciascun Paese dell’area ha negoziato o rinegoziato con l’Unione europea ed i suoi Stati membri⁹. Tali accordi, tutti misti, ovvero con-

⁸ Ci si riferisce in questa sede all’Unione europea come comprensiva della Comunità europea. In realtà tanto l’Unione quanto la Comunità sono chiamate nell’ambito del Partenariato a fornire un apporto specifico, la prima come protagonista del dialogo politico strutturato, la seconda attraverso lo strumento di attuazione principale rappresentato dagli accordi di associazione. Tuttavia, lo stesso ruolo svolto dalla Commissione dimostra come non sempre sia agevole distinguere tra i due soggetti e preferiamo considerarli, come già autorevole dottrina, due modi di operare e di atteggiarsi di uno stesso soggetto di diritto internazionale, l’Unione, un unico ente composto di parti diverse operanti con metodi differenti, vedi R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2008, p. 12.

⁹ Il ricorso allo strumento bilaterale dell’accordo da parte della Comunità europea ha affiancato e supportato da sempre il tentativo di darsi una strategia complessiva nei confronti dell’area mediterranea. I primi accordi di associazione, proprio con due Paesi dell’area mediterranea, la Grecia e la Turchia, vennero conclusi nel 1962 e 1964; il secondo – ancora in vigore – è in *GUCE* L 217, 29 dicembre 1963. Nel 1976 vennero stipulati i primi accordi di cooperazione globale con alcuni Paesi del Maghreb (Algeria, Tunisia, Marocco); l’anno successivo con i Paesi del Mashreq (Egitto, Siria, Giordania e Libano). Di questa generazione rimane in vigore l’Accordo di cooperazione concluso con la Repubblica araba di Siria: regolamento (CEE) n. 2216/78 del Consiglio, del 26 settembre 1978, *GUCE* L 269, 27 settembre 1978, p. 1 ss. Oggi possiamo citare come accordi di nuova generazione in vigore gli Accordi euromediterranei di associazione conclusi con la Repubblica algerina democratica e popolare (decisione 2005/690/CE del Consiglio, del 18 luglio 2005, *GUUE* L 265, 10 ottobre 2005, p. 1 ss.), con la Repubblica araba d’Egitto (decisione 2004/635/CE del Consiglio, del 21 aprile 2004, *ivi* L 304, 30 settembre 2004, p. 38), con il Regno hashemita di Giordania (decisione 2002/357/CE del Consiglio e della Commissione, del 26 marzo 2002, *GUCE* L 129, 15 maggio 2002, p. 1 ss.), con lo Stato di Israele (decisione 2000/384/CE, CECA del Consiglio e della Commissione, del 19 aprile 2000, *ivi* L 147, 21 giugno 2000, p. 1 ss.), con il Regno del Marocco (decisione 2000/204/CE, CECA del Consiglio e della Commissione, del 24 gennaio 2000, *ivi* L 138, 9 giugno 2000, p. 31 ss.), con la Repubblica Tunisina (decisione 98/238/CE, CECA del Consiglio e della Commissione, del 26 gennaio 1998, *ivi* L 97, 30 marzo 1998, p. 1 ss.), con la Repubblica Libanese (decisione 2006/356/CE del Consiglio, del 24 febbraio 2006, *GUUE* L 143, 30 maggio 2006, p. 1 ss.), quelli cosiddetti di stabilizzazione e associazione conclusi con la Croazia (decisione 2005/40/CE del Consiglio e della Commissione, del 13 dicembre 2004, *ivi* L 26, 28 gennaio 2005, p. 1 ss.), con l’Albania (decisione 2009/332/CE, Euratom del Consiglio e della Commissione, del 26 febbraio 2009, *ivi* L 107, 28 aprile 2009, p. 164 ss.) quello non ancora in vigore con la Bosnia ed Erzegovina, firmato il 16 giugno 2008, ma non ancora adottato. Ha caratteri atipici l’Accordo euromediterraneo interinale di associazione sugli scambi e la cooperazione tra la Comunità europea, da una parte, e l’Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell’Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia

clusi tra la Comunità, i suoi Stati membri e – sull'altro versante – ciascuno dei Paesi interessati, sono caratterizzati da un oggetto estremamente ampio che comprende obiettivi tipicamente comunitari quali l'espansione di relazioni economiche armoniose al fine di creare progressivamente le condizioni per una graduale liberalizzazione negli scambi di beni, servizi e capitali nonché la promozione di cooperazione economica, sociale, culturale e finanziaria. Accanto a tali obiettivi se ne rinvencono altri, come lo sviluppo della democrazia, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani che sono sì omogenei all'*acquis* comunitario di valori condivisi, ma caratteristici dei rapporti tra Stati membri ben più che delle relazioni esterne. Completano il contenuto degli accordi il dialogo politico strutturato finalizzato alla stabilità e alla pace e il vivo incoraggiamento alla cooperazione regionale tra i Paesi terzi, sia pure con *nuances* che differenziano un poco la posizione dei singoli partner¹⁰.

Potrebbe, a questo punto, apparire difficile distinguere tra l'attuazione degli obiettivi di pace e stabilità attraverso il dialogo politico, che vede come protagonista l'Unione e si collocava – fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – nel suo c.d. secondo pilastro, e la realizzazione delle finalità di cooperazione e sviluppo attraverso gli accordi di cooperazione e di associazione, strumenti già tipici del pilastro comunitario. In realtà, tali accordi configuravano l'impiego di strumenti comunitari per finalità esorbitanti – in termini di stretto diritto – rispetto al TCE. Tali finalità incorporavano infatti gli obiettivi di pace e di sicurezza tipicamente propri dell'Unione, nonostante la previsione contenuta nell'art. 47 TUE finalizzata a prevenire le commistioni tra pilastri¹¹. Tale problema appare oggi in buona misura superato dall'entrata in vigore dei due nuovi

di Gaza, dall'altra (decisione 97/430/CE del Consiglio, del 2 giugno 1997, *GUCEL* 187, 16 luglio 1997).

¹⁰ Tra gli obiettivi previsti negli articoli 2 di ciascun trattato, quanto alla cooperazione regionale, si segnala una clausola specifica negli Accordi relativi a Tunisia, Algeria e Marocco che incoraggia la cooperazione dei Paesi del Maghreb laddove negli accordi relativi ad Egitto, Israele, Giordania e Palestina si incoraggia in termini più generici la cooperazione regionale con l'obiettivo di consolidare la coesistenza pacifica e la stabilità dell'area. Tale previsione è assente nell'art. 2 dell'Accordo relativo al Libano. L'obiettivo dello sviluppo del partner Mediterraneo è particolarmente sottolineato nell'art. 2 dell'Accordo relativo alla Palestina, mentre gli obiettivi di sviluppo delle relazioni economiche e di cooperazione tecnologica e scientifica in termini di mutualità caratterizzano l'art. 2 dell'Accordo con Israele. A differenza degli altri, l'Accordo con l'autorità Palestinese, a motivo della incompiuta soggettività internazionale di questa, non include un capitolo di dialogo politico.

¹¹ Stabiliva l'art. 47 TUE, prima della riforma di Lisbona, che una misura che può essere adottata ai sensi del TCE non può avere come fondamento normativo il TUE. Come ebbe a precisare la Corte di giustizia, anche nel caso in cui una misura persegua contemporaneamente più obiettivi o abbia più componenti, senza che una di esse risulti accessoria rispetto all'altra, non può essere validamente adottata sul fondamento del TUE se rientra altresì in una competenza attribuita dal TCE. È questo il portato della sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Ecowas*, *Raccolta*, p. I-3651; si rimanda altresì all'illuminante commento di E. PISTOIA *Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'ambito dell'Unione. Un commento alla sentenza ECOWAS alla luce dei precedenti*, in questa *Rivista*, 2009, p. 481 ss.

Trattati sull'Unione (NTUE) e sul funzionamento dell'Unione (TFUE). Sebbene infatti l'art. 40 NTUE riprenda oggi *mutatis mutandis* i contenuti del precedente art. 47 TUE, esso è divenuto norma che separa e distingue i campi d'applicazione tra procedure e competenze della stessa Unione e non tra pilastri, nell'ambito di finalità che accomunano ben più che in passato le componenti dell'architettura complessiva dell'Unione.

Ma le finalità degli accordi stessi vanno al di là del quadro normativo dell'Unione e dunque delle basi giuridiche ivi previste e si inscrivono invece perfettamente nei documenti istitutivi e nel *follow up* del Partenariato euromediterraneo, dunque rispondono a finalità ulteriori, oggetto dei documenti di natura politica concordati in sede intergovernativa tra tutti i partner del processo. L'acquiescenza ed anzi l'avallo degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie all'impiego dello strumento dell'accordo di associazione per così ampie finalità è insito nella scelta della modalità dell'accordo misto e sembra quasi voler mettere al sicuro le Parti contraenti da eventuali impugnazioni dell'atto stesso¹².

A supporto di tale ventaglio di finalità si è creato, nell'ambito di ciascun accordo – ad eccezione di quello concluso con l'Autorità palestinese¹³ – un quadro istituzionale composto di un Consiglio di associazione con poteri decisionali propri, di un Comitato di associazione, di modalità di raccordo a livello diplomatico e ministeriale e di un dialogo interparlamentare. L'obiettivo ultimo della creazione di un'area di libero scambio entro il 2010 è inserito in ciascun accordo, così come nelle finalità della cornice multilaterale che li comprende tutti.

Da tali accordi scaturisce evidente la finalità di ravvicinamento o convergenza degli ordinamenti dei Paesi partner rispetto al diritto comunitario e se questo è – da un lato – un chiaro segnale della preminenza della sponda settentrionale su quella meridionale – dall'altro – porta con se innegabili garanzie per i cittadini che si trovano a godere dei diritti previsti negli accordi, grazie alla competenza della Corte di giustizia a garantirne l'interpretazione e l'esecuzione.

Sempre tra gli strumenti di attuazione vanno citati i meccanismi di sostegno economico. Al primo posto tra questi si colloca il Programma MEDA, lo strumento finanziario di cui la Comunità europea si è dotata appositamente per sostenere i progetti di cooperazione economica e finanziaria del Partenariato euromediterraneo¹⁴. Il suo scopo era facilitare l'istituzione della zona di libero scambio e sostenere il processo di transizione economica e sociale nei Paesi del

¹² Per queste riflessioni – sopra esposte *en passant* e meritevoli di ben altri approfondimenti – sono tributaria al collega Enzo Cannizzaro, che in una bella lezione tenuta il giorno 22 giugno 2009 presso la scuola superiore ISUFI dell'Università del Salento ha svolto delle illuminanti considerazioni in proposito.

¹³ In questo Accordo le previsioni istituzionali si limitano alla creazione di un Comitato congiunto, con poteri limitati alla attuazione dell'accordo e con esclusione del dialogo politico.

¹⁴ Il Programma viene istituito con il regolamento (CE) n. 1488/96 e copre il periodo 1995-1999; successivamente è aggiornato e migliorato con il regolamento (CE) n. 2698/2000, per il periodo 2000-2006. Dal 2007 è confluito nello Strumento europeo di vicinato e partenariato (ENPI)

Mediterraneo che partecipano alla Conferenza¹⁵, tramite un superamento e una integrazione dei precedenti protocolli finanziari bilaterali. Delle sorti di tale programma si dirà nel paragrafo successivo. Nel 2002 il Consiglio europeo ha chiesto alla BEI di istituire anch'essa uno strumento apposito, il FEMIP, per sostenere i progetti di sviluppo e cooperazione nell'area¹⁶.

Il processo di Barcellona, che per più di dieci anni ha costituito la cornice del Partenariato euro-mediterraneo, ha visto sì dei successi, ma anche delle innegabili sconfitte. Tra le sue realizzazioni più felici vale la pena di annoverare la creazione nel 2004 dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea (APEM), che trae origine dalla trasformazione e istituzionalizzazione del Forum parlamentare euromediterraneo¹⁷. L'iniziativa è stata del Parlamento europeo¹⁸, che ha raccolto l'invito – formulato nel Programma di lavoro allegato alla Dichiarazione di Barcellona – a favorire “un futuro dialogo parlamentare euro-mediterraneo”, al fine di “permettere a rappresentanti eletti degli Stati partner uno scambio di opinioni su un'ampia gamma di problemi”. L'APEM ha tenuto la sua riunione di insediamento ad Atene il 22 e 23 marzo 2004, essa si compone di 240 membri, dei quali 120 designati dai Paesi partner mediterranei, 45 dal Parlamento europeo e 75 dai Parlamenti nazionali degli Stati membri, in ragione di tre per Stato. Questi si sono ripartiti originariamente in tre commissioni, i cui

¹⁵ Ad esclusione di Malta e Cipro che, dal 2004, sono entrati nell'Unione europea

¹⁶ L'acronimo FEMIP sta per *Facility for Euro-Mediterranean Investment and Partnership*. Questo strumento viene creato nell'ottobre 2002 per rafforzare l'azione della BEI nel Mediterraneo, con la specifica missione di sostenere il settore privato locale e favorire gli investimenti diretti. In sei anni il FEMIP ha investito più di 8,5 miliardi di euro in 125 progetti, supportato 1.770 piccole e medie imprese e destinato quasi 100 milioni ad assistenza tecnica, programmi e studi. Per uno sguardo sulle attività realizzate nel 2008 e le priorità definite nel 2009 si veda il doc. BEI/09/139. La conferenza ministeriale del FEMIP che si è riunita a Bruxelles a margine del Consiglio ECOFIN il 7 luglio 2009 ha dato atto della collocazione delle priorità FEMIP nella nuova cornice dell'Unione per il Mediterraneo.

¹⁷ Questa Assemblea non va confusa con l'Assemblea parlamentare del Mediterraneo, creata con finalità analoghe nella diversa cornice dell'OSCE. La diplomazia parlamentare tra gli Stati Mediterranei ebbe inizio infatti con la Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione nel Mediterraneo (CSCM), che fu formalizzata a Malaga nel 1992 sotto gli auspici dell'Unione interparlamentare (UIP). Nel 1995 il CSCM si riunì a La Valletta (Malta) e il Parlamento maltese propose la creazione di un'Associazione di Stati mediterranei composta da “un Consiglio, un'Assemblea e un Segretariato”. Fece seguito un altro incontro nel 2000 a Marsiglia dove fu raggiunto un accordo per “creare, nel lungo termine, l'Assemblea Parlamentare degli Stati del Mediterraneo”. La Commissione di coordinamento si riunì a Nizza per tracciare le linee dello Statuto dell'APM, che fu adottato nella Quarta e ultima riunione del CSCM tenutasi a Nafplion, in Grecia, nel 2005. Il progetto fu inaugurato ad Amman nel 2006 e l'Assemblea adottò gli strumenti principali della nuova Assemblea e convenne di stabilire il quartier generale a Malta. Il suo sito ufficiale è www.apm.org.mt.

¹⁸ La proposta di creare l'APEM – a seguito dell'esperienza ormai matura dei forum parlamentari euromediterranei – risale ad una risoluzione del Parlamento europeo, adottata nell'aprile 2002, approvata dalla quinta Conferenza euromediterranea di Valencia. La successiva Conferenza ministeriale di Napoli perfezionò la proposta e formalmente lanciò l'APEM nel dicembre 2003. La raccomandazione del forum alla sesta Conferenza euromediterranea in Napoli è annessa al documento finale e contiene gli elementi e i passi per la conversione del forum in Assemblea.

compiti corrispondevano in linea di massima ai tre capitoli del partenariato: politico e di sicurezza; economico-finanziario; sociale, culturale e umano. Successivamente se ne sono aggiunte altre due: una sui diritti delle donne nell'area euromediterranea e l'altra su energia e ambiente. L'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea è composto di quattro membri (due dei Paesi terzi mediterranei, uno del Parlamento europeo, uno proveniente da un Parlamento nazionale della sponda comunitaria) che assicurano la presidenza sulla base di una rotazione annuale¹⁹. Di estremo interesse la finalità di quest'organo, riportata nel primo articolo del suo regolamento: “renforcer la visibilité et la transparence du processus et, partant, à rapprocher le partenariat euroméditerranéen des intérêts et des attentes des opinions publiques (...)”, nonché “apporter le soutien, l'impulsion et la contribution parlementaires à la consolidation et au développement du processus de Barcelone”.

La sua complementarità rispetto agli altri organi del Partenariato è chiaramente stabilita all'art. 7 e confermata dall'ambito delle sue competenze stabilito all'art. 3. In questo figura anche il compito di assicurare “le suivi de l'application des accords euro-méditerranéens d'association” ad ulteriore conferma dell'integrazione degli accordi dianzi menzionati nella cornice multilaterale²⁰.

Colpisce che dei testi che non presentano i caratteri propri dell'accordo internazionale come quelli istitutivi dell'APEM diano luogo ad un organo che specifica nel proprio regolamento regole di voto, lingue ufficiali, modalità amministrative e finanziarie, ma tutto ciò sembra caratterizzare il quadro normativo “liquido” delle relazioni euromediterranee²¹.

Analoghe considerazioni valgono infatti per un'altra importante creazione del Partenariato: la Fondazione euro mediterranea Anna Lindh per il dialogo culturale, compartecipata e finanziata da quarantatre Paesi europei e mediterranei. Questa ha per missione di promuovere il dialogo tra le culture e il rispetto della diversità. Per perseguire questi obiettivi essa lancia iniziative regionali e

¹⁹ Si veda il regolamento dell'Assemblea parlamentare euro-mediterranea così come modificato nella sessione plenaria del 17 marzo 2009, reperibile *on line* sul suo sito ufficiale (www.euro-parl.europa.eu).

²⁰ “L'Assemblée peut se prononcer sur l'ensemble des sujets concernant le partenariat euroméditerranéen. Elle assure le suivi de l'application des accords euro-méditerranéens d'association et adopte des résolutions ou adresse des recommandations à la Conférence ministérielle en vue de la réalisation des objectifs du partenariat euro-méditerranéen. Lorsqu'elle est saisie par la Conférence ministérielle, elle émet des avis, en proposant, le cas échéant, l'adoption des mesures opportunes pour chacun des trois volets du processus de Barcelone”.

²¹ Nel regolamento interno l'art. 10, dedicato alle deliberazioni, prevede che l'Assemblea possa presentare proposte alla Conferenza dei ministri degli esteri, al Consiglio dell'UE e alla Commissione, decidendo per *consensus* in presenza della metà più uno delle delegazioni in ciascuna componente (comunitaria e dei Paesi terzi mediterranei), nel caso il *consensus* non sia possibile, votando alla maggioranza qualificata dei due terzi dei voti in ciascuna componente con la metà più uno dei componenti per ciascuna categoria. L'art. 13 dispone che lingue ufficiali siano quelle comunitarie più la lingua araba, l'ebraica e il turco. L'art. 14 ripartisce le spese di funzionamento tra i parlamenti nazionali e il Parlamento europeo. L'art. 15 istituisce una segreteria generale a Bruxelles.

supporta attività locali di organizzazioni fondate sulla società civile, governative e non, finalizzate a migliorare la comprensione tra i popoli, il rispetto dei diritti umani e la democrazia. La Fondazione è anch'essa un attore nel Partenariato euro-mediterraneo, operando come centro per l'informazione e la disseminazione di iniziative e come osservatorio del dialogo interculturale nella regione. Anche la sua creazione risale ad una decisione dei ministri degli esteri riuniti a Napoli nel dicembre 2003, che concretizzava gli auspici espressi, in tal senso dal Comitato consultivo ad alto livello, anche noto come "Gruppo dei saggi", creato dal Presidente della Commissione nel 2003. La sede, operativa dall'aprile 2005, è ad Alessandria²².

Alle due creazioni di carattere istituzionale bisogna aggiungere i passi concreti compiuti verso la stabilizzazione macroeconomica della regione²³, l'apertura degli scambi, la creazione di meccanismi di cooperazione in settori cruciali quali trasporti, energia, industria, gestione delle acque, ricerca e attività di incoraggiamento rivolte verso la società civile per la tutela dei diritti e per il miglioramento della condizione femminile²⁴.

Tuttavia, nonostante o forse a causa delle notevoli ambizioni iniziali con cui era ben difficile misurarsi, la lista dei desideri compilata a Barcellona è rimasta in gran parte irrealizzata: ostico il contesto geopolitico, quasi insuperabili le difficoltà sul tappeto tra cui – al primo posto – la questione medio-orientale²⁵. I divari economici si sono mantenuti sostanzialmente inalterati²⁶ e l'obiettivo della realizzazione dell'area di libero scambio entro il 2010 appare oggi, alla scadenza, irrealistico.

Cosa è mancato dunque al processo di Barcellona? Perché non ha "funzionato"? In che modo l'Unione per il Mediterraneo potrebbe far meglio?

Tra le ragioni della sconfitta vanno annoverate la distanza dai cittadini e dall'opinione pubblica, la carenza di *ownership* che ha determinato probabilmente nei Paesi della sponda sud la sensazione di subire un progetto di cui non

²² Tanto la proposta di creare l'APEM quanto quella di istituire la Fondazione Anna Lindh possono essere reperite nella comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo COM(2003)610 def., del 15 ottobre 2003.

²³ In dieci anni dal lancio del processo di Barcellona l'inflazione media della regione è passata dal 12% al 3%. Ce ne informa la Commissaria alle Relazioni esterne e Politica di vicinato B. FERRERO-WALDNER, *Strengthening partnership with the South*, in *The Bridge*, 2009, n. 11 (www.bridge-mag.com, reperibile *on line*). A tal proposito andrebbe forse indagata anche la capacità di stabilizzazione derivata dall'introduzione dell'euro.

²⁴ Per un catalogo delle realizzazioni del partenariato si rinvia ancora a B. FERRERO-WALDNER, *op. cit.*

²⁵ Si ricorda *en passant* quanta parte di tutte le carte istitutive sia dedicata in termini generali all'obiettivo della pace e della stabilità e in termini più espliciti al conflitto arabo-israeliano; vedi la Dichiarazione di Barcellona sin dai considerando, il par. 7 della Carta di Parigi, i paragrafi introduttivi della Dichiarazione di Marsiglia.

²⁶ Il PIL *pro capite* tra Paesi della sponda nord e della sponda sud differisce in media di cinque a uno, gli investimenti diretti dall'Europa ai Paesi mediterranei si attestano intorno all'1%. Per una disamina più dettagliata si rinvia a G. ANCONA, *Le economie mediterranee tra convergenza e divergenza*, in questa *Rivista*, 2008, p. 397 ss.

erano coautori né responsabili. È mancato, ancor più, lo sviluppo di un asse strategico della cooperazione, quello sud-sud, anche a causa delle numerose crisi che interessano l'area: da quella interna all'Algeria negli anni Novanta, a quella libanese, dalla deflagrazione del conflitto in Iraq al rinfocolarsi a più riprese del conflitto israelo-palestinese, dalla annosa questione del Sahara occidentale alla spinosa questione Iran²⁷. Ma bisogna anche sottolineare l'impossibilità o l'incapacità degli organi del processo di entrare nel merito delle crisi per offrire proposte, progettualità, mediazione o semplicemente un foro di discussione. Le crisi sono passivamente subite e causano frenate e battute d'arresto del dialogo multilaterale, persino temporanee assenze.

Questo porta ad evidenziare un altro – forse il principale – dei limiti del processo di Barcellona: l'assenza di auto-propulsività. L'assetto istituzionale fortemente intergovernativo unitamente all'assenza di un Segretariato permanente e di una presidenza stabile impediscono al processo di emanciparsi dalle priorità politiche e strategiche delle presidenze che si avvicendano nell'Unione europea.

3. A partire dal 2004 il dialogo euromediterraneo si è iscritto in (e ha beneficiato di) una cornice più vasta nota come politica di vicinato dell'Unione europea.

L'obiettivo della politica europea di vicinato (PEV) è stabilire relazioni privilegiate con i Paesi vicini dell'Europa dell'Est, della sponda sud del Mediterraneo e del Caucaso meridionale che non hanno prospettive di adesione. Sviluppata a partire dal 2003 per condividere con i Paesi vicini i benefici dell'allargamento senza l'allargamento (“*tout sauf les institutions*”) ed evitare il manifestarsi di nuove divisioni, la PEV rientra nel quadro della strategia europea di sicurezza e si caratterizza – da un lato – per una cornice di dimensioni più vaste che include, oltre alla sponda sud, quella est e in termini generali la cerchia dei Paesi “amici” e – dall'altro – per un'approfondita dimensione bilaterale fondata su uno strumento operativo di *soft law*, il “piano d'azione”, che integra un catalogo di riforme concordate tra l'UE e ciascun Paese vicino²⁸. La PEV ha preparato il salto dal dialogo nord-sud quale configurato dal processo di Barcellona alla visione pan-mediterranea che caratterizza l'Unione per il Mediterraneo, rafforzandone ad un tempo la dimensione multilaterale e bilaterale.

²⁷ Sulle ragioni della sconfitta si rinvia anche alle considerazioni di H. KADDOURI, *Vers une nouvelle politique euro – méditerranée: le projet d'Union de la Méditerranée comme piste de réflexion*, in *RMCUE*, 2008, p. 14 ss.

²⁸ Dodici piani d'azione sono stati finora conclusi: Israele (2004), Marocco, Tunisia, Giordania, Moldavia, Territori occupati palestinesi, Ucraina (2005) Armenia, Azerbaigian e Georgia (2006) Egitto e Libano (2007), rimangono ancora da concludere quelli relativi a Bielorussia, Algeria, Siria e Libia, poiché gli accordi relativi a questi Paesi non sono ancora in vigore.

All'interno della cornice multilaterale delineata in prima battuta dalla Comunicazione della Commissione nel marzo 2003²⁹, poi seguita da un più approfondito *Strategy Paper* intitolato proprio alla Politica europea di vicinato del maggio 2004³⁰, contenente una serie di proposte concrete, si collocano i piani d'azione bilaterali basati sui bisogni del Paese vicino interessato e sugli interessi reciproci di quest'ultimo e dell'Unione. Questi fissano un programma di lavoro per un periodo che va da tre a cinque anni relativo alle riforme politiche ed economiche, al ravvicinamento delle legislazioni, alla partecipazione a certi programmi comunitari e al rafforzamento della cooperazione e del dialogo. Gli accordi di associazione fungono da quadro per la sua realizzazione. L'attuazione dei piani di azione è promossa e monitorata congiuntamente attraverso sottocomitati. I Paesi vicini beneficiano anche di un'assistenza finanziaria e tecnica, per il tramite dello Strumento europeo di vicinato e partenariato (ENPI) che sostituisce i preesistenti programmi TACIS e MEDA³¹

Si inseriscono nella cornice delle relazioni strutturate "di vicinato" tutti i Paesi più prossimi all'Unione: Algeria, Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Egitto, Georgia, Israele, Moldavia, Marocco, Territori palestinesi occupati, Siria, Tunisia e Ucraina³².

Indubbiamente la PEV potenzia gli effetti della politica euromediterranea per tutti quegli Stati che erano già membri del processo di Barcellona. Questi sottoscrivono un piano d'azione che consente loro di beneficiare di più risorse e di maggiore assistenza e monitoraggio da parte della Commissione.

²⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Europa ampliata – Prossimità: Un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali, 11 marzo 2003, COM(2003)104 def.

³⁰ Bruxelles, 12 maggio 2004, COM(2004)373 def.

³¹ La politica europea di vicinato è una cornice in permanente divenire. Nella sua comunicazione sullo sviluppo della PEV, COM(2006)726 def. la Commissione già avanzava proposte per il suo rafforzamento. Il Consiglio affari generali del 18 giugno 2007 adottava delle conclusioni destinate al Consiglio europeo per rafforzare tale politica; nel dicembre 2007 la Commissione inviava un'ulteriore comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, intitolata Una forte politica europea di vicinato, COM(2007)774 def., e contenente una serie di proposte operative. Nel febbraio 2008, i Ministri degli esteri in Consiglio adottavano delle Conclusioni in cui si accoglievano le proposte della Commissione come basi per ulteriori riflessioni, con l'obiettivo di sfruttare appieno il potenziale della PEV (comunicato stampa 11016/07). Si veda da ultimo la comunicazione della Commissione sull'implementazione della PEV nel 2008, COM(2009)188 def. del 23 aprile 2009. Sulle prospettive ambiziose della PEV si rinvia a M. LEFEBVRE *La politique de voisinage: nouveau départ pour une ambition géopolitique*, in *RMCUE*, 2007, p. 22 ss.

³² Sebbene la Russia sia anch'essa un "vicino" dell'Unione le relazioni con essa sono regolate da un partenariato strategico di carattere specifico, fuori da tale cornice multilaterale, fondato sull'Accordo di partenariato e di cooperazione che istituisce un partenariato tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Federazione russa, dall'altra, pubblicato in *GUCE L* 327, 28 novembre 1997.

La PEV beneficia di un quadro finanziario importante che dal 2007 si articola sullo Strumento europeo di vicinato e partenariato (IEVP)³³; dal 2008 alle risorse in esso previste si aggiungono quelle messe a disposizione dagli Stati membri su base volontaria, che confluiscono nel *Neighborhood investment facility (NIF) Trust Fund* che vede riuniti nel proprio *Governing board* la Commissione europea, gli Stati membri, gli Stati partner, la BEI, la BERS ed altre istituzioni finanziarie pubbliche multilaterali.

Significativamente la Turchia, parte del processo di Barcellona, è fuori dalla PEV poiché la prospettiva di adesione e i negoziati lanciati nell'ottobre 2005 la mettono in una situazione differente e le consentono di beneficiare di risorse dedicate.

La PEV configura una visione delle relazioni esterne dell'Unione ispirata all'idea dei cerchi concentrici, essa testimonia la forza centripeta dell'Unione, capace di attrarre e di far convergere sui propri standard normativi i Paesi vicini, con l'intento geopolitico di creare un'area di stabilità. Tuttavia, l'elemento bilaterale sembra ancora dominare sul multilaterale dato il carattere politico e il contenuto generalissimo dei documenti che contemplano strategia e obiettivi relativi all'intera area, l'eterogeneità degli attori non comunitari e la preponderanza, anche nei documenti della Commissione delle analisi e valutazioni riservate alle singole situazioni-Paese.

4. Esaurite le discussioni e i dibattiti per il decennale del processo di Barcellona che ne mettevano in evidenza le luci e – impietosamente – le ombre, integrata la politica euromediterranea in quella di vicinato, è giunta nel 2007 la proposta di Unione mediterranea lanciata dal candidato alla presidenza francese Sarkozy in campagna elettorale, scavalcando e cogliendo di sorpresa i partner europei. Tale iniziativa – non irrilevante sul piano elettorale interno per una serie di implicazioni politiche quali il recupero di un importante ruolo internazionale per la Francia o il suo presentarsi come alternativa all'ipotesi di ingresso della Turchia nell'Unione – ha avuto l'effetto di tagliare i tempi normalmente lunghi dei negoziati e dell'elaborazione condivisa di una proposta. I temi della sicurezza, cari all'elettorato, sono stati cavalcati lasciando intendere una più efficiente gestione delle problematiche migratorie e un'accresciuta attitudine a disinnescare minacce terroristiche.

I Paesi dell'UE si sono trovati così davanti ad una proposta che era già in sé un fatto compiuto³⁴: un'iniziativa politica che coinvolgeva solo alcuni di loro, ovvero quanti fossero direttamente e “geograficamente” interessati dal

³³ Lo Strumento europeo di vicinato e partenariato (IEVP) è stato creato con regolamento (CE) n. 1638/2006, del Parlamento e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, *GUUE* L 310, 9 novembre 2006, p. 1 ss. (operativo dal 1° gennaio 2007).

³⁴ Il Presidente Sarkozy ha presentato il suo progetto nel corso di un discorso a Tangeri il 23 ottobre 2007. Sono seguite sei visite ufficiali in Paesi terzi dell'area mediterranea e la creazione di un comitato permanente che assistesse l'Eliseo nel disegno del progetto. Ce ne informa F. ALLEMAND, *Nicolas Sarkozy et la vision*, in *The Bridge*, 2009, n. 1.

Mediterraneo: Italia, Spagna, Grecia, Malta e Cipro, Slovenia forse. Il disegno di Sarkozy infatti non appariva inizialmente inscritto nella cornice comunitaria, non coinvolge né le istituzioni comuni né i partner europei nella loro totalità e vedeva Unione europea e Unione mediterranea come due insiemi parzialmente sovrapposti, indipendenti l'uno dall'altro, come pure indipendenti l'uno dall'altra sarebbero stati processo di Barcellona e Unione mediterranea. La Commissione, associata all'iniziativa, sarebbe stata chiamata ad assicurare la compatibilità e a gestire la coesistenza delle due prospettive euro-mediterranee.

Il rilancio della proposta da parte del neoeletto Presidente francese, come primo atto della sua Presidenza di turno, ha avuto un forte connotato politico sia sul versante internazionale che su quello interno: il Mediterraneo è tornato ad essere in cima all'agenda europea e la Francia, grazie alla visione del suo Presidente, si è temporaneamente riappropriata di una *leadership* che percepisce come naturale³⁵.

La reazione degli altri partner comunitari, Germania e Svezia in testa, è stata fortemente negativa. Importante il ruolo giocato da Spagna e Italia, che hanno reso buoni uffici per ricondurre il disegno nell'alveo comunitario³⁶. A seguito dell'accordo intervenuto tra Francia e Germania, il Consiglio europeo del 13 e 14 marzo 2008 ha dato la sua benedizione alla nascita del nuovo organismo³⁷ che non è più – come nelle intenzioni iniziali – autonomo rispetto agli assetti comunitari, ma fa salva tutta la politica mediterranea dell'Unione di cui si presenta come la continuazione³⁸. Di più, esso si iscrive a pieno titolo nel processo di Barcellona di cui rappresenta una sorta di *upgrading*, sotto tre punti di vista che la Dichiarazione di Parigi precisa al par. 14: “(i) alzando il livello politico delle relazioni tra l'Unione e i partner mediterranei; (ii) prevedendo una condivisione di responsabilità e (iii) rendendo le relazioni più concrete e visibili grazie alla

³⁵ Sul ruolo giocato dalla proposta di Unione del Mediterraneo nella visione di politica estera di Sarkozy sin dalla campagna elettorale si rinvia a F. ALLEMAND, *op. cit.*

³⁶ Si ricorda il ruolo giocato in tal senso dal Vertice italo-franco-spagnolo ospitato a Roma nel dicembre 2007, in cui effettivamente si è cominciato a parlare di Unione *per* il Mediterraneo.

³⁷ Nel primo allegato alle Conclusioni figura infatti la dichiarazione sul “processo di Barcellona-Unione per il Mediterraneo”, in cui si legge: “Il Consiglio europeo ha approvato il principio di un'Unione per il Mediterraneo che comprenderà gli Stati membri dell'UE e gli Stati costieri mediterranei non appartenenti all'UE. Ha invitato la Commissione a presentare al Consiglio le proposte necessarie per definire le modalità di quello che si chiamerà ‘Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo’, in vista del vertice che si terrà a Parigi il 13 luglio 2008”.

³⁸ Così il par. 11 della Dichiarazione di Parigi: “Le processus de Barcelone: une Union pour la Méditerranée s'appuiera sur l'acquis du processus de Barcelone, dont il renforcera les réalisations et les éléments fructueux. La déclaration de Barcelone, ses objectifs et les domaines de coopération qu'elle prévoit restent d'actualité et les trois chapitres sur lesquels porte la coopération (dialogue politique, coopération économique et libre-échange, et dialogue humain, social et culturel) demeureront au centre des relations euro-méditerranéennes. Le programme de travail quinquennal adopté lors du sommet qui s'est tenu à Barcelone en 2005 à l'occasion du 10e anniversaire du partenariat euro-méditerranéen (notamment le quatrième chapitre auquel il a alors été décidé d'étendre la coopération, à savoir: la migration, l'intégration sociale, la justice et la sécurité) et les conclusions de toutes les réunions ministérielles resteront applicables”.

realizzazione di progetti regionali e subregionali utili ai cittadini”. La denominazione cambia da Unione mediterranea a Unione *per* il Mediterraneo³⁹.

L’iniziativa è anch’essa ricondotta in alveo comunitario e appartiene formalmente alla Commissione⁴⁰ – seppure nella forma atipica della comunicazione essendo fuori da ogni base giuridica del Trattato – ed in stretta consultazione con la Francia. Il Parlamento europeo la supporta con una propria risoluzione⁴¹.

Seppure il ruolo della Francia appaia ridimensionato alla luce del compromesso raggiunto, nessuno dimentica la paternità dell’iniziativa. Alla Francia è spettato inoltre, in virtù della Presidenza di turno, il varo della nuova Unione in qualità di co-presidente e di ospite. È infatti a Parigi che se ne è adottato l’atto di nascita nel luglio 2008.

Il principio dell’indipendenza del nuovo quadro dai processi di adesione in corso è sancito esplicitamente.

Il sistema delle fonti dell’Unione per il Mediterraneo è completato dalla dichiarazione adottata dal Vertice dei ministri degli esteri tenutosi a Marsiglia nei giorni 3 e 4 novembre, chiamato a dare corpo all’iniziativa.

La presidenza di turno ha fatto pagare – come sempre – all’Unione un pedagogo nell’avvicinarsi di priorità e di scalette destinate a durare lo spazio di un semestre. Questo non ha diminuito sostanzialmente il ruolo che la Francia si è impegnata a giocare sullo scenario mediterraneo, ma ne ha ridotto la visibilità. Quando la presidenza è passata alla Repubblica Ceca e poi alla Svezia, è apparentemente calata l’attenzione dedicata all’Unione per il Mediterraneo, ma il lavoro di predisposizione della cornice istituzionale e delle regole di funzionamento è proseguito – lentamente e silenziosamente – nelle sedi diplomatiche e ha prodotto dei frutti⁴², sia pure con tutti i ritardi generati dal rinfocolarsi del conflitto israelo-palestinese nel dicembre 2008.

5. Due le novità importanti, nel merito, rispetto al processo di Barcellona: una strutturazione istituzionale che contempla un insieme di organi permanenti e una lista di progetti da realizzare. Alla base dell’una e dell’altra un approccio ispirato alla convinzione che, rispetto al passato, “la responsabilité du processus doit être mieux partagée entre tous les participants, et qu’il convient de rendre ce processus plus pertinent et plus concret aux yeux des citoyens”, vale a dire due importanti innovazioni di metodo: *ownership* condivisa del processo, concretezza e visibilità per i cittadini.

I dettagli della nuova strutturazione istituzionale e i compiti di ciascun organo sono precisati dalla dichiarazione dei Ministri degli esteri di Marsiglia,

³⁹ La denominazione attribuita dal Vertice di Parigi è “Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo”. La successiva conferenza dei ministri degli esteri riunitasi a Marsiglia il 3 e 4 novembre 2008 riduce la denominazione a “Unione per il Mediterraneo”.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo, COM(2008)319 def.

⁴¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 5 giugno 2008 sul Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo.

⁴² Si veda il documento *Union for the Mediterranean-State of play*, July 2009 (MEMO/09/333).

che traccia un quadro complesso disegnando anche la mappa dei rapporti gerarchici e funzionali tra i diversi organi.

Due categorie di organi gestiranno il processo: gli organi di natura politica, cui competeranno a vari livelli le responsabilità decisionali, e quelli di natura gestionale, incaricati dell'attuazione, che a differenza dei primi opereranno in permanenza rappresentando la vera novità rispetto al passato. Carattere accessorio – ma non meramente decorativo – rivestono nel disegno l'Assemblea parlamentare e la Fondazione Anna Lindh.

Al vertice dell'assetto istituzionale vi è il Vertice, a cadenza biennale, dei capi di Stato e di governo. Questo fornisce, mediante dichiarazioni, l'indirizzo politico al sistema, anche definendo una lista di progetti regionali di ampio respiro. Le sue conclusioni comprendono ogni volta un vasto programma di lavoro per i due anni successivi. Si alternano ad ospitare l'incontro Paesi dell'Unione e Paesi partner mediterranei, sulla base di una decisione adottata, di volta in volta, per *consensus*.

Sulle priorità strategiche i capi di governo si pronunciano raccogliendo proposte e indicazioni dalle riunioni dei ministri degli esteri. A queste conferenze è infatti attribuito il compito di fare il punto sulla realizzazione dei progetti, preparare le riunioni dei capi di governo e approvare, se del caso, nuovi progetti.

Le riunioni ministeriali sono preparate dagli Alti funzionari, che sottopongono proposte di progetti e il programma di lavoro annuale.

Venendo agli organi incaricati della gestione, bisogna anzitutto menzionare il Comitato permanente congiunto, basato a Bruxelles, che prepara le riunioni degli Alti funzionari e ne assicura il *follow up*. Esso funge inoltre da meccanismo di reazione rapida in caso di situazione di emergenza o di crisi che richieda l'immediata consultazione tra i partner. Ad esso competono la gran parte delle competenze precedentemente attribuite al Comitato Euromed, che per conseguenza si estingue.

Vi è poi, al vertice dell'assetto istituzionale, la co-presidenza. La Presidenza è infatti attribuita congiuntamente a due personalità: un co-presidente deve provenire dall'Unione, l'altro del novero dei Paesi terzi mediterranei. Il primo deve esercitare un ruolo “compatible avec la représentation extérieure de l'Union européenne, conformément aux dispositions du traité qui sont en vigueur”, l'altro è eletto per *consensus* per un periodo non rinnovabile di due anni.

A Parigi era stato attribuito tale mandato al Capo di governo egiziano – per la sponda sud – e al Presidente Sarkozy – per la sponda nord. Il mandato di quest'ultimo, conclusasi la Presidenza di turno francese era stato prorogato per farlo coincidere con quello del co-presidente, incrinando così una regola generale appena stabilita⁴³. Tuttavia, il Presidente francese è stato affiancato dal Presidente di turno, per mantenere fede al principio.

⁴³ La pretesa francese di tenere la co-presidenza europea dell'UpM oltre il semestre di presidenza non ha mancato di destare preoccupazioni poiché sembra voler affermare una primazia sulla politica mediterranea atta a suscitare competizioni in sede comunitaria. Ne scrive diffusamente R. ALIBONI, *Il primo anniversario dell'Unione per il Mediterraneo* (www.medarabnews).

Sebbene le carte non lo precisino esplicitamente, la co-presidenza sembra essere un ruolo attribuito allo Stato piuttosto che personalmente al capo di governo. L'inciso nella dichiarazione di Parigi per il quale "[t]he co-presidency shall apply to Summits, all Ministerial meetings, Senior Officials meetings, the Joint Permanent Committee and, when possible, experts/ad hoc meetings within the initiative" (par. 21) non consente infatti una diversa interpretazione. L'esigenza di una coerenza con le norme europee sulla rappresentanza esterna unita alla indicazione che tale ruolo compete ad uno Stato, sembra dunque voler confermare la prassi precedente alla riforma di Lisbona e dunque continuare ad attribuire tale ruolo alla presidenza di turno del Consiglio dell'Unione.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tuttavia, la questione è divenuta più complessa. Per quanto concerne le riunioni a livello dei capi di Stato e di governo sembra difficile poter ignorare l'esistenza di un presidente stabile del Consiglio europeo, che dovrebbe a giusto titolo accompagnare il Presidente di turno (sostituendo in questo ruolo il Presidente della Commissione e con ben altro peso specifico), laddove nelle riunioni a livello ministeriale non appare difficile immaginare un affiancamento del nuovo Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri. In ogni caso, la sensazione che l'Unione abbia incrementato la complessità quanto alla propria proiezione esterna è inevitabile.

I co-presidenti convocano e dirigono le riunioni, preparano l'ordine del giorno e lo sottopongono all'organo per approvazione. Le delegazioni nazionali possono sottoporre alle co-presidenze dei punti precisi da inscrivere all'ordine del giorno. Tra i compiti dei presidenti vi è quello – rilevantissimo – di costruzione del *consensus*, ovvero di consultazione con i partner ai fini dell'adozione di testi condivisi al termine di ciascuna riunione. La misura del successo delle presidenze starà nella loro capacità di mediare, di proporre soluzioni condivise e di indurre diplomaticamente le parti a dare ad esse attuazione. Il processo decisionale riposa infatti sul *consensus* a tutti i livelli, produce testi di natura raccomandatoria che vengono implementati su base volontaria dai membri del processo e che si pongono come fonte vincolante solo nei confronti degli organi dello stesso sistema funzionalmente subordinati. I vertici ministeriali vincolano dunque gli Alti funzionari, questi condizionano con le proprie decisioni il Comitato permanente ed il Segretariato.

Quest'ultimo è l'unico fornito di compiti puramente operativi e rappresenta la novità più rilevante dell'Unione per il Mediterraneo. Esso occupa, infatti, una posizione centrale nella nuova architettura istituzionale: il suo mandato, strettamente tecnico, si fonda su una personalità giuridica propria e uno statuto di autonomia. Il Segretariato coordina tutte le attività, dà slancio al processo, attraverso l'identificazione, la promozione e l'attuazione dei progetti, ricerca i part-

com, reperibile *on line*) ci informa di come la Presidenza Ceca, succeduta a quella francese, avrebbe prima protestato e poi accettato tale pretesa in cambio di contropartite. La successiva Presidenza svedese sembrava non volesse fare compromessi, ma è divenuta a che le riunioni politiche fossero presiedute dal Presidente svedese dell'UE e quelle economico-finanziarie dalla Francia.

ner per realizzarli e ne reperisce le fonti di finanziamento. Coordina inoltre tutte le strutture del processo ed elabora documenti di lavoro per le sedi decisionali. I ministri degli affari esteri e gli Alti funzionari si assumono però tutta la responsabilità politica delle scelte che compiono.

Lo statuto del Segretariato forma l'oggetto di una proposta elaborata da un gruppo di esperti, creato *ad hoc*, e viene adottato dagli Alti funzionari⁴⁴. Il Segretariato è retto da un segretario generale e cinque segretari generali aggiunti, scelti per *consensus* dagli Alti funzionari su proposta dei partner e sulla base di una prima selezione operata dalla presidenza e dalla Commissione dopo ampie consultazioni; esso si fonda sulla più ampia partecipazione possibile, al fine di accrescere lo spirito di condivisione.

Il primo segretario dell'UpM è Ahmad Massadeh, già ambasciatore della Giordania a Bruxelles, nominato il 25 gennaio 2010⁴⁵.

Il mandato dei membri del piccolo direttorio che governa il Segretariato è di tre anni, prorogabile una sola volta. I 20 funzionari provengono per metà dai Paesi dell'UE, per metà dagli altri Stati partecipanti, essi sono distaccati dai Paesi partner a seguito di designazione del segretario generale e dei segretari generali aggiunti, sulla base di valutazioni sulla competenza e dell'esigenza di rispettare un equilibrio geografico. Le spese della segreteria sono coperte da sovvenzioni ripartite equamente tra i partner euro-mediterranei, sempre su base volontaria, nonché dal bilancio comunitario sulla base delle risorse del quadro mediterraneo dello strumento europeo di vicinato e partenariato (IEVP) e degli altri strumenti dedicati. Il Paese ospite mette gratuitamente a disposizione la sede, i funzionari distaccati restano a carico delle rispettive amministrazioni. Il bilancio è approvato dagli Alti funzionari, su proposta del segretario generale e dei segretari generali aggiunti.

Nella dichiarazione di Marsiglia si auspicava – fin troppo ottimisticamente – che tutto l'assetto istituzionale divenisse operativo sin dal maggio 2009, nella stessa si identifica quale sede Barcellona, quasi a voler attestare la continuità con il processo.

L'Assemblea parlamentare euromediterranea, come recita la Carta di Parigi, è l'espressione parlamentare dell'Unione per il Mediterraneo. Essa si pone quale elemento di democrazia del sistema istituzionale, fondandone la legittimità e approfondendone lo spessore politico. I capi di governo ne auspicano, nel tempo, il rafforzamento.

⁴⁴ La Spagna il 25 maggio e il 17 giugno 2009 ha ospitato due riunioni degli Alti Funzionari dell'UpM a Barcellona, nel palazzo di Pedralbes (destinato dal Governo spagnolo a essere la sede del Segretariato dell'UpM), allo scopo di cominciare a discutere lo statuto del Segretariato.

⁴⁵ Sin dalla Dichiarazione di Marsiglia si prevedeva che il primo segretario venisse dalla sponda sud e addirittura che dovesse essere giordano, la mappa dei 5 segretari aggiunti ha anch'essa una coloritura geopolitica e tutta mediterranea: Grecia, Israele, Italia, Malta, Palestina. Un sesto segretario aggiunto – eventuale – potrebbe essere turco, se la Turchia lo desiderasse.

La stessa APEM, con una specifica raccomandazione adottata in Giordania il 12 ottobre 2008 sottolinea la necessità di una dimensione parlamentare forte⁴⁶. Sulla sua scorta, la Dichiarazione di Marsiglia invita ad un rafforzamento del ruolo dell'APEM e ad un migliore coordinamento con il quadro istituzionale del processo. Sempre la Dichiarazione di Marsiglia aggiunge a questa mappa i parlamenti nazionali, le autorità locali e regionali, prendendo nota di un parere reso il 9 ottobre 2008 dal Comitato delle Regioni⁴⁷, di cui riporta la proposta di creare al proprio interno una specifica assemblea regionale e locale euro-mediterranea (ARLEM), un organo politico con ruolo consultivo, che dovrebbe riunirsi una volta l'anno in sessione plenaria, co-presieduto anch'esso. Seppure in attesa di inclusione nel reticolo istituzionale dell'UpM, l'ARLEM già esiste, il lavoro di predisposizione condotto dal Comitato delle Regioni e dalle sue articolazioni interne è infatti proseguito in via autonoma⁴⁸.

La Fondazione euromediterranea Anna Lindh per il dialogo tra le culture ha invece il compito di contribuire, "*en tant qu'institution euro-méditerranéenne*" alla dimensione culturale dell'iniziativa, in cooperazione con l'*Alliance des civilisations* delle Nazioni Unite. A completare e rafforzare questo nuovo approccio, l'auspicio di coinvolgimento della società civile e del settore privato, contemplati dal terzo paragrafo della Dichiarazione di Parigi.

La logica della *co-ownership*, che trova la sua massima espressione nel Segretariato e nella co-presidenza, fonda l'UpM su due categorie distinte di partecipanti: membri dell'Unione e non. Essa potrebbe destare delle perplessità in un organismo che si vorrebbe squisitamente multilaterale, tuttavia vuol rispondere ad una carenza del passato, la evidenziata assenza di condivisione e appartenenza dei Paesi terzi mediterranei. L'UpM si configura dunque come frutto di un compromesso in cui l'Unione europea – finora protagonista e gestore unico di ogni iniziativa – sceglie di limitare il proprio ruolo per consentire maggiore ambito d'azione ai partner.

⁴⁶ Raccomandazione dell'Assemblea euromediterranea per la prima riunione dei ministri degli affari esteri del Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo (Marsiglia, 3-4 novembre 2008) sul ruolo dell'Assemblea parlamentare euromediterranea nell'ambito del Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo, AP100.406 (www.europarl.europa.eu, reperibile *on line*).

⁴⁷ Parere del Comitato delle Regioni, Il Processo di Barcellona: un'Unione per il Mediterraneo – quale coinvolgimento degli enti regionali e locali?, adottato in occasione della 76° riunione plenaria, 8 e 9 ottobre 2008, RELEX-IV-017.

⁴⁸ I lavori del primo Forum degli Enti regionali e locali del Mediterraneo, svoltosi il 23 giugno 2008 a Marsiglia, sono stati determinanti per il riconoscimento, nella cooperazione euro-mediterranea, del ruolo che devono svolgere gli attori locali e regionali. Questo processo si è concluso con la proposta di creazione dell'ARLEM che riunisce ottanta rappresentanti politici del Nord e del Sud, in totale, di cui quaranta per il Sud e i Balcani ed altrettanti per le Regioni ed Enti locali dell'UE. In quota UE, dieci posti sono attribuiti a reti di collettività territoriali: uno per l'Arco Latino, uno per l'Assemblea delle Regioni d'Europa (ARE); uno per l'Associazione delle Regioni di frontiera europee (ARFE); uno per il Consiglio dei Comuni e delle Regioni d'Europa; due per Città e Governi locali uniti (CGLU); due per la Conferenza delle Regioni periferiche marittime (CRPM); uno per il Comitato permanente per il Partenariato euromediterraneo dei poteri locali e regionali (COPPEM); uno per MedCités.

L'UpM, come già il processo di Barcellona, mantiene una matrice fortemente intergovernativa, sia pure lievemente attenuata dall'incorporazione nel sistema dell'Assemblea parlamentare e della Fondazione Anna Lindh. La creazione di un quadro istituzionale complesso è in sé un dato di estremo interesse. Vale la pena di sottolineare come tale assetto istituzionale sia il prodotto di dichiarazioni squisitamente politiche. Tuttavia, pur in assenza di un trattato istitutivo non si potrebbe negare che l'Unione per il Mediterraneo così come creata progressivamente sull'*acquis* del processo di Barcellona attraverso le carte di Parigi e di Marsiglia sia un'organizzazione internazionale a tutti gli effetti, con una propria autonomia e un equilibrio istituzionale. Appare quasi inevitabile paragonare l'UpM all'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE): non solo i percorsi fondativi presentano innegabili analogie, ma l'affinità è riscontrabile nella stessa natura giuridica dei due organismi. Niente impedisce di qualificare l'OSCE come organizzazione internazionale pur in assenza di un trattato istitutivo. Analogamente a quanto avviene oggi nella transizione dal processo di Barcellona all'Unione per il Mediterraneo, il passaggio da CSCE ad OSCE non è che il risultato di una graduale strutturazione istituzionale, realizzata attraverso il progressivo affiancarsi alle conferenze ministeriali e di vertice, nonché degli Alti funzionari, di organi stabili quali il Segretariato, il Consiglio permanente, l'Assemblea parlamentare. Sulla scorta di tale forte affinità ci sentiamo di applicare all'UpM – *mutatis mutandis* – la stessa chiave di lettura che vede nell'effettività l'elemento fondante la personalità internazionale dell'OSCE⁴⁹. Inutile precisare come il lungo percorso compiuto dall'OSCE sia appena iniziato per l'Unione per il Mediterraneo, questa dovrà nel tempo dimostrare la propria effettività fondandola sul comportamento dei suoi membri, chiamati secondo i principi generali di leale cooperazione e di buona fede a prestare ossequio agli impegni assunti in sede internazionale.

6. La realizzazione di progetti sembra essere la cifra, lo specifico della UpM, oltre che il principale strumento per realizzare la sua missione: garantire la pace e la stabilità dell'area. I progetti sono sottoposti ad una lunga trafila, dal Segretariato verso l'alto e poi giù di nuovo al Segretariato per essere resi operativi. Essi si collocano in grandi linee definite a livello apicale, scomponibili in tante iniziative di dimensioni minori lanciate dalle conferenze tematiche dei ministri o emerse, in un processo di selezione dal basso, per il tramite del Segretariato. Tocca al Segretariato assicurare la coerenza delle iniziative progettuali regionali, sub-regionali o transnazionali che originano dalle riunioni ministeriali settoriali, piuttosto che dalle autorità nazionali o regionali, dal settore privato o dalla società civile e coordinarle perché convergano nel quadro delle priorità definite.

⁴⁹ Si rinvia in proposito alle puntuali osservazioni di A. TANZI, *L'Organizzazione per la cooperazione e la sicurezza in Europa*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Le organizzazioni internazionali come strumento di governo multilaterale*, Milano, 2006, p. 100.

A seguito del lancio di nuovi progetti, il Vertice dei capi di governo, la Conferenza dei ministri degli esteri, le riunioni ministeriali tematiche o gli Alti funzionari incaricano inoltre il Segretariato di proporre i passi per darvi seguito e di farsi carico della ricerca di partner e di finanziamenti, se necessario, caso per caso. Possono essere creati sottogruppi *ad hoc* per seguire singoli progetti. Il Segretariato ha poi la responsabilità del controllo e della valutazione e riporta gli esiti di tale attività al Comitato permanente congiunto e agli Alti funzionari, in stretto coordinamento con gli Stati interessati.

I primi progetti sono individuati sin dalla Dichiarazione di Parigi e più precisamente dall'apposito annesso. È un pacchetto di obiettivi chiaramente identificati, che attengono ai trasporti, all'energia, all'ambiente, alla risposta ai disastri, all'incentivazione dell'imprenditorialità. Più precisamente, ciò che si vuole realizzare sono: (i) le autostrade del mare che colleghino più efficacemente le sponde del Mediterraneo su tutte le direttrici; (ii) il disinquinamento del *mare nostrum* nell'interesse della pesca, del turismo, della salute; (iii) un forte investimento nell'energia pulita del sole, energia che prodotta sulla sponda sud potrà essere ceduta poi alla sponda nord; (iv) la cooperazione tra le agenzie o amministrazioni della protezione civile; (v) un'agenzia per le piccole e medie imprese. I passi concreti per realizzare questa prima lista di progetti sono in un programma operativo annesso alla Dichiarazione di Marsiglia.

Altri progetti saranno lanciati successivamente su iniziativa degli Stati partecipanti, della società civile, dall'Assemblea parlamentare, sempre passando per il vaglio del Segretariato per giungere sul tavolo degli organi politici. È una previsione questa che integra il principio della *co-ownership*, comunicando l'idea che la nuova struttura sia "di tutti" e la cabina di pilotaggio possa ricevere *input* da una sponda come dall'altra, dal basso come dall'alto.

I criteri di selezione dei progetti sono definiti dagli Alti funzionari e soggetti all'approvazione dei ministri degli esteri. Due criteri generalissimi dovranno guidarne l'individuazione: i progetti dovranno apportare benefici a tutti e contribuire alla stabilità e alla pace nella regione euromediterranea. Ulteriori criteri orientativi sono previsti nel documento di Marsiglia: i progetti non porteranno pregiudizio agli interessi legittimi di alcuno dei membri del processo e rispetteranno le decisioni dei Paesi membri direttamente interessati. Ai partner il compito di creare un ambiente propizio alla loro realizzazione, anche in base al loro carattere regionale, sub-regionale o transnazionale, alle loro dimensioni e caratteristiche, all'interesse che suscitano, alla loro collocazione rispetto agli obiettivi del partenariato. Si deve tener conto della loro attitudine a promuovere sviluppo sostenibile e durevole e a favorire interconnessioni regionali e sub-regionali. La fattibilità finanziaria deve essere assicurata mediante ricorso, il più ampio possibile, al settore privato.

L'Unione per il Mediterraneo è chiamata a mobilitare finanziamenti supplementari, rispetto al passato, particolarmente attraverso una nuova capacità di attrazione di risorse su singoli progetti e di garanzia del coordinamento tra donatori. Tra le fonti finanziarie, la Dichiarazione di Marsiglia elenca la partecipazione del settore privato, i contributi del bilancio comunitario e dei bilanci dei

partner, il supporto delle istituzioni finanziarie internazionali e delle entità regionali, il già menzionato FEMIP, nonché una serie di misure che ricadono nel quadro dello strumento europeo di vicinato e partenariato. È del luglio 2009 la decisione della Commissione di stanziare ulteriori fondi per il 2009-2010 per i progetti regionali già individuati⁵⁰. Ulteriori risorse sono già state reperite, fuori dal contesto strettamente comunitario, come riscontrato in sede di riunione dei ministri economici e finanziari⁵¹.

I capi di governo sottolineano il potenziale offerto dalla cooperazione rafforzata; grazie a progetti a geometria variabile, questo approccio consente ai Paesi che presentano affinità o condividono interessi, di rendere maggiormente dinamico il processo.

7. Un primo bilancio del “nuovo corso” del processo di Barcellona è prematuro, ma una valutazione delle principali innovazioni apportate dall’Unione per il Mediterraneo è già possibile. Certo, “unione” è un termine quanto mai plurisenso nel diritto comunitario: Unione europea, unione economica e monetaria, unione doganale, Unione per il Mediterraneo sono realtà differenti, non riconducibili ad uno schema concettuale unitario, ma solo all’idea dell’aggregazione. Nello specifico, L’UpM, che rappresenta il punto d’arrivo di un lungo percorso evolutivo, è bel lungi dal presentarsi come un insieme omogeneo e coeso. Le difficoltà e le tensioni rimarranno. Ciò che di nuovo si offre allo sguardo è solo un più ricco strumentario per affrontarle.

Un quadro istituzionale permanente è già in se uno sviluppo positivo. Esso permette di emancipare il processo anzitutto dalla dipendenza finora assoluta dall’iniziativa comunitaria che è stata in questi tredici anni di processo di Barcellona altalenante tanto per fattori strutturali, quali la presidenza turnante (e in ciò l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona dovrebbe già assicurare un

⁵⁰ Si legge in un comunicato stampa della Commissione del 20 luglio 2009 (IP/09/1164): “The Neighbourhood Investment Facility (NIF), a key instrument of the intensified European Neighbourhood Policy (ENP), will benefit in 2009 from a €70 million contribution by the European Commission. These resources will allow neighbouring partner countries to leverage increased funding for major investment projects in areas such as energy, transport and environment, and also SME development and the social sector. The Commission provides, through the NIF, grant support for lending operations of European Development Finance institutions in these countries. Out of the €700 million that the Commission intends to allocate to the NIF for the period 2007-2013, €170 million have now been made available for the financing of eligible projects (€50 million approved in 2007, €50 million in 2008 and an additional €70 million this year)”.

⁵¹ Nel comunicato stampa del Consiglio del 7 luglio 2009 (Presse 214) si legge infatti: “(...) Ministers welcomed the mobilisation of development institutions, also emphasized at the last Union for the Mediterranean Minister’s meeting in Paris on sustainable development, in order to facilitate access to funding for projects, contributing therefore to the tasks of the Secretariat of the Union for the Mediterranean. At this meeting, the EIB, AFD and KfW announced a joint investment program of € 5 billion for renewable energy and steps envisaged to streamline their operational processes”; più oltre: “Ministers also took note of the launch of InfraMed, a long-term investment fund set up at the end of April 2009 in Alexandria, which will contribute to complement existing instruments”.

miglioramento, conferendo maggiore stabilità all'agenda dell'Unione), quanto più intrinsecamente per l'eterogeneità di interessi e di "inclinazioni" geopolitiche dei Paesi comunitari. In secondo luogo, essa consente di sperare, una volta completato e reso operativo il quadro istituzionale, in un'attività costante, per quanto rallentata, anche nei momenti di difficoltà o tensione, che costringerebbe comunque i partner mediterranei ad incontrarsi e a "parlarsi". Tale speranza, però, non ha ancora trovato conferme nella fase di *start up*. L'UpM infatti, ha subito risentito dell'intervento di Israele a Gaza del dicembre 2008-gennaio 2009, a cui è conseguito il rifiuto dei Paesi arabi di partecipare alle riunioni. In una fase successiva essi hanno accolto il principio di una partecipazione *ad hoc*. Solo a partire da giugno 2009 si sono tenute le prime conferenze ministeriali tematiche. Gli Alti funzionari arabi, incontratisi a margine della riunione a Bruxelles dei ministri economici e finanziari e degli Alti funzionari, il 7 luglio scorso, hanno manifestato l'intenzione di partecipare solo alle riunioni tecniche⁵². Paradossalmente, anche questa è *ownership*: ora che il processo non è guidato più solo dalla sponda nord, il ruolo e la rilevanza delle posizioni arabe crescono e ne aumenta la capacità di condizionamento. Tra i limiti di questo approccio va menzionata la circostanza per la quale – in un partenariato di natura strettamente intergovernativa dominato dal *consensus* – è difficile immaginare in un prossimo futuro una presidenza o una segreteria israeliana con il *placet* dei Paesi arabi così come uno *status* analogo per l'Autorità palestinese con il *placet* di Israele. Questo per dire che il conflitto arabo-israeliano rimarrà – fino alla sua soluzione – una spina nel fianco, così come tutte le altre tensioni ancora irrisolte nell'area.

L'allargamento della cornice di dialogo ad attori influenti finora esclusi è un'altra novità interessante. La presenza a Parigi del Consiglio di cooperazione degli Stati arabi del Golfo, della Lega araba, dell'Unione africana, dell'Unione del Maghreb arabo e dell'Organizzazione della conferenza islamica rispondono ad una serie di esigenze importanti.

Una prima necessità è, infatti, imprimere slancio alla cooperazione tra i Paesi della sponda sud, creando la tanto auspicata dimensione sud-sud del processo. L'obiettivo dell'area di libero scambio mediterranea passa attraverso la realizzazione dell'apertura tra ciascun Paese terzo e la Comunità fondata sugli accordi di associazione, in diversi casi realizzando già a breve un'unione doganale. Tuttavia, la realizzazione dell'obiettivo di Barcellona implica anche un'apertura "orizzontale", finora arenatasi sulle secche di un clima politico sfavorevole a causa del quale possono essere infinite le piccole difficoltà o gli ostruzionismi, anche in forma di ostacoli tecnici.

La soluzione più pragmaticamente percorribile è favorire le aggregazioni regionali, come l'Unione del Maghreb o l'Unione africana. Forse è questa la

⁵² Ce ne informa R. ALIBONI, *op. cit.*, che aggiunge "da parte araba ci sono posizioni diverse. Però, la propensione a lavorare sul solo versante economico-finanziario e sui grandi progetti, spogliando di fatto l'UpM dei suoi obiettivi politici, tende ad essere un'interpretazione di fondo dell'UpM più che una posizione congiunturale".

strada per giungere a creare un clima maturo per il multilateralismo avanzato anche a livello pan-mediterraneo.

Ma a Parigi erano presenti altre aggregazioni il cui ruolo è diverso per natura ed oggetto. La Lega araba, stabilmente coinvolta negli incontri al vertice, o il Consiglio di cooperazione degli Stati arabi del Golfo sono considerati dei potenziali finanziatori di progetti. La loro partecipazione ad una progettualità ad ampio raggio che persegua di esigenze di sviluppo condivise è cruciale per un'iniziativa dai tratti "olistici" come l'UpM. Il supporto delle banche multilaterali di sviluppo, anch'esse presenti al vertice di Parigi, è un altro indicatore importante delle aspettative riversate sulla nuova costruzione politica.

La scelta di carattere pragmatico di concentrarsi su una serie di priorità concrete non va sottovalutata; essa cela importanti implicazioni concettuali. È infatti un riaffiorare della logica funzionalista già sottesa alla CECA e caratterizzante, nella Comunità delle origini, l'approccio di Jean Monnet. Sembra echeggiare, nelle intenzioni, quel passaggio della Dichiarazione Schumann che pone alla base del processo di integrazione "realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto". Tale percorso cela l'intenzione di disinnescare le conflittualità di carattere marcatamente ideologico, religioso o culturale per presentarsi con iniziative apparentemente neutrali e nell'interesse di tutti. Tali iniziative potrebbero consentire ai popoli di conoscersi meglio e di cominciare a "lavorare insieme" come fu, per Francia e Germania, nell'esperienza della CECA delle origini.

Tuttavia, i due scenari – quello del 1951 e l'odierno – pur essendo accomunati dagli obiettivi finali della pace e della prosperità condivisa, differiscono non poco e non solo per la numerosità degli attori coinvolti e delle distanze da colmare, ma anche per genesi e per profili strutturali.

In primo luogo, nel contesto euro-mediterraneo l'iniziativa rimane europea laddove la CECA, che rappresentava un concreto passo verso la pacificazione attraverso la realizzazione di una "solidarietà di fatto" veniva varata proprio dagli Stati ex belligeranti, la Francia e la Germania – come se oggi protagonisti dell'iniziativa fossero arabi e israeliani; in secondo luogo, la CECA, più ancora delle altre che la seguirono, si presentava rispondente ad una logica sì funzionalista, ma anche sovranazionale. I semi dell'integrazione erano gettati nella previsione di organi indipendenti dotati di un potere reale, capaci di vincolare con il proprio diritto i Paesi partecipanti e ancora nella previsione del principio maggioritario. Nel disegno dell'UpM non vi è che qualche barlume di sovranazionalità, nell'indipendenza imperfetta del Segretariato, nell'esistenza di un'Assemblea parlamentare e di una Fondazione culturale quali luoghi del dialogo.

La vasta portata geopolitica del cammino intrapreso è innegabile. Uno spazio euromediterraneo integrato che conta una sessantina di Paesi e circa un miliardo di abitanti potrebbe – sotto diversi punti di vista – reggere la concorrenza di altre aree del mondo meglio di quanto non possa fare la sola Unione europea.

Abstract

The Union for the Mediterranean

On July 31, 2008, a very important summit took place in Paris: the founding meeting of the Union for the Mediterranean to “revitalise efforts to transform the Mediterranean into an area of peace, democracy, cooperation and prosperity”. The Heads of Governments of forty-four countries attended the meeting together with the representatives of the World Bank, the European investment Bank, the Arab League, the Maghreb Union and other important actors of international relations in the Mediterranean area.

This conference set up a new international organisation which inherits the role and tasks of the so-called “Barcelona process”, includes the *acquis* of the European Neighbourhood Policy (ENP) and of the EU association agreements and encompasses in the frame of Euro-Mediterranean relations new actors with a view to increase the potential for regional integration and stability.

The “added value” of the new organization is in having permanent bodies, autonomy and the competence to carry on concrete development projects in a spirit of co-ownership.

As it is still soon to assess the functioning and outputs of the Union for the Mediterranean, this analysis offers a first evaluation of its structure, key factors and weaknesses as they appear in the founding charters.

Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ripartizione di competenze tra Commissione e giudici nazionali. – 3. *Segue*: la cooperazione tra Commissione e giudici nazionali. – 4. Azione di responsabilità extracontrattuale promossa dai concorrenti danneggiati contro lo Stato membro per violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE. – 5. Azione di risarcimento dei danni proposta dal beneficiario dell'aiuto contro lo Stato membro per violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE. – 6. Azione di risarcimento dei danni promossa dal concorrente contro il beneficiario dell'aiuto per violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE. – 7. Altre violazioni della normativa sugli aiuti che possono determinare una responsabilità extracontrattuale dello Stato. – 8. I danni risarcibili. – 9. Conclusioni.

1. In questo delicato momento storico, caratterizzato da una grave crisi finanziaria che si ripercuote in modo allarmante sull'economia reale, è particolarmente avvertita l'esigenza del rispetto delle "regole del gioco" in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Una funzione rilevante per il rispetto di tali regole può essere esercitata, oltre che dagli strumenti tradizionalmente utilizzati o comunque maggiormente noti in questo campo – tra i quali, in primo luogo, il recupero degli aiuti illegittimamente concessi – anche dall'azione di responsabilità risarcitoria nei confronti degli Stati membri.

Se è vero che l'obbligo risarcitorio a carico degli Stati membri, riconosciuto più volte dalla giurisprudenza della Corte, a partire dalla nota sentenza *Francovich*¹, rappresenta ormai un principio acquisito del diritto dell'Unione²,

* Il presente studio riproduce e integra parzialmente la relazione presentata al convegno "Gli aiuti di Stato tra crisi dei mercati e modernizzazione delle regole di controllo", Università degli studi di Napoli "Parthenope", 15 maggio 2009.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Raccolta*, p. I-5357.

² Cfr., sul tema della responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, *ex multis*, A. BARAV, *La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit: mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1992, p. 1 ss.; F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en case de violation du droit communautaire*, in *RTDE*, 1992, p. 27 ss.; J. STEINER, *From Direct Effects to Francovich: Shifting*

non sembra che esso sia stato adeguatamente considerato ed utilizzato nel settore degli aiuti di Stato alle imprese. Eppure, l'azione risarcitoria può essere considerata un mezzo idoneo sia a reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto leso in modo più efficace rispetto ad altri rimedi, sia ad indurre gli Stati membri a conformarsi in modo puntuale e tempestivo alla normativa sugli aiuti di Stato alle imprese, riducendo le possibilità che infrazioni analoghe siano nuovamente commesse.

Tuttavia, non è ancora del tutto chiaro in che termini e a quali condizioni quest'azione possa essere promossa, poiché si tratta di un tema che, sebbene rivesta particolare interesse dal punto di vista sia teorico che pratico, non è stato finora affrontato con la necessaria attenzione in dottrina e in giurisprudenza, segnatamente, negli aspetti tecnico-operativi e procedurali³.

Means of Enforcement of Community Law, in *ELR*, 1993, n. 2, p. 3 ss.; A. BARONE, R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 145 ss.; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, *ivi*, 1995, IV, c. 13 ss.; G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, *ivi*, 1996, IV, c. 321 ss.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats Membres pour violation du droit communautaire*, in *RM-CUE*, 1996, p. 27 ss.; O. DUBOS, *Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire*, in *Rev. AE*, 1997, p. 209 ss.; F. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Contr. Imp./E.*, 1997, p. 685 ss.; M. WATHELET, S. VAN RAEPENBUSCH, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse?*, in *CDE*, 1997, p. 13 ss.; H. TONER, *Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)*, in *YEL*, 1997, p. 165 ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni del diritto comunitario*, in *EDP*, 1998, p. 745 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Contr. imp./E.*, 1999, p. 101 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 229; G. ANAGNOSTARAS, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*, in *EPL*, 2001, p. 281 ss.; A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, in Danno e responsabilità*, 2001, p. 223 ss.; E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di Direttiva comunitaria*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2015 ss.; D. SIMON, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une jurisdiction suprême*, in *Juris Classeur. Europe*, 2003, p. 3 ss.; U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2003, p. 241 ss.; G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *NGCC*, 2005, p. 1 ss.; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008; A. BIONDI, M. FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Amsterdam, 2009.

³ Sul tema dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria per la violazione della normativa sugli aiuti di Stato alle imprese, cfr. E. MOAVERO MILANESI, *Partecipazioni dello Stato nelle imprese pubbliche e disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *RDE*, 1990, p. 564 ss.; D. BORDE, P. KIRCH, *La restitution des aides d'Etat*, in *RTDE*, 1993, p. 477 ss.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2001, p. 217; A. SAGGIO, *op. cit.*, p. 240; G. LUCHENA, *Diritti degli operatori economici e aiuti di Stato alle imprese*, in *Riv. giur. mezz.*, 2004, p. 1035 ss.; G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in *Id.* (a cura di) *Diritto dell'Unione Europea, Parte Speciale*, Torino, 2005, II ed., p. 419.

La comunicazione concernente la cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, adottata dalla Commissione nel 2005, si limitava ad affermare la competenza del giudice nazionale a disporre il risarcimento dei danni causati da una violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE (già art. 88, par. 3 TCE), conformemente ai principi sviluppati nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁴. Tale atto è stato sostituito nel 2009 da una nuova comunicazione della Commissione, relativa all'applicazione della legislazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, che ha ravvivato il dibattito, soffermandosi, *inter alia*, sui legittimati attivi e passivi e sulle condizioni necessarie per promuovere l'azione di responsabilità extracontrattuale in questo ambito⁵.

Alla luce di quest'ultima comunicazione, ci proponiamo pertanto di approfondire il tema in oggetto, senza tralasciare gli ostacoli che impediscono al rimedio risarcitorio di esprimere tutte le sue potenzialità a sostegno e rafforzamento dei principi in materia di aiuti di Stato alle imprese⁶.

2. Prima di soffermarci in dettaglio sull'esperibilità del rimedio risarcitorio nel settore degli aiuti di Stato alle imprese, occorre richiamare brevemente i tratti essenziali della ripartizione di competenze tra la Commissione e i giudici nazionali.

Come più volte ricordato dalla Corte di giustizia⁷, l'istituzione dell'Unione ed i giudici interni condividono la responsabilità di garantire la corretta attuazione della disciplina sugli aiuti di Stato alle imprese di cui agli articoli 107 e 108 TFUE (già articoli 87 e 88 TCE), nell'ambito però di ruoli complementari e distinti⁸. Difatti, sussiste una diversità ontologica, sia pure non netta, dei diffe-

⁴ Cfr. *GUCE* C 312, 23 novembre 1995, p. 8 ss..

⁵ Reperibile *on line* sul sito ec.europa.eu.

⁶ La normativa sugli aiuti di Stato alle imprese ha dimostrato nel corso degli anni una straordinaria vitalità. Si pensi, ad esempio, al caso *Traghetti del Mediterraneo* in materia di responsabilità dello Stato per fatto del giudice (sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Raccolta*, p. I-5177) o al caso *Lucchini* in materia di giudicato (sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *ivi*, p. I-6199).

⁷ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e a.*, *Raccolta*, p. I-3547, punto 41; del 21 ottobre 2003, cause riunite C-261 e 262/01, *Van Calster e Cleeren*, *ivi*, p. I-12249, punto 74; del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, *ivi*, p. I-9957, punto 37.

⁸ Cfr., *ex multis*, P. J. SLOT, *Procedural Aspects of State Aids*, in *CML Rev.*, 1990, p. 741 ss.; E. TRIGGIANI, *I poteri di controllo della Commissione sugli aiuti di Stato alle imprese pubbliche*, in *RDE*, 1990, p. 489 ss.; G. M. ROBERTI, *La nuova lettura dell'art. 93, n. 3, del Trattato Cee nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 28 ss.; F. CARUSO, *Competenza a vigilare e competenza normativa nella disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese*, in *Europa e Mezzogiorno*, 1992, n. 25, p. 39 ss.; J. A. WINTER, *Supervision of State Aid: Article 93 in the Court of Justice*, in *CML Rev.*, 1993, p. 311 ss.; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, p. 471; S. AMADEO, *Aiuti statali alle imprese e competenze del giudice nazionale nell'applicazione dell'art. 93.3 Trattato CE*, in *St. I.*, 1998, p. 354 ss.; S. BARIATTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998, p. 12 ss.; F. BESTAGNO, *Il controllo comunitario degli aiuti di Stato nel recente regolamento di procedura*, in *Dir. comm. int.*,

renti interessi (pubblici nel primo caso e privati nel secondo) che le due forme di intervento intendono tutelare.

È ben noto che sul piano sostanziale la normativa di riferimento è rappresentata dall'art. 107 FUE, che fissa la nozione di aiuto, la cui valutazione è affidata alla competenza esclusiva della Commissione, sotto il controllo dei giudici dell'Unione. L'istituzione ha la responsabilità di stabilire, attraverso il procedimento speciale di cui all'art. 108 TFUE, se ed in che limiti le misure statali siano compatibili con il mercato comune. Quanto evidenziato si completa con le competenze normative del Consiglio, ai sensi degli articoli 107, par. 3, lett. e), e 109 TFUE, che riguardano la possibilità attribuita a tale istituzione, rispettivamente, di individuare nuove categorie di aiuti compatibili, nonché le condizioni per l'applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE.

È altrettanto noto che sul piano procedurale l'art. 108, par. 3 TFUE impone agli Stati membri sia l'obbligo di notificare alla Commissione i progetti di aiuti sia quello correlativo di non dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedimento abbia condotto ad una decisione finale (c.d. obbligo di *standstill*). La violazione di queste previsioni di carattere procedurale è distinta da quella delle norme sostanziali e costituisce un motivo autonomo d'illegittimità che non può essere sanato *a posteriori*. Il diritto dei singoli, persone fisiche o giuridiche, al rispetto delle norme procedurali potrebbe ridursi ad un mero *flatus vocis* qualora non fosse adeguatamente garantito sul piano giurisdizionale. Ed infatti, le previsioni contenute nell'art. 108, par. 3 TFUE, considerate centrali per il sistema di controllo degli aiuti⁹, sono provviste di efficacia diretta e attribuiscono diritti ai singoli che i giudici nazionali devono tutelare¹⁰. Ciò significa che gli organi giurisdizionali nazionali devono trarre tutte le conseguenze giuridiche derivanti da aiuti concessi illegittimamente, ivi compresi il loro recupero, la loro sospensione e il risarcimento dei danni¹¹.

L'azione aquiliana in tema di aiuti di Stato alle imprese va pertanto promossa dinanzi ai giudici nazionali, i quali, in presenza di dubbi, possono o debbono, se di ultima istanza, rivolgere alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione *ex art.* 267 TFUE.

A ben vedere, però, la ripartizione di competenze tra Commissione e giudici nazionali non è sempre individuabile con precisione, considerato che la stessa Corte di giustizia ha espressamente affermato che i giudici nazionali possono

1999, p. 339; A. SANTA MARIA (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, 2006; K. BACON, *European Community Law on State Aid*, Oxford, 2009.

⁹ In particolare, con riferimento all'obbligo di notifica cfr. sentenza della Corte di giustizia del 22 aprile 2008, causa C-408/04 P, *Commissione c. Salzgitte*, *Raccolta*, p. I-2767, punto 104.

¹⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires e a. c. Francia*, *Raccolta*, p. I-5505, punti 11 e 12; del 5 ottobre 2006, causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, *ivi*, p. I-9957, punti 38 e 44.

¹¹ Sentenze *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires*, *cit.*, punto 12; *SFEI*, *cit.*, punto 40.

trovarsi ad interpretare la nozione stessa di aiuto¹². La situazione si presenta piuttosto complessa, in particolare nelle ipotesi di aiuti di Stato concessi alle imprese incaricate di un servizio di interesse economico generale, in quelle di aiuti rientranti nel regolamento di esenzione per categoria¹³ e nei regimi di aiuti esistenti ovvero approvati dalla Commissione. In tali casi il potere del giudice nazionale nel garantire le disposizioni procedurali di cui all'art. 108, par. 3 TFUE risulta difficilmente scindibile dall'applicazione dell'art. 107 TFUE.

Le difficoltà sono accentuate dal fatto che, in assenza di una disciplina comune dell'Unione europea, è l'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme dell'Unione¹⁴. In altre parole, si può affermare che le azioni risarcitorie, ivi comprese quelle in materia di aiuti di Stato, passano attraverso i "canali" previsti dai vari ordinamenti giuridici interni.

Nondimeno, tale discrezionalità degli Stati membri – definita dalla Corte di giustizia "autonomia procedurale"¹⁵ – degli Stati membri deve esercitarsi entro i confini stabiliti dal diritto dell'Unione, e in via prioritaria occorre rispettare i noti principi di effettività e di equivalenza (o di non discriminazione)¹⁶. Difatti, le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale, al pari di qualsiasi altra azione nazionale fondata su diritti derivanti dall'Unione europea, non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna (c.d. principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (c.d. principio di effettività)¹⁷.

¹² Cfr., *ex multis*, sentenza *Transalpine Ölleitung in Österreich*, cit., punto 49.

¹³ Regolamento (CE) della Commissione n. 800/2008 del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato, *GUUE* L 214, 6 luglio 2008, p. 3.

¹⁴ Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2008, p. 336 ss.; S. M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

¹⁵ V., in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, *Raccolta*, p. 1989, punto 5; del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, *ivi*, p. I-6297, punto 29; dell'11 settembre 2003, causa C-13/01, *Safalero*, *ivi*, p. I-8679, punto 49; del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, *ivi*, p. I-2271, punto 39; del 7 giugno 2007, cause riunite da C-222 a 225/05, *van der Weerd e a.*, *ivi*, p. I-4233, punto 28; del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, *ivi*, p. I-411, punto 57.

¹⁶ Tali principi sono stati enunciati per la prima volta nella pronuncia *Rewe*, cit., punto 5. Cfr., *ex multis*, le sentenze *Francovich*, cit., punti 41-43; del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, *Raccolta*, p. I-4599, punto 12; del 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, *ivi*, p. I-4025, punto 27; del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, *ivi*, p. I-10239, punto 58; del 26 gennaio 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, causa C-118/08, punto 31, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁷ N. C. KAKOURIS, *Do Member States Possess Judicial Procedural Autonomy?*, in *CML Rev.*, 1997, p. 1389 ss.; R. LUZZATTO, *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *Ius*, 1999, p. 373 ss.; A. ADINOLFI, *La tu-*

Resta altresì da puntualizzare che la possibilità di chiedere un risarcimento danni è, in linea principio, indipendente da qualsiasi indagine parallela della Commissione concernente la stessa misura di aiuto. Un'indagine in corso non esime il giudice nazionale dall'obbligo di tutelare i diritti individuali in virtù dell'art. 108, par. 3 TFUE. Si noti che il ricorrente può dimostrare di aver subito un danno a causa dell'esecuzione prematura dell'aiuto illegittimo e, più specificamente, in conseguenza del vantaggio temporale goduto dal beneficiario, di guisa che non è esclusa la ricevibilità di domande di risarcimento danni qualora la Commissione abbia già approvato l'aiuto nel momento in cui il giudice nazionale adotta la sua decisione. Anzi, in tali casi l'azione risarcitoria può assumere una valenza fondamentale per la tutela dei diritti dei singoli, considerato che la più recente giurisprudenza della Corte, in presenza di violazioni degli obblighi di notifica e di *standstill* in relazione ad aiuti poi dichiarati compatibili dalla Commissione, impone ai giudici nazionali soltanto di condannare il beneficiario al pagamento degli interessi per il periodo di illegalità, attribuendo loro, invece, la discrezionalità nel disporre o meno il recupero¹⁸.

3. Per completare il quadro dei rapporti tra giudici nazionali e Commissione rilevanti per il tema in esame, occorre tener presenti ulteriori considerazioni che si desumono direttamente dall'ultima comunicazione della Commissione.

I giudici nazionali sono legittimati a presentare richieste di assistenza alla Commissione ai sensi della sezione 3 della nuova comunicazione, in forza del principio di leale cooperazione contenuto nell'art. 4, par. 3 TUE (già art. 10 TCE), la cui efficacia è di natura reciproca per perseguire gli obiettivi dell'Unione. La predetta assistenza può assumere due diverse forme, che si ispirano a strumenti già collaudati nell'ambito del diritto antitrust¹⁹, oltre che a

tela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario, in *DUE*, 2001, p. 41 ss.; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, *ivi*, 2001, p. 61 ss.; M. DOUGAN, *National Remedies before the European Court of Justice*, Oxford, 2004; R. A. JACCHIA, M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *RDIPP*, 2008, p. 643 ss.

¹⁸ La Corte ha significativamente affermato che "l'art. 88, n. 3, ultima frase, CE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale non è tenuto a ordinare il recupero di un aiuto versato in violazione di detta disposizione qualora la Commissione abbia adottato una decisione finale che dichiara la compatibilità di siffatto aiuto con il mercato comune ai sensi dell'art. 87 CE. In forza del diritto comunitario, egli è tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità. Nell'ambito del suo diritto nazionale, all'occorrenza, egli può inoltre ordinare il recupero dell'aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest'ultimo in un momento successivo. Egli può altresì essere indotto ad accogliere le domande di risarcimento dei danni causati a motivo dell'illegittimità dell'aiuto" (sentenza del 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*, *Raccolta*, p. I-469, punto 53). Cfr. P. J. SLOT, *Case C-199/06, Centre d'exportation du livre français (CELF)*, in *CML Rev.*, 2009, p. 623 ss.

¹⁹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE

principi più volte richiamati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia anche in altri campi del diritto dell'Unione²⁰.

Per un verso, il giudice nazionale può chiedere alla Commissione di trasmettergli le informazioni pertinenti in suo possesso, ivi comprese quelle coperte dal segreto d'ufficio, sempreché il giudice nazionale sia in grado ed intenda impegnarsi ad assicurare la loro riservatezza. Da parte sua, la Commissione può eccezionalmente rifiutarsi di trasmettere le informazioni richieste per motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o per evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza dell'Unione²¹. A parte questi casi eccezionali, che possono sollevare diversi problemi ermeneutici e applicativi, la trasmissione di informazioni non sembra dar luogo ad eccessive difficoltà e nondimeno può risultare di particolare utilità per il giudice nazionale dinanzi al quale pende un giudizio di risarcimento, giacché gli consente di venire a conoscenza di una serie di dati rilevanti, quali, ad esempio, quelli relativi al rispetto o meno degli obblighi di cui all'art. 108, par. 3 TFUE ed all'eventuale andamento della procedura di controllo da parte della Commissione.

Per altro verso, il giudice nazionale può richiedere alla Commissione di esprimere un parere sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato, segnatamente in merito ai requisiti giuridici fissati per le domande di risarcimento dei danni in base al diritto dell'Unione e alle questioni concernenti il calcolo dei danni subiti. Va qui precisato che la Commissione, nell'ottica di mantenere una posizione di imparzialità tra le parti, si limita a fornire all'organo giurisdizionale nazionale gli elementi di fatto o i chiarimenti economici e giuridici richiesti, senza però entrare nel merito della controversia. Si noti altresì che non è ben chiaro quando il giudice nazionale dovrebbe richiedere un parere alla Commissione e quando invece dovrebbe sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; dubbio, questo, non risolto né dalla comunicazione né dalla giurisprudenza dell'Unione. Ad ogni modo, gli organi giurisdizionali nazionali nell'ambito della loro valutazione non possono ignorare che la pronuncia della Corte di giustizia assume efficacia vincolante, a differenza del parere della Commissione, la quale è però più attrezzata del giudice dell'Unione ad elaborare delle analisi di carattere economico.

A prescindere da quest'ultima notazione, si tratta senz'altro di strumenti utili, che costituiscono un'espressione significativa del principio di leale cooperazione, fornendo meccanismi di sostegno pratici e semplici, ma che a ben vedere sono stati finora poco utilizzati dai giudici nazionali. Il fallimento delle predette forme di collaborazione discende verosimilmente da una scarsa conoscenza, da parte dei giudici nazionali, degli strumenti utilizzabili, dalla diffi-

(GUUE C 101, 27 aprile 2004, p. 54), punti 15-30. Cfr. I. VAN BAEL, F. BELLIS, *Il Diritto comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009, p. 1093.

²⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2002, causa C-275/00, *Comunità europea c. First NV e Franex NV*, *Raccolta*, p. I-10943.

²¹ Sentenze della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, *Raccolta*, p. I-935, punto 53; *SFEI*, cit., punto 50; *Comunità europea c. First NV e Franex NV*, cit., punto 49.

denza di tali organi nazionali a coinvolgere la Commissione e nel rischio di allungare i tempi di risoluzione della controversia. L'ultima comunicazione si propone di rimuovere, almeno in parte, questi impedimenti, atteso che la Commissione si è impegnata a trasmettere ai giudici nazionali le informazioni e i pareri richiesti in tempi piuttosto brevi²². Se è vero quindi che la possibilità di chiedere aiuto alla Commissione era già prevista nella precedente comunicazione in materia di aiuti di Stato, non può essere ignorato che questa cooperazione si traduce nella nuova comunicazione in regole ben più specifiche e dettagliate. Ciò non significa che si realizzerà necessariamente un significativo passo in avanti nella direzione di una piena collaborazione, se si tiene conto del fatto che in questo campo, dove l'analisi economica entra prepotentemente nelle aule di Tribunale, i giudici nazionali, pur non disponendo delle conoscenze necessarie per verificare l'effettivo danno subito, potrebbero preferire rivolgersi a consulenti tecnici piuttosto che affidarsi alla Commissione. Peraltro, sul piano strettamente giuridico, l'interlocutore privilegiato del giudice nazionale dovrebbe rimanere la Corte di giustizia *ex art. 267 TFUE*, considerato che nell'ambito della richiesta di pareri alla Commissione non sono definiti con precisione la procedura da seguire e le garanzie di tutela dei diritti di difesa delle parti.

4. Passando ora al cuore della questione, occorre subito evidenziare che in tema di aiuti la questione dell'ammissibilità delle azioni di responsabilità risarcitoria degli Stati membri dinanzi ai giudici nazionali si presenta piuttosto problematica e con numerose sfaccettature.

La comunicazione del 2009 relativa all'applicazione della legislazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali affronta la questione delle eventuali pretese risarcitorie avanzate dai soggetti danneggiati dalla concessione di aiuti illegittimi, individuandone il fondamento nei principi emersi nella citata sentenza *Francovich* e nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*²³. È chiaro che il riferimento della comunicazione alle due sentenze va esteso logicamente a tutte le pronunce in tema di responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, i cui principi possono trovare puntuale applicazione in materia di aiuti di Stato.

In linea con tale giurisprudenza, non c'è dubbio che il soggetto prioritariamente responsabile nei confronti dei soggetti danneggiati da aiuti illegittimi sia lo Stato membro, anche se sulla base del diritto interno l'azione deve essere in ipotesi esperita contro l'autorità nazionale che abbia effettivamente erogato l'aiuto di Stato. Non può essere, infatti, ignorato che nell'ipotesi in cui detta autorità non sia in grado di risarcire il danno o provveda in misura parziale e

²² La Commissione si è impegnata a trasmettere le informazioni ed i pareri entro il termine, rispettivamente, di un mese e di quattro mesi dalla data di ricevimento della richiesta.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Raccolta*, p. I-1029.

insoddisfacente, l'unico soggetto responsabile per il diritto dell'Unione rimane pur sempre lo Stato²⁴.

Al contempo, il soggetto prioritariamente danneggiato dalla concessione di aiuti illegittimi dovrebbe essere l'operatore concorrente dell'impresa beneficiaria delle misure statali, sebbene non sia escluso che altri soggetti possano subire un danno, in particolare dalla violazione degli obblighi di notifica e di *standstill*.

In effetti, le azioni aquiliane possono rilevarsi particolarmente efficaci per il ricorrente in quanto se accolte, contrariamente a quelle volte al mero recupero che procurano un vantaggio indiretto, gli permettono di ottenere una compensazione finanziaria diretta per la perdita subita.

Va da sé che l'eventuale risarcimento dei danni, in favore dei soggetti danneggiati, è pur sempre subordinato all'esistenza delle tre condizioni elaborate dalla giurisprudenza della Corte, vale a dire: che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti; che la violazione di tale norma sia sufficientemente caratterizzata (qualificata); che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e il danno subito²⁵. Pertanto, alla base del dibattito sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri nel campo degli aiuti di Stato alle imprese, si pone l'interrogativo di fondo se sussistono le tre condizioni cumulativamente necessarie per promuovere tale azione.

Ebbene, la comunicazione della Commissione del 2009 fornisce risposte argomentate e convincenti a tale interrogativo.

Il primo requisito (norma dell'Unione preordinata a conferire diritti ai singoli) è soddisfatto in relazione alla violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE, in quanto la Corte di giustizia ha costantemente affermato non solo l'esistenza di diritti individuali in virtù di questa disposizione, ma ha anche chiarito che la tutela di siffatti diritti spetta ai giudici nazionali²⁶. È di chiara evidenza, infatti, che una norma provvista di efficacia diretta, come per l'appunto l'art. 108, par. 3 TFUE, è normalmente preordinata a conferire diritti ai singoli²⁷.

Pure il requisito di una violazione sufficientemente caratterizzata o qualificata del diritto dell'Unione in generale, da intendere essenzialmente come violazione grave e manifesta, è soddisfatto nelle ipotesi di inadempimento agli

²⁴ In questa prospettiva, si colloca altresì l'affermazione della Corte secondo cui il diritto dell'Unione non osta al fatto che alla responsabilità extracontrattuale dello Stato membro si aggiunga quella di un altro organo o soggetto nazionale, giacché si tratta di una questione di diritto interno che non coinvolge l'ordinamento dell'Unione (sentenze della Corte di giustizia del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Salomone Haim*, *Raccolta*, p. I-5129, punti 30-32; del 17 aprile 2007, causa C-470/03, *AGM-COS.MET*, *ivi*, p. I-2749, punti 147 ss.).

²⁵ Sentenze *Brasserie du Pêcheur*, cit., I-1029, punto 66; del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, *Raccolta*, p. I-2553, punto 25; dell'8 ottobre 1996, cause riunite C-178, 179 e da 188 a 190/94, *Dillenkofer e a.*, *ivi*, p. I-4845, punto 21; del 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, punto 20, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires*, cit., punti da 12 a 14; *Van Calster e Cleeren*, cit., punto 53.

²⁷ Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 54.

obblighi contenuti nell'art. 108, par. 3 TFUE. Nel determinare se una violazione del diritto dell'Unione sia sufficientemente caratterizzata, la Corte di giustizia ha sottolineato che il giudice nazionale deve prendere in considerazione molteplici fattori, quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione, nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, 3° comma, TFUE.

Tra questi fattori una rilevanza centrale riveste quello relativo all'ampiezza del potere discrezionale di cui godono le autorità nazionali, nel senso che qualora lo Stato non disponga di alcun margine di discrezionalità, la semplice violazione del diritto dell'Unione può ritenersi sufficiente per stabilire l'esistenza di una violazione grave e manifesta²⁸.

Dall'applicazione di tali principi di carattere generale nel campo degli aiuti di Stato, si ricava l'esistenza del requisito della violazione sufficientemente caratterizzata: le autorità dello Stato membro non godono di alcun potere discrezionale per quanto concerne l'art. 108, par. 3 TFUE, giacché esse sono tenute all'obbligo di notificare qualsiasi aiuto prima di darvi esecuzione. Né tanto meno può essere utilmente eccepita da parte degli Stati membri la scusabilità dell'errore, sostenendo di non essere al corrente degli obblighi di notifica e di *standstill*, in presenza sia di un'ampia giurisprudenza intervenuta in materia sia di diversi atti di orientamento della Commissione sull'applicazione dell'art. 107, par. 1 e dell'art. 108, par. 3 TFUE. Tanto più che, in caso di dubbio e per ragioni di certezza del diritto, gli Stati membri possono sempre notificare la misura controversa alla Commissione.

La terza condizione richiesta dalla consolidata giurisprudenza della Corte in tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri è costituita dall'esistenza di un nesso causale tra violazione dell'obbligo incombente allo Stato membro inadempiente e il danno subito dai soggetti lesi²⁹, la cui dimostrazione è senz'altro più agevole qualora all'inadempimento degli obblighi di notifica e di *standstill* si affianchi la decisione della Commissione di incompatibilità dell'aiuto *ex art. 107 TFUE*³⁰. Si deve, infatti, trattare di un danno effettivo, vale a dire reale e certo, essendo escluso che tale condizione sia soddisfatta nel caso in cui le argomentazioni del ricorrente siano assolutamente dubitative e imprecise quanto al pregiudizio subito. Al riguardo, occorre altresì rilevare che lo

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia, *Brasserie du pêcheur*, cit., punto 56; *Köbler*, cit., punto 55; e del 25 gennaio 2007, causa C-278/05, *Carol Marilyn Robins e a. c. Secretary of State for Work and Pension*, Raccolta, p. I-1053, punto 77.

²⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 24 settembre 1998, causa C-319/96, *Brinkmann*, Raccolta, p. I-5255, punti 27-29; del 15 giugno 1999, causa 140/97, *Rechberger*, *ivi*, p. I-3499, punto 5 (massima).

³⁰ Cfr. D. BORDE, P. KIRCH, *op. cit.*, p. 486; O. PORCHIA, *op. cit.*, p. 229.

Stato membro può essere ritenuto responsabile solo del danno derivante in modo sufficientemente diretto dall'illegittimità commessa dai suoi organi.

Risulta poi da un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri che la responsabilità extracontrattuale dello Stato membro può essere esclusa o ridotta se il danneggiato è responsabile per avere determinato o contribuito con la sua condotta alla realizzazione del danno³¹. Ecco allora che il nesso di causalità può essere finanche del tutto interrotto dal comportamento negligente del danneggiato, specie se si tratta di persona, fisica o giuridica, avveduta ed esperta, che non avrebbe dovuto ignorare le conseguenze dannose derivanti dal comportamento dello Stato e avrebbe pertanto potuto adottare le relative cautele. In linea di principio, nelle azioni di responsabilità extracontrattuale promosse dal concorrente contro lo Stato inadempiente sembra difficilmente ipotizzabile che si possa imputare al soggetto danneggiato la mancanza di buona fede. Ciò nonostante, è chiaro che la valutazione del suo comportamento dipende da tutte le circostanze del caso concreto³², in quanto la determinazione del danno risarcibile da parte del giudice nazionale può dipendere dalla ragionevole diligenza manifestata dalla parte lesa nell'evitare il danno o limitarne l'entità³³. Quest'affermazione si completa con la precisazione che risulterebbe "in contrasto con il principio di effettività imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giurisdizionale a loro disposizione, tenendo conto che ciò causerebbe difficoltà eccessive o non si potrebbe ragionevolmente esigerlo da loro"³⁴. Si ricava da questi principi di carattere generale elaborati dalla Corte di giustizia, applicabili anche nel campo degli aiuti di Stato, che la ragionevole diligenza richiesta al soggetto leso non coincide esattamente con la regola del previo esaurimento di tutti i mezzi di ricorso interno.

5. Sono sorti poi dubbi sulla possibilità per il beneficiario dell'aiuto tenuto alla restituzione di chiedere allo Stato il risarcimento dei danni.

Si è sostenuto al riguardo che nel caso in cui lo Stato fosse tenuto a risarcire, in favore dell'impresa beneficiaria, i danni derivanti dalla restituzione di un aiuto illegale, la relativa azione finirebbe per urtare contro il principio della "piena efficacia delle norme dell'Unione" che si intende tutelare³⁵. Per dirla altrimenti, se per effetto delle decisioni della Commissione lo Stato italiano

³¹ Sentenze della Corte di giustizia del 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e 37/90, *Mulder e a. c. Consiglio e Commissione, Raccolta*, p. I-3061, punto 33; del 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *ivi*, p. I-2107, punto 124.

³² Ad es., il soggetto leso deve proporre l'azione risarcitoria entro i termini di prescrizione e decadenza stabiliti dal diritto interno, sempreché tali termini siano conformi ai principi di equivalenza e di effettività.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, *cit.*, punti 60 e 61; v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 9 luglio 2009, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado*, non ancora pubblicate in *Rivista*, punto 19.

³⁴ Sentenza *Danske Slagterier*, *cit.*, punto 62.

³⁵ E. MOAVERO MILANESI, *op. cit.*; G. LUCHENA, *op. cit.*

fosse tenuto ad esigere la ripetizione degli aiuti illegittimamente concessi, e con riferimento alla stessa fattispecie venisse chiamato dal giudice nazionale a risarcire il danno causato dalla erogazione illegittima al beneficiario di un aiuto, ne risulterebbe la vanificazione dei risultati che la Commissione intendeva conseguire con le predette decisioni.

In senso contrario, però, è stato affermato che la restituzione di quanto percepito e il risarcimento del danno sono termini tutt'altro che equivalenti perché tra l'uno e l'altro non vi è piena corrispondenza né nei presupposti tecnici e giuridici né tanto meno sul piano quantitativo³⁶. Estremamente eloquente è, al riguardo, una sentenza della Corte di giustizia laddove evidenzia che “(...) il risarcimento del danno che le autorità nazionali siano condannate a pagare a dei singoli per il danno loro arrecato non costituisce un aiuto ai sensi degli artt. 92 [ora 107 TFUE] e 93 [ora 108 TFUE] del Trattato CEE (...)”³⁷; di guisa che si può ritenere che il risarcimento del danno abbia natura del tutto diversa dalla restituzione degli aiuti di Stato. L'ammissibilità di tale soluzione presuppone quindi che il danno non sia equiparato all'importo da restituire, al fine di evitare una concessione indiretta di aiuti di Stato in contrasto con l'art. 107 TFUE³⁸.

Secondo questa ricostruzione, favorevole al risarcimento dei danni, occorre altresì segnalare che il sistema di controllo e di esame degli aiuti di Stato previsto dall'art. 108, par. 3 TFUE non impone alcun obbligo specifico nei confronti del beneficiario dell'aiuto, in quanto gli obblighi di notifica e di *standstill* hanno come unico destinatario lo Stato membro. Ove queste riflessioni non fossero sufficienti, potrebbe aggiungersi *ad abundantiam* il rilievo che è sempre lo Stato membro il soggetto cui è diretta la decisione con la quale la Commissione dichiara un aiuto incompatibile e invita a sopprimerlo entro un dato termine, a meno che il diritto nazionale non preveda espressamente la responsabilità del beneficiario dell'aiuto che abbia accettato un sostegno illegittimo.

Se ciò è vero, neppure può ignorarsi che risulta sempre più difficile, se non impossibile, per i beneficiari delle misure statali sostenere la loro buona fede nel ritenere legittimo l'aiuto poi dichiarato illegittimo o incompatibile con l'art. 107 TFUE, in presenza ormai di diversi regolamenti comunitari e atti di orientamento che hanno in gran parte codificato la giurisprudenza dell'Unione e la prassi della Commissione. In particolare, la Corte sembra ormai aver definitivamente risolto la *querelle*, evidenziando che un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che la procedura di controllo degli aiuti di Stato sia stata rispettata³⁹. Ammettere il contrario equivarrebbe

³⁶ G. STROZZI, *op. cit.*

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 1988, cause riunite da C-106 a 120/87, *Asteris EA e a.*, *Raccolta*, p. I-5515, punto 23.

³⁸ In tal senso, conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 28 aprile 2005, cause riunite C-346 e 529/03, *Atzeni e a. c. Regione Autonoma della Sardegna*, punto 198.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, *Raccolta*, p. I-1591, punto 25 e giurisprudenza citata.

evidentemente a porre in discussione gli obblighi di notifica e di *standstill* previsti all'art. 108, par. 3 TFUE⁴⁰.

6. Per quanto concerne la questione dell'eventuale responsabilità dell'impresa beneficiaria dell'aiuto per non avere verificato con la necessaria diligenza se quest'ultimo sia stato erogato secondo la procedura prevista dall'art. 108, par. 3 TFUE, ad integrazione di quanto già considerato, deve essere aggiunto che la Corte nella citata sentenza *SFEI* esprime un orientamento negativo sul rilievo che il sistema di controllo degli aiuti istituito dalla norma dell'Unione riguarda specificamente lo Stato membro e non impone alcun obbligo a carico dei beneficiari dell'aiuto. Da ciò la Corte desume che il diritto dell'Unione non offre elementi giuridici validi per ritenere sussistente una possibile responsabilità del soggetto beneficiario per non avere verificato se l'aiuto ricevuto fosse stato preventivamente notificato alla Commissione.

La predetta opinione non è condivisa da una parte qualificata della dottrina in quanto ritenuta formalistica e tale da trascurare del tutto gli effetti diretti della normativa dell'Unione anche nei confronti dei singoli, atteso che la stessa "impone alle imprese beneficiarie dell'aiuto un obbligo di diligenza almeno per ciò che riguarda il rispetto della procedura istituita dal Trattato"⁴¹.

In altre parole, l'orientamento negativo comporta alcune frizioni rispetto alle pronunce che impongono al beneficiario un obbligo di diligenza⁴². Tuttavia, con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, occorre segnalare che la giurisprudenza ha altresì chiarito che, anche se in base al diritto dell'Unione il beneficiario non è tenuto a risarcire i danni ai concorrenti per aver accettato l'aiuto, non è escluso che una responsabilità del beneficiario possa discendere dalla normativa nazionale in materia di responsabilità extracontrattuale⁴³. Se alla luce di tale normativa, l'operatore che accetta un sostegno illegittimo può, in talune circostanze, essere considerato civilmente responsabile, il principio di equivalenza o non discriminazione può indurre il giudice nazionale ad affermare la responsabilità per fatto illecito del beneficiario di un aiuto di Stato corrisposto in violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE⁴⁴. Le difficoltà che si incontrano a voler riconoscere questa forma di risarcimento sono evidentemente ben presenti alla giurisprudenza della Corte che, al fine di "dribblare" gli ostacoli, ha rimesso al diritto nazionale la soluzione della questione.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 23 aprile 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninklijke Friesland Foods NV*, punto 110.

⁴¹ Così A. SAGGIO, *op. cit.*, pp. 140-141.

⁴² Sentenze della Corte di giustizia del 14 gennaio 1997, causa C-169/95, *Spagna c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-135, punto 5; del 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, *ivi*, p. I-1591, punti 25 e 49.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia *SFEI*, *cit.*, punto 75.

⁴⁴ Cfr. sentenza *SFEI*, *cit.*, punti 73-75.

7. Analogamente alle violazioni degli obblighi di notifica e di *standstill*, la mancata esecuzione da parte delle autorità nazionali di una decisione di recupero della Commissione, ai sensi dell'art. 14 del regolamento (CE) n. 659/99 (c.d. regolamento di procedura)⁴⁵, può far sorgere di per sé una richiesta di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato membro inadempiente, sulla base delle condizioni indicate dalla consolidata giurisprudenza dell'Unione in argomento. Anzi, in tal caso la violazione appare più grave, da un punto di vista sostanziale, rispetto a quella degli obblighi di notifica e *standstill*, poiché è finalizzata non solo a garantire il rispetto delle regole, ma anche a ripristinare quel *level playing field* necessario per il funzionamento di un sistema di concorrenza non falsata tra le imprese.

Ad ogni buon conto, i principi richiamati *supra* in relazione all'art. 108, par. 3 TFUE si applicano, *mutatis mutandis*, alle violazioni dell'obbligo di recuperare un aiuto illegittimamente erogato⁴⁶. Analoghe sono le considerazioni sull'esistenza dei primi due requisiti: il primo si ricava dal fatto che l'obbligo di recupero dello Stato membro è volto a tutelare gli stessi diritti individuali della clausola di sospensione, il secondo discende dalla circostanza che le violazioni dell'obbligo di recupero contenuto nella decisione della Commissione in linea di principio sono da considerarsi sufficientemente caratterizzate, poiché tale obbligo di per sé non lascia alcun margine di discrezionalità all'autorità nazionale. Se è vero che talvolta si verificano delle difficoltà nel recupero, anche in considerazione del fatto che esso si realizza secondo le norme previste dal diritto interno, neppure può ignorarsi che soltanto in alcune ipotesi eccezionali – quali l'impossibilità assoluta, il legittimo affidamento e l'intervenuta prescrizione per il decorso del termine di dieci anni dalla concessione dell'aiuto⁴⁷ – lo Stato può sottrarsi a tale obbligo di recupero.

Pure complessa può presentarsi la prova del nesso eziologico, atteso che grava sul ricorrente l'onere di dimostrare che la perdita subita sia in effetti una conseguenza diretta del mancato o tardivo recupero dell'aiuto illegittimo. Si tenga presente che, anche in tal caso, il soggetto prioritariamente danneggiato dalla violazione dell'obbligo di recupero dovrebbe risultare l'operatore concorrente dell'impresa beneficiaria dell'aiuto, sebbene non sia da escludere che altri soggetti possono subire un danno da tale violazione.

Peraltro, i requisiti costitutivi della responsabilità extracontrattuale dello Stato possono sussistere in altri casi, oltre quelli espressamente richiamati

⁴⁵ Cfr. *GUCEL* 83, 27 marzo 1999, p. 1.

⁴⁶ Si potrebbe prospettare un'azione risarcitoria, in presenza delle condizioni elaborate dalla giurisprudenza dell'Unione, pure nelle ipotesi di violazione del c.d. impegno *Deggendorf* (sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1997, causa C-355/95 P, *Deggendorf c. Commissione e Repubblica federale di Germania*, *Raccolta*, p. I-2549), che impone agli Stati membri di subordinare la concessione di nuovi aiuti alla preventiva verifica che i potenziali beneficiari non rientrino tra le imprese che hanno ricevuto e non restituito aiuti che la Commissione abbia dichiarato illegali o incompatibili e dei quali abbia ordinato il recupero.

⁴⁷ Art. 15 del regolamento 659/99, cit.

dall'ultima comunicazione della Commissione. A tacer d'altro, ad esempio, tale azione potrebbe essere esperita nell'ipotesi di un'interpretazione o applicazione non corretta delle norme del TFUE in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, così come accertato dalla nota sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁴⁸, ovvero di altri organi del potere esecutivo o legislativo. La responsabilità risarcitoria dello Stato ricorre, infatti, in relazione a qualsiasi violazione del diritto dell'Unione e quale che sia l'organo la cui azione od omissione vi abbia dato origine.

In pratica, gli organi statali potrebbero violare la normativa sugli aiuti di Stato anche per aver escluso illegittimamente talune sovvenzioni dal campo di applicazione degli articoli 107 e ss. TFUE, ritenendole erroneamente finalizzate al perseguimento di obiettivi di interesse generale⁴⁹ ovvero rientranti in regolamenti di esenzione⁵⁰. In questi casi peculiari risulta più complessa e problematica la valutazione della violazione sufficientemente caratterizzata, stante il maggior margine di discrezionalità devoluto agli Stati sulla natura e sul carattere dell'aiuto rispetto alle altre ipotesi rimesse alla valutazione esclusiva della Commissione ovvero alle ipotesi automatiche di violazione degli obblighi di notifica e di *standstill*. Tale constatazione si fonda sul principio ormai consolidato, secondo cui, ai fini del risarcimento dei danni, viene richiesta una violazione del diritto dell'Unione tanto più grave e manifesta quanto più ampio è il potere discrezionale concesso agli Stati membri⁵¹.

Invece, la responsabilità è da ritenere presunta qualora lo Stato abbia realizzato una violazione della normativa dell'Unione in materia di aiuti nonostante una pronuncia della Corte che abbia già accertato l'inadempimento contestato, o in presenza di una precedente sentenza pregiudiziale ovvero, a maggior ragione, di una giurisprudenza consolidata in argomento⁵². La medesima presunzione di responsabilità degli Stati membri potrebbe ravvisarsi allorché l'incompatibilità dell'aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE sia stata già accertata da una decisione definitiva della Commissione⁵³.

8. Chiarite le questioni concernenti l'individuazione dei legittimati attivi e passivi di un'azione risarcitoria in materia di aiuti di Stato e le eventuali violazioni che possono far sorgere il diritto a promuovere tale azione, passiamo ora ad esaminare il profilo dei danni risarcibili.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, cit.

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, *Raccolta*, p. I-7747.

⁵⁰ A. SANTA MARIA (a cura di), *op. cit.*, 2006, p. 318.

⁵¹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia, *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 55; del 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecommunications*, *Raccolta*, p. I-1631, punto 42; del 2 aprile 1998, causa C-127/95, *Norbrook Laboratories*, *ivi*, p. I-1531, punto 109.

⁵² Sentenze della Corte di giustizia, *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 57; *Köbler*, cit., punti 53-56; *Traghetti del Mediterraneo*, cit., punto 43.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia, *Lucchini*, cit.

Il risarcimento dei danni non può essere puramente simbolico né essere limitato *a priori* in relazione alla determinazione del suo importo, ma deve corrispondere al danno effettivamente subito, in modo che venga ripristinata, almeno nel suo contenuto patrimoniale, la situazione che si sarebbe avuta in assenza di violazione. Nel caso di azione promossa dal concorrente quindi il risarcimento del danno ha la funzione di reintegrare il patrimonio del soggetto leso nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non fossero intervenute misure statali in violazione dell'art. 108, par. 3 TFUE ovvero se fosse stata data corretta attuazione all'obbligo di recupero.

In questa prospettiva, la pronuncia di condanna deve riconoscere l'integrale pregiudizio subito, comprendente il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, secondo le regole proprie di ciascun ordinamento nazionale.

L'ultima comunicazione della Commissione si sofferma approfonditamente sul lucro cessante, inteso tradizionalmente come mancato guadagno causato dall'illecito, fornendo al giudice nazionale alcune linee direttrici da seguire.

In primo, luogo, la comunicazione ribadisce il principio consolidato secondo cui, in virtù dei principi di equivalenza e di effettività del diritto dell'Unione, le norme nazionali non possono escludere la responsabilità di uno Stato membro per il lucro cessante⁵⁴. Ciò in quanto il danno derivante dalla violazione del diritto dell'Unione può sussistere a prescindere dal fatto che la violazione abbia causato al ricorrente una perdita patrimoniale oppure gli abbia impedito di migliorare la sua situazione. Ne consegue che qualora la legislazione di uno Stato membro preveda siffatta esclusione, il giudice interno è tenuto a disapplicare la disposizione nazionale relativamente al risarcimento dei danni *ex art.* 108, par. 3 TFUE.

In secondo luogo, la comunicazione evidenzia che la determinazione dell'importo effettivo del lucro cessante risulta più agevole se l'aiuto illegittimo ha permesso al beneficiario di aggiudicarsi un contratto o una specifica opportunità commerciale rispetto al ricorrente, in quanto il giudice nazionale può in tal caso calcolare il reddito che il ricorrente verosimilmente avrebbe tratto da tale contratto. Nel caso in cui il contratto sia già stato adempiuto da parte del beneficiario, il giudice nazionale dovrebbe anche tener conto dell'utile effettivo realizzato.

In terzo luogo, la Commissione riconosce che le valutazioni sul danno risultano più complesse quando l'aiuto abbia puramente causato una perdita consistente della quota di mercato. Nella nuova comunicazione si individua una soluzione idonea a risolvere questi casi complessi, che consiste essenzialmente nel confrontare il reddito effettivo del ricorrente (sulla base del conto profitti e perdite) con il reddito ipotetico che l'impresa avrebbe realizzato se l'aiuto illegittimo non fosse stato concesso. Si tratta a bene vedere di una ricostruzione *ex post* dei profitti perduti a causa dell'erogazione dell'aiuto illegittimo, di guisa che il *quantum* viene calcolato sulla base di modelli econometrici che tengano

⁵⁴ Sentenze *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 87; *AGM-COS.MET*, cit., punto 94.

conto della possibile evoluzione futura dei guadagni del soggetto danneggiato in assenza dell'illecito.

In quarto luogo, viene richiamata l'attenzione sul fatto che possono sussistere circostanze in cui il danno subito dal ricorrente ecceda il lucro cessante, come, ad esempio, nel caso in cui l'erogazione dell'aiuto illegittimo costringa il ricorrente ad abbandonare la sua attività per insolvenza.

A queste valutazioni specifiche sul lucro cessante, se ne affiancano altre di carattere generale.

In particolare, muovendo dal presupposto che il calcolo del *quantum* può risultare eccessivamente difficile o addirittura impossibile, se viene applicato rigorosamente il criterio del calcolo dell'importo esatto del danno subito, la Commissione suggerisce l'utilizzo di stime ragionevoli in relazione a domande di risarcimento danni *ex art. 108, par. 3 TFUE*, a condizione che siano previste nel diritto nazionale e sempreché sia rispettato il principio di effettività. In tal modo si fornisce uno strumento utile ai giudici nazionali, che spesso incontrano difficoltà nel calcolo dei danni, non essendo in grado di effettuare delle valutazioni economiche piuttosto sofisticate e specialistiche.

D'altra parte, le questioni sollevate ed affrontate nell'ultima comunicazione della Commissione non esauriscono le problematiche che possono insorgere nella proposizione di azioni risarcitorie se solo si considerano gli ulteriori ostacoli che possono sussistere in relazione ai termini di prescrizione, alle prove del danno e all'esperibilità di azioni collettive⁵⁵. Le differenze che sussistono tra le normative degli Stati membri non impediscono la possibilità di rintracciare delle regole tendenzialmente comuni ispirate dai principi di equivalenza e di effettività, così come elaborati nell'ampia elaborazione della Corte di giustizia⁵⁶.

9. In conclusione, l'azione aquiliana dovrebbe essere viepiù valorizzata in questo ambito, poiché consente di garantire l'effettività delle posizioni giuridiche soggettive fondate sul diritto dell'Unione e nondimeno può avere un'efficacia deterrente nei confronti degli Stati membri inadempienti per una più corretta e consapevole applicazione delle disposizioni in materia di aiuti di Stato alle imprese.

⁵⁵ È stata, ad esempio, sollevata una questione di legittimità costituzionale in merito all'esistenza di un limite temporale al potere dello Stato italiano di esperire un'azione di recupero nei confronti dei beneficiari degli aiuti. Sebbene tale questione sia stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (cfr. sentenza del 22 aprile 2004, n. 125), non avendo il giudice remittente individuato correttamente la disposizione da sottoporre allo scrutinio di legittimità costituzionale, potrebbero porsi altri problemi sulla durata del termine di prescrizione in relazione alle azioni risarcitorie promosse dai soggetti danneggiati da illegittimi aiuti di Stato. Peraltro, un termine di prescrizione (o di decadenza), "per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, dev'essere stabilito in anticipo", sicché "una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa considerevole può costituire una violazione del principio di effettività" (sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009, causa C-69/08, *Visciano c. INPS*, punto 46).

⁵⁶ Cfr. nota 16.

L'azione risarcitoria si propone di contribuire al ripristino dello *status quo ante*, specie nelle ipotesi in cui non sia agevole ottenere il recupero dell'aiuto incompatibile ed in quelle in cui il giudice nazionale si limiti a disporre a carico del beneficiario soltanto il pagamento degli interessi dell'aiuto illegittimamente concesso⁵⁷. È appena il caso di aggiungere che, dal punto di vista dei soggetti lesi da una misura statale anticoncorrenziale, il ricorso giurisdizionale nazionale presenta il vantaggio di essere agevolmente praticabile in quanto più consueto nei suoi presupposti processuali e quindi più semplice di quello dell'Unione.

Naturalmente, si potrebbe determinare un aumento in senso esponenziale del contenzioso, di guisa che occorre evitare un eccesso di azioni giudiziarie, anche, e soprattutto, attraverso un coordinamento efficiente tra Commissione e giudici nazionali, le cui competenze si completano a vicenda. In questa prospettiva, è d'uopo ribadire che sulla base del diritto dell'Unione sembra sia utilmente esperibile soltanto l'azione aquiliana promossa dal concorrente danneggiato nei confronti dello Stato, mentre l'azione tra privati rimane una questione essenzialmente rimessa al diritto interno. L'esistenza di un'azione risarcitoria fondata sul diritto dell'Unione e di un'altra soltanto nazionale non comporta però che le rispettive discipline restino del tutto impermeabili, in quanto la prima è destinata inevitabilmente a riflettersi sull'interpretazione e applicazione della seconda.

Nondimeno, è auspicabile che le azioni risarcitorie nel campo degli aiuti di Stato siano uniformi quanto meno nei loro tratti essenziali in tutta l'area dell'Unione europea, evitando così discriminazioni legate alla localizzazione del danno e alle peculiarità delle giurisdizioni nazionali. In quest'ottica, potrebbero essere intraprese iniziative analoghe a quelle adottate per il risarcimento dei danni in materia di articoli 101 (già 81 TCE) e 102 (già 82 TCE) TFUE (Libro bianco⁵⁸ e Libro verde⁵⁹), con l'obiettivo di proporre spunti di riflessione e di possibile intervento per agevolare la proposizione di azioni di risarcimento del danno in materia di aiuti di Stato alle imprese. In altre parole, le varie questioni sollevate dall'autonomia procedurale degli Stati membri in materia di risarcimento dei danni dovrebbero essere risolte, sia pur gradualmente, a livello europeo, superando in tal modo le difformità di orientamento che si manifestano non solo da un Paese all'altro dell'Unione europea, ma finanche tra i giudici di uno stesso Paese⁶⁰.

⁵⁷ Il riferimento è, in particolare, ai casi relativi al beneficiario insolvente i cui beni non siano sufficienti a soddisfare tutti i creditori.

⁵⁸ Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008, COM(2008)165 def.

⁵⁹ Libro verde della Commissione del 19 dicembre 2005, COM(2005)672 def.

⁶⁰ Basti pensare, ad esempio, che la Corte di cassazione, con la sentenza del 10 marzo/17 aprile 2009, n. 9147 (Sez. unite, civile), è di recente tornata sui propri passi, rigettando l'orientamento ormai consolidato secondo cui il diritto al risarcimento dei danni subiti per mancata attuazione del diritto dell'Unione trova il suo fondamento nel dettato dell'art. 2043 c.c. (Cass., sez. lav., sentenza 7 luglio 1998, n. 6613, *INPS c. Ciaramella*, e sentenza 11 giugno 1998, n. 5846, *INPS c. Jacobaccio*, entrambe in *Foro it.*, 1998, I, c. 2790; sez. unite, civile, sentenza 22 luglio 1999, n. 500, *Com. Fiesole c. Vitali*, *ivi*, 1999, c. 2487; sez. lav., sentenza 9 aprile 2001, n. 5249, *Pederzoli e a. c. INPS*, in *Dir. Lav.*, 2002, II, p. 36; sez. III, civ., sentenza 16 maggio 2003, n. 7630, *Repubblica*

Abstract

Compensation for Damage and State Aids to Undertakings: Recent Developments

The article deals with the Commission Notice on the enforcement of State aid law by national courts, focusing on the issue of damage caused to competitors and to other third parties by the unlawful State aid. The paper touches on the most significant aspects of damages actions under national law and it also explains the principles contained in the case law of the Luxembourg Courts and the guidelines laid down by the Commission.

It is noted that, in spite of the fact that damages actions have played a relatively limited role in State aid to date, these actions can offer considerable benefits for State aid policy and for claimants due to their dissuasive effect. That is, as opposed to actions aimed at mere recovery of the State aid, a successful damages action provides the claimant with direct financial compensation for the loss suffered.

In conclusion, the article goes on to explore alternative solutions for the purposes of removing obstacles that prevent the damages action from expressing its full potential in the field of State aid.

italiana c. Gronchi, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2015, con nota di E. SCODITTI). In particolare, la sentenza 9147/2009, relativa all'annosa questione dei medici specializzandi, ha affermato che "i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione ex lege dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antigiusdicida", con la conseguenza che la pretesa risarcitoria "è assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione ex lege (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale". Non sembra che tale ricostruzione sia proprio in linea con la giurisprudenza dell'Unione in argomento, la quale appare piuttosto fare riferimento alla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, soprattutto nelle ipotesi in cui richiama la disciplina della corrispondente azione esercitabile contro l'Unione ai sensi degli articoli 268 e 340, 2° e 3° comma TFUE (già articoli 235 e 288, 2° e 3° comma TCE). Infatti, la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione non può variare in funzione della natura, nazionale o dell'Unione, dell'organo che ha cagionato il danno (sentenze della Corte di giustizia *Brasserie du Pêcheur*, cit., punto 42; del 4 giugno 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil c. Commissione, Raccolta*, p. I-5291, punto 41).

L'“autonomia” del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il difficile processo di evoluzione del dialogo sociale autonomo. – 3. L'art. 152 TFUE tra gli strumenti di democrazia partecipativa previsti dal Trattato di Lisbona – 4. Il riconoscimento dei diritti sociali collettivi. Un brevissimo *excursus* anche alla luce delle giurisprudenza recente (in particolare le sentenze *Viking* e *Laval*). – 5. *Segue*: la Carta di Nizza e le potenzialità insite nel riconoscimento dei diritti sociali collettivi. – 6. Spunti critici e osservazioni conclusive.

1. Il ruolo delle parti sociali a livello europeo si misura, oggi, con le novità introdotte dalla recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹, le quali, su di un doppio versante, incidono sull'“istituzionalizzazione” di quell'attributo “autonomo” che, un tempo del tutto carente, ha progressivamente connotato gli sviluppi del dialogo sociale nell'ordinamento comunitario.

Da una parte, rileva l'inserimento, nell'ambito del titolo IX dedicato alla politica sociale², subito dopo l'art. 151 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

¹ Firmato il 14 dicembre 2007, il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea è pubblicato, unitamente all'“Atto finale”, in *GUUE* C 306, 17 dicembre 2007. Dopo un periodo di “stallo”, dovuto principalmente alla mancata ratifica dell'Irlanda a seguito del primo referendum negativo del giugno 2008, il Trattato è entrato in vigore l'1 dicembre 2009. Non potendo in questa sede dare conto della ampia bibliografia in materia di Trattato di Lisbona, ci si limita a rinviare, tra le opere monografiche, a J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; E. TRIGGIANI (a cura di), *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008; P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009. Si v. anche: U. VILLANI, *La riforma di Lisbona*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1, pp. 1-3, numero speciale dedicato al Trattato di Lisbona; nonché R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss.; P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, in *ELR*, 2008, p. 137 ss.

² È noto che le questioni sociali hanno fatto ingresso nel Trattato solo gradualmente e in un'epoca successiva rispetto all'originario Trattato di Roma contraddistinto da un'impostazione prettamente “economica”, cfr. F. POCAR, I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, II ed.; J. ADELANTADO, R. GOMÀ, *Le politiche sociali*, in S. FABBRINI, F. MORATA (a cura di), *L'Unione europea. Le politiche pubbliche*, Roma-Bari, 2002; V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, 2003, III ed., p. 731 ss.; E. CORTESE PINTO, *Articoli 136 e 137 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattato dell'Unione Europea e della Comunità Europea*,

europea (TFUE)³, di una nuova disposizione generale che, una volta “riconosciuto” e “promosso” il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto delle diversità dei sistemi nazionali, sancisce il compito dell’Unione di “facilitare” il dialogo tra le parti, “nel rispetto della loro autonomia”. Dall’altra, il riconoscimento del valore giuridico obbligatorio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea offre, per la prima volta, la possibilità di individuare una base di valori fondanti, costituita dalla “triade” di diritti sociali collettivi (libertà di associazione, diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero), sui quali tradizionalmente si articola la reale portata autonoma dell’azione degli attori sociali.

Nella direzione di un indubbio arricchimento dello sviluppo progressivo del dialogo sociale, quale “*unique element*”⁴ del “modello sociale europeo”⁵, le accennate novità costituiscono elementi potenzialmente in grado di determinare un superamento delle tradizionali linee di pensiero che hanno diffusamente ricondotto l’intero fenomeno del dialogo sociale europeo ad un mero “meccanismo di regolazione” di interessi propri delle istituzioni comunitarie e, in quanto tale, privo di quei connotati che dovrebbero contraddistinguere lo stesso concetto di “autonomia collettiva”⁶.

Sulla base di tali premesse, il presente contributo è diretto ad analizzare la reale portata e l’effettivo grado di incisività delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona sull’affermazione della declinazione “autonoma” del dialogo sociale europeo⁷. A servizio di tale obiettivo si pone la previa indagine delle tappe più

Milano, 2004, p. 768 ss.; R. FOGLIA, *La politica sociale nell’ordinamento comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione Europea*, 2, Torino, 2004, II. ed., pp. 941-981.

³ Com’è noto, la riforma di Lisbona vede la coesistenza di due Trattati: il Trattato di riforma del Trattato sull’Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE).

⁴ Cfr. B. KELLER, *Social Dialogue – The Specific Case of the European Union*, in *Int. journal of comparative labour law and industrial relations*, 2008, p. 202; A. C. NEAL, *European Labour Law and Social Policy. Cases and Materials*, I, The Hague, 2002, p. 27.

⁵ Sull’*European Social Model* si rinvia, per tutti, a R. BANPLAIN, *The European Union and its Social Policy in a Global Setting: Looking for the “European Social Model”*, in A. C. NEAL (ed.), *The Changing Face of European Labour Law and Social Policy*, The Hague, 2004, pp. 1-12. Uno dei primi documenti istituzionali che definisce il modello sociale europeo è il Libro bianco della Commissione europea sulla politica sociale – COM(94)333 def., luglio 1994 – che lo qualifica come “a set of common values, namely the commitment to democracy, personal freedom, social dialogue, equal opportunities for all, adequate social security and solidarity towards the weaker individuals in society”.

⁶ V., per tutti, le osservazioni di A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell’ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999.

⁷ Appare doveroso segnalare che, tra le due forme in cui si articola il dialogo sociale *stricto sensu*, quale “processo dinamico in virtù del quale le parti sociali entrano in rapporto tra di loro allo scopo di discutere congiuntamente e confrontare i rispettivi punti di vista su questioni di interesse comune” (F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano, 1992, p. 48), il presente lavoro si concentrerà esclusivamente sul primo (ossia il livello interprofessionale), tralasciando il livello settoriale. Pertanto, sul dialogo sociale settoriale si rinvia, per tutti, a B. BERCUSSON, *European Labour Law and Sectoral Bargaining*, in *Ind. rel.*

significative che hanno caratterizzato il cammino del dialogo sociale europeo e dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario: essa, infatti, funge da parametro per verificare quanto delle nuove disposizioni costituisca la "cristallizzazione" di quel concetto "monco" di "autonomia" delle parti sociali progressivamente emerso nell'ordinamento comunitario e quanto, piuttosto, esse possano essere lette in un'ottica innovativo-propositiva verso il reale dispiegamento in senso "autonomo" dell'attività delle parti sociali, nell'ambito di un processo ancora *in fieri*.

2. Il neo-introdotta art. 152 TFUE afferma: "L'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo tra le parti, nel rispetto della loro autonomia. Il vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione contribuisce al dialogo sociale"⁸.

La portata innovativa della disposizione in commento, in particolare nella parte in cui dispone il "rispetto" della declinazione "autonoma" del dialogo tra le parti sociali europee, va necessariamente misurata, come accennato in premessa, nel contesto dei progressivi sviluppi del dialogo sociale europeo, mentre la sua *ratio* va confrontata con quella che ha caratterizzato le tappe dell'affermazione di quest'ultimo in senso sempre più "autonomo".

È noto che, nell'articolato sviluppo del dialogo sociale⁹, la stagione della sua affermazione in senso "autonomo" non ha coinciso con quella della "codificazione" del dialogo sociale nel diritto primario¹⁰, ma è sopraggiunta solo in un

journal, 1993, n. 4, p. 257 ss. Tra i contributi più recenti, si veda, invece, E. LÉONARD, *European Sectoral Social Dialogue: An Analytical Framework*, in *European journal of industrial relations*, 2008, pp. 401-419.

⁸ Il vertice costituisce un momento di coinvolgimento dell'autonomia collettiva nel processo decisionale concernente l'occupazione e la politica macro-economica. Esso sorge come prassi a partire dai Consigli europei di Lussemburgo (1997) e di Colonia (1999) e si consolida con la decisione del Consiglio del 6 marzo 2003, che istituisce un Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione, 2003/174/CE, *GUUE* L 70, 14 marzo 2003.

⁹ Sulla convinzione che politiche basate su accordi e negoziazioni tra le parti sociali dovessero essere considerate come una delle "pietre angolari" (R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo: attori, procedure, prospettive*, Milano, 2001, p. 14) del nuovo spazio sociale che si andava prefigurando (che avrebbe condotto alla prima grande modifica del Trattato di Roma, l'Atto unico europeo, che segna l'apertura verso l'integrazione politica degli Stati membri), le prime esperienze di dialogo sociale sono legate, com'è noto, all'opera dell'allora Presidente della Commissione Jacques Delors, con la promozione di incontri bilaterali (c.d. incontri di Val Duchesse) tra la Confederazione Europea dei Sindacati (CES), l'Unione delle industrie della comunità europea (UNICE) e il Centro europeo dell'impresa (CEEP) a partire dal 1985. I tre momenti chiave che hanno segnato l'evoluzione del dialogo sociale europeo sono descritti, tra gli altri, anche da T. PROSSER, *Is the 'New Phase' of the European Social Dialogue the Development of an Autonomous and Effective Form of Social Dialogue?*, Warwick Papers in Industrial Relations, n. 82, september 2006 (www.warwick.ac.uk, reperibile *on line*).

¹⁰ Segnata dall'incorporazione della Dichiarazione comune sottoscritta il 31 ottobre 1991 tra le parti sociali europee all'interno del Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht.

momento successivo. Tant'è che, per lungo tempo, gli accordi negoziati tra le parti sociali europee hanno utilizzato – tra quelli previsti dal combinato disposto degli articoli 138 e 139 TCE¹¹ – il meccanismo che è scandito dalla successione delle fasi di: consultazione degli attori sociali per impulso della Commissione; negoziazione e sottoscrizione dell'accordo tra le parti sociali; attuazione dell'accordo sulla base del secondo dei due meccanismi descritti dall'art. 139, par. 2 TCE (ossia tramite il suo recepimento in una “decisione” del Consiglio)¹². In sostanza, tale di pratica di “legislazione negoziata” vede un parziale coinvolgimento degli attori sociali nella disciplina di materie della politica sociale, le quali restano, comunque, sia per quanto riguarda la scelta dei contenuti, sia per l'attuazione tramite atti normativi delle istituzioni, nella competenza e nell'alveo di responsabilità di queste ultime.

La prospettiva, apertasi al Vertice di Laeken nel dicembre 2001¹³, di un dialogo sociale europeo spinto verso una maggiore indipendenza ed autonomia prende corpo nella sottoscrizione dei c.d. *new generation texts* che, definiti quali testi con cui le parti sociali “si assumono determinati impegni o formulano raccomandazioni ai loro membri nazionali e cercano attivamente di applicare il contenuto del testo al livello nazionale”¹⁴, si caratterizzano per il fatto che sono le parti sociali stesse a doversi occupare del loro *follow-up*¹⁵. Per tale via, pas-

¹¹ Secondo la numerazione successivamente introdotta dal Trattato di Amsterdam e mantenuta nel Trattato di Nizza. I due articoli definiscono un'articolata procedura che, descritta in estrema sintesi, muovendo dalla consultazione della parti sociali da parte della Commissione, può condurre ad una semplice cooperazione di queste ultime con la Commissione nella fase di proposta legislativa, ovvero ad una “sostituzione” a quest'ultima degli attori sociali nella disciplina di una specifica materia. Per la quale si rinvia, oltre che al testo del Trattato, a R. NUNIN, *op. cit.*; S. KREBBER, *Article 138*, in P. CALLIES, R. REBHahn (Hrsg.), *EU-Vertrag. Kommentar*, Neuwied, 2002, II ed.; E. CORTESE PINTO, *op. cit.*, pp. 777-779.

¹² Il riferimento è ai tre accordi sui congedi parentali (1995), sul lavoro a tempo parziale (1997) e sul lavoro a tempo determinato (1999), i quali hanno trovato recepimento, rispettivamente, nelle direttive 96/34/CE del Consiglio, del 3 giugno 1996, *GUCE* L 145, 19 giugno 1996; 97/81/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, *ivi* L 14, 20 gennaio 1998; 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, *ivi* L 175, 10 luglio 1999.

¹³ In quell'occasione, le parti sociali presentarono un proprio “contributo comune” (ETUC/UNICE/CEEP, *Joint contribution by the social partners to the Laeken European Council*, 7 December 2001), palesando la volontà di orientare il dialogo sociale verso una maggiore “autonomia”. L'intento è ribadito anche nel primo programma di lavoro congiunto pluriennale relativo al periodo 2003-2005 (ETUC, CEEP e UNICE/UEAPE, *Work programme of the European social partners 2003-2005*, Brussels, 2002), ove gli attori sociali individuano una serie di aree di interesse nell'ambito delle quali promuovere la propria azione autonoma. In precedenza, la stessa Commissione aveva sottolineato la necessità di “sollecitare ancor più le parti sociali a servirsi dei poteri loro conferiti dal trattato di concludere accordi su base volontaria” nel Libro bianco sulla *Governance* europea, COM(2001)428 def./2, del 5 agosto 2001, su cui v., per tutti, A. L. VALVO, *Contributo allo studio della governance nell'Unione europea*, Milano, 2005.

¹⁴ Cfr. la comunicazione della Commissione europea, Partenariato per il cambiamento in un'Europa allargata – Rafforzare il contributo di un dialogo sociale europeo, COM(2004)557 def., del 12 agosto 2004.

¹⁵ Questa nuova tipologia di testi ricomprende una ampia varietà di documenti suddivisibili in due categorie principali: accordi autonomi e testi c.d. “*process-oriented*”, ove la differenza essen-

sando per l'adozione di *Framework of Action*¹⁶, gli attori sociali si sono spinti fino alla sottoscrizione dell'accordo-quadro sul telelavoro¹⁷, il quale, affidandosi per la sua attuazione alle prassi delle parti sociali e degli Stati membri, rappresenta il primo accordo che utilizza il primo dei due modelli di attuazione contemplati dall'139, par. 2 TCE¹⁸. Tale modello, non poggiando sull'emanazione di una "decisione" del Consiglio, fa registrare un mutamento dei soggetti responsabili dell'attuazione e della successiva attività di monitoraggio dello stato di attuazione dell'accordo. Infatti, la responsabilità ricade, negli accordi che seguono il "modello istituzionale", sui destinatari dell'atto normativo del Consiglio (per quanto attiene l'attuazione) mentre, negli accordi "non istituzionali", sulle parti sociali sia per quanto riguarda l'attuazione sia la fase di monitoraggio¹⁹.

A questo punto appare interessante valutare le ragioni sottese all'evoluzione del dialogo sociale verso l'affermazione di dinamiche improntate ad una maggiore autonomia ed indipendenza delle parti sociali rispetto alle prime esperienze in cui esso si è manifestato. Esse ruotano, in sostanza, attorno a due ordini di fattori, i quali hanno spinto in due direzioni diametralmente opposte: gli uni, nel senso di un rallentamento e, gli altri, verso un più veloce sviluppo di forme di dialogo sociale autonomo.

Orbene, i primi tipi di cause sono riconducibili a quella sorta di "condizionamento genetico" che ha caratterizzato (l'interesse verso) l'affermazione stessa del dialogo sociale europeo e del suo principale prodotto, la contrattazione collettiva. Sono note, infatti, le ampie indagini della dottrina che inquadrano il riconoscimento del dialogo sociale come "necessità istituzionale" volta all'intro-

ziale poggia sul dato che i testi rientranti nella prima categoria vanno attuati e verificati entro una certa data, mentre i secondi implicano un approccio più procedurale e comportano relazioni regolari su progressi ottenuti nel perseguire gli obiettivi dei testi. Inoltre, è evidente che la prima categoria è in grado di ricomprendere anche gli accordi che per la loro attuazione facciano affidamento sulla via "non istituzionale" contemplata dall'art. 139, par. 2 TCE. Si veda, in proposito, P. POCHET, *European Social Dialogue between Hard and Soft Law*, in *European Union Studies Association (EUSA)*, Biennial Conference 2007 (10th), May 17-19, 2007, Montreal, Canada, p. 4 (aei.pitt.edu/8003, reperibile *on line*).

¹⁶ Il riferimento è al *Framework of Action for the Lifelong Development of Competencies and Qualifications* del marzo 2002. Secondo la classificazione operata dalla Commissione nella comunicazione COM(2004)557, cit., i *Frameworks of actions* rientrano nella più generale categoria dei "process-oriented texts", di cui alla nota precedente.

¹⁷ Accordo-quadro europeo sul telelavoro stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra UNICE/UEAPME, CEEP e CES. Esso è stato recepito in Italia dall'accordo sottoscritto il 9 giugno 2004 tra le Confederazioni nazionali dei datori di lavoro e CGIL, CISL e UIL.

¹⁸ Ad esso sono seguiti l'accordo europeo sullo stress da lavoro (firmato l'8 ottobre 2004 da CES, UNICE, UEAPME e CEEP) e quello sulle molestie e alla violenza sul luogo di lavoro (firmato il 26 aprile 2007 da CES, BUSINESSSEUROPE, UEAPME e CEEP).

¹⁹ Nel primo tipo di accordi, invece, il controllo dell'attuazione della decisione del Consiglio è garantito conformemente alla natura dello strumento utilizzato. Tuttavia, la Commissione ritiene che le parti sociali che hanno dato vita al testo normativo abbiano una "responsabilità particolare" nella sua attuazione; cfr. la comunicazione della Commissione, *Il dialogo sociale europeo, forza di modernizzazione e cambiamento*, COM(2002)341 def., del 26 giugno 2002.

duzione di uno strumento ritenuto valido per superare lo squilibrio esistente tra Europa economica ed Europea sociale²⁰. Squilibrio divenuto “intollerabile” e generatore dell’incapacità dei tipici strumenti di armonizzazione a funzionare come mezzo uniformatore di politiche sociali degli Stati membri che – non avendo avuto l’incidenza dell’opera armonizzatrice di una Comunità europea proiettata verso un’integrazione eminentemente economica – si sono venute a sviluppare in maniera estremamente eterogenea.

Meglio si comprende, allora, perché abbiamo trovato sviluppo più precoce e più consistente quelle forme di contrattazione “istituzionalizzate”, di cui si è fatto cenno, le quali non presupponevano l’esistenza di un sistema di relazioni industriali più consolidate rispetto all’assetto esistente²¹, piuttosto che forme di contrattazione autonoma.

In questo contesto, la percezione – negli sviluppi più recenti del dialogo sociale – di un ruolo maggiormente indipendente e meno etero-diretto degli attori sociali mostra i segni di un dialogo sociale capace di muoversi sul fondamento di una “reale dialettica contrattuale”²² che, da sempre, è stata considerata elemento mancante a livello comunitario, per il privilegio accordato al coinvolgimento nei processi di produzione normativa comunitaria.

Le argomentazioni, fin qui svolte, circa l’individuazione di un nuovo fondamento del dialogo sociale vengono immediatamente e parzialmente “ridimensionate” dall’analisi relativa al secondo ordine di fattori che hanno inciso nello sviluppo concreto di forme di dialogo autonomo.

Questi fattori sono, in principal modo, riconducibili allo sviluppo della Strategia di Lisbona del 2000²³, che ha reso l’occupazione una materia di competenza delle parti sociali e ha considerato il dialogo sociale quale strumento per il raggiungimento degli obiettivi propri di tale Strategia; il riferimento è, in par-

²⁰ Alcuni autori hanno parlato di “armonizzazione riflessiva” per indicare le prime manifestazioni del dialogo sociale come un “processo peculiare di produzione delle regole mediante una negoziazione transnazionale istituzionalizzata, ma anche il motore di una sorta di circolo virtuoso, uno scambio proficuo (pur se giuridicamente problematico) con i livelli contrattuali inferiori all’interno degli Stati di appartenenza”, cfr. L. CALAFÀ, *Dialogo sociale e responsabilità sociale dell’impresa nella governance europea*, in *Lavoro e diritto*, 2006, p. 119; si veda anche C. BARNARD, S. DEAKIN, *Corporate Governance, European Governance and Social Rights*, in B. HEPPLÉ (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Contest*, Cambridge, 2003, p. 140.

²¹ Che non poteva poggiare, tra l’altro, sul riconoscimento a livello comunitario del diritto di libertà sindacale e del diritto di sciopero, considerati tradizionalmente come presupposti della contrattazione collettiva.

²² G. ZILIO GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo nell’Unione europea*, Torino, 1998, p. 48.

²³ Cfr. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000. La Strategia di Lisbona si inquadra all’interno della Strategia europea per l’occupazione (1997), su cui si veda, in generale, J. GOETSCHY, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, in *European journal of industrial relations*, 1999, pp. 117-137; S. KLOSSE, *The European Employment Strategy: Which Way Forward?*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 2005, pp. 5-36.

ticolare, all'introduzione del metodo aperto di coordinamento (MAC)²⁴ ed alla conseguente diffusione di nuovi strumenti di regolazione normativa dalla natura *soft*.

Quale "naturale conseguenza dell'aumento del tasso di diversità, sia economica che strutturale, in seno all'Unione europea"²⁵ il MAC si afferma quale "terza via"²⁶ rispetto ai due tradizionali strumenti di raccordo degli ordinamenti nazionali (armonizzazione e cooperazione intergovernativa) tramite cui si è tentato di colmare le "*constitutional asymmetry*" tra i sistemi di *welfare* degli Stati membri, derivanti dallo stesso processo di integrazione europeo, notoriamente sbilanciato verso l'armonizzazione delle politiche economiche e strutturato sulla convinzione che la creazione di un mercato comune potesse generare di per sé benefici in materia sociale.

È, dunque, nel contesto brevemente descritto, ossia nell'affermazione di nuovi modelli di *governance* europea, che si assiste ad un maggiore coinvolgimento delle parti sociali che, "chiamate ad imprimere al processo un impulso dal basso e ad iniettare, per questa via dosi di legittimazione democratica"²⁷, sono

²⁴ Nell'attuazione dell'obiettivo strategico prefissato nel Consiglio europeo di Lisbona del 2000 (ossia, diventare – entro il 2010 – l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale) il nuovo metodo aperto di coordinamento è inteso come strumento per diffondere la migliore pratica e conseguire una maggiore convergenza verso le finalità principali dell'UE. Concepito per assistere gli Stati membri nell'elaborazione progressiva delle loro politiche, esso implica: la definizione di orientamenti dell'Unione in combinazione con calendari specifici per il conseguimento degli obiettivi da essi fissati a breve, medio e lungo termine; la determinazione, se del caso, di indicatori quantitativi e qualitativi e di parametri di riferimento ai massimi livelli mondiali, commisurati alle necessità di diversi Stati membri e settori, intesi come strumenti per confrontare le migliori pratiche; la trasposizione di detti orientamenti europei nelle politiche nazionali e regionali fissando obiettivi specifici e adottando misure che tengano conto delle diversità nazionali e regionali; periodico svolgimento di attività di monitoraggio, verifica e valutazione *inter partes*, organizzate con funzione di processi di apprendimento reciproco (conclusioni della Presidenza, cit., par. 37). In dottrina, si rinvia, per tutti, a M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di decisione e di regolazione: il Metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006 e J. ZEITLIN, P. POCHE, L. MAGNUSON (eds.), *The Open Method of Co-ordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*, Brussels, 2005.

²⁵ F. RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, pp. 67-107, part. p. 71.

²⁶ Tale prospettiva è presente, tra gli altri, in J. KENNER, *The EC Employment Title and the "Third Way": Making Soft Law Work?*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 1999, pp. 33-60; J. S. MOSHER, D. M. TRUBEK, *Alternative Approaches to Governance in the EU: EU Social Policy and the European Employment Strategy*, in *JCMS*, 2003, pp. 63-88.

²⁷ F. RAVELLI, *op. cit.*, p. 72. A più riprese le parti sociali sono sollecitate dalla Commissione, a "rafforzare la propria partecipazione" (cfr. comunicazione COM(2002)341 def., cit.) non solo a livello nazionale nella fase di attuazione degli Orientamenti europei per l'occupazione, ma anche nella fase "europea" della loro redazione; cfr. COM(2002)416 def., del 17 luglio 2002, Bilancio di cinque anni della Strategia europea per l'occupazione.

sollecitate a rafforzare la propria autonomia e a concludere accordi su base volontaria²⁸.

In sostanza, le tappe del cammino descritto manifestano un fenomeno di progressivo affrancamento del dialogo tra le parti sociali e del suo principale prodotto, la contrattazione collettiva, da forme istituzionalizzate di partecipazione degli attori sociali nell'attività di produzione normativa, verso il recupero di una loro maggiore autonomia e indipendenza che passa attraverso un meccanismo che potrebbe essere descritto come sistema di "spinte eteronome verso soluzioni autonome". Ciò in considerazione proprio del fatto che, come si è avuto modo di vedere, tale processo si è avviato non tanto (o quanto meno, non solo) dall'emersione di una presa di coscienza in senso autonomistico delle parti sociali, quanto piuttosto come risultato di un'intensa attività di stimolo etero-determinato dalle istituzioni comunitarie che hanno sollecitato un più significativo ruolo delle parti sociali specie nell'ambito della Strategia di Lisbona.

3. Sulle principali linee di sviluppo dell'autonomia delle parti sociali a livello comunitario, poc'anzi tracciate, si innesta la citata innovazione contenuta nell'art. 152 TFUE introdotta da un Trattato, quale quello di Lisbona, che, in una prospettiva più ampia, va a segnare l'ultima tappa del progressivo riconoscimento della politica sociale e dei diritti sociali nell'ambito dell'UE, all'insegna dell'equivalenza in luogo della subordinazione degli obiettivi sociali rispetto a quelli economici. Ciò è evidente specie con riferimento alla riformulazione degli obiettivi generali dell'Unione europea di cui all'art. 2 TUE²⁹, ove l'economia sociale di mercato assurge a "caratteristica intrinseca del processo di integrazione europea"³⁰.

²⁸ I quali riflettono questa "contaminazione" tra metodo di coordinamento aperto e dialogo sociale: non solamente nella forma che assumono gli accordi-quadro autonomi, che presenta i caratteri della *soft law*, ma anche nella scelta delle tematiche, a cavallo tra le politiche sociali e quelle occupazionali. Di ciò ve ne è prova, ad esempio, nell'accordo-quadro sul telelavoro, che nella parte iniziale richiama proprio la Strategia europea per l'occupazione. Non è questa la sede per approfondire il concetto di *soft law* nell'ordinamento comunitario, con il quale, in sostanza, si identificano differenti tipologie di atti e di strumenti di diritto comunitario accomunati dal carattere non vincolante delle disposizioni in essi contenute, ma tuttavia idonei a produrre taluni effetti giuridici. Pertanto, sul tema si rinvia, a titolo meramente indicativo, a U. MÖRTH (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation*, Cheltenham, 2004; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004; A. PETERS, *Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law*, in A. EPINEY, M. HAAG, A. HEINEMANN (Hrsg.), *Die Herausforderung von Grenzen*, Baden-Baden, 2007, pp. 405-428.

²⁹ In particolare, il par. 3 afferma: "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore (...)".

³⁰ J. KENNER, *La Costituzione che non c'è mai stata*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, p. 576.

Come la gran parte delle disposizioni innovative del Trattato di Lisbona, anche questa norma trae la sua origine dal – mai entrato in vigore – Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa³¹. In specie, l'art. 152 TFUE riproduce pedissequamente l'art. I-48 del Trattato costituzionale, il quale, intitolato “Le parti sociali e il dialogo sociale autonomo”, era inserito nel titolo VI su “La vita democratica dell'Unione” e collocato in coda a due disposizioni dedicate al “principio della democrazia rappresentativa” (art. I-46) e al “principio della democrazia partecipativa” (art. I-47)³². Attualmente, queste ultime due disposizioni sopravvivono negli articoli 10 e 11 (nuova numerazione) del titolo II del TUE dedicato a “Disposizioni relative ai principi democratici” e, sebbene l'art. 152 TFUE sia stato sganciato da esse, perdendo quel “valore di principio fondamentale del riformato Trattato UE”³³, resta comunque il dato di fatto che la disposizione in commento non può non essere letta alla luce delle spinte in senso democratico dell'Unione: essa, infatti, si atteggia a strumento orientato al rafforzamento della partecipazione democratica della società civile in ambito comunitario e si pone nell'alveo dei più recenti risultati generati dalla progressiva evoluzione in senso democratico del processo di integrazione europea³⁴.

³¹ È noto che il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, non è mai entrato in vigore per la mancata ratifica di Francia e Olanda. Per un'analisi del complesso di novità che il Trattato costituzionale avrebbe introdotto si rinvia, tra l'ampia bibliografia, a E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003; A. VON BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, 2003; M. PANEBIANCO (sotto la direzione di), F. BUONOMENNA (a cura di), *Repertorio della Costituzione europea, annotato con la giurisprudenza europea pregressa e la legislazione italiana di supporto*, Napoli, 2005; A. ZANOBETTI PAGNETTI (a cura di), *La Costituzione europea. Una riflessione interdisciplinare*, Torino, 2005. V. anche G. STROZZI, *Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 229-257.

³² Un'analisi generale sui principi democratici nel Trattato costituzionale è offerto da U. VILLANI, *L'evoluzione democratica dell'Unione nella Costituzione europea*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 3; in particolare, sul principio di democrazia partecipativa si vedano E. GROSSO, *Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra “democrazia rappresentativa” e “democrazia partecipativa”*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI, G. BUCCINO GRIMALDI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea: percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, pp. 105-122; E. BERNARD, *La démocratie participative sous l'angle du dialogue civile et du dialogue social*, in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, V. MICHEL (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses & commentaires*, Strasbourg, 2005, pp. 365-382; C. GREWE, *Article I-47*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, 2007, p. 624 ss.

³³ Cfr. E. DE MARCO, *Elementi di democrazia partecipativa*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *op. cit.*, p. 59.

³⁴ Uno sguardo di insieme alle disposizioni del Trattato di Lisbona capaci di ridurre il deficit democratico dell'Unione è offerto da C. PINELLI, *Il deficit democratico e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, pp. 925-939. Ulteriori osservazioni sul rapporto tra deficit democratico e disposizioni del Trattato di Lisbona sono contenute in Y. DEVUYST, *The European Union's Institutional Balance after the Treaty of Lisbon: “Community Method” and “Democratic Deficit” Reassessed*, in *Georgetown JIL*, 2008, pp. 247-325; S. C. SIEBERSON, *The Treaty of Lisbon and its impact on the European Union's democratic deficit*, in *Columbia JEL*, 2008, pp. 445-465. In generale, sulla questione del deficit democratico dell'Unione e sui possibili rimedi, si segnalano, tra gli altri, M. GIULIANI, *Il deficit democratico nell'Unione*, in *Il Mulino*,

In sostanza, la disposizione va letta in stretta linea di continuità con i progressivi sforzi dell'Unione diretti a colmare il c.d. *deficit* democratico, consolidatosi nel tempo come lacuna caratterizzante l'intero sistema comunitario, tramite il rafforzamento degli strumenti di democrazia rappresentativa e, per quanto in questa sede maggiormente ci interessa, di quelli di democrazia partecipativa³⁵.

Orbene, il quadro del complesso degli strumenti di democrazia partecipativa contenuti nell'attuale Trattato di Lisbona costituisce, com'è noto, il risultato più recente dell'esigenza delle istituzioni comunitarie di indirizzare il processo di integrazione verso un potenziamento della democrazia partecipativa, così come per prima è emersa nel menzionato Libro bianco sulla *Governance* europea³⁶, nella cui ottica è possibile inscrivere l'intero sviluppo del dialogo sociale in senso "autonomo". Di tal che, la nuova declinazione del dialogo sociale se, da una parte, costituisce il frutto dell'"affrancamento", rispetto alle sue prime forme di espressione, dalle esigenze istituzionali dirette a colmare le lacune di una carente politica sociale, dall'altra, resta, in ogni caso, "legata" ai nuovi meccanismi di legittimazione delle istituzioni comunitarie in senso democratico, ancora una volta promanazione degli interessi verticistici dell'Unione.

Infatti, nel Libro bianco del 2001 la "rivisitazione" e "rivalutazione" del ruolo delle parti sociali, all'interno delle misure volte a stimolare la "vita democratica" dell'Unione³⁷ vanno strettamente collegate alla finalità generale – verticistica – dell'UE di "rivedere la *governance*"; operazione, quest'ultima, che,

2004, pp. 341-351; T. RUSSO, *Le norme 'anti-deficit' democratico nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 599-629; M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008.

³⁵ Questi ultimi, con l'entrata in vigore delle ultime modifiche dei Trattati, si articolano nella possibilità offerta ai cittadini e alle associazioni rappresentative di far conoscere attraverso gli opportuni canali e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione; nel mantenimento di un dialogo aperto, trasparente e regolare tra le istituzioni e le associazioni rappresentative e la società civile; nelle ampie consultazioni delle parti interessate poste in essere dalla Commissione; nella possibilità, data ai cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, di "prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati", cfr. art. 11, par. 4 del TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona.

³⁶ Citato *supra*, nota 13. Secondo il Libro bianco, il concetto di "*governance*" designa "le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza".

³⁷ Come è stato osservato, le disposizioni relative ai principi democratici, "costituiscono la risposta ai pressanti inviti inclusi nella Dichiarazione di Laeken, emessa dal Consiglio europeo il 15 dicembre 2001, la quale, nel definire il mandato della Convenzione sul futuro dell'Europa, faceva riferimento ben dodici volte alla necessità di 'legittimità democratica', 'controllo democratico', 'valori democratici' e simili, a testimonianza del fatto che il livello di democraticità del sistema rimaneva ancora a quel momento il nodo cruciale irrisolto della costruzione europea", cfr. U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, p. 513.

significativamente, consiste nell'“affrontare la questione delle modalità di esercizio da parte dell'UE dei poteri che i cittadini le hanno conferito”.

In quest'ottica, l'impulso verso l'assunzione di un ruolo delle parti sociali più indipendente, rientra in un preciso disegno delle istituzioni comunitarie diretto a sostituire il “modello lineare” di imposizione dall'alto delle politiche, con un “circolo virtuoso, basato sul *feedback*, sulle reti e su una partecipazione a tutti i livelli, dalla definizione delle politiche fino alla loro attuazione”³⁸. Di tal che, piuttosto che espressione di un sistema di relazioni industriali a livello europeo, il dialogo tra le parti sociali ed il principale frutto di esso, la contrattazione collettiva, si attecchiscono a meccanismo di “co-regolamentazione” degli interessi comunitari.

Orbene, come si è accennato nel precedente paragrafo, seppure nell'ottica descritta, l'impulso proveniente dalle istituzioni comunitarie è stato comunque in un certo modo in grado di contribuire allo sviluppo di una maggiore “autonomia” delle parti sociali, incidendo anche sul mutamento della tipologia di accordi che esse hanno concluso³⁹. È proprio sui caratteri che hanno fino ad oggi contraddistinto la qualificazione “autonoma” attribuita all'attività delle parti sociali che si gioca, allora, l'interpretazione del nuovo art. 152 TFUE, oscillante tra un ruolo “ricognitivo” del dialogo sociale “autonomo”, che porta con sé i limiti dell'affermazione parziale di quella autonomia, e un ruolo innovativo-propulsivo, verso l'affrancamento del dialogo e della contrattazione collettiva autonoma dall'ottica della co-regolamentazione in senso democratico.

L'analisi della genesi della norma sembra non far propendere verso quest'ultima direzione: infatti, l'art. I-48 del Trattato costituzionale, di cui l'attuale art. 152 TFUE riproduce il contenuto, costituisce il riflesso delle osservazioni emerse nell'ambito del VI Gruppo di lavoro, dedicato alla *governance* economica, orientate ad inserire nel Trattato un riferimento al dialogo fra i partner sociali come “metodo dell'azione dell'Unione”⁴⁰.

La lettera della disposizione, poi, nell'attività dell'Unione di “riconoscimento” del ruolo delle parti sociali al suo livello, induce ad attribuire alla disposizione natura, appunto, “ricognitiva” del ruolo delle parti sociali così com'è stato “attribuito” dalle istituzioni, dei meccanismi che hanno governato l'attività delle parti sociali e dei prodotti del loro dialogo.

³⁸ Libro bianco sulla *Governance* europea, cit., par. 2, dedicato a “I principi della buona *governance*”.

³⁹ Si ricorda, infatti, che accanto all'adozione di accordi di “prima generazione”, si è assistito al ricorso più frequente alla contrattazione “autonoma”.

⁴⁰ Cfr. C. PINELLI, F. BARAZZONI, *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Bologna, 2003, p. 45. Il Gruppo VI, tuttavia, conscio che “la questione abbia implicazioni che vanno al di là del proprio mandato”, propone che le questioni relative al dialogo sociale “dovrebbero pertanto essere esaminate dalla Convenzione nel suo insieme”. I risultati del lavoro dei singoli gruppi della Convenzione sono reperibili in A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, Milano, 2004, partic. p. 91 ss.

Sulla scorta di tali considerazioni, va rilevato che l'opera di "facilitazione" che la Commissione ha, fino ad oggi posto in essere in virtù dell'art. 138, par. 1 TCE (attuale art. 154, par. 1 TFUE)⁴¹ è spesso sfociata in una "schacciante presenza"⁴² delle istituzioni pubbliche nell'ambito dell'iniziativa privata e degli accordi autonomi che essa produce, vale a dire nell'ambito tradizionalmente riservato alle forze collettive⁴³. Ciò proprio a causa del fatto che le "soluzioni autonome" sono derivate dalle "spinte eteronome" delle istituzioni, finalizzate allo scopo ultimo di ridurre il *deficit* democratico dell'Unione e di "migliorare la sussidiarietà orizzontale"⁴⁴.

È nell'attribuzione, dunque, di quel ruolo di "compartecipazione (...) alla formazione delle scelte pubbliche"⁴⁵, in cui si sostanzia la democrazia partecipativa, che l'autonomia delle parti sociali è rimasta compressa ove, invece, la "categoria della autonomia implicherebbe che ogni meccanismo decisionale relativo alla identità e alle funzioni dei soggetti collettivi sia, appunto, volontario e scevro da condizionamenti esterni e presuppone l'indipendenza delle parti che partecipano alla procedura"⁴⁶.

Se la persistenza, nell'attuale Trattato, dell'attribuzione di quel ruolo di "compartecipazione" porta a supporre che l'autonomia delle parti sociali continuerà ad esprimersi in maniera parziale, dall'altra parte, l'esplicito riferimento

⁴¹ Questa norma prevede che la Commissione ha "uno specifico dovere di sostegno" nei confronti delle parti sociali e "prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo".

⁴² B. VENEZIANI, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2006, p. 489.

⁴³ Nella comunicazione della Commissione COM(2004)557 def., cit., sono, ad esempio, previste forme di controllo *ex ante* in relazione agli accordi autonomi che siano frutto di una consultazione indotta da parte della Commissione: in questo caso, "nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali, la Commissione pubblica gli accordi autonomi e ne informa il Parlamento europeo e il Consiglio dei Ministri, dopo averli valutati *ex ante* come fa per gli accordi (...) attuati con decisione del Consiglio". Inoltre, allo scadere del periodo di attuazione e di verifica, la Commissione – pur dando precedenza al controllo degli stessi attori sociali – opera "il proprio controllo dell'accordo, per valutare la misura in cui esso abbia contribuito al raggiungimento degli obiettivi comunitari". Laddove tale controllo avesse esito negativo, la Commissione "potrebbe considerare la possibilità eventuale di introdurre una proposta di atto legislativo". Infine, è stabilito che qualora "siano in gioco diritti fondamentali o importanti opzioni politiche, o delle regole vadano applicate in modo uniforme ed esaustivo in tutti gli Stati membri, è preferibile che l'attuazione avvenga mediante decisione del Consiglio". Per approfondimenti si veda, tra gli altri, M. PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, in *Diritti lavori mercati*, 2008, p. 577 ss.

⁴⁴ B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 480. Sul principio di sussidiarietà orizzontale si richiama il contributo di E. TRIGGIANI, *Cittadinanza dell'Unione e sussidiarietà nella costruzione dell'identità europea*, in M. L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione Europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, partic. p. 93 e la bibliografia ivi citata a nota 96.

⁴⁵ E. TRIGGIANI, in *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 467, in riferimento al concetto di sussidiarietà orizzontale, definita quale "compartecipazione dei soggetti economici e sociali alla formazione delle scelte pubbliche per concorrere alla determinazione delle decisioni che li coinvolgono. In altri termini, la sussidiarietà orizzontale è il paradigma ordinatore dei rapporti tra lo Stato, le formazioni sociali e gli individui (...)".

⁴⁶ B. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 480.

normativo all'“autonomia” delle parti sociali potrebbe indirizzare verso un mutamento nell'atteggiamento della Commissione e delle istituzioni comunitarie in generale, in specie un arretramento delle loro posizioni.

In questa ottica, vi è da aggiungere che l'affermazione di una maggiore autonomia degli attori sociali e della contrattazione collettiva europea sembra verosimilmente rimessa non solamente ad un arretramento delle posizioni delle istituzioni comunitarie ma anche al rafforzamento delle parti sociali stesse e alla loro capacità di mettere in atto processi di *bottom-up*, che siano realmente in grado di generare processi virtuosi in senso democratico nello spazio europeo.

Infatti, come pure è stato rilevato, “le sole opzioni tecniche di coordinamento a livello europeo non sono in grado di far progredire il complesso mondo associativo del sindacato rafforzandone la capacità di rappresentare il lavoro di fronte alle sfide economiche ed influenzare il processo decisionale europeo riducendo il *deficit* democratico dell'Unione”⁴⁷.

In conclusione, il concetto di “autonomia” delle parti sociali, che l'UE si impegna a rispettare, assume – così come si è espresso fino ad oggi – connotati particolari e differenti rispetto a quelli degli ordinamenti interni, essendo esso legato ad un dialogo sociale che, nella sua declinazione autonoma, è nato e si è manifestato quale “risorsa di legittimazione” democratica dell'Unione e, pertanto, legato a filo doppio alla volontà delle istituzioni comunitarie e alle finalità verticistiche che da esse promanano, piuttosto che alle dinamiche nascenti all'interno di un sistema di relazioni sindacali.

4. Una volta assunte come base di partenza le considerazioni esposte nel precedente paragrafo, resta da valutare se ed in che modo la evidenziata “parziale” autonomia delle parti sociali, possa oggi manifestarsi in maniera meno limitata, in virtù dell'avvenuto riconoscimento dei diritti sociali collettivi (in particolare, diritto di sciopero, di associazione e di contrattazione collettiva) come diritti “fondamentali” e tradizionalmente “fondanti” dei sistemi di relazioni industriali.

Infatti, com'è noto, per via del richiamo contenuto nell'art. 6 TUE si superano definitivamente le incertezze circa la portata della Carta di Nizza⁴⁸ nel testo che

⁴⁷ M. BAGLIONI, *La democratizzazione dell'Unione Europea. Quale ruolo per i sindacati?*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2009, p. 248, che riprende le osservazioni di R. ERNE, *European Unions. Labor's Quest for a Transnational Democracy*, Ithaca (New York), 2008.

⁴⁸ La Carta, già proclamata solennemente a Nizza il 7 dicembre 2000 (*GUCE* C 364, 18 dicembre 2000, parte riservata, com'è noto, agli atti non vincolanti) dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, è stata nuovamente proclamata dalle tre istituzioni a Strasburgo il 12 dicembre 2007. Nella versione modificata essa è pubblicata assieme alle spiegazioni in *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007. Sulla Carta esiste una ampissima bibliografia; tra le opere a carattere monografico, si vedano, ad esempio, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; L. FERRARI BRAVO, F. DI MAIO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti euro-*

risulta dalle modifiche apportate dalla sua seconda proclamazione del 2007, essendo espressamente riconosciuto “lo stesso valore giuridico dei Trattati”. Novità, questa, che assume rilievo di non poco momento nel discorso che si sta conducendo: da un punto di vista generale, essa consente di aggiungere un importante tassello per la costruzione di quel “tetto”⁴⁹ necessario alla costruzione del “modello sociale europeo”, che fino ad ora non poteva dirsi realmente esistente; dal punto di vista che più strettamente inerisce il dialogo sociale e l’autonomia delle parti sociali, ciò che assume principalmente rilievo è l’attribuzione del carattere “fondamentale” ai diritti di organizzazione sindacale, di negoziazione collettiva e di azione collettiva contemplati negli articoli 12 e 28 della Carta.

Esso segna il definitivo superamento dell’originario sistema comunitario che, come è noto, riteneva che il progresso sociale fosse “naturalmente” indotto dal funzionamento del mercato comune. Situazione che nemmeno la progressiva affermazione di un sistema “pretorio” di protezione comunitaria dei diritti fondamentali⁵⁰ era riuscito a mutare: infatti, se, da un lato, essa ha inciso positivamente sull’affermazione dei diritti civili ed economici, dall’altro non ha saputo fornire adeguate risposte sullo specifico versante dei diritti sociali, avendo interessato principalmente i diritti c.d. di “prima generazione”⁵¹.

pee e della Corte costituzionale italiana, Milano, 2001; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell’Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009. V., inoltre, il recente contributo di A. DI STASI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mandato di arresto europeo e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in A. BARBERA, A. LOIODICE, M. SCUDIERO, P. STANZIONE (a cura di), *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci, II*, Catanzaro, in corso di stampa.

⁴⁹ L’espressione è ripresa da R. BLANPAIN, *Un “modello sociale” da rafforzare*, in D. DEL CIOTTO (a cura di), *Trattato di Amsterdam e dialogo sociale europeo*, Milano, 1998. Secondo l’autore: “quel modello sociale europeo del quale noi siamo così fieri deve possedere due requisiti: 1. un tetto di diritti sociali fondamentali attuabili legalmente ed idonei a fornire degli obiettivi di carattere politico; 2. una base di diritti minimi garantiti; e tra il tetto e la base, il mercato può muoversi in piena libertà”.

⁵⁰ La quale ha determinato la “sostanziale incorporazione dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti del diritto comunitario”, cfr. A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, Napoli, 2000, p. 181. Il riferimento è alle famose pronunce *Stauder* (C-29/69, 12 novembre 1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, 17 dicembre 1970), *Nold* (C-4/73, 14 maggio 1974), *Rutili* (C-36/75, 28 ottobre 1975). Per approfondimenti sulla giurisprudenza citata si vedano, tra gli altri, G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *RDI*, 1988, p. 574 ss.; G. F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell’uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 3 ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDU*, 1992, p. 426 ss.

⁵¹ Cfr. E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *DUE*, 1996, p. 164 ss. Per un’analisi delle pronunce della Corte di giustizia in materia di diritti sociali si rinvia a R. GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, p. 163, nella parte in cui richiama il contributo di F. SALOMONI, *Diritti sociali e Unione europea. Dall’ordinamento comunitario allo stato sociale europeo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Milano, 2005, p. 556 ss.; P. WATSON, *European Court of Justice*, in M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence*, Cambridge, 2009, p. 453 ss.

La successiva affermazione esplicita, all'interno dei Trattati, del carattere fondamentale dei diritti sociali, pur nei limiti di un richiamo alla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989⁵² nella “nicchia”⁵³ delle “Disposizioni sociali” e non nelle “Disposizioni comuni” del TUE – dove è richiamata la sola CEDU –, ha reso più agevole la ricerca di limiti a quello che, con una vibrante espressione, è stato definito l’“imperialismo dell’integrazione negativa”⁵⁴.

Tuttavia, proprio il celebre caso *Albany International BV*⁵⁵, assunto a principale riflesso di queste considerazioni, nello “strumentalizzare” e, dunque, subordinare, il frutto principale dell’autonomia degli attori sociali – il contratto collettivo – agli scopi etero-determinati del Trattato⁵⁶, mostra la totale assenza del “linguaggio dei diritti fondamentali”⁵⁷.

⁵² La Carta sociale europea è un “prodotto” del Consiglio d’Europa: essa è stata firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e successivamente è stata riveduta e aggiornata a Strasburgo nel 1996. La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, invece, è stata firmata dai capi di Stato e di governo – ad eccezione del Regno Unito – riuniti in sede di Consiglio europeo a Strasburgo il 9 dicembre 1989. Per un quadro generale sui due documenti si rinvia a G. P. ORSELLO, *Diritti umani e libertà fondamentali*, Milano, 2005. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia, tra i contributi più recenti, ad A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, Bologna, 2005, partic. p. 110 ss.

⁵³ S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell’Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT, n. 16/2003, p. 6 (www.lex.unict.it, reperibile on line).

⁵⁴ F. W. SCHARPF, *Negative and Positive Integration in the Political Economy of the European Welfare States*, in G. MARKS et al., *Governance in the European Union*, London, 1996, p. 35. L’espressione è riportata anche da S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2003, p. 325 ss.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Raccolta*, p. I- 5751 ss. Nel caso di specie, si chiedeva alla Corte di chiarire, tra l’altro, se potesse essere assimilato ad un accordo indebitamente restrittivo della concorrenza – così come sostenuto dall’impresa olandese *Albany International BV* – il contratto collettivo istitutivo di un fondo incaricato della gestione di un regime pensionistico integrativo, l’iscrizione a quale era stata successivamente resa obbligatoria *erga omnes*, relativamente al settore di riferimento, attraverso un apposito intervento normativo. Nello stesso giorno sono state decise anche altre due cause vertenti sulle medesime questioni: cause riunite da C-115 a 117/97, *Brentjens’ Handelsonderneming BV c. Fondo pensione di categoria nel settore del commercio di materiali da costruzione*, e causa C-219/97, *Drijven Bokken BV c. Fondo pensione delle imprese di trasporto e portuali*. Per commenti alla sentenza *Albany* si rinvia, per tutti, a L. GYSELEN, *Note on Albany*, in *CML Rev.*, 2000, p. 425 ss.; M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, p. 225 ss.; E. STEIN, *Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 2000, p. 165 ss.

⁵⁶ Infatti, dalla pronuncia si evince che l’immunità degli accordi collettivi di lavoro dall’ambito di applicazione dell’art. 85 TCE è assicurata solo qualora essi siano volti a “conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro posti dagli artt. 2 e 3, lett. g) e i), del Trattato”. Essa, dunque, è strumentalizzata ed opera solo a condizione che l’oggetto del contratto collettivo sia strettamente correlato agli obiettivi di protezione sociale prefissati dal Trattato.

⁵⁷ M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l’Unione politica*, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 340. Tale assenza corrisponde esattamente alla carenza di *status* di diritto

Proseguendo in questo brevissimo *excursus*, va ricordato che, grazie all'opera di "infusione" nell'ordinamento comunitario del principio di indivisibilità dei diritti civili e sociali, pur nell'impossibilità (all'epoca sussistente) di fornirne una sua "sicura qualificazione"⁵⁸, è proprio la Carta dei diritti fondamentali a portare la Corte di giustizia ad utilizzare quel "linguaggio" anche con riferimento ai diritti collettivi.

Il riferimento è, ovviamente, alle ormai celebri sentenze *Viking*⁵⁹ e *Laval*⁶⁰, le quali hanno corroborato la tesi di quanti hanno efficacemente qualificato la Carta di Nizza come un "oggetto a forte valore aggiunto"⁶¹, anche in virtù della sua capacità di comportarsi "come se" avesse un effettivo valore normativo.

Tuttavia, la positiva valutazione che la Corte fa nel qualificare il diritto di sciopero quale diritto fondamentale, sulla scorta del presupposto che esso costituisce "parte integrante dei principi generali del diritto comunitario" è presto eclissata. Innanzitutto, i diritti collettivi subiscono un brusco declassamento da "diritto fondamentale" che "può essere sottoposto a talune restrizioni"⁶² a "legittimi interessi"⁶³ che si pongono come "cause di giustificazione" delle restrizioni alla libera circolazione. Inoltre, l'applicazione dei criteri di bilanciamento tra le due libertà⁶⁴ ed, in particolare, del principio di proporzionalità ha finito, paradossalmente, per consolidare la carenza di diritti collettivi nell'ordinamento comunitario con implicazioni evidenti per l'auspicata "autonomia" delle parti sociali. Di fatto "sbilanciata" verso i diritti di contenuto economico, tale operazione,

ti fondamentali in capo ai diritti sociali collettivi (e ai diritti sociali in generale), atteso che tale *status* appare escluso dall'art. 6 TUE, il quale fa richiamo alla sola Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, pur garantendo nel proprio catalogo numerosi diritti, "interseca solo marginalmente quelli sociali", cfr. S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009, p. 147.

⁵⁸ G. CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2004, p. 1901.

⁵⁹ Sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking line ABP, OÜ Viking Line Eesti*. In questa sede, non è possibile dare conto della aplissima dottrina che si è occupata delle due sentenze. Pertanto si rinvia, per tutti, a U. CARABELLI, *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, 2009 (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*) ed alla bibliografia ivi contenuta.

⁶⁰ Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*.

⁶¹ M. PANEBIANCO, *Il soft law euro-costituzionale "aperto"*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, cit., II, pp. 1363- 1376.

⁶² Cfr. punto 44 della sentenza *Viking* e punto 91 della sentenza *Laval*.

⁶³ Cfr. punto 77 della sentenza *Viking*.

⁶⁴ A tal proposito, la Corte richiama la sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger, Raccolta*, p. I-5659 ss., e la sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, *ivi*, p. I-9609 ss., che sanciscono la necessità di conciliare l'esercizio dei diritti fondamentali con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità.

infatti, mina il concetto stesso di autonomia collettiva considerata come diritto fondamentale, volutamente “sproporzionata proprio al fine di raggiungere un determinato obiettivo”⁶⁵.

La situazione appare ancora più preoccupante soprattutto se analizzata alla luce del quadro complessivo, “sconfortante” per i diritti collettivi nell’ordinamento comunitario, che si è venuto a delineare anche a seguito delle successive sentenze della Corte. Senza entrare nel merito di pronunce articolate, basti in questa sede ricordare che dal “combinato disposto” della sentenza *Laval* e della successiva pronuncia del caso *Rüffert*⁶⁶, in relazione alla direttiva 96/71/CE⁶⁷ emerge un ridimensionamento dell’autonomia collettiva, privata di qualsiasi spazio di esercizio in assenza di una legge che ne “recepisca” i prodotti. Tramite, in particolare, un’interpretazione restrittiva dell’art. 3, 7° comma della direttiva in questione, è reso quanto meno problematico l’utilizzo del contratto collettivo nella sua tradizionale funzione acquisitiva finalizzata a migliorare le tutele di legge.

5. Pur nella generale perplessità dovuta alla distinzione tra “diritti” e “principi” espressa nell’art. 6 TUE che lascerebbe intendere una differenza tra il dovere di rispetto dei primi a fronte di un principio di mera promozione dei secondi, il Trattato di Lisbona attribuisce “lo stesso valore giuridico dei Trattati”⁶⁸ ad una Carta, quella di Nizza, contrassegnata, nell’elemento di mag-

⁶⁵ Cfr. I. INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in *CI*, 2008, p. 649; v. anche A. ZOPPOLI, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l’autonomia collettiva negata)*, in *Diritti lavori mercati*, 2008, p. 155.

⁶⁶ Sentenza del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*. È da segnalare anche la sentenza del 19 giugno 2008, *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-319/06, resa a seguito di un ricorso per infrazione della Commissione che ha chiesto l’accertamento dell’inesatta trasposizione in degli articoli 3, paragrafi 1 e 10 della predetta direttiva da parte del Lussemburgo. Per approfondimenti si rinvia, per tutti, a U. CARABELLI, *op. cit.*, p. 18, secondo cui: “La previsione dell’art. 3.10, secondo cui l’estensione di tutele del lavoro aggiuntive ai lavoratori distaccati può avvenire solo se le disposizioni in questione corrispondano anche ad interessi di ordine pubblico, rappresenta pertanto uno spostamento in favore della libertà di circolazione dei servizi di quel punto di equilibrio, individuato dalla Corte, nella sua opera di bilanciamento, come elemento costitutivo ed essenziale del Trattato, ad opera di una disposizione contenuta in una fonte secondaria qual è una direttiva. In quanto tale, detto spostamento, o meglio la disposizione che lo prevede, costituisce, a mio avviso, una violazione del Trattato medesimo”.

⁶⁷ Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi, *GUCE* L 18, 21 gennaio 1997, p. 1 ss.

⁶⁸ Per un’approfondita analisi delle problematiche che apre la tecnica di richiamo alla Carta utilizzata dall’art. 6 TUE si rinvia, per tutti, a L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, pp. 655-669. È noto che il Trattato costituzionale avrebbe incorporato integralmente il testo della Carta nella sua parte II. Sul tema si rinvia a U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss.; *Id.*, *Principi democratici e diritti fondamentali nella ‘Costituzione europea’*, in *CI*, 2005, pp. 643-676.

giore portata⁶⁹, dall'essere ispirata al principio di indivisibilità tra i diritti civili e politici e quelli (economici e) sociali.

In tal modo, ed in linea di rottura con la precedente versione dell'art. 6 TUE, anche ai diritti sociali è attribuita la capacità di porsi come diritti fondanti di una base di valori comuni su cui costruire l'integrazione comunitaria.

Oltre all'art. 12, che contempla la libertà di associazione sindacale⁷⁰, l'elemento maggiormente innovativo è rappresentato dal riconoscimento del diritto di sciopero quale diritto fondamentale. Infatti, esso tradizionalmente e, aggiungerci, "sistematicamente", è stato escluso dall'apparato normativo comunitario: tanto, sia per via dell'esclusione esplicita contenuta nell'art. 137, 5° comma TCE (perdurante anche nell'attuale art. 153 TFUE) dalle materie di competenza della Comunità/Unione, sia per via della mancata previsione di un tale diritto nel contesto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario ai sensi dell'art. 6 TUE, in quanto diritto che non trova riconoscimento nella CEDU.

L'art. 28 della Carta⁷¹ risulta, in realtà, articolato nel riconoscimento di due distinti diritti: il diritto alla contrattazione collettiva ed il diritto di ricorrere ad azioni collettive, in particolare il diritto di sciopero.

Il testo della norma trova la sua ispirazione – come evidenziato anche dalle spiegazioni che seguono la Carta dei diritti fondamentali⁷² – nell'art. 6 della Carta sociale europea del 1961 nonché negli articoli 12 e 14 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, oltre che nel diritto di azione collettiva riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come uno degli elementi del diritto sindacale sancito dall'art. 11 della CEDU, dedicato alla "Libertà di riunione e di associazione".

Le stesse spiegazioni consentono, poi, di comprendere quali siano i "livelli appropriati", cui fa riferimento l'art. 28 della Carta, ai quali può essere effettuata

⁶⁹ Nella stessa direzione, si richiamano le autorevoli osservazioni di S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *op. cit.*

⁷⁰ Come si evince anche dalle spiegazioni alla Carta, la norma riprende l'art. 11 della CEDU e si basa sull'art. 11 della Carta sociale europea. Per approfondimenti v., in particolare, B. RYAN, *The Charter and Collective Labour Law*, in T. HARVEY, J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford-Portland, 2003, p. 69.

⁷¹ Per commenti recenti all'art. 28 si rinvia, per tutti, a W. CHIAROMONTE, *Art. 28. Diritto di negoziazione e di azioni collettive*, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *op. cit.*, pp. 357-369. Si segnala anche il contributo più risalente di P. F. LOTITO, *Commento all'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 215-218. Si veda anche il contributo di C. LAZZARI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e le relazioni industriali: il diritto di contrattazione collettiva*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 641-648, che mette in luce soprattutto le "ambiguità" del diritto alla contrattazione collettiva contenuto nella Carta.

⁷² Per un'ampia disamina sulla "discussa e discutibile" portata delle spiegazioni, si veda, per tutti, A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle "spiegazioni" alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010.

la contrattazione e che sono quelli previsti dal diritto dell'Unione europea o dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, "il che può includere il livello europeo qualora la normativa dell'Unione lo preveda"⁷³. Mentre, con riferimento alle azioni collettive e, in particolare, al diritto di sciopero, chiariscono che le modalità e i limiti per il loro esercizio sono disciplinate dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, come pure il problema di stabilire se possano essere condotte parallelamente in vari Stati membri.

Inoltre, il testo dell'articolo in commento è chiaro nell'individuare i soggetti titolari dei diritti in esso contemplati, ossia "i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni", mentre appare carente nell'indicare il possibile ruolo delle autorità pubbliche nella contrattazione collettiva tra le parti sociali⁷⁴; ruolo che, eppure, come si è evidenziato nei paragrafi precedenti, ha avuto grosso rilievo nell'articolazione concreta della contrattazione fino ad oggi svolta, oltre che essere ampiamente considerato e regolato nel testo del Trattato.

Ad ogni buon conto, l'esito del riconoscimento del diritto alla contrattazione consente di arricchire l'attività delle parti sociali e dei prodotti della loro azione, di un diritto "fondamentale" e "fondante", che non è dato riscontrare nelle disposizioni a sostegno del dialogo sociale e dell'autonomia collettiva contenute nel titolo sulla politica sociale del TFUE e che non hanno consentito e non consentono di intravedere un diritto di contrattazione collettiva di rango costituzionale all'interno dell'ordinamento comunitario⁷⁵; il che, tra l'altro, evidenziava la contraddizione tra il ruolo quasi pubblico attribuito ai soggetti collettivi dalle norme citate ed il mancato riconoscimento di un presupposto "costituzionale" interno al sistema comunitario⁷⁶.

Nel contesto così tratteggiato, l'acquisizione del carattere fondamentale dei diritti sociali collettivi, non può non essere salutata con favore, per la possibilità che essa lascia intravedere di porsi come strumento in grado di "spostare e ribilanciare la logica e il metodo del confronto con i (potenzialmente antagonisti) valori comuni della concorrenza e dell'unità del mercato interno"⁷⁷. Strumento che, con riferimento al ruolo delle parti sociali nel contesto del dialogo sociale, offre la prospettiva di realizzazione concreta di nuove forme di "autonomia" dell'azione delle parti sociali e dei loro prodotti contrattuali⁷⁸.

⁷³ Le spiegazioni relative all'art. 28 della Carta richiamano quelle previste per il precedente art. 27, cui si riferisce il virgolettato.

⁷⁴ Per questo rilievo si veda anche P. F. LOTITO, *op. cit.*

⁷⁵ In tal senso si veda anche M. PALLINI, *op. cit.*, p. 237.

⁷⁶ C. LAZZARI, *op. cit.*, pp. 641-648.

⁷⁷ S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 240. Secondo l'autore, ciò consente di "spezzare, sul piano strutturale quella 'regola di supremazia' dei valori di mercato e della concorrenza sin qui oggettivamente prevalsa nella giurisprudenza della Corte di giustizia, per imporre una 'regola di compatibilità' rispettosa dell'autonomia dei valori protetti dai diritti sociali fondamentali".

⁷⁸ Tale prospettiva sembrerebbe frenata dal fatto che la Carta non valorizza il ruolo di accordi "liberi". Per osservazioni approfondite su questo punto, v. S. MATTONE, *Ruolo e limiti della contrattazione collettiva*, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *op. cit.*, p. 172.

In particolare, una serie di elementi potrebbero giocare a favore di questa tesi: innanzitutto, proprio quella rilevata mancanza di riferimento al ruolo delle autorità pubbliche nell'identificazione dei soggetti titolari dei diritti contemplati nell'art. 28 della Carta, potrebbe essere letto ed applicato nell'ottica della realizzazione di una maggiore autonomia delle parti sociali e di un progressivo "affrancamento" della loro azione dai condizionamenti esterni delle istituzioni comunitarie.

Altro elemento di rilievo potrebbe essere assunto, ad esempio, dal riconoscimento del ruolo delle parti sociali a livello dell'Unione che, per il tramite della Carta, risulta essere un riconoscimento generale, e non più circoscritto all'interno del dialogo sociale: in tal caso, se è vero che alcuni dei diritti in parola devono essere esercitati, come vuole la Carta, "alle condizioni previste dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali", ovvero "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali", è pur vero che il rinvio non è limitato alle "procedure e prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri" (come prevede l'art. 155, par. 2 TFUE; art. 139, par. 2 TCE nella vecchia numerazione) per l'attuazione degli accordi stipulati a livello europeo, ma viene esteso espressamente "al diritto dell'Unione"⁷⁹.

In sostanza, si potrebbe assistere alla creazione di nuovi meccanismi di dialogo tra le parti sociali che sfocino in tipologie contrattuali e meccanismi di attuazione degli stessi non tipizzati all'interno del Trattato e che siano maggiormente rispettosi dell'autonomia delle parti stesse.

6. Alle considerazioni relative alla serie di effetti positivi che il riconoscimento dei diritti sociali collettivi fondamentali può produrre in capo all'autonomia delle parti sociali ed alla creazione di prodotti maggiormente autonomi, vanno necessariamente affiancate una serie di riflessioni che tendono a considerare in maniera più limitata le riforme introdotte dal Trattato di Lisbona.

Queste riflessioni si inquadrano in un contesto più generale di "critiche" che sono state sollevate in ordine alla modalità di affermazione dei diritti sociali nell'ambito della Carta di Nizza e che, in sintesi, tendono a mettere in evidenza la "pecca" di un riconoscimento che appare molto più "formale" che "sostanziale". Esse fanno leva su vari rilievi, quali, in particolare, l'evanescenza e la scarsa incisività della gran parte degli enunciati concernenti i diritti sociali e la già rilevata distinzione tra diritti e principi⁸⁰ introdotta nell'art. 6 TUE, che evi-

⁷⁹ V. G. ARRIGO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Diritti lavori mercati*, 2005, p. 296.

⁸⁰ La differente portata tra principi e diritti è stabilita dall'art. 52, 5° comma della Carta di Nizza (voluta dal Gruppo II – Integrazione della Carta/adesione alla CEDU – della Convenzione incaricata dell'elaborazione del Progetto di Costituzione). Per osservazioni critiche sulla distinzione tra diritti e principi si rinvia, per tutti, a C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?*, in *Maastricht JECL*, 2008, p. 193 ss.

denziano la difficoltà per i diritti sociali di tradursi in un obbligo di risultato per l'Unione⁸¹.

In specie, prendendo le mosse dalle ultime battute del precedente paragrafo, va in primo luogo rilevato come proprio quegli effetti positivi legati al riconoscimento dei diritti sociali collettivi come fondamentali potrebbero essere compromessi da un difetto di coordinamento tra le norme del Trattato ed il testo della Carta. Esso potrebbe dare adito, verosimilmente, ad interpretazioni restrittive di quest'ultimo, ove si osservi che la norma contenuta nell'art. 28 fa riferimento, quali soggetti titolari del diritto di negoziazione, ai lavoratori e ai datori di lavoro, oltre (e prima) che alle rispettive organizzazioni: ciò indica un'attenzione verso la libertà individuale di contrattazione e di azione che, come è stato osservato, potrebbe essere intesa addirittura come pari (se non prevalente) rispetto a quella collettiva⁸².

Se è vero, poi, che il riconoscimento come fondamentale del diritto di sciopero costituisce un elemento fondante dell'autonomia delle parti sociali, perplessità sono rinvenibili nella stessa nozione di diritto di sciopero offerta dalla Carta di Nizza.

Infatti, ad una lettura attenta della disposizione, si evince una nozione di diritto di sciopero⁸³ costruita sul rapporto di stretta funzionalità rispetto alla contrattazione collettiva, nella misura in cui fa riferimento alle "azioni collettive per la difesa dei loro interessi". Un diritto di azione di tal genere, limitato al solo caso di conflitto di interessi, fa, innanzitutto, pensare ad un diritto azionabile solo nella fase di stipulazione del contratto collettivo con conseguente esclusione delle dispute su diritti, legati, invece, all'applicazione e all'interpretazione del contratto stesso. Inoltre, esso sembra escludere anche gli scioperi di solidarietà, gli scioperi economico-politici e gli scioperi politici puri, ossia le più significative forme di azione sindacale aventi carattere transnazionale⁸⁴, e ciò pure nell'esistenza in concreto di forme di azione collettiva a livello comunitario⁸⁵.

⁸¹ Per osservazioni critiche di tal genere, si rinvia, tra gli altri, a A. CANTARO, *L'Europa sovrana*, Bari, 2003, p. 109; M. CARTABIA, *Commento all'art. 51 e all'art. 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*; J. KENNER, *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. HARVEY, J. KENNER (eds.), *op. cit.*, p. 24. Ulteriori nodi critici relativi alla Carta di Nizza e al riconoscimento del suo valore giuridico sono individuati da P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *RIDPC*, 2009, pp. 855-912.

⁸² M. ROCCELLA, *op. cit.*, p. 329 ss.; R. FOGLIA, *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2001, p. 6.

⁸³ Suscita perplessità anche il fatto che la norma metta alla pari lavoratori e datori di lavoro, determinando una netta "rottura rispetto alla tradizione europea", cfr. G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003, p. 73.

⁸⁴ W. CHIAROMONTE, *op. cit.*, p. 361; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, p. 342.

⁸⁵ Per esempi concreti di c.d. "euro-scioperi", si rinvia a S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Il conflitto collettivo nell'ordinamento comunitario*, in *Dem. dir.*, 2004, pp. 119-133, partic. p. 124.

Inoltre, anche alla prova del bilanciamento con i diritti economici, non è detto che il dato del riconoscimento formale del diritto all'azione collettiva, possa determinare un orientamento della Corte di giustizia differente rispetto a quello seguito nelle sentenze *Viking* e *Laval*.

A tal proposito, una parte della dottrina aveva addotto a motivazione dello “sbilanciamento” della Corte verso i diritti economici, lo “svantaggio”⁸⁶ che il diritto di azione collettiva presentava rispetto a questi ultimi, in ragione della sua mancata “costituzionalizzazione”. Di tal che, un’evoluzione nel senso della “costituzionalizzazione” del diritto di azione collettiva dovrebbe, in maniera quasi automatica, aprire la strada ad una rivisitazione delle posizioni della Corte.

Dall'altra parte, sulla premessa che “non può darsi per scontato che un ampliamento formale dei diritti comporti la garanzia di una loro tutela effettiva”⁸⁷, va evidenziato, come altra parte della dottrina ha osservato, che l'applicazione della Carta potrebbe produrre degli effetti non differenti rispetto a quelli che ha prodotto quando ancora non aveva natura ed efficacia giuridica certa⁸⁸.

Un rilievo di tal genere prende le mosse dalla lettura delle stesse sentenze della Corte di giustizia poc'anzi citate. Infatti, in quella sede, allorché la Corte ha operato il bilanciamento tra azione collettiva e libertà economiche, ha utilizzato la Carta e i diritti in essa contenuti qualificandoli e trattandoli “come se” avessero un valore giuridico vincolante. In sostanza, l'approccio della Corte ai diritti sociali non è sembrato aver subito i condizionamenti derivanti dalla natura (allora) ancora incerta della Carta. Infatti, come premessa alle sue argomentazioni, la Corte ha esplicitamente proceduto a qualificare il diritto di azione collettiva come un diritto fondamentale, di cui essa garantisce l'osservanza⁸⁹.

Se associamo a queste considerazioni il fatto che la Corte utilizza tradizionalmente la Carta come una tra le fonti che riaffermano dei principi generali del diritto (senza creare nuovi diritti), ciò lascerebbe presagire che la Corte difficilmente utilizzerà la Carta in maniera differente per il fatto che oggi abbia forza vincolante. Ma questi rilievi, fondati, si potrebbe dire, su “indizi”, restano in attesa di trovare conferma o smentita nelle prime applicazioni della Carta di Nizza da parte della Corte di giustizia dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁸⁶ M. V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT, n. 55/2007, p. 19 (www.lex.unict.it, reperibile on line).

⁸⁷ S. CATANOSSI, *In attesa di Lisbona: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al vaglio della teoria costituzionalista*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2008, pp. 713-724, che riprende G. AZZARITI, *Studi sui diritti in Europa*, Roma, 2006.

⁸⁸ In tal senso, ad esempio, P. SYRPIS, *The Treaty of Lisbon: Much Ado...but about What?*, in *Industrial Law Journal*, 2008, n. 3, p. 231, che, in maniera netta, afferma: “It is, for several reasons, unlikely that the Charter will have more far-reaching effects”. Nella stessa direzione, v. anche G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 237 ss.

⁸⁹ V. punto 43 della sentenza *Viking* e punto 90 della sentenza *Laval*.

Ulteriori nodi critici sono, poi, legati ai limiti al riconoscimento dell'insieme dei diritti sociali collettivi derivanti dalle disposizioni contenute negli articoli 51 e 52 della Carta, suscettibili di determinare un loro "affievolimento"⁹⁰. Infatti, com'è stato osservato, la norma di cui all'art. 51, da "un punto di vista soggettivo"⁹¹ si rivolge alle sole istituzioni comunitarie ed agli Stati membri, escludendo che destinatari delle prescrizioni possano essere i cittadini; "dal punto di vista oggettivo"⁹², inoltre, gli Stati membri risultano tenuti al rispetto della Carta non in ogni segmento delle proprie attività ma esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Il secondo paragrafo della disposizione in commento aggiunge, poi, che la Carta non introduce nuove competenze o nuovi compiti per l'Unione, rispetto a quelli definiti dai Trattati. È stato efficacemente osservato che tramite questa sorta di "reintegrazione" della Carta nei Trattati esistenti, i diritti fondamentali in essa riconosciuti si vedono "condizionati dal contenuto dei Trattati e non viceversa, riportando a galla la prevalenza nell'ordinamento comunitario dell'integrazione economica". Prevalenza che potrebbe emergere anche dall'applicazione dell'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza: essa, infatti, prevede, nel rispetto del principio di proporzionalità, la possibilità che siano apportate limitazioni ai diritti fondamentali qualora queste rispondano a "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui", quali sono le finalità economiche previste nell'ambito dell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea.

Infine, l'elemento che maggiormente suscita dei dubbi sulla reale possibilità che il riconoscimento dei diritti sociali collettivi possa contribuire a rafforzare l'"autonomia" delle parti sociali e a sganciarla dalle funzioni di "co-regolazione" ad esse attribuite dalle istituzioni comunitarie, poggia sul rilievo della persistente esclusione, anche a seguito del Trattato di Lisbona, di quelle limitazioni di competenza, previste nell'art. 137, 5° comma TCE e integralmente trasfuse nell'art. 153, 5° comma TFUE, che riguardano proprio i diritti di organizzazione e di azione collettiva espressamente sanciti dalla Carta. Limitazioni di competenza che, come si è visto, la Carta di per sé non è in grado di colmare, attesa la disposizione di cui al citato art. 52 della Carta.

La persistenza di quelle limitazioni fa sì che il riconoscimento dei diritti sociali collettivi quali diritti fondamentali non osta al fatto che il loro esercizio sia comunque sottoposto alla disciplina stabilita nel singolo Stato membro e potenzialmente, quindi, limitato dalla stessa. Pertanto, la loro legittimità continua a dipendere dalla conformità alla normativa interna.

⁹⁰ Al contrario, si è parlato di "apparente indebolimento", che non sembra "idoneo a pregiudicare le forti potenzialità in materia di tutela comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori", cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 121.

⁹¹ Cfr. M. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 54/2007, p. 19 (www.lex.unict.it, reperibile *on line*).

⁹² *Ibidem*.

Inoltre, com'è stato giustamente osservato, “i diritti sociali fondamentali, se sganciati da una potenziale piattaforma giuridica, possono svolgere soltanto quella funzione di limite alla deregolamentazione e all’abbassamento delle tutele”, e ciò nel contesto di un’Europa sociale che, proprio nell’attuale fase della sua evoluzione, “dovrebbe crescere sull’integrazione positiva degli standard di tutela”⁹³. In sostanza, la contraddizione esistente rischia di indebolire le stesse funzioni partecipative delle parti sociali europee, le quali, a fronte dell’estrema diversificazione delle soluzioni accolte dai diritti nazionali, difficilmente possono essere in grado di individuare *standard* minimi inderogabili di tutela dei diritti sociali collettivi al di fuori delle aree in cui l’UE possiede ed esercita competenze legislative concorrenti.

In quest’ottica, la capacità concreta di dare vita ad un autentico “contro potere sociale” transnazionale sembra dipendere, in definitiva, dalla capacità dei sindacati di rinnovarsi e di organizzarsi politicamente a questo livello⁹⁴.

In conclusione, guardando alle riforme che complessivamente hanno interessato l’ambito del diritto del lavoro e delle politiche sociali nel quadro del Trattato di Lisbona, si ha l’impressione che la formalizzazione, sul “doppio fronte” analizzato, dell’autonomia delle parti sociali si iscriva più che nell’ottica di un rafforzamento del sistema di relazioni industriali, ancora una volta nell’intento dell’Unione di continuare ad “usufruire” della partecipazione delle parti sociali quali produttori di canali alternativi di regolazione e di *governance*.

La “lancinante contraddizione”⁹⁵ della esclusione di quelle materie centrali all’interno dei diritti sociali riconosciuti dalla Carta, che viene definitivamente sancita come tratto “identitario del diritto del lavoro dell’Unione europea”, ne rappresenta la prova principale.

In sostanza, rimasta irrisolta la conflittualità tra gli Stati membri circa una maggiore cessione di sovranità in materia di politica sociale – che, come si è già accennato, ha costituito uno dei motivi della mancata ratifica della Costituzione europea da parte di Francia e Olanda⁹⁶ – si è proceduto a compensare le ridotte

⁹³ M. FERIGO, *op. cit.*, p. 1548. È stato, altresì, osservato che “essendo i diritti sociali fondamentali condizionati nel loro godimento dalla capacità dell’organizzazione sociale di renderli concreti ed effettivi, è proprio sul terreno della mancanza di meccanismi istituzionali destinati a proteggerli e di un efficace sistema di *welfare* che si gioca il problema dei diritti sociali europei”, cfr. G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Torino, 2006, p. 29.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 597.

⁹⁵ S. GIUBBONI, *Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, p. 564. Qualche altro autore ha sottolineato come la “generous provision” contenuta nella Carta ai diritti sociali collettivi sia “quite ironic”, proprio in considerazione della “historical weakness of collective labour law at EU level”, cfr. B. RYAN, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁶ È soprattutto la questione dell’Europa sociale che ha alimentato i dibattiti della campagna per il referendum ed ha giustificato secondo i suoi detrattori il rifiuto del Trattato costituzionale, cfr. C. VIGNEAU, *La Costituzione europea nella prospettiva dell’Europa sociale: progressi dalla portata incerta*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, p. 130.

competenze dell'Unione in materia sociale tramite il rafforzamento dell'azione regolativa delle parti sociali ed, in sostanza, di meccanismi di *soft law*⁹⁷.

In conclusione, pure a seguito delle modifiche di Lisbona, l'autonomia collettiva appare ancora come il "mezzo" che sacrifica⁹⁸ il proprio attributo "autonomo" per il raggiungimento degli scopi propri dell'Unione e, di conseguenza, anche i prodotti contrattuali della sua azione sembrerebbero "teleologicamente" orientati, sia nella struttura formale, sia nei loro contenuti.

Abstract

The "Autonomy" of Social Dialogue in the Treaty of Lisbon

The article takes into account the innovations introduced by the Treaty of Lisbon able to increase the "autonomy" of the social dialogue. Whereas in the past the autonomy lacked, afterwards it has gradually characterized the development of social dialogue into Community law. The first innovation is Art. 152 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which states the Union's task to "facilitate" dialogue between social partners, "respecting their autonomy"; the second is the recognition of the legal value of the Charter of Nice and, in particular, the collective social rights contained in it.

However, the analysis of Art. 152 TFEU, the "unbalance" of the ECJ towards the economic rights (*Viking* and *Laval* judgments) and, finally, the limitations of competences in Art.153.5 TFEU give the impression that, even after the introduction of that positive news, the role of social partners always consists in "co-regulating" and the autonomy of social partners remains sacrificed in the name of strengthening democratic governance of the European Union.

⁹⁷ Anche con riferimento al Trattato costituzionale si era osservato che la carenza nella predisposizione di strumenti concreti che avrebbero dovuto dar seguito all'aggiornamento dei dettami ispiratori dell'azione comunitaria, sembrava tradire, "una sostanziale volontà di preservazione dell'*acquis* comunitario in materia sociale", cfr. M. FERIGO, *op. cit.*, p. 1545.

⁹⁸ In quest'ottica, c'è chi ha osservato che: "i fini di democratizzazione della struttura politica più atipica inventata dall'uomo nel corso della sua storia potrebbero richiedere questo ed altro", cfr. G. P. CELLA, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 48.



Note e Commenti

L'informazione ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Il diritto all'informazione in materia ambientale. – 2. Il diritto all'informazione nei principali accordi internazionali a tutela dell'ambiente. – 3. Il diritto all'informazione nel diritto UE dell'ambiente. – 4. L'informazione dei consumatori e l'etichettatura trasparente – 5. L'etichettatura ecologica dei prodotti OGM. – 6. Considerazioni conclusive.

1. A partire dagli anni '70 sono stati adottati sempre più numerosi strumenti giuridici internazionali volti a perseguire l'obiettivo della riduzione degli effetti negativi delle attività umane sull'ambiente. Le prescrizioni dei vari accordi internazionali avevano essenzialmente come obiettivo quello della limitazione della sovranità statale con riferimento allo sfruttamento delle risorse ambientali e, di conseguenza, quello del ricorso allo strumento della cooperazione tra Stati. Tuttavia, a seguito dell'utilizzo di tali strumenti e di fronte ai risultati non sempre incoraggianti, si è fatta strada l'idea in base alla quale la tutela dell'ambiente potesse essere realizzata in maniera più efficace mediante la previsione di c.d. diritti funzionali¹, vale a dire diritti che avrebbero rafforzato le previsioni dispositive contenute nelle varie convenzioni. Più precisamente, è emerso all'interno della comunità internazionale il convincimento secondo cui una migliore tutela dell'ambiente possa essere realizzata attraverso la sensibilizzazione del pubblico e mediante un più intenso grado di “democratizzazione” degli interventi statali sull'ambiente, tale da rendere possibile il coinvolgimento nei processi decisionali dei vari gruppi sociali interessati. Quanto appena detto non implica una rinuncia ai tradizionali strumenti di tutela, cioè il ricorso giurisdizionale per il riconoscimento del diritto ad un ambiente salubre e la relativa possibilità di far valere eventuali pretese risarcitorie. Il riconoscimento di talune garanzie procedurali, prime fra tutte quelle inerenti al diritto di accesso, consente tuttavia un'estensione della tutela giuridica, che viene anticipata dalla fase risarcitoria alla fase di formazione dei provvedimenti in materia di ambiente.

¹ Cfr. N. COLACINO, *L'informazione ambientale nel diritto internazionale: spunti di ricostruzione*, in C. ALIBERTI, N. COLACINO, P. FALETTA, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, Padova, 2007, p. 1.

Cambia dunque il modo di intendere la *governance* ambientale: si assiste ad un passaggio dal tradizionale modo di intendere la posizione degli individui rispetto ai danni ambientali – con possibilità di agire solo in fase risarcitoria, una volta che questi si siano già prodotti – ad un nuovo modo di concepire il ruolo del pubblico nella sua veste di attore nelle decisioni sull’ambiente. Perché tale ruolo attivo sia concretamente possibile, è necessario di conseguenza il riconoscimento dei citati diritti funzionali alla tutela dell’ambiente, tra cui spicca il diritto all’informazione.

È opportuno evidenziare come il diritto all’informazione nell’ambito della tutela dell’ambiente possa essere inteso in due modi: si parla, infatti, di informazioni ambientali con riferimento da un lato allo scambio di notizie tra Stati; dall’altro, che in questa sede verrà più diffusamente trattato, alle notizie fornite dagli Stati al pubblico. Tale diritto inoltre, una volta riconosciuto, può essere esercitato concretamente secondo varie articolazioni: si tratta, a seconda dei casi, del solo diritto di accesso alle notizie sullo stato dell’ambiente, oppure del diritto di partecipazione ai procedimenti decisionali in materia ambientale o, ancora, del diritto di accesso agli strumenti giurisdizionali in caso di violazione delle regole a presidio dell’ambiente². L’idea per cui la tutela dell’ambiente possa essere più efficacemente perseguita attraverso il coinvolgimento del pubblico consentirebbe pertanto di realizzare la c.d. “democrazia adulta”, alla cui stregua i cittadini hanno non solo il diritto di sapere ma anche quello di influenzare le decisioni adottate in materia di ambiente³.

Da un punto vista storico, qualche cenno al diritto all’informazione nel diritto internazionale dell’ambiente si ritrova nelle importanti Conferenze svoltesi a partire dal 1972⁴. Il riferimento è innanzitutto alla Conferenza delle

² *Ibidem*, p. 2.

³ Vedi, tra gli altri, J. HARRISON, *A Proposal for a Global Environmental Right to Know Treaty: Negotiating the Barriers*, in L. E. SUSSKIND, W. M. MOOMAW, T. L. HILL (eds.), *Innovations in International Environmental Negotiation*, Cambridge, 1998, p. 25 ss.; ID., *Legislazione ambientale europea e libertà di informazione: la Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, p. 27 ss.

⁴ Per un inquadramento generale sulle Conferenze, sui principi in materia ambientale e sui problemi applicativi di maggiore interesse si vedano, tra gli altri, S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *RDI*, 1992, p. 581 ss.; ID., *Il diritto internazionale dell’ambiente da Rio a Johannesburg*, in A. DEL VECCHIO, A. DAL RI JÚNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell’ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005, p. 183 ss.; N. SCHRIJVER, F. WEISS (eds.), *International Law and Sustainable Development. Principles and Practice*, Leiden, Boston, 2000; U. VILLANI, *Gli strumenti giuridici internazionali a tutela dell’ambiente*, in *La tutela del paesaggio e la protezione dell’ambiente marino-costiero nell’azione del Consiglio d’Europa*, Napoli, 2001, p. 19 ss.; A. M. FITZMAURICE, *International Protection of the Environment*, in *RCADI*, 293, 2001, p. 9 ss.; N. DE SADELEER, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, 2002; K. S. HUSSAIN, *World Summit on Sustainable Development, Johannesburg: An Appraisal*, in *Ind. JIL*, 2002, p. 348 ss.; F. MUNARI, *Tutela internazionale dell’ambiente*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, III ed., p. 445 ss.; E. LOUKA, *International Environmental Law. Fairness, Effectiveness and World Order*, Cambridge, 2006; A. C. KISS, D. SHELTON, *Guide to International Environmental Law*, Leiden, Boston, 2007, partic. pp. 89-111; P. SANDS, *Environmental Protection in*

Nazioni Unite di Stoccolma sull'ambiente umano del 1972⁵, che affronta per la prima volta il problema della cooperazione internazionale in materia di ambiente: al suo interno vengono infatti dichiarati importanti principi successivamente ripresi in altri atti internazionali⁶.

In questa fase storica, in cui vengono mossi i primi passi verso il riconoscimento dell'ambiente come bene comune da tutelare, il diritto all'informazione – nella sua portata di strumento accessorio o persino di elemento strategico al fine di garantire un'adeguata tutela dell'ambiente – trova ancora scarso rilievo: solo i principi 19 e 20 dell'Atto finale della Conferenza di Stoccolma contengono cenni in proposito. Si deve sottolineare, tuttavia, come si faccia genericamente riferimento all'esigenza di sensibilizzare l'opinione pubblica sui temi dell'ambiente, attraverso la divulgazione delle informazioni. In particolare, nella prima delle due previsioni si esalta il ruolo della divulgazione delle informazioni al fine di responsabilizzare gli individui e le imprese nonché di consentire il progresso in materia ambientale; nel principio 20 viene invece incoraggiata la divulgazione delle notizie scientifiche per poter mettere a disposizione dei Paesi in via di sviluppo le moderne tecnologie. Non si riscontra alcun cenno al diritto all'informazione che, come si vedrà nella sua versione più “matura”, si traduce in un vero e proprio diritto di accesso alle notizie concernenti l'ambiente⁷.

the Twenty-First Century: Sustainable Development and International Law, in R. L. REVESZ, P. SANDS, R. B. STEWART (eds.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge, 2008, p. 369 ss.

⁵ United Nations Conference on Human Environment, Stockholm, 5 – 15 giugno 1972. I risultati della Conferenza di Stoccolma sono reperibili *on line* sul sito dell'UNEP (United Nations Environment Programme), www.unep.org.

⁶ La tutela dell'ambiente è essenziale – si legge nel preambolo – al fine di consentire all'uomo la realizzazione del suo benessere e il pieno godimento dei suoi diritti fondamentali. Per la prima volta, nel noto principio 21, viene ammessa la limitazione di sovranità degli Stati nello sfruttamento delle risorse e si afferma, al contempo, il dovere di impedire che le attività svolte entro la propria giurisdizione o sotto il proprio controllo possano arrecare danni all'ambiente di altri Stati. Dunque, i Paesi rispondono delle attività dannose per l'ambiente alla luce di un criterio di “responsabilità comune ma differenziata”: in argomento vedi N. COLACINO, *op. cit.*, p. 16. La tutela dell'ambiente deve, inoltre, andare di pari passo con lo sviluppo economico secondo quanto successivamente affermato con il ben noto principio dello sviluppo sostenibile (termine utilizzato per la prima volta nel rapporto Brundtland “Our Common Future”, presentato dalla World Commission on Environment and Development nel 1987, DOC. A/43/427 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite). La nozione è stata successivamente consacrata dalla Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo. Sul tema e sulle principali problematiche vedi, tra gli altri, S. M. CARBONE, F. MUNARI, *Lo sviluppo sostenibile nel contesto degli scambi internazionali e delle regole di diritto internazionale ad essi relative*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 35 ss.; P. SANDS, *Sustainable Development: Treaty, Custom and the Cross-Fertilization of International Law*, in A. BOYLE, D. FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Oxford, 1999, p. 39 ss.; F. FRANCONI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale dell'ambiente*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, p. 41 ss.; U. LEANZA, *Il principio dello sviluppo sostenibile e il “sistema di Barcellona”*, *ivi*, p. 279 ss.

⁷ A conclusione della Conferenza venne adottata la Raccomandazione n. 97 del Piano d'azione, in cui più espressamente si invitavano gli Stati a favorire la partecipazione del pubblico alla

Malgrado l'assenza nella Dichiarazione di Stoccolma di adeguate previsioni con specifico riguardo al tema in oggetto, non si può fare a meno di riconoscere l'importanza di tale Conferenza almeno nel suo ruolo di impulso all'adozione degli strumenti internazionali intervenuti negli anni successivi, al cui interno verrà espressamente affermato il diritto all'informazione.

La Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992⁸ rappresenta una tappa fondamentale per l'emersione nella comunità internazionale dell'importanza della tutela dell'ambiente, attraverso la dichiarazione di principi ritenuti fondamentali, tra cui spicca il ruolo dell'informazione⁹. In particolare, si fa strada l'idea che l'informazione e la partecipazione pubblica siano strumenti utili per la realizzazione di un "controllo democratico" sul patrimonio ambientale, secondo le indicazioni del principio 10. Vi si sottolinea come il modo migliore per affrontare le emergenze dell'ambiente sia quello di assicurare la partecipazione di tutti i soggetti interessati – privati e organizzazioni non governative (ONG) – ai processi decisionali maturati in seno ai vari Stati¹⁰: perché ciò sia realizzabile è necessario infatti garantire l'accesso alle informazioni sull'ambiente. La partecipazione dei cittadini, si afferma, deve essere garantita su diversi livelli: a livello nazionale, deve essere assicurato l'accesso alle informazioni in possesso delle pubbliche autorità e la partecipazione del pubblico ai processi decisionali. A rendere ancor più effettivo il controllo democratico sull'ambiente contribuirà la previsione di un diritto di accesso ai procedimenti giudiziari e amministrativi: in tale direzione gli Stati membri dovranno predisporre adeguati mezzi di ricorso e di indennizzo.

Attraverso la Dichiarazione di Rio, come è stato opportunamente evidenziato, muta la relazione uomo-ambiente¹¹: in precedenza veniva preclusa ai privati (cittadini, imprese, ONG) la partecipazione alla fase di selezione degli interessi che gli Stati – e le relative autorità amministrative – devono tutelare; con la Dichiarazione di Rio viene invece inaugurato un nuovo modo di intendere

gestione e al controllo dell'ambiente: vedi N. COLACINO, *op. cit.*, p. 18.

⁸ United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3 – 14 giugno 1992. Gli atti sono reperibili *on line* all'indirizzo www.un.org.

⁹ Viene consacrato il principio dello sviluppo sostenibile, alla luce del quale i singoli Stati devono operare un bilanciamento tra le esigenze legate al progresso economico e quelle relative ad un'appropriate tutela dell'ambiente. Oltre allo sviluppo sostenibile, si devono annoverare il principio per cui "chi inquina paga" (cosiddetto *polluter pays principle*) e, ancora, l'obbligo di non agire in modo da arrecare un pregiudizio ad altri Stati (*sic utere ut alienum non laedas*). Il primo risulta essere ormai largamente condiviso ed è stato codificato nel principio 16 della Dichiarazione di Rio, mentre il secondo, si osserva da più parti, è espressione di una nuova fase del diritto internazionale, quella cioè segnata non più dalla sovranità degli Stati ma dalla loro interdipendenza. Da ultimo, si deve annoverare il principio precauzionale accolto nella Dichiarazione n. 15. Cfr. F. MUNARI, *op. cit.*, p. 455; vedi anche J. PAUWELYN, *Conflicts of Norms in Public International Law, How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, 2003, p. 32 ss.

¹⁰ Vedi, tra gli altri, U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 45 e 48; E. PELOSI, A. VERSOLATO, *La partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 1001 ss.

¹¹ Vedi N. COLACINO, *op. cit.*, p. 37.

la *governance* ambientale, che vede il ruolo attivo del pubblico. A quest'ultimo viene riconosciuto non solo il diritto di accesso alle informazioni, ma anche quello di partecipazione alle consultazioni nella fase di adozione, da parte delle autorità statali, di atti che possono entrare in conflitto con l'obiettivo di un ambiente salubre. Quanto previsto dal principio 10 viene poi più diffusamente ripreso nell'Agenda 21¹², la cui Sezione III è dedicata al ruolo degli individui nello sviluppo dell'ambiente e al suo interno viene ribadita la centralità della partecipazione pubblica al fine di porre in atto l'obiettivo dello sviluppo sostenibile. Il par. 23.2 prevede espressamente il diritto di accesso alle informazioni che siano in possesso delle autorità nazionali concernenti i prodotti e le attività eventualmente dannose per l'ambiente. La sensibilizzazione del pubblico ai temi dell'ambiente, attraverso la formazione e i programmi d'istruzione secondo quanto prescritto al capitolo 36, consente di rendere effettiva la partecipazione pubblica ai processi decisionali in materia di ambiente. La capacità del pubblico di incidere sulle scelte di politica ambientale è resa possibile attraverso la previa procedura di valutazione di impatto ambientale, di cui al principio 17, poi ripreso nei paragrafi 7.4 e 8.4. Come si può notare, pertanto, nell'Agenda 21 viene esaltato il ruolo dell'informazione e dell'accesso del pubblico alle fasi decisionali come nuovi strumenti per la gestione dell'ambiente.

La partecipazione diffusa ai processi decisionali interni ai vari Stati, realizzabile a seguito di un'adeguata informazione, è stata riaffermata all'interno del *Summit* mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg del 2002¹³. Il diritto di informazione così come enunciato nelle Conferenze citate, tuttavia, rischia di rimanere privo di un reale contenuto precettivo, in quanto in assenza di indicazioni precise circa la legittimazione all'accesso alle informazioni e circa le modalità e i tempi per il suo esercizio, il diritto di informazione resta un diritto concretamente non esercitabile. Per tali argomentazioni, il diritto all'informazione ha formato oggetto di disciplina in varie convenzioni internazionali, ed in particolare in quella di Århus del 1998 "sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale"¹⁴.

¹² L'Agenda 21 è un documento programmatico adottato sempre nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo di Rio de Janeiro. L'agenda è divisa in quattro sezioni, rispettivamente intitolate: "Social and economic dimensions"; "Conservation and management of resources for development"; "Strengthening the role of major groups"; "Means of Implementation". Vedi, tra gli altri, G. GARAGUSO, S. MARCHISIO, *Rio: vertice per la terra*, Milano, 1993; S. MARCHISIO, *Agenda 21 e salvaguardia ambientale*, in *Pol. int.*, 1995, pp. 221 ss.; M. CUTILLO FAGIOLI, *Il diritto di accesso alle informazioni e la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 535 ss.; N. COLACINO, *op. cit.*, p. 38. Il testo dell'Agenda 21 è reperibile *on line* all'indirizzo www.un.org.

¹³ World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, South Africa, 26 agosto – 4 settembre 2002; gli atti sono reperibili *on line* all'indirizzo www.un.org. Il principio 10 è stato ripreso al punto 26 della relativa Dichiarazione.

¹⁴ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, firmata ad Århus (Danimarca) il 25 giugno 1998. Il testo è

Alla luce di tali considerazioni l'Unione europea, già all'indomani della Conferenza di Rio del 1992 e in linea con le indicazioni contenute nell'Agenda 21, si è trovata ad affrontare il problema dell'elaborazione di politiche orientate a forme di sviluppo sostenibile. Come si vedrà meglio oltre, in seno all'Unione è stato incisivo l'intervento volto a consentire un ampio ricorso all'informazione come mezzo per realizzare un utilizzo "democratico" delle risorse ambientali.

2. A partire dalla Conferenza di Stoccolma, il diritto di informazione e di accesso ai vari processi decisionali in materia di ambiente è stato disciplinato all'interno di numerosi strumenti internazionali. A riguardo – come si è già ricordato¹⁵ – si devono distinguere le fonti che contemplano lo scambio di informazioni tra Stati, generalmente realizzato attraverso lo strumento delle notifiche, da quelle che invece riguardano l'accesso e le consultazioni del pubblico.

Della prima categoria fanno parte, tra le altre¹⁶, la Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982 sul diritto del mare (al cui art. 198 viene sancito l'obbligo di notifica da parte degli Stati nel caso di danno derivante da inquinamento marino¹⁷) e le due Convenzioni di Vienna del 1986 adottate nell'ambito dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica, la prima sulle notifiche tempestive¹⁸ e la seconda sull'assistenza nell'ipotesi di incidente nucleare¹⁹. In particolare, nel caso di incidenti nucleari, secondo le indicazioni dell'art. 1 della prima Convenzione, è previsto un sistema di notifiche direttamente tra gli Stati coinvolti o per il tramite della stessa Agenzia. Il contenuto specifico degli obblighi di notifica, indicato nell'art. 5, contempla alcune indicazioni (come ad esempio quelle sulla localizzazione e sulla natura dell'incidente nucleare) che consentono di individuare con esattezza l'evento dannoso e favorire un tempestivo intervento. Obblighi di informazione sono anche previsti a carico dello Stato che chieda assistenza, in base all'art. 2 della seconda Convenzione citata. Tuttavia, lo scambio di informazioni disciplinato dalle due Convenzioni riguarda solo gli Stati, mentre non vengono menzionati obblighi informativi nei confronti dei privati.

Un generico riferimento alla sensibilizzazione pubblica, senza che tuttavia ancora si parli espressamente di obblighi di informazione verso i privati, è contenuto nel successivo Protocollo di Montreal del 16 settembre 1987 sulle

reperibile on line all'indirizzo ufficiale della United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), www.unece.org. L'Unione europea ha aderito a tale Convenzione mediante l'adozione della decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, *GUUE* L 124, 17 maggio 2005, p. 1 ss.

¹⁵ Vedi *supra*, par. 1.

¹⁶ Per una ricostruzione si veda, tra gli altri, M. CUTILLO FAGIOLI, *op. cit.*, p. 535 ss.

¹⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea, entrata in vigore il 16 novembre 1994.

¹⁸ Convention on Early Notification of a Nuclear Accident, firmata a Vienna il 26 settembre 1986 ed entrata in vigore il 27 ottobre 1986, in *ILM*, 1986, p. 1370 ss.

¹⁹ Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency, firmata a Vienna il 26 settembre 1986 ed entrata in vigore il 26 febbraio 1987, in *ILM*, 1986, p. 1377 ss.

sostanze che impoveriscono la fascia di ozono²⁰. Si afferma infatti, all'art. 9, la necessità di collaborazione tra le istituzioni internazionali al fine di divulgare tra il pubblico le informazioni sull'ambiente; tale previsione ha indotto a ritenere che il richiamo alla divulgazione delle informazioni, dunque alla sensibilizzazione del pubblico, presupponga l'accesso ai processi decisionali²¹.

Di vero e proprio obbligo di informazione nei confronti del pubblico parla invece la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite nell'ambito del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale per i danni da atti leciti ("International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not Prohibited by International Law"). In particolare nell'art. 16 *bis* (*information to the public*) è sancito espressamente che gli Stati comunichino al pubblico informazioni sui rischi e sulla gravità dei danni per l'ambiente²². Sempre nei lavori della Commissione di diritto internazionale, con riferimento al Progetto sulla prevenzione dei danni transfrontalieri per attività pericolose ("Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities"), si menziona all'art. 13 l'obbligo di informazione del pubblico²³. I progetti internazionali da ultimo citati, come si può agevolmente comprendere, aprono la strada ad un nuovo modo di intendere la gestione della tutela dell'ambiente: il processo di democratizzazione infatti passa preventivamente attraverso il diritto di accesso alle informazioni per poi giungere, nella sua fase più matura, al diritto di accesso ai procedimenti decisionali e agli strumenti di tutela giurisdizionale.

Ancora, si devono annoverare le norme contenute nella Convenzione sulla valutazione di impatto ambientale in contesto transfrontaliero (cosiddetta Convenzione di Espoo del 25 febbraio 1991)²⁴, in cui è previsto un sistema di notifiche e di scambio di informazioni tra gli Stati (art. 3), nonché obblighi informativi nei confronti del pubblico (persone fisiche o giuridiche secondo la definizione dell'art. 1). In merito a questi ultimi, oltre alla sensibilizzazione attraverso nuovi modelli di partecipazione (art. 9), la Convenzione evidenzia l'opportunità che gli Stati adottino ogni misura non solo per combattere, ma soprattutto per prevenire i danni transfrontalieri all'ambiente. In tale ottica, secondo l'art. 2, par. 2 è possibile raggiungere l'obiettivo della prevenzione solo se gli Stati aderenti alla Convenzione adottano adeguati mezzi amministrativi o giuridici per consentire la partecipazione del pubblico. Gli Stati, pertanto,

²⁰ Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, entrato in vigore il 1° gennaio 1989, in *ILM*, 1987, p. 154; il testo è stato emendato a Londra il 29 giugno 1990, *ivi*, 1991, p. 537.

²¹ Vedi M. CUTILLO FAGIOLI, *op. cit.*, p. 547.

²² L'art. 16*bis* venne adottato nel corso delle 46^a e 47^a sessione dei lavori della Commissione, svoltesi rispettivamente nel 1994 e nel 1995. Per il testo, Doc. A/CN.4/L.494, in *YILC*, 1994, I, p. 249, reperibile *on line* all'indirizzo www.untreaty.un.org.

²³ Prevention on Transboundary Harm from Hazardous Activities, adottato nel 2001 nel corso della 53^a sessione della Commissione, in *YILC*, 2001, II, parte II, p. 422, reperibile *on line* all'indirizzo www.untreaty.un.org.

²⁴ Vedi T. SCOVAZZI, T. TREVES, *World Treaties for the Protection of the Environment*, Milano, 1992, p. 93 ss.

devono istituire procedure di valutazione di impatto ambientale in cui sia ammesso l'intervento pubblico. Tale partecipazione nella fase della prevenzione degli effetti negativi per l'ambiente è rafforzata attraverso il riconoscimento in capo ai privati della facoltà di presentare osservazioni (art. 4, par. 2).

Ai testi analizzati si aggiunge la Convenzione di Helsinki del 17 marzo 1992 sugli effetti transfrontalieri degli incidenti industriali²⁵, il cui art. 9 disciplina le informazioni del pubblico. La norma da ultimo indicata precisa che le parti della Convenzione devono fornire adeguate informazioni al pubblico nelle aree già colpite da incidenti industriali, ma è prevista anche la partecipazione pubblica alle procedure volte a prevenire gli incidenti medesimi. Analogamente a quanto prescritto nella Convenzione di Espoo, questi obblighi di informazione riguardano non solo il pubblico delle aree in cui ha avuto origine l'incidente, ma anche quello delle zone transfrontaliere che potrebbero esserne colpite. Ancora, si devono menzionare la Convenzione sulla protezione ed uso dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali del 17 marzo 1992, il cui art. 16 prevede l'accesso del pubblico alle informazioni sullo stato dei corsi d'acqua transfrontalieri²⁶, e la Convenzione di Basilea sui movimenti transfrontalieri di rifiuti e sulla loro gestione del 22 marzo 1989²⁷. In quest'ultima è previsto che all'interno dei singoli Stati vengano designate le autorità competenti a ricevere tutta una serie di notifiche e informazioni che intercorrono non solo fra gli Stati parti tra i quali si verificano i movimenti di rifiuti, ma anche tra questi e il Segretariato istituito dalla Convenzione medesima. La novità più significativa introdotta da questa Convenzione è rappresentata dal cosiddetto "sistema PIC" (*prior informed consent*). Tale sistema introduce per le Parti tutta una serie di obblighi di comunicazione che, ovviamente, rendono poco agevole il transito dei rifiuti oltre frontiera. Il commercio di questi rifiuti pericolosi è infatti sottoposto a tutta una serie di requisiti indicati all'art. 6. È previsto un obbligo di notifica da parte dello Stato esportatore alle autorità competenti degli Stati interessati dal movimento transfrontaliero²⁸.

La Convenzione sulla diversità biologica del 5 giugno 1992²⁹, firmata a seguito della Conferenza di Rio, ha aperto la strada all'istituzione di un sistema

²⁵ Vedi T. SCOVAZZI, T. TREVES, *op. cit.*, p. 606, per il testo, e il commento di M. CUTILLO FAGIOLI, *op. cit.*, p. 548.

²⁶ T. SCOVAZZI, T. TREVES, *op. cit.*, p. 606.

²⁷ Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste, entrata in vigore il 5 maggio 1992, in *ILM*, 1989, p. 649. Cfr. D. J. ABRAMS, *Regulating the International Waste Trade: A Proposed Global Solution*, in *Columbia JTL*, 1990, p. 801 ss.; J. WOUTERS, *Trade Measures in Multilateral Environmental Agreements*, in M. BOTHE, P. SAND (eds.), *La Politique de l'environnement – De la réglementation aux instruments économiques*, The Hague, 2003, p. 170.

²⁸ Le notifiche devono contenere una serie di dichiarazioni e informazioni tipiche, indicate nell'Allegato V-A.

²⁹ Convention on Biological Diversity, in *ILM*, p. 818 ss. Per l'analisi sul sistema PIC vedi, tra gli altri, A. H. ANSARI, P. JAMAL, *The Convention on Biological Diversity: A Critical Appraisal with Special Reference to Malaysia*, in *Ind. JIL*, 2000, p. 137 ss.; A. GOYAL *Harmful Biotechnolo-*

di informazione nel caso di utilizzo delle moderne biotecnologie, di fronte alle quali le incertezze scientifiche hanno creato non poco allarme nell'opinione pubblica; tale sistema, come si avrà modo di vedere nel prosieguo dell'indagine, verrà previsto anche in fonti dell'Unione europea volte a regolamentare gli organismi geneticamente modificati (di seguito OGM). La Convenzione sulla biodiversità, dunque, rappresenta il primo strumento giuridico vincolante per la gestione degli OGM, o più esattamente degli OVM (organismi viventi modificati, secondo la terminologia della Convenzione). Nell'art. 19, par. 4, che riguarda proprio gli scambi commerciali internazionali di OVM è previsto, ai fini dei movimenti transfrontalieri, un sistema di informazione relativo sia alle regole di sicurezza interne allo Stato esportatore, sia ai rischi potenziali che il trasferimento di OVM può comportare per la contaminazione della biodiversità. Tuttavia, lo stesso par. 3 dell'art 19 invita le Parti a stipulare accordi per assicurare il trattamento, l'utilizzo e il trasferimento sicuri degli OVM, suggerendo in particolare la soluzione dell'"*advance informed agreement*" (la cosiddetta procedura dell'accordo informato anticipato secondo una terminologia analoga a quella che si è già illustrata a proposito della Convenzione di Basilea del 1989). Questa indicazione contenuta nell'art. 19, par. 3 verrà poi sviluppata nel successivo Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza del 2000³⁰, il quale però ha come obiettivo quello di instaurare la cooperazione tra gli Stati in merito alle informazioni sulla biosicurezza. Infatti, in base all'art. 11 del Protocollo è istituito il cosiddetto *biosafety-clearing house* che rappresenta uno strumento informatico di raccolta dati non solo relativi alle conoscenze scientifiche sui prodotti geneticamente modificati, ma anche alle decisioni normative assunte dai vari legislatori nazionali in materia, secondo quanto disposto dall'art. 14. Si aggiungono, a questa forma di scambio delle informazioni, gli obblighi di notifica tempestiva che gravano sugli Stati nel caso di movimenti accidentali di OGM (articoli 17 e 16, par. 5). La procedura – nota come *advanced informed agreement procedure* – relativa all'accordo informato anticipato di cui agli articoli da 7 a 10 si tradurrebbe invece in un vero e proprio onere informativo gravante sugli Stati³¹.

gical Innovations-Led Genetic Erosion: Legal Choice Between "Precautionary" Principle & "Necessary" Principle, ivi, 2002, p. 44 ss.; R. PAVONI, *Biosicurezza e commercio dei prodotti biotecnologici nel diritto internazionale e comunitario: quale reale portata innovativa per il principio di precauzione?*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 81 ss.; KUEI-JUNG NI, *Legal Aspects of Prior Informed Consent on Access to Genetic Resources: An Analysis of Global Lawmaking and Local Implementation Toward an Optimal Normative Construction*, in *Vanderbilt JTL*, 2009, p. 227 ss.

³⁰ Il Protocollo è stato inizialmente discusso a Cartagena (Colombia) in una Sessione straordinaria della Convenzione sulla diversità biologica tenutasi il 15 febbraio 1999; fallito questo primo tentativo, i negoziati furono conclusi a Montreal il 29 aprile 2000 ad opera di 130 Paesi. Il testo in lingua ufficiale è reperibile *on line* all'indirizzo www.cbd.org.

³¹ Tale procedura si applica, *ex art.* 7, "prima del primo movimento transfrontaliero intenzionale di organismi viventi modificati finalizzato all'emissione deliberata nell'ambiente della parte di importazione", mentre non opera per l'ipotesi di organismi viventi modificati destinati ad uso diretto nell'alimentazione umana o animale o alla lavorazione. Tali obblighi procedurali riguardano,

Quindi, la caratteristica di questo Protocollo è rappresentata proprio dal meccanismo dell'accordo informato che ricorda il già illustrato regime previsto dalla Convenzione di Basilea sui movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi nonché dalla Convenzione di Rotterdam relativa ai prodotti chimici vietati o strettamente regolamentati e ai preparati antiparassitari di grave pericolosità³². Quest'ultimo accordo ripropone essenzialmente lo schema del Protocollo di Montreal sul sistema del *prior informed consent*.

Come si può notare nelle convenzioni appena citate, in cui l'obbligo di informazione figura tra quelli cui gli Stati devono ottemperare con specifico riferimento al settore che di volta in volta rileva, la disciplina sull'informazione gode di uno spazio modesto. Per una disciplina più esaustiva si deve attendere l'adozione della citata Convenzione di Åarhus del 1998, maturata nell'ambito della Commissione Economica delle Nazioni Unite per l'Europa (UNECE) e che consta di tre pilastri dedicati rispettivamente all'accesso alle informazioni, alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali e all'accesso alla giustizia in

in base all'art. 8, anzitutto la notifica al Paese importatore del movimento transfrontaliero di OVM, notifica questa che deve contenere tutta una serie di informazioni indicate dall'allegato I. Il contenuto di questa previsione normativa rappresenta il nucleo essenziale degli obblighi imposti allo Stato esportatore, mentre la procedura vera e propria è disciplinata agli articoli 9 e 10. Si deve rilevare, ancora, come tale procedura rappresenti una scelta discrezionale dello Stato, che può comunque utilizzare una procedura diversa a livello nazionale, in base all'art. 9, par. 2, lett. c), salvo in ogni caso il limite di generica conformità con il Protocollo *ex art.* 9, par. 3 e art. 14, par. 4. In ogni caso, si deve sinteticamente rilevare che questa procedura per gli OVM destinati all'emissione deliberata nell'ambiente consta di varie fasi. Entro 90 giorni dalla ricezione della notifica, infatti, lo Stato deve informare per iscritto di aver ricevuto la notifica, la cui assenza non implica tacito consenso (art. 9, paragrafi 1 e 4). Deve essere inoltre comunicato che il movimento transfrontaliero sarà consentito solo a seguito di consenso, scritto o anche in assenza, se decorrono 90 giorni senza che venga prestato tale consenso scritto. Nell'ipotesi di consenso scritto, la decisione deve essere fondata su una procedura di valutazione del rischio che deve avvenire entro un tempo massimo di 270 giorni ed essere comunicata all'esportatore. La decisione adottata può essere ai sensi dell'art. 10, par. 3 di autorizzazione, con o senza condizioni, o di divieto di importazione, o ancora di richiesta di informazioni ulteriori o di richiesta di proroga del termine dei 270 giorni. Di fronte a questa procedura, nell'Unione europea è stato adottato un atteggiamento di maggiore rigore: in mancanza del previo consenso scritto, il regolamento (CE) n. 1946/2003 del Consiglio, del 15 luglio 2003, sui movimenti degli organismi geneticamente modificati, *GUUE L* 287, 5 novembre 2003, p. 1 ss., all'art. 5, par. 1 vieta il movimento transfrontaliero di OGM; la soluzione rigorosa fornita dalla disciplina UE è legittimata dallo stesso Protocollo di Cartagena in base al disposto dell'art. 2, par. 4. Tutta la procedura così descritta si diversifica da quella contemplata all'art. 11 per gli OGM alimentari o diretti alla lavorazione industriale, per cui è previsto il solo obbligo di informare il Centro sulla biosicurezza delle decisioni definitive relative al loro uso interno, mentre il contenuto specifico di questi obblighi informativi è indicato all'Allegato II. In questo caso manca un obbligo di notifica che è invece previsto in quello di immissione deliberata nell'ambiente di organismi modificati e la garanzia alla circolazione degli stessi sarebbe assicurata dagli obblighi informativi al Centro sulla biosicurezza; gli Stati saranno pertanto liberi di adottare decisioni secondo la lettera dell'art. 11, par. 4.

³² Rotterdam Convention On the Prior Informed Consent for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade. La Convenzione è stata adottata il 10 settembre 1998, ma è entrata in vigore il 24 febbraio 2004. Il testo è reperibile *on line* sul sito www.pic.int.

materia ambientale³³ (articoli 1 e 4). La Convenzione, entrata in vigore il 30 ottobre 2001, è essenzialmente ispirata alla disciplina già esistente in ambito UE sulla valutazione di impatto ambientale e sulla libertà di accesso alle informazioni ambientali³⁴ nonché alla Convenzione di Espoo di cui si è già detto, ed è il primo strumento internazionale interamente dedicato all'informazione del pubblico sui temi dell'ambiente.

L'idea della stretta relazione tra diritto dell'individuo ad un ambiente sano e quello di accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente è deducibile dalla lettera degli articoli 1 e 4. Nell'impostazione della Convenzione appare centrale l'attenzione riservata ai rapporti "verticali" tra cittadini e autorità pubbliche, in quanto vengono attribuite ai primi posizioni soggettive sulla cui diretta azionabilità, tuttavia, vi sono non poche perplessità. Infatti, malgrado le indicazioni circa le modalità di accesso e il carattere *self-executing* di alcune disposizioni, la Convenzione consta di previsioni a contenuto generico, che richiedono dunque ulteriori prescrizioni di dettaglio.

L'Accordo stabilisce un livello minimo di diritto di accesso che gli Stati parti devono garantire, residuando in capo a questi ultimi la possibilità di stabilire livelli più elevati di tutela del diritto di informazione. Gli Stati aderenti alla Convenzione, pertanto, dovranno dotarsi di opportuni provvedimenti legislativi tali da consentire un'adeguata esecuzione degli obblighi indicati. In tal senso appaiono rilevanti l'art. 3 sulle "disposizioni generali", in cui si afferma che le Parti adottano provvedimenti legislativi, regolamentari e ogni altro tipo di provvedimento necessari ad assicurare l'attuazione della Convenzione; l'art. 4, in cui si specifica che gli Stati si adoperano per rendere accessibili al pubblico le informazioni; e infine l'art. 5, paragrafi 2 e 9, in cui gli Stati vengono invitati a prevedere adeguate norme per consentire la "effettiva accessibilità" delle informazioni e ad adottare i provvedimenti necessari al fine di istituire i registri sull'ambiente.

Quanto al contenuto e alle modalità di esercizio del diritto di accesso, vengono in rilievo le disposizioni degli articoli 2, 4 e 5. Nell'ambito dell'art. 2 è contenuta la definizione di informazione ambientale³⁵ mentre, per quanto con-

³³ Vedi, tra gli altri, per un commento J. HARRISON, *Legislazione ambientale europea*, cit., p. 27 ss.; B. LORZ, *Verso l'applicazione della Convenzione di Aarhus nell'UE. Disposizioni di attuazione e progressi realizzati*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 1047 ss.

³⁴ Il riferimento è alla direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, sulla valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici o privati, *GUCE L 175*, 5 luglio 1985, p. 40 ss., e alla direttiva 90/313/CEE del Consiglio, del 7 giugno 1990, concernente la libertà di accesso all'informazione in materia di ambiente, *GUCE L 158*, 23 giugno 1990, p. 56 ss.

³⁵ Si tratta di "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica o in qualunque altra forma materiale riguardante: a) lo stato degli elementi dell'ambiente, quali l'aria e l'atmosfera, l'acqua, il suolo, il territorio, il paesaggio e i siti naturali, la biodiversità e le sue componenti, compresi gli organismi geneticamente modificati e l'interazione fra questi elementi; b) fattori quali le sostanze, l'energia, il rumore, le radiazioni, e attività o provvedimenti, compresi i provvedimenti amministrativi, gli accordi ambientali, le politiche, le disposizioni legislative, i piani e i programmi che incidono o possono incidere sugli elementi di cui alla lettera a),

cerne le modalità di esercizio del diritto di accesso, l'art. 4 puntualizza che le informazioni devono essere fornite in modo "incondizionato", vale a dire a prescindere dalla prova da parte del pubblico di uno specifico interesse. Inoltre, rilevante appare la previsione dei tempi entro cui le informazioni devono essere rese disponibili: infatti, l'art. 4, par. 2 indica come termine quello disponibile "non appena possibile e comunque entro un mese dalla presentazione della richiesta", a meno che il volume delle informazioni e la loro complessità non giustifichino una proroga del termine, che in ogni caso non può essere superiore a due mesi dalla presentazione della richiesta. Il richiedente deve essere informato di eventuali proroghe e dei motivi che le giustificano.

Gli obblighi di informazione e la diffusione delle notizie vengono garantite secondo le modalità dell'art. 5 da parte non solo delle autorità pubbliche nazionali individuate all'interno di ciascuno Stato aderente alla Convenzione, ma anche dagli operatori privati le cui attività possano avere effetti sull'ambiente. Il contributo di tali ultimi operatori alla divulgazione delle informazioni ambientali può essere realizzata attraverso sistemi di "etichettatura o certificazione ambientale o altri mezzi" (art. 5, par. 6): l'estensione dell'obbligo di fornire informazioni anche ai privati contribuisce a rendere più efficiente il raggiungimento dell'obiettivo della *governance* democratica dell'ambiente.

L'obbligo di fornire informazioni in materia di ambiente conosce eccezioni nei casi contemplati dall'art. 4, paragrafi 3 e 4: si tratta delle eccezioni che ineriscono alla mancata disponibilità delle notizie da parte della pubblica autorità o per ragioni relative alla formulazione della richiesta (irragionevole o formulata in termini troppo generici). Il par. 4 dell'art. 4, invece, indica le ipotesi in cui il diniego di informazione si giustifica in presenza di interessi ritenuti preminenti, quali la segretezza delle deliberazioni interne alle pubbliche autorità, la difesa nazionale, la sicurezza pubblica e le relazioni internazionali. A fondamento del diniego è possibile addurre motivazioni relative a indagini o comunque ad attività giudiziarie in cui prevalgono le esigenze dell'equo processo, nonché esigenze di riservatezza legate ad informazioni commerciali, alla proprietà intellettuale, alla riservatezza dei dati personali e agli interessi dei terzi che abbiano spontaneamente fornito le informazioni senza esserne legalmente obbligati e, infine, esigenze legate ai luoghi di riproduzione di specie rare. Tali motivi di diniego, precisa l'Accordo, devono essere interpretati in modo restrittivo al fine di evitare che il sistema di eccezioni svuoti di fatto il riconoscimento e l'esercizio effettivo del diritto di informazione. La Convenzione di Århus, infine, prevede al proprio interno non solo un sistema di controllo sull'osservanza della Convenzione medesima (art. 16), ma anche regole puntuali nel caso di risoluzione delle controversie (art. 17).

nonché le analisi costi-benefici ed altre analisi ed ipotesi economiche utilizzate nei processi decisionali in materia ambientale; c) lo stato di salute, la sicurezza e le condizioni di vita delle persone, nonché lo stato dei siti e degli edifici di interesse culturale, nella misura in cui siano o possano essere influenzati dallo stato degli elementi ambientali o, attraverso tali elementi, dai fattori, dalle attività o dai provvedimenti di cui alla lettera b)" (art. 2, par. 3).

Le Convenzioni analizzate ci consentono di affermare come il diritto all'informazione sia sempre più presente all'interno di accordi che hanno come obiettivo primario la tutela dell'ambiente nei vari settori che di volta in volta vengono in rilievo. La Convenzione di Århus poi attribuisce autonomo rilievo all'informazione come strumento che almeno in teoria dovrebbe consentire, in virtù della "condivisione pubblica" delle scelte effettuate in materia di ambiente, una più efficace tutela delle risorse naturali. Tuttavia, il carattere spesso generico delle disposizioni convenzionali, implica che la reale azionabilità del diritto all'informazione dipenda dalle sue concrete modalità di attuazione, ed è pertanto soggetto alla discrezionalità degli Stati. A fronte dei limiti del diritto di informazione, così come delineati negli accordi internazionali esaminati, ci si chiede se gli stessi siano ugualmente riscontrabili in ambito UE. All'interno dell'Unione europea, infatti, il carattere "avanzato" dell'integrazione tra gli Stati membri, insieme alla presenza di strumenti giuridici direttamente applicabili, come i regolamenti, dovrebbe consentire una più efficace applicazione del diritto di informazione.

3. L'art. 191 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nel testo previsto dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007³⁶ (che corrisponde sostanzialmente all'art. 174 TCE) prevede la salvaguardia, la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente, la protezione della salute e l'utilizzazione razionale e accorta delle risorse naturali come elementi portanti della politica ambientale dell'Unione europea. Il par. 2 dell'art. 191 indica espressamente i principi su cui è fondata la politica ambientale UE: si tratta di quelli di precauzione; dell'azione preventiva; della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente; e di quello noto come "chi inquina paga"³⁷. Come si può notare, dunque, la politica UE in materia di ambiente si basa anche sul principio dell'azione preventiva, al cui interno si deve sottolineare l'importanza attribuita all'informazione. Anche nell'Unione europea, infatti, l'informazione

³⁶ *GUUE* C 115, 9 maggio 2008, p. 49 ss. Per un esame delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona vedi E. TRIGGIANI (a cura di), *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, supplemento speciale del periodico di *Sud in Europa*, 2008). Vedi anche il fascicolo di *Sud in Europa*, 2008, n. 1, con i contributi di U. VILLANI, G. STROZZI, L. DANIELE, R. MASTROIANNI, E. CANNIZZARO, L. S. ROSSI, F. MUNARI, R. CAFARI PANICO, C. MORVIDUCCI, M. C. BARUFFI, P. PUOTI, G. CAGGIANO, C. GABRIELLI. In dottrina, inoltre, M. ALBERTON, M. MONTINI, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, p. 505 ss.; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss.; S. BARONCELLI, *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella Prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi sulle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Torino, 2008; U. DRAETTA, *La membership dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 469 ss.; B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 137 ss.

³⁷ Sui principi UE in materia di ambiente vedi, tra gli altri, B. CARAVITA, *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, p. 207 ss.; A. BONOMO, *Europa e ambiente: profili pubblicistici*, in F. GABRIELE, A. M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, p. 101 ss.

rappresenta un momento essenziale al fine di garantire un intervento tempestivo del pubblico sulle scelte riguardanti l'ambiente. Si veda, ad esempio, anche l'art. 15, par. 3 TFUE (già art. 255 TCE), ove espressamente si parla di accesso da parte dei cittadini dell'Unione ai documenti delle "istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto". Proprio attraverso l'accesso è infatti possibile garantire l'informazione anche sulle decisioni concernenti la politica ambientale e, dunque, la partecipazione alla sua stessa *governance*.

Il fondamentale contributo che l'informazione può offrire all'obiettivo di una migliore gestione dell'ambiente ha fatto sì che essa fosse posta al centro del dibattito sugli strumenti più adeguati per la conservazione delle risorse naturali. In tal senso, la valorizzazione della funzione dell'informazione è stata attuata sia mediante l'adozione di documenti a carattere non vincolante destinati a indirizzare la politica dell'Unione e degli Stati membri – come i Programmi d'azione – sia attraverso atti più propriamente normativi.

Quanto ai Programmi d'azione, si tratta di atti che, pur non essendo vincolanti, indicano la linea seguita dalle istituzioni nella realizzazione della politica ambientale UE³⁸. Anche se non è possibile in questa sede un'analisi dettagliata dei singoli programmi, ci si limita a osservare come all'interno del Quarto programma di azione per il periodo 1987-1992 – successivo all'Atto Unico europeo del 1986³⁹ con il quale viene introdotto nel vecchio Trattato sulla Comunità

³⁸ Si vedano il Primo programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale (1973-1977), dichiarazione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 22 novembre 1973, concernente un programma di azione delle Comunità europee in materia ambientale, *GUCE* C 112, 20 dicembre 1973, p. 1; il Secondo programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale (1977-1981), allegato alla risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 17 maggio 1977, concernente il proseguimento e l'attuazione di una politica e di un programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale, *ivi* C 139, 13 giugno 1977, p. 1; il Terzo programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale (1982-1986), risoluzione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 7 febbraio 1983, concernente il perseguimento e l'attuazione di una politica e di un programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale, *ivi* C 46, 17 febbraio 1983, p. 1; il Quarto programma (1987-1992), risoluzione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 19 ottobre 1987, concernente il perseguimento e l'attuazione di una politica e di un programma d'azione delle Comunità europee in materia di ambiente, *ivi* C 289, 29 ottobre 1987, p. 3; il Quinto programma (1993-2000), risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 1° febbraio 1993, riguardante un programma comunitario di politica ed azione a favore dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile, *ivi* C 138, 17 maggio 1993, p. 1; infine, il Sesto programma relativo al periodo corrente (2002-2012), decisione 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, *ivi* L 242, 10 settembre 2002, p. 1. Sui programmi d'azione si vedano C. ALIBERTI, *L'informazione ambientale nell'ordinamento comunitario*, in C. ALIBERTI, N. COLACINO, P. FALETTA, *op. cit.*, p. 93 ss.; V. GRADO, *Tendenze evolutive della politica comunitaria dell'ambiente in relazione al Quinto programma d'azione*, in *RDE*, 1993, p. 17 ss.; C. M. DACLON, *Il Programma delle azioni della comunità europea per l'ambiente*, in *DCSI*, 1993, p. 453 ss.

³⁹ Atto Unico europeo del 28 febbraio 1986, *GUCE* L 169, 29 giugno 1987.

europea un nuovo titolo VII (articoli 130R, 130S e 130T) che rappresenta la base giuridica per l'azione comunitaria in materia ambientale – si sottolinei la funzione dell'azione preventiva rispetto alla quale assume un ruolo determinante l'informazione. Si afferma che l'ampia diffusione delle informazioni relative all'ambiente e alle politiche ambientali può rappresentare un valido supporto all'evoluzione e all'accettazione pubblica delle misure ambientali necessarie.

Proprio a seguito del Quarto programma è stata adottata la citata direttiva 90/313/CEE, primo atto normativo UE che disciplina in maniera organica l'informazione ambientale. Attraverso il Quinto programma, invece, è stata sottolineata la necessità non più e non solo di adottare politiche impositive a tutela dell'ambiente (vale a dire politiche che perseguono l'obiettivo della tutela attraverso limitazioni all'utilizzo delle risorse ambientali) ma si evidenzia anche l'opportunità di impegnare gli operatori economici a tenere in debito conto le istanze dell'ambiente “attraverso nuovi strumenti”⁴⁰. Tra questi ultimi va ricompreso il ruolo dell'informazione, che ha trovato nell'esperienza dell'Unione europea puntuali previsioni normative.

Infine, nell'ambito del Sesto programma, che fa riferimento al periodo in corso (2002-2012), si pone in luce al 5° considerando l'esigenza di rivolgere maggiore attenzione alla prevenzione e all'applicazione del principio di precauzione. Nel momento in cui quest'ultimo atto parla di azione preventiva è implicito, ancora una volta, il richiamo all'informazione e soprattutto al ruolo che il pubblico può avere nei confronti delle politiche ambientali; in merito la Commissione sostiene la necessità di rendere noti i dati relativi all'applicazione nei vari Stati membri delle normative sull'ambiente. Novità significativa è il riferimento alla relazione tra consumatori e ambiente: la partecipazione alla gestione dell'ambiente è realizzabile, si afferma, anche attraverso la scelta consapevole dei consumatori che, mediante lo strumento delle etichettature trasparenti e la selezione dei prodotti a minor impatto ambientale, possono avere un ruolo di rilievo nella *governance* ambientale. In tale direzione, sono stati adottati atti normativi che espressamente si occupano della cosiddetta *ecolabel*.

Venendo invece agli atti vincolanti che disciplinano l'informazione in materia di ambiente, la fonte principale è senz'altro la citata direttiva 90/313/CEE, concernente la “Libertà di accesso alle informazioni in materia ambientale”. L'utilizzo dello strumento della direttiva anziché del regolamento testimonia la necessità di tener conto delle diversità delle normative dei vari Stati membri; d'altro canto, il tema dell'informazione in questa prima fase trova un riconoscimento ancora “timido”, in quanto viene qualificato in termini di “libertà di informazione” (art. 1) e non di diritto.

La direttiva in esame, che nel suo 4° considerando sottolinea la stretta relazione tra accesso all'informazione e miglioramento della protezione dell'ambiente, ha come obiettivo quello di garantire la libertà di accesso alle informazioni ambientali e di stabilire regole e termini entro cui deve avvenire la

⁴⁰ Quinto programma, cit., p. 5 ss.

diffusione delle medesime (art. 1). Essa realizza la cosiddetta “diffusione passiva” delle informazioni, vale a dire a richiesta dell’interessato⁴¹. L’art. 2 precisa che per “informazioni relative all’ambiente” si deve intendere “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 misure destinate a tutelarli, ivi compresi misure amministrative e programmi di gestione dell’ambiente”. Su tale definizione di informazione relativa all’ambiente, peraltro alquanto ampia, la Corte di giustizia dell’Unione europea è intervenuta estendendone il contenuto e ricomprendendovi anche attività amministrative a carattere preparatorio, come anche qualunque “presa di posizione” dell’autorità amministrativa, che possa incidere sulle scelte a tutela dell’ambiente, salvaguardando così il più possibile l’obiettivo della trasparenza e dell’accessibilità delle informazioni⁴².

L’ampio grado di tutela che in ambito UE si vuole assicurare alla libertà di accesso alle informazioni ambientali è attestato anche dall’art. 3, ai sensi del quale l’accesso deve essere garantito a qualunque persona fisica o giuridica prescindendo dalla prova dell’interesse qualificato sottostante. Dunque, pur in assenza di un pregiudizio diretto, vi sarà la possibilità di ottenere accesso alle informazioni, con relativa preminenza dell’interesse diffuso alla tutela dell’ambiente. La richiesta di accesso può essere respinta ove, oltre alle ipotesi di documentazione incompleta o di istanza manifestamente infondata (art. 3, par. 3), si tratti di tutelare gli interessi preminenti indicati nell’art. 3, par. 2, quali la sicurezza pubblica, le esigenze legate ad azioni investigative, la riservatezza commerciale e industriale, nonché la stessa tutela dell’ambiente che potrebbe essere pregiudicata nel caso di divulgazione di certi dati. In ogni caso, il rifiuto da parte delle autorità competenti deve essere adeguatamente motivato e comunicato non oltre i due mesi dalla richiesta (art. 3, par. 4). L’applicazione della direttiva, come dimostrano la giurisprudenza della Corte di giustizia⁴³ e una relazione

⁴¹ C. ALIBERTI, *op. cit.*, p. 152 ss.

⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1998, causa C-321/96, *Wilhelm Mecklenburg c. Kreis Pinneberg – Der Landrat (Wilhelm)*, *Raccolta*, p. I-5255. Analogamente, e in maniera ancor più incisiva, in una successiva pronuncia si sottolinea il carattere non esaustivo della elencazione contenuta nell’art. 2, lett. a) della direttiva e si afferma, respingendo il ricorso presentato dalla Repubblica francese, che nella nozione andrebbe ricompresa qualunque attività in grado di incidere negativamente sull’ambiente (sentenza del 26 giugno 2003, causa C-233/00, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, *ivi*, p. I-6625). Per un commento vedi M. ANTONUCCI, *Il diritto di accesso alle informazioni in materia ambientale nell’Unione europea*, nota a Corte Giust. CE, 26 giugno 2003 (causa C-233/00), in *Cons. St.*, 2003, p. 1092 ss.

⁴³ Si vedano, tra le altre, la sentenza *Wilhelm*, *cit.*, e la sentenza del 21 aprile 2005, causa C-186/04, *Pierre Housieaux c. Délégués du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale (Pierre Housieaux)*, *Raccolta*, p. I-3299.

della Commissione⁴⁴, ha tuttavia creato non pochi problemi interpretativi con riferimento alle nozioni di “informazione”, di “autorità pubbliche” (art. 2, lett. b) e di “organismi con responsabilità pubbliche per l’ambiente” (art. 6), nonché al sistema di eccezioni dell’art. 3, in presenza del quale la quantità delle informazioni accessibili può variare sensibilmente.

Di fronte a questi limiti della direttiva, e soprattutto a seguito dell’adesione alla Convenzione di Århus⁴⁵, è stata adottata la direttiva 2003/4/CE sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale⁴⁶ che, nell’abrogare la citata direttiva 90/313/CEE, ne ha corretto le lacune appena evidenziate. Il rafforzamento degli obiettivi si evince già nella lettera dell’art. 1 ove, oltre a rimarcare l’obiettivo di favorire il diritto di accesso all’informazione ambientale in possesso delle autorità pubbliche, si afferma come l’informazione ambientale debba essere messa a disposizione del pubblico “sistematicamente e progressivamente”, anche attraverso la promozione dell’uso delle nuove tecnologie.

Il rafforzamento dell’informazione come strumento di preminente importanza al fine di garantire la tutela dell’ambiente, è stato osservato⁴⁷, sarebbe confermato non solo dalla sua qualificazione come diritto (art. 1), ma anche dalla diffusione sistematica delle notizie ambientali *ex art.* 7, a prescindere da una specifica richiesta del pubblico. In tal modo, si assisterebbe al passaggio dal sistema della cosiddetta “informazione passiva” della direttiva 90/313/CEE a quello dell’“informazione attiva” ad iniziativa delle autorità competenti della nuova direttiva.

Il maggiore ampliamento nella direzione di consentire l’accesso alle informazioni è testimoniato dalla ridefinizione delle nozioni di “informazione ambientale” e di “autorità pubblica”, definizioni queste che hanno rappresentato i maggiori limiti applicativi del testo previgente. Vi è, innanzitutto, una descrizione ampia degli elementi che rientrano nella nozione di ambiente e sul cui stato è possibile ottenere informazioni: si tratta, oltre all’acqua, al suolo e agli altri elementi già previsti nella vecchia direttiva, anche “della diversità biologica e dei suoi elementi costitutivi, compresi gli organismi geneticamente modificati” (art. 1, lett. a, direttiva 2003/4/CE). La nozione di ambiente risulta particolarmente ampia e ricomprende anche la salute e la sicurezza umana, le condizioni di vita umane e persino “i siti e gli edifici di interesse culturale nella misura in

⁴⁴ Vedi la relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 29 giugno 2000, sull’esperienza acquisita nell’applicazione della direttiva 90/313/CEE del 7 giugno 1990, concernente la libertà di accesso all’informazione in materia di ambiente, COM(2000)400 def.

⁴⁵ Decisione del Consiglio 2005/370/CE, cit. Vedi, tra gli altri, D. RECCHIA, *Accesso alla giustizia in materia ambientale: progressi verso l’attuazione della Convenzione di Aarhus*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, p. 787 ss.; B. LORZ, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁶ Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio, *GUUE* L 41, 14 febbraio 2003, p. 26 ss. In dottrina vedi, tra gli altri, E. PELOSI, *Rafforzamento dell’accesso all’informazione ambientale alla luce della direttiva CE 2003/4*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, p. 23 ss.

⁴⁷ C. ALIBERTI, *op. cit.*, p. 152.

cui possono essere influenzati dallo stato degli elementi dell'ambiente" secondo le indicazioni dell'art. 1, lett. f).

Quanto invece alla dibattuta questione se l'accesso debba essere circoscritto o meno agli atti definitivi delle autorità che incidano direttamente sull'ambiente, il rinnovato testo normativo lascerebbe pochi margini di dubbio. Il riferimento dell'art. 1, lettere c), d) ed e) sottolinea la scelta di tutelare maggiormente l'accesso alle notizie sullo stato dell'ambiente, poiché sono accessibili non solo atti, ma anche attività che "possono" incidere sui fattori ambientali contemplati dalla norma. Inoltre, l'accesso riguarda anche le relazioni sull'attuazione della legislazione ambientale e persino le analisi costi-benefici o altre analisi economiche utilizzate nell'ambito dell'adozione di misure che direttamente incidono sull'ambiente.

La svolta normativa verso una maggiore estensione del diritto di informazione è inoltre testimoniata dall'ampliamento del concetto di "autorità pubblica". Nella vigenza della direttiva 90/313/CEE, infatti, è stato spesso possibile negare l'accesso all'informazione poiché in base ai vari ordinamenti nazionali i soggetti detentori delle notizie ambientali non erano qualificabili né come "autorità pubbliche" secondo l'art. 2, né come "organismi con responsabilità pubblica per l'ambiente" secondo l'art. 6 (quest'ultima nozione peraltro nemmeno definita). L'art. 2, par. 2 direttiva 2003/4/CE abbraccia una nozione alquanto estesa di "autorità pubblica", vale a dire ogni amministrazione pubblica, compresi gli organi consultivi a livello nazionale, regionale o locale, le persone fisiche o giuridiche che in base alle legislazioni nazionali possono svolgere funzioni di pubblica amministrazione nonché i semplici soggetti che forniscano servizi in qualche modo connessi con l'ambiente e sotto il controllo del governo o di chi svolge funzioni amministrative pubbliche. Queste previsioni sono tanto più significative ai fini dell'estensione dell'accesso alle informazioni se si considera che, nella maggior parte degli Stati membri, sono state adottate politiche di privatizzazione dei servizi⁴⁸. In assenza dell'art. 2, par. 2 – e nell'ipotesi di un trasferimento dalle autorità statali a soggetti privati delle competenze nella gestione di settori che hanno ripercussioni sull'ambiente (si pensi all'erogazione dell'energia o del gas) – il diritto di accesso alle informazioni ambientali sarebbe di fatto impraticabile.

⁴⁸ Si pensi, nel nostro ordinamento, alle previsioni dei commi *1bis* e *1ter* dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, *GURI* 192, 18 agosto 1990, così come introdotti dall'art. 1 della l. 11 febbraio 2005, n. 15, *ivi* 42, 21 febbraio 2005. La norma prevede la possibilità che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisca secondo le norme di diritto privato e che, quindi, soggetti privati siano preposti all'esercizio di attività amministrative. Sull'attuazione del diritto di accesso alle informazioni ambientali nell'ordinamento italiano vedi, tra gli altri, F. FRANZOSO, *Il diritto di accesso alle informazioni ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, p. 631 ss.; M. FALCONE, *Informazione ambientale: dalla normativa europea a quella italiana*, in A. BUONFRATE (a cura di), *Codice dell'ambiente e normativa collegata*, Milano, 2008, p. 523 ss.

Quanto ai termini per ottemperare ad una richiesta di accesso alle informazioni, l'art. 3 ricorda che esso viene messo a disposizione "quanto prima possibile o al più tardi entro un mese". Come ha avuto modo di precisare il giudice di Lussemburgo a proposito della direttiva 90/313/CEE (ma con argomentazioni che *mutatis mutandis* sono applicabili anche alla direttiva 2003/4/CE), si tratta di un termine perentorio la cui *ratio* è rinvenibile nella necessità di assicurare l'effettività del diritto ad ottenere informazioni di carattere ambientale⁴⁹.

La direttiva 2003/4/CE prevede infine, all'art. 4, un'articolata elencazione dei motivi che giustificano il rifiuto di ottemperare ad un'istanza di accesso. Tale elencazione, ampiamente riprodottriva di quella già contenuta nella direttiva del 1990, deve essere interpretata in modo restrittivo e soprattutto tenendo in adeguato conto la ponderazione dell'interesse alla tutela dell'ambiente con quello alla base del rifiuto. Peraltro va tenuto presente che in altre fonti UE sono previste autonome regole relative all'accesso all'informazione in materia ambientale. Il riferimento è, in particolare, alle eccezioni previste dalla direttiva 2001/18/CE del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, che abroga la direttiva 90/220/CEE del 23 aprile 1990⁵⁰. Tale direttiva prevede un monitoraggio costante sull'utilizzo di OGM nel territorio dell'Unione europea da parte della collettività, attraverso l'istituzione di un sistema di valutazione dei rischi ed un meccanismo che rende obbligatorie le consultazioni del pubblico⁵¹. L'art. 9 della direttiva 2001/18/CE, infatti, stabilisce che gli Stati membri possono prevedere le modalità per la consultazione del pubblico: quest'ultimo ha dunque la possibilità di esprimere pareri sulle emissioni, mentre gli Stati, così come la Commissione, hanno l'obbligo di mettere a disposizione tutte le informazioni relative alle emissioni di OGM⁵².

⁴⁹ Sentenza *Pierre Housieaux*, cit. Per un commento vedi A. GRATANI, *Accesso all'informazione ambientale e termini perentori per la P.A.*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 799 ss.

⁵⁰ GUCE L 106, 17 aprile 2001, p. 1 ss. Per un commento ci si permette di rinviare al nostro *Il diritto di essere informati in caso di emissione deliberata di OGM*, in *Sud in Europa*, 2009, n. 2, p. 18 ss.

⁵¹ Sono infatti previste consultazione da parte della Commissione di comitati scientifici ed etici in tutte quelle ipotesi in cui rilevano questioni sulla salute umana e sull'ambiente. Per realizzare un sistema trasparente sull'utilizzo di OGM sono istituiti i cosiddetti "registri delle informazioni sulle modifiche genetiche e sulla localizzazione degli OGM". Il funzionamento di questi registri viene descritto nella decisione 2004/204/CE della Commissione, del 23 febbraio 2004, che stabilisce disposizioni dettagliate per il funzionamento dei registri destinati alla conservazione delle informazioni sulle modificazioni genetiche degli OGM di cui alla direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, GUUE L 65, 3 marzo 2004, p. 20 ss. Successivamente alla decisione appena menzionata, la Commissione ha potenziato lo strumento dell'informazione con riguardo alle colture (transgeniche, convenzionali e biologiche) mediante l'istituzione di un gruppo di rete per lo scambio delle notizie (decisione 2005/463/CE della Commissione, del 21 giugno 2005, *ivi* L 164, 24 giugno 2005, p. 50 ss.).

⁵² In tal senso, infatti, è chiara la previsione di cui all'art. 31, par. 3 ove si afferma che gli Stati membri, una volta istituiti i registri intesi ad annotare la localizzazione di OGM, devono "consentire il monitoraggio degli eventuali effetti (...) sull'ambiente" e le stesse localizzazioni sono rese pubbliche secondo i modi che le discipline nazionali ritengono più opportuni.

Tale disciplina, tuttavia, come stabilito dall'art. 25 può subire deroghe: le comunicazioni relative ad emissione di OGM, infatti, possono essere negate ai terzi quando entra in gioco la necessità di tutelare le informazioni riservate e la proprietà intellettuale dei dati ricevuti (art. 25, 1° comma). Tali esigenze di riservatezza non possono mai essere addotte al fine di negare comunicazioni relative a “descrizione generale del o degli OGM, nome e indirizzo del notificante, scopo dell'emissione, sito dell'emissione e usi previsti, metodi e piani di monitoraggio del o degli OGM e piani degli interventi di emergenza” nonché la “valutazione del rischio ambientale” (art. 25, 4° comma). Si tratta, evidentemente, di ipotesi in cui diviene preminente la tutela di interessi considerati superiori per la collettività, quali ad esempio l'esatta localizzazione del sito dell'emissione e i rischi connessi alla stessa; in tale ipotesi la direttiva opera *ex ante* un bilanciamento con le esigenze della riservatezza. Questa previsione apparentemente si scontra con quella contenuta nell'art. 4 dalla direttiva 2001/18/CE relativa alle eccezioni alle divulgazioni che possono essere pregiudizievoli per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, per la proprietà intellettuale e per la tutela dell'ambiente.

Sulla possibilità di negare l'accesso alle notizie sulle informazioni relative ai siti dell'emissione di OGM, opponendo le eccezioni di tale ultima direttiva, è intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Commune de Sausheim c. Pierre Azelvandre*⁵³. La Corte ha innanzitutto definito il contenuto delle informazioni ambientali con riferimento alla nozione di “sito dell'emissione”, che alla luce dell'art. 25, 4° comma deve essere sempre reso noto. In relazione all'in-

⁵³ Sentenza del 17 febbraio 2009, causa C-552/07, *Commune de Sausheim c. Pierre Azelvandre*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La vicenda ha riguardato la richiesta inoltrata da un cittadino al sindaco del Comune di Sausheim, nell'Alta Alsazia, e relativa alla trasmissione di alcuni dati concernenti emissioni di OGM. In particolare, veniva richiesta la scheda di impianto che consente l'individuazione della particella sfruttata a coltivazione nonché le schede informative di accompagnamento inerenti a ciascuna nuova emissione da realizzarsi. Il sindaco, seguendo le indicazioni fornite nella pronuncia della commissione locale per l'accesso ai documenti amministrativi, ha rigettato l'istanza giustificando il proprio comportamento in ragione del pregiudizio che le comunicazioni relative alla ubicazione delle emissioni avrebbero arrecato alla riservatezza e alla sicurezza degli operatori interessati. Tale decisione veniva annullata dal Tribunale amministrativo di Strasburgo, che ingiungeva di divulgare i dati richiesti. Il Comune impugnava davanti al Conseil d'Etat il quale decideva di sospendere il giudizio per adire la Corte di giustizia. In particolare alla Corte è stato chiesto se, ai fini di soddisfare l'art. 25, 4° comma, primo trattino (sostanzialmente riproduttivo del previgente art. 19 della direttiva 90/220/CEE) fosse sufficiente fornire la generica indicazione del comune sul cui territorio avviene l'emissione, in modo tale da lasciare un margine di riservatezza; o se invece fosse necessario, al fine di non incorrere nella violazione della disposizione *de qua*, fornire l'indicazione esatta del suolo su cui avviene l'utilizzo di OGM. Pertanto la Corte è stata chiamata a rispondere a due quesiti, vale a dire: a) se per “sito dell'emissione”, che deve essere necessariamente comunicato senza possibilità di considerarla informazione riservata, si debba intendere un'area geografica ampia (quale ad esempio il comune o il cantone) o se debba invece farsi riferimento alla particella catastale; b) nel caso in cui si aderisca a tale ultima soluzione interpretativa, se sia possibile opporre alle comunicazioni dei riferimenti catastali della località di disseminazione una riserva relativa alla protezione dell'ordine pubblico o di altri segreti tutelati dalla legge sulla base dell'art. 114 TFUE o della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.

individuazione più o meno circostanziata del sito, la Corte ha osservato come il regime di trasparenza che la direttiva 2001/18/CE mira a realizzare sia strettamente correlato alle informazioni fornite⁵⁴.

In altri termini, l'obiettivo di consentire un'ampia partecipazione della collettività in tutti i casi in cui si tratti di adottare misure a tutela dell'ambiente e della salute umana può essere più o meno efficacemente perseguito a seconda del grado maggiore o minore di divulgazione delle informazioni trasmesse alle autorità statali dal notificante. Le informazioni che poi devono essere fornite dal notificante possono variare in base alle caratteristiche specifiche del tipo di emissione, come previsto negli allegati alla direttiva⁵⁵. Poiché, dunque, lo scopo della direttiva è quello di rendere effettivo il controllo da parte della collettività sull'uso di emissioni di OGM da parte degli Stati membri, attraverso appunto la realizzazione di un sistema "trasparente" di comunicazioni, è necessario che le informazioni in possesso delle autorità nazionali preposte alla vigilanza sulle emissioni di OGM siano rese conoscibili da parte della collettività. Solo in questo modo diventa effettivamente possibile realizzare quegli obiettivi di trasparenza che la direttiva 2001/18/CE si prefigge.

A sostegno di quanto affermato, si deve ancora sottolineare come, tanto per le immissioni di piante superiori geneticamente modificate (allegato III B) quanto per OGM diversi dalle piante superiori (allegato III A), l'ubicazione geografica e le indicazioni del sito figurano tra i dati che devono essere necessariamente indicati nei fascicoli tecnici accompagnatori delle notifiche. Tale soluzione risponde – come affermato dalla stessa Corte⁵⁶ – all'esigenza diretta "a determinare gli effetti concreti" dell'emissione deliberata di OGM sull'ambiente.

Accedendo pertanto alla soluzione interpretativa secondo cui l'informazione in possesso degli Stati membri sull'esatta individuazione del sito delle emissioni deve essere resa nota alla collettività, la Corte è stata poi chiamata ad esprimersi sulla possibilità per le autorità nazionali di negare tali informazioni per motivi che afferiscono all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica. Sul punto, la Corte osserva come la disciplina sulle informazioni e sulle eccezioni per ragioni inerenti alla riservatezza nel settore considerato dalla direttiva 2001/18/CE sia "esaustiva". Solo nelle ipotesi di tutela della proprietà intellettuale e della posizione concorrenziale del notificante (art. 25, 1° e 2° comma) è riconosciuta in capo alla Commissione e alle autorità competenti la possibilità di non comunicare le informazioni scambiate. In tale ultimo caso, l'autorità competente verifica le giustificazioni addotte dal notificante, ma "in nessun caso sono considerate riservate" le informazioni di cui all'art. 25, 4° comma, disposizione questa che appunto annovera tra le informazioni non riservate il sito delle immissioni.

⁵⁴ Punto 31.

⁵⁵ Punti da 35 a 38.

⁵⁶ Punto 38.

Pertanto, proprio in ragione del carattere esaustivo delle eccezioni della direttiva, non possono essere invocate altre fonti, quali appunto la direttiva 90/313/CEE o la direttiva 2003/4/CE che, come si è già illustrato, prevedono eccezioni agli obblighi di informazioni per la protezione dell'ordine pubblico o di altri interessi. Tali eccezioni, infatti, non sono contemplate dall'art. 25, 4° comma; né può ammettersi – sostiene la Corte – che al fine di giustificare l'inservanza degli obblighi e dei termini risultanti dalle norme del diritto UE si adducano “le difficoltà emerse nella fase di esecuzione di un atto [dell'Unione europea], comprese quelle connesse alla resistenza dei privati”⁵⁷. Dalla sentenza appena ricordata, pertanto, emerge ancora una volta come in ambito UE l'obiettivo di rendere partecipe la collettività alla tutela della salute e dell'ambiente, specialmente con riguardo all'utilizzo di OGM in relazione ai quali le incertezze scientifiche hanno da sempre indotto l'Unione europea al ricorso all'approccio precauzionale, sia, almeno sulla carta, adeguatamente perseguito.

4. Per completare l'indagine sul diritto all'informazione in materia ambientale, è opportuno esaminare anche il diritto dei consumatori a essere informati in presenza di prodotti che possono avere un impatto ambientale negativo. Per poter comprendere la disciplina attualmente vigente appare opportuno, seppur brevemente, illustrare il percorso che ha caratterizzato il riconoscimento del diritto all'informazione del consumatore nell'Unione europea.

Tale diritto non è stato sempre riconosciuto come prioritario nelle politiche UE; ed anzi, il vecchio Trattato di Roma del 1957 non conteneva né disposizioni specifiche sulla nozione di “consumatore” né sulla sua tutela. Nell'attuale assetto economico e giuridico, invece, sembra che il diritto all'informazione commerciale, oltre a trovare pieno riconoscimento, rappresenti quasi una nuova politica (seppur indiretta e non sempre efficace) di tutela. La nascita del diritto del consumatore ad essere informato sulle caratteristiche dei prodotti risale, almeno nella sua forma embrionale, alla Carta europea di protezione dei consumatori⁵⁸, che conteneva un'indicazione dei diritti che avrebbero dovuto essere garantiti negli Stati aderenti⁵⁹. Veniva riconosciuto così – oltre al diritto al risarcimento da prodotti difettosi, all'accesso alla giustizia e al diritto di essere rappresentati attraverso organismi di consumatori – il diritto all'informazione, inteso in senso ampio non solo come diritto ad essere informati sulla qualità delle merci ma anche sull'identità dei fornitori e su ogni altro aspetto dei prodotti, non escludendosi dunque le stesse informazioni relative ai processi produttivi.

⁵⁷ Così come già affermato nella precedente sentenza del 9 dicembre 1997, C-265/95, *Commissione c. Francia*, Raccolta, p. I-6959 ss.

⁵⁸ Adottata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa (risoluzione 543/1973).

⁵⁹ Per l'analisi vedi G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 36 ss.; C. LOSAVIO, *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, Milano, 2007, p. 70 ss.

Con l'Atto unico europeo del 1986 è stato invece introdotto nel vecchio TCE l'art. 100A, che menzionava per la prima volta il "consumatore" e contemplava la possibilità di perseguire politiche per raggiungere un elevato livello di protezione dello stesso. Il pieno riconoscimento del ruolo del consumatore è però avvenuto solo con il Trattato di Maastricht del 1992, mediante il nuovo art. 129A TCE che indicava la tutela del consumatore tra le politiche comunitarie; e successivamente con il Trattato di Amsterdam del 1997, il quale con il novellato art. 153 TCE stabiliva l'impegno dell'allora Comunità europea ad "assicurare un livello elevato di protezione" dei consumatori e del loro diritto ad essere informati. Quest'ultima norma è stata trasfusa, senza sostanziali modificazioni, nell'attuale art. 169 TFUE.

Da questo momento, come è stato correttamente osservato da parte della dottrina, si apre quella fase storica caratterizzata non più e non solo dalla centralità nelle politiche comunitarie delle regole del libero scambio, ma anche dall'attenzione riservata ai consumatori quali fruitori di un mercato unico ormai realizzato⁶⁰. Ne è derivata una produzione copiosa di atti⁶¹, tra i quali appare opportuno menzionare il Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea⁶² e il Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti⁶³, entrambi del 2001. Mentre nel primo si specifica l'importanza che assume l'informazione dei consumatori alla luce della previsione dell'attuale art. 169 TFUE, nel Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti viene espressamente indicata l'informazione dei consumatori come strategia per far aumentare il consumo "ecologico". Tale consumo può essere garantito solo attraverso l'informazione trasparente, realizzata mediante l'etichettatura dei prodotti o attraverso altre fonti di informazione facilmente accessibili. Infatti, la domanda del consumatore orientata verso quei prodotti a minor "impatto ambientale" può essere incrementata mediante l'educazione reciproca delle imprese, che dovrebbero intraprendere la sfida dei prodotti ecologici promuovendone il consumo e pensando a tale categoria di merci come un nuovo "fattore trainante" dell'industria. A tal proposito, nel documento viene evidenziata l'esigenza di realizzare un vero e proprio programma educativo che coinvolga i cittadini europei già in tenera età, a partire dall'informazione all'interno delle strutture scolastiche. Si afferma, inoltre, che il miglioramento dell'informazione può essere assicurato ad esempio attraverso l'apposizione obbligatoria di un'etichetta "UE" relativa al consumo energetico:

⁶⁰ Per un'analisi vedi G. ALPA, *op. cit.*, p. 48; P. PUOTI, *L'etichettatura dei prodotti agro-alimentari: aspetti problematici*, in *DCSI*, 2004, p. 615 ss.; C. LOSAVIO, *op. cit.*, p. 73 ss.

⁶¹ Si segnalano, tra le altre, la risoluzione del Consiglio, del 5 aprile 1993, relativa ad un'azione comunitaria in materia di etichettatura dei prodotti nell'interesse dei consumatori, *GUCE* C 110, 20 aprile 1993, p. 1 ss., e la comunicazione della Commissione, del 30 aprile 1997, sulla salute dei consumatori e la sicurezza alimentare, COM(97)183 def. In dottrina vedi C. LOSAVIO, *op. cit.*, p. 73, nota 17.

⁶² Del 2 ottobre 2001, COM(2001)531 def.

⁶³ Del 7 febbraio 2001, COM(2001)68 def.

i consumatori sarebbero in tal modo indotti a prediligere i prodotti con il miglior profilo ambientale.

Più in generale, le etichettature ambientali svolgono un ruolo essenziale, poiché attraverso le stesse è possibile l'individuazione di *standards* minimi cui i prodotti devono rispondere. Tali etichettature possono rivestire un ruolo importante ai fini del consumo sostenibile, in quanto capaci di contraddistinguere i prodotti maggiormente compatibili con l'ambiente. Infatti, il conferimento del marchio ecologico viene riconosciuto in presenza di *standards* elevati dei prodotti individuati per categorie. Nel confronto con questi ultimi, le merci a maggior impatto ambientale, almeno secondo quanto auspicato nella politica UE, dovrebbero risultare nel medio e lungo periodo meno competitive sul mercato degli Stati membri.

In base a quanto appena detto sul riconoscimento del diritto ad essere informati, si comprende come l'utilizzo dell'*ecolabel*, disciplinato in via generale dal regolamento 1980/2000⁶⁴, rappresenti una nuova forma di strumento di tutela "indiretta" dell'ambiente. A fronte di un quadro normativo complesso e di difficile analisi – a causa della presenza di numerosi regolamenti per diversi tipi di prodotti che possono avere un impatto ambientale negativo – nel prosieguo si intende dar conto delle principali fonti normative, dedicando un'attenzione maggiore alla disciplina sull'etichettatura per i prodotti OGM in ragione dell'ampio dibattito che si è sviluppato in dottrina. L'assegnazione⁶⁵ del marchio di qualità

⁶⁴ Regolamento (CE) n. 1980/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, relativo al sistema comunitario, riesaminato, di assegnazione di un marchio di qualità ecologica, *GUCE L 237*, 21 settembre 2000, p. 1 ss.

⁶⁵ Tale regolamento prevede un sistema di assegnazione del marchio di qualità ecologico che ha come obiettivo quello di promuovere prodotti che siano a minor impatto ambientale (punto 4 del preambolo). La valutazione di impatto ambientale e l'assegnazione del marchio di qualità ecologica avviene non solo a seguito di una stima delle caratteristiche intrinseche dei prodotti ma anche con riferimento all'intero ciclo di vita degli stessi. Il regolamento attribuisce rilievo a considerazioni relative ai processi produttivi e alle tecniche di smaltimento dei prodotti stessi. Tale profilo è particolarmente importante poiché è proprio in riferimento ai processi produttivi e allo smaltimento che si realizza il maggiore impatto negativo per l'ambiente. Il regolamento è puntuale nello specificare che "gli impatti ambientali sono individuati in base ad un esame delle interazioni dei prodotti con l'ambiente, compreso l'uso dell'energia e delle risorse naturali, nel corso del ciclo di vita del prodotto" (art. 1, par. 2). L'applicazione del sistema dettato dal regolamento dovrà peraltro avvenire nel rispetto delle disposizioni dei Trattati ed in particolare nell'osservanza del principio di precauzione (art. 1, par. 4). La possibilità di attribuzione del marchio di qualità ecologica riguarda qualsiasi prodotto. Ai fini del regolamento, per "prodotto" si intendono sia i beni che i servizi. Sono tuttavia esclusi dal campo di applicazione i prodotti alimentari, le bevande, i prodotti farmaceutici, alcuni dispositivi medici (sono quelli regolati dalla direttiva 93/42/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici, *ivi L 169*, 12 luglio 1993, p. 1 ss.), alcune sostanze pericolose (si tratta di quelle indicate all'art. 2, punto 4, vale a dire le sostanze classificate ai sensi della direttiva 67/547/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1967, *ivi L 196*, 16 agosto 1967 e quelle previste nella direttiva 99/45/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 1999, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura dei preparati pericolosi, *GUCE L 200*, 30 luglio 1999, p. 1 ss.) e, ovviamente, i prodotti fab-

e la scelta ad opera dei consumatori dei prodotti così contraddistinti dovrebbero consentire di realizzare, almeno in prospettiva, un significativo miglioramento dell'ambiente. Il regolamento in oggetto prevede all'art. 10 una campagna di sensibilizzazione e di informazione dei consumatori sul significato del marchio e sull'importanza che assume ai fini della tutela dell'ambiente. Infine, per realizzare un coordinamento tra il sistema delineato dal regolamento e i diversi sistemi nazionali, sono previste procedure di cooperazione⁶⁶, nonché l'istituzione di un *forum* consultivo all'interno del quale è garantito il confronto tra tutte le parti interessate, individuate per categorie di prodotti, e il CUEME. Si è cercato in questa maniera di assicurare una scelta condivisa tra le varie parti indicate ai fini dell'individuazione dei criteri per l'attribuzione del marchio⁶⁷.

Dopo i primi anni di applicazione del regolamento in esame, la Commissione ha adottato una decisione relativa ad un Piano di lavoro inteso a migliorare l'utilizzo del marchio di qualità ecologica⁶⁸. Nella consapevolezza di una scarsa o perlomeno non ancora sufficiente diffusione del marchio ecologico, la Commissione ha auspicato l'estensione delle categorie di prodotti che ne possono beneficiare e una maggiore collaborazione tra Stati membri, Commissione e CUEME. Centrale inoltre risulta l'obiettivo del miglioramento del "meccanismo di comunicazione delle informazioni". Il Piano di lavoro, se per un verso

bricati con processi che possono nuocere all'ambiente e alle persone. Non tutti i prodotti possono beneficiare del marchio ecologico: il marchio di qualità ecologica è riconosciuto infatti qualora vengano soddisfatti i requisiti dettati dall'art. 4 del regolamento. Si tratta della capacità di penetrazione del prodotto sul mercato comunitario, della fattibilità tecnica ed economica degli adattamenti necessari e del potenziale di miglioramento dell'ambiente. Tali valutazioni vengono condotte dal Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica (CUEME) su categorie di prodotti specifici: si tratta di prodotti che rappresentano un volume importante del mercato interno e che sono suscettibili di avere un impatto considerevole sull'ambiente. La disciplina dettata dal regolamento individua poi l'iter che i richiedenti devono seguire al fine di ottenere l'assegnazione del marchio. La domanda, che può essere presentata dai produttori o dai venditori che immettono in commercio prodotti contrassegnati con il loro marchio, viene inoltrata ad un organismo competente *ex art. 7, punto 3*. Tale organismo verifica la possibilità di attribuire il marchio ecologico alla luce dei criteri elaborati dal CUEME. Il Comitato è composto dagli organismi competenti degli Stati membri, da rappresentanti delle ONG ambientaliste, da associazioni dei consumatori e dell'industria, da sindacati nonché da rappresentanti del mondo del commercio. I prodotti che vengono così contraddistinti con il marchio ecologico indicato nell'Allegato III del regolamento (è rappresentato da una margherita stilizzata avente le dodici stelle della bandiera dell'Unione Europea come petali e, al centro, una E arrotondata), vengono immessi sul mercato comunitario.

⁶⁶ Vedi articoli 11, 15 e 17.

⁶⁷ Ove il marchio venga assegnato, si procede alla conclusione di un contratto tra l'organismo competente e il richiedente, mediante il quale vengono stabilite le condizioni d'uso del marchio nonché i criteri di revoca o modificazione delle condizioni contrattuali a seguito di variazioni delle caratteristiche intrinseche dei prodotti o dei loro metodi di produzione.

⁶⁸ Decisione 2006/402/CE della Commissione, del 9 febbraio 2006, che istituisce il piano di lavoro relativo al marchio comunitario di qualità ecologica, *GUUE* L 162, 14 giugno 2006, p. 78 ss. Più recentemente è stata avanzata una proposta di regolamento volta a migliorare il sistema di assegnazione del marchio ecologico: proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 luglio 2008, relativo ad un sistema del marchio comunitario di qualità ecologica (*ecolabel*), (SEC(2008)2118; SEC(2008)2119, COM(2008)401 def., COD 2008/0152).

sottolinea ancora una volta la scelta dell'Unione europea di tutelare l'ambiente attraverso il ruolo attivo dei consumatori, allo stesso tempo testimonia la necessità di compiere ulteriori sforzi per la diffusione del medesimo marchio. Infatti, ad avviso della Commissione appare ancora insufficiente non solo la presenza nei punti vendita di prodotti contrassegnati con il marchio ecologico, ma soprattutto la consapevolezza da parte dei consumatori europei del ruolo che possono svolgere attraverso i loro acquisti. Le scelte di questi ultimi soggetti il più delle volte sono orientate quasi totalmente in base al fattore costo e alla maggiore diffusione pubblicitaria di certi prodotti rispetto ad altri. È parso dunque necessario rendere effettiva la "sensibilizzazione" di cui si parla nel regolamento 1980/2000 e nel relativo Piano di lavoro, attraverso programmi condivisi tra istituzioni UE ed enti locali finalizzati ad una conoscenza maggiore e più efficace del marchio ecologico in tutto il territorio dell'Unione europea.

Sulla scorta del regolamento appena ricordato, inoltre, sono stati approvati diversi altri atti; a titolo meramente esemplificativo si ricorda il regolamento 648/2004⁶⁹ sulla biodegradabilità e l'etichettatura di alcuni detergenti che possono presentare una concentrazione di agenti inquinanti tale da compromettere l'ambiente e soprattutto le acque. Tale regolamento persegue l'obiettivo dell'informazione dei consumatori sulle caratteristiche del prodotto mediante l'utilizzo di etichettature particolarmente trasparenti. Ma si veda anche la comunicazione della Commissione sull'*ecolabel* per i prodotti della pesca⁷⁰. A tal proposito, tuttavia, non si può non sottolineare che queste normative rischiano di riproporre problemi applicativi analoghi a quelli evidenziati con riferimento al regolamento sul marchio ecologico del 2000.

5. Il problema dell'informazione dei consumatori nel caso di presenza di OGM nell'ambiente e nei prodotti alimentari è particolarmente sentito nella comunità internazionale⁷¹. Sull'utilizzo degli OGM infatti vi è un acceso dibattito che vede contrapposti i fautori dell'utilizzo indiscriminato delle moderne biotecnologie e coloro che invece ne sottolineano i pericoli per la salute e per la biodiversità in ragione dell'incertezza scientifica che ancora oggi caratterizza la materia⁷².

⁶⁹ Regolamento (CE) n. 648/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativo ai detergenti, *GUUE* L 104, 8 aprile 2004, p. 1 ss.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, del 29 giugno 2009, avviare un dibattito su un approccio comunitario in materia di marchio di qualità ecologica dei prodotti di pesca, COM(2005)275 def.

⁷¹ Sul punto vedi, tra gli altri, L. COSTATO, *Organismi biologicamente modificati e novel foods*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, p. 137 ss.; F. MASSIMINO, *Organismi geneticamente modificati, la decisione passa alla Corte di Giustizia*, in *DPCE*, 2002, p. 846 ss.; A. BARONE, *Organismi geneticamente modificati (OGM) e precauzione: il "rischio" alimentare tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 248 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari e internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005.

⁷² Il dibattito vede contrapposti, all'interno dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), da un lato l'Unione europea, l'Australia, la Nuova Zelanda, la Cina, l'Arabia Saudita, la

Di fronte a tali incertezze, in ambito UE si è optato per una gestione “democratica” e condivisa delle moderne biotecnologie. Per poter consentire ai consumatori di acquistare in modo consapevole⁷³ è stato adottato, tra gli altri, il regolamento 1829/2003⁷⁴. Tale regolamento, secondo il suo art. 3, si applica agli OGM destinati all'alimentazione umana, agli alimenti che contengono o sono costituiti da OGM, agli alimenti che sono prodotti a partire da (o che contengono ingredienti prodotti a partire da) OGM. Ai fini dell'immissione sul mercato di tali prodotti, è previsto il limite dell'autorizzazione preventiva (art. 4.2). Quest'ultima viene concessa a condizione che si tratti di prodotti che non abbiano effetti nocivi sulla salute umana, sulla salute degli animali o sull'ambiente, che non traggano in inganno i consumatori e che non differiscano dagli alimenti che intendono sostituire in misura tale che il loro consumo normale sarebbe svantaggioso per i consumatori sul piano nutrizionale.

Una volta ottenuta l'autorizzazione secondo la procedura indicata nel capo II del regolamento, è prevista l'etichettatura obbligatoria, in linea con l'esigenza di garantire l'informazione del consumatore alla luce dell'art. 169 TFUE. Tale esigenza è più volte espressamente prevista nel preambolo del regolamento⁷⁵, ove si afferma anche l'esigenza dell'etichettatura al fine di impedire che “i consumatori siano trattati in inganno”⁷⁶ e che non siano adeguatamente informati sulle caratteristiche dei nuovi prodotti. Queste informazioni risultano essenziali poiché il consumatore potrebbe decidere di non scegliere tali prodotti anche per considerazioni di ordine etico o religioso.

L'etichettatura, apportando modifiche alla previgente direttiva 2001/18/CE, è obbligatoria per tutti i prodotti alimentari che contengono OGM o che sono ottenuti a partire dagli OGM, individuati secondo una soglia di tolleranza (art. 12). Il successivo art. 13 si occupa in modo dettagliato delle indicazioni che devono essere presenti nelle etichette: l'indicazione OGM deve essere riferita al prodotto nella sua totalità e, se composto di più ingredienti, devono essere specificati quali sono geneticamente manipolati. Inoltre viene puntualizzato che possono essere espresse le motivazioni per cui “un alimento può dar luogo a preoccupazioni di ordine etico o religioso” e che l'indicazione OGM deve essere segnalata con un carattere grafico sufficientemente grande da essere ben visibile;

Svizzera e la Norvegia, che richiedono l'indicazione OGM nelle etichettature, e dall'altro Stati Uniti, Canada e Argentina che invece ritengono i prodotti geneticamente modificati e quelli tradizionali sostanzialmente equivalenti.

⁷³ Sulla funzione degli acquisti dei consumatori e sul ruolo dell'*ecolabel* ai fini di ridurre gli impatti negativi sull'ambiente, si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 16 luglio 2008, sul piano d'azione “Produzione e consumo sostenibile” e “Politica industriale sostenibile”, COM(2008)397 def.

⁷⁴ Regolamento (CE) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, *GUUE* L 268, 18 ottobre 2003, p. 1 ss.

⁷⁵ 17° considerando.

⁷⁶ 21° considerando.

ove si tratti di contenitori di dimensioni ridotte, tale indicazione deve essere apposta nel luogo dove l'alimento è esposto, per esempio sugli scaffali degli esercizi commerciali.

Il quadro normativo in materia di etichettatura di tali prodotti ai fini dell'immissione sul mercato è completato dal regolamento 1830/2003⁷⁷, come espressamente indicato nel 21° considerando del relativo preambolo. Esso, oltre a prevedere l'obbligo della tracciabilità e dell'etichettatura lungo tutta la filiera alimentare, istituisce un quadro normativo all'interno del quale viene indicata l'esigenza di sorveglianza degli effetti di questi prodotti sull'ambiente. Nell'ambito dell'art. 4, lett. b) vengono poi indicati i requisiti che devono essere presenti sulle etichette e che richiamano sostanzialmente quelli già previsti nel regolamento 1829/2003. È infine previsto che gli Stati membri si impegnino a garantire l'osservanza del regolamento attraverso adeguati mezzi di ispezione e che prevedano sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" ex art. 11. Come si può comprendere, in definitiva, le discipline analizzate in materia di etichettatura per i prodotti OGM risultano alquanto rigorose. Le prescrizioni circa le indicazioni che esse devono contenere contribuiscono, infatti, in modo decisivo a realizzare l'obiettivo dell'acquisto informato da parte del consumatore, con relativa possibilità di selezionare i prodotti a minor impatto negativo per l'ambiente.

6. L'analisi della disciplina sul diritto di informazione in materia di ambiente, tanto nel quadro del diritto internazionale quanto nel contesto dell'Unione europea, consente di svolgere alcune riflessioni conclusive.

L'esperienza delle discipline giuridiche di tipo impositivo, vale a dire quelle che pongono limitazioni all'utilizzo delle risorse ambientali da parte degli Stati, non sembra aver condotto sino a questo momento a risultati particolarmente significativi in relazione agli obiettivi di volta in volta prefissati. Si è potuto evidenziare, infatti, come con riferimento alla necessità di ridurre gli effetti negativi sull'ambiente, tali strumenti presentino essenzialmente due tipi di limiti. Il primo attiene alla circostanza per cui le eventuali responsabilità degli Stati e gli strumenti per far valere queste ultime intervengono in una fase in cui i danni all'ambiente si sono già prodotti. In questo caso, evidentemente, la tutela che di fatto viene assicurata all'ambiente è di grado minore, limitata alla sola fase risarcitoria, dato che le possibilità del ripristino *in integrum* delle condizioni ambientali sono solitamente esigue. Il secondo limite attiene, invece, alla difficoltà di individuare con esattezza i responsabili dei danni ambientali, in virtù del cosiddetto effetto dello *spillover* transfrontaliero.

Proprio per tali ragioni, sembra emergere un nuovo modo di concepire la *governance* ambientale. Il coinvolgimento della società civile nella protezione dell'ambiente e la realizzazione di forme di democrazia partecipata rappresentano

⁷⁷ Regolamento (CE) n. 1830/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati, nonché recante modifica della direttiva 2001/18/CE, *GUCE* L 268, 18 ottobre 2003, p. 24

ormai chiaramente la nuova modalità di tutela dell'ambiente: si ritiene che quanto più condivise siano le scelte inerenti allo sfruttamento delle risorse naturali, tanto più sarà possibile controllare le attività dannose. In questa prospettiva, tuttavia, e con riferimento alle fonti internazionali, si sono illustrati i concreti limiti delle prescrizioni in esse contenute: ciò in quanto, in assenza di norme statali di attuazione, può risultare precluso l'effettivo esercizio del diritto di informazione.

In ambito UE, si è visto come sia puntuale la disciplina dettata nella direttiva 2003/4/CE e come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia interpretato tale direttiva e il relativo sistema di eccezioni in modo restrittivo. Si vuole in questo modo dare particolare incisività al diritto di informazione e alla tutela dell'ambiente rispetto ad altre esigenze, quali quelle relative ad esempio all'ordine pubblico o a tutela delle notizie riservate.

Il tema dell'informazione nel contesto dell'Unione europea sembra poi particolarmente valorizzato dal ruolo sempre maggiore del consumatore e del relativo diritto di informazione. L'utilizzo dello strumento dei regolamenti in materia di etichettatura ecologica fa sì che il diritto dei consumatori ad essere informati, soprattutto con riferimento alle caratteristiche dei prodotti che possono avere impatto negativo sull'ambiente, venga uniformemente garantito sul territorio UE.

Tuttavia, anche sull'utilizzo dell'*ecolabel* come strumento volto a garantire la *governance* democratica in materia di ambiente, non mancano profili problematici. Si può osservare, infatti, come questa politica desti perplessità soprattutto per quanto concerne i lunghi tempi necessari per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, in quanto si dovrebbe realizzare la circostanza per cui i consumatori, orientando i loro acquisti verso i prodotti "ecologici", contribuiscono al miglioramento della qualità dell'ambiente. Come ha osservato la stessa Commissione nella decisione 2006/402/CE, l'etichettatura ecologica come criterio di selezione dei prodotti *environmental oriented* è ancora poco utilizzata. I passi compiuti in questa direzione appaiono ad oggi decisamente "timidi". A fronte dell'ormai pressante problema della tutela dell'ambiente, sarebbe necessario percorrere fino in fondo la strada intrapresa, attraverso una più efficace campagna di sensibilizzazione dei cittadini dell'Unione europea alle etichette ecologiche ed una maggiore diffusione delle stesse. Nella recente proposta di regolamento relativa all'*ecolabel* sono stati evidenziati i limiti da ultimo indicati, e in essa viene perseguito l'obiettivo di una più agevole attribuzione del marchio ecologico e l'aumento delle categorie di prodotti che possano beneficiarne. Solo in tal modo, a nostro avviso, vi può essere una maggiore diffusione e un maggiore consumo dei prodotti contrassegnati dall' *ecolabel*.

Tuttavia, anche nel caso di una maggiore diffusione di quest'ultimo, non può sfuggire come gli effetti sul miglioramento della qualità dell'ambiente possano farsi sentire solo nel lungo periodo. Da questo punto di vista, pertanto, le istituzioni UE dovrebbero assumere una posizione più incisiva, rivedendo anche l'idea secondo cui la tutela dell'ambiente può essere efficacemente garantita solamente attraverso politiche che puntano sull'acquisto "consapevole" da parte dei consumatori.

Abstract

Environmental Information in International and European Union Law

This article deals with the right to information in environmental matters from the point of view of international and European Union law. This matter is quite important, given the large consensus in the international community that a better environmental protection could also result from the right of public access to environmental information held by public authorities.

On one hand, the article is aimed at assessing the most important international conventions, including the 1998 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention). On the other hand, it focuses on both primary and secondary EU law (including Directive 2003/4/CE) and on the relevant ECJ jurisprudence. Particular attention is given to the matters related to consumer access to information and to the so-called ecolabel (including the labeling of GMOs products), that represents a distinctive feature of the recent EU democratic governance process in environmental matters.

Il Protocollo n. 14 *bis* alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le nuove misure procedurali previste dal Protocollo n. 14 *bis*: a) l'introduzione del c.d. "giudice singolo". – 3. *Segue*: b) l'ampliamento delle competenze attribuite ai comitati di tre giudici. – 4. Gli accorgimenti tecnici per rendere il nuovo Protocollo operativo in tempi brevi: a) la stipulazione in forma semplificata. – 5. *Segue*: b) l'applicazione provvisoria. – 6. Il problema delle riserve. – 7. Conclusioni.

1. Negli ultimi anni, il notevole incremento dei ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso necessaria l'adozione di alcuni interventi normativi per introdurre procedure più adeguate alle nuove esigenze di lavoro. Questi interventi dovevano trovare attuazione con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14¹, ma a causa della ritardata ratifica da parte della Russia, che c'è stata soltanto il 18 febbraio 2010, essi non sono ancora operativi. Per questa ragione, in attesa dell'entrata in vigore del Protocollo n. 14, che a seguito della summenzionata ratifica da parte della Russia, entra in vigore il 1° giugno 2010, gli organi del Consiglio d'Europa hanno auspicato l'adozione da parte degli Stati membri di un Protocollo n. 14 *bis*² per attuare almeno gli interventi più urgenti ed evitare

¹ Per il testo del Protocollo n. 14 v. *RDI*, 2004, p. 879 ss. Per un commento v. U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *CI*, 2004, p. 487 ss.; v. anche E. SAVARESE, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2004, p. 714 ss.

² Per il testo del Protocollo n. 14 *bis* v. documento CM(2009)58 del Comitato dei Ministri, 16 aprile 2009. Questo documento è stato declassificato alla 1054^o riunione dei delegati ministeriali, v. CM/Del/Dec(2009)1054/4.3, 15-16 aprile 2009, reperibile *on line* all'indirizzo: www.assembly.coe.int. Per un commento al nuovo Protocollo v. A. CIAMPI, *Quali ragioni e quale procedura per la ratifica italiana del Protocollo n. 14 bis alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *RDI*, 2009, p. 791 ss.; v. anche J. F. FLAUSS, *Le Protocole n. 14 bis de la Convention europeene des droits de l'homme*, in *RGDIP*, 2009, p. 621 ss.

così la paralisi del sistema di controllo previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³.

Con il nuovo Protocollo ha trovato conclusione il dibattito iniziato alla riunione del 14 ottobre 2008 tra il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e la Corte europea dei diritti dell'uomo intorno all'efficienza ed alla tenuta del sistema giudiziario istituito dalla Convenzione. In quella sede, il Presidente della Corte ha richiamato l'attenzione sulla difficile situazione in cui la Corte è costretta ad operare a causa dell'aumento significativo del numero di ricorsi ad essa presentati. A seguito di questa riunione, il Comitato dei Ministri ha quindi deciso di richiedere al Commissario per i diritti umani un parere preliminare sulle modalità per rendere immediatamente operative alcune misure procedurali in grado di migliorare l'efficienza della Corte.

In tale parere, il Commissario per i diritti umani, pur ritenendo che la migliore soluzione per risolvere i problemi della Corte rimanesse l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, ha concluso che, in pendenza della sua entrata in vigore, si sarebbe potuto procedere all'adozione di un Protocollo n. 14 *bis* per rendere operative alcune misure procedurali già previste nel Protocollo n. 14 e necessarie per consentire al sistema di controllo previsto dalla CEDU di funzionare correttamente.

Sulla base del parere preliminare dato dal Commissario per i diritti umani, il gruppo di lavoro istituito in seno al Comitato dei Ministri ha redatto un progetto di protocollo, che è stato sottoposto all'esame dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 16 aprile 2009. A seguito dell'approvazione da parte dell'Assemblea parlamentare, il progetto di protocollo è stato trasmesso, insieme ad un rapporto esplicativo, alla Conferenza ministeriale europea sui diritti dell'uomo, tenutasi a Madrid il 12 maggio 2009, dove il suo testo è stato formalmente adottato dalle Alte Parti contraenti della Convenzione⁴.

Le misure previste da questo nuovo Protocollo sono sostanzialmente due: l'introduzione di una nuova formazione giudicante, quella del c.d. "giudice singolo", e l'ampliamento delle competenze attribuite ai comitati di tre giudici, che costituiscono, accanto alle Camere di sette giudici ed alla Grande camera di diciassette giudici, un'ulteriore tipologia di composizione della Corte.

2. Alla nuova formazione giudicante, costituita dal giudice singolo, viene attribuita la competenza a dichiarare irricevibili i ricorsi individuali oppure a cancellarli dal ruolo, quando la decisione può essere presa senza bisogno di un esame ulteriore. Tale decisione è definitiva e l'alternativa ad essa è costituita

³ V. par. 1 del Rapporto esplicativo, nel quale si evidenzia: "The continuing non-entry into force of Protocol No. 14 (...) has made the situation faced by the European Court of Human Rights (...) deteriorate yet further in the face of an ever-accelerating influx of new applications and a constantly growing backlog of cases. This unsustainable situation represents a grave threat to effectiveness of the Court as the centre-piece of the European human rights protection system".

⁴ Per ulteriori approfondimenti sulle fasi che hanno preceduto l'adozione del nuovo Protocollo v. paragrafi 3-6 del Rapporto esplicativo.

dalla rimessione del caso ad un comitato di tre giudici oppure ad una Camera di sette (art. 4)⁵.

La *ratio* della norma è quella di introdurre un nuovo filtro rispetto ai ricorsi irricevibili ovvero tali da dover essere cancellati dal ruolo. Ma in quali casi il giudice singolo può adottare una siffatta decisione? Questo problema, come gli altri che esamineremo nel corso della presente trattazione, deve essere risolto tenendo conto che la *ratio* sottesa a tutte le disposizioni del Protocollo n. 14 *bis* è costituita dalla necessità di contemperare l'esigenza di snellimento delle procedure davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo con quella di non sacrificare eccessivamente le garanzie difensive delle parti in causa. Pertanto, è da ritenere che, nell'art. 4, l'inciso "senza bisogno di un esame ulteriore" debba essere riferito esclusivamente a quei casi in cui la decisione di irricevibilità o di cancellazione dal ruolo si imponga *ictu oculi*⁶.

La delicatezza del ruolo svolto dal giudice singolo ha indotto gli estensori del Protocollo n. 14 *bis* a salvaguardarne l'indipendenza ed imparzialità, prevedendo espressamente che tale ufficio non possa essere ricoperto dal giudice eletto su proposta dello Stato convenuto in giudizio (art. 3)⁷. Questa disposizione è senz'altro opportuna, ma pone un inconveniente di carattere pratico. Come può infatti, un giudice che non proviene dallo Stato convenuto in giudizio e non conosce perciò bene il relativo sistema giuridico, valutare compiutamente la irricevibilità del ricorso? Il Protocollo risolve il problema stabilendo che tale giudice debba essere assistito da un relatore (art. 2)⁸, il quale deve necessariamente conoscere la lingua ed il sistema giuridico dello Stato interessato⁹. L'indipendenza ed imparzialità del relatore è a sua volta assicurata dalla previ-

⁵ In particolare, l'art. 4 del Protocollo n. 14 *bis* introduce delle modifiche all'attuale art. 28 CEDU, prevedendo che "1. A single judge may declare inadmissible or strike out of the Court's list of cases an application submitted under Article 34, where such a decision can be taken without further examination. 2. The decision shall be final. 3. If the single judge does not declare an application inadmissible or strike it out, that judge shall forward it to a committee or to a Chamber for further examination".

⁶ V. par. 15 del Rapporto esplicativo, dove viene specificato che "the competence of the single judge is limited to taking decisions of inadmissibility or decisions to strike the case out of the list where such a decision can be taken without further examination. This means that the judge will take such decisions only in clear-cut cases, where the inadmissibility of the application is manifest from the outset".

⁷ In particolare, l'art. 3 del Protocollo n. 14 *bis* introduce un nuovo par. 2 nell'attuale art. 27 CEDU, il quale prevede: "When sitting as a single judge, a judge shall not examine any application against the High Contracting Party in respect of which that judge has been elected".

⁸ A norma dell'art. 2 del nuovo Protocollo: "A new paragraph 2 shall be added at the end of Article 25 of the Convention, which shall read as follows: 2. When sitting in a single-judge formation, the Court shall be assisted by rapporteurs who shall function under the authority of the President of the Court. They shall form part of the Court's registry".

⁹ V. par. 10 del Rapporto esplicativo, secondo il quale: "In principle, the single judge should be assisted by a rapporteur with knowledge of the language and legal system of the respondent Party".

sione secondo cui, pur appartenendo al personale della Cancelleria, egli esercita le sue funzioni direttamente sotto il controllo del Presidente della Corte (art. 2)¹⁰.

3. Quanto alla formazione giudicante costituita dai comitati di tre giudici, nell'attuale sistema di controllo previsto dalla Convenzione, questi possono dichiarare con voto unanime irricevibile un ricorso individuale oppure cancellarlo dal ruolo, quando la decisione – avente carattere definitivo – può essere adottata senza la necessità di un esame ulteriore (art. 28 CEDU)¹¹. Il Protocollo n. 14 *bis* estende tale competenza dei comitati all'ipotesi opposta, nella quale la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione posta dal caso di specie è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte. In tale ipotesi, i comitati possono adottare, sempre con voto unanime, una decisione definitiva con cui dichiarano il ricorso ricevibile e congiuntamente rendono una sentenza nel merito (art. 4)¹².

Lo scopo della nuova procedura è quello di trasferire gli affari ripetitivi dalla competenza delle Camere, composte da sette giudici, a quella dei comitati di tre, liberando così tempi, risorse ed attività della Corte per l'esame dei casi più impegnativi¹³. Quest'obiettivo, peraltro, viene raggiunto salvaguardando le garanzie dello Stato convenuto in giudizio, a tutela del quale sono previsti alcuni accorgimenti.

Anzitutto, come ha cura di precisare il Rapporto esplicativo, il procedimento inizia con la comunicazione allo Stato interessato di un caso, o anche di un gruppo di casi simili, per i quali la Corte ritiene che esista una propria giurisprudenza consolidata. Tale Stato, pur non potendo impedire lo svolgimento della procedura davanti al comitato, ha però la possibilità di contestare la scelta della Corte, sia negando l'esistenza di una giurisprudenza consolidata sulle questioni in esame, sia eccependo l'assenza delle condizioni di ricevibilità del ricorso¹⁴.

¹⁰ Per l'art. 2 del nuovo Protocollo v. *supra*, nota 8.

¹¹ In particolare, l'art. 28 CEDU dispone: "A committee may, by a unanimous vote, declare inadmissible or strike out of its list of cases an application submitted under Article 34 where such a decision can be taken without further examination. The decision shall be final".

¹² In particolare, l'art. 4 del Protocollo n. 14 *bis* introduce nell'attuale art. 28 CEDU due nuovi paragrafi 4 e 5, a norma dei quali: "4. In respect of an application submitted under Article 34, a committee may, by a unanimous vote: a) declare it inadmissible or strike it out of its list of cases, where such decision can be taken without further examination; or b) declare it admissible and render at the same time a judgment on the merits, if the underlying question in the case, concerning the interpretation or the application of the Convention or the Protocols thereto, is already the subject of well-established case-law of the Court. 5. Decisions and judgments under paragraph 4 shall be final".

¹³ V. par. 18 del Rapporto esplicativo, nel quale si chiarisce espressamente: "The implementation of the new procedure will increase substantially the Court's decision-making capacity and effectiveness, since many cases can be decided by three judges, instead of the seven currently required when judgments or decisions are given by a Chamber".

¹⁴ V. par. 17 del Rapporto esplicativo, secondo cui: "The respondent Party may contest the application of [the new procedure] if it considers that domestic remedies have not been exhausted or

Il diritto dello Stato interessato di contestare l'impiego della nuova procedura è riconosciuto espressamente dall'art. 4 del Protocollo. Questa disposizione non attribuisce allo Stato convenuto in giudizio il diritto di essere giudicato da un comitato di cui faccia parte anche il giudice eletto su proposta dello Stato medesimo. Tale diritto, invero, costituirebbe una garanzia superflua, dato che il comitato ha il potere di pronunciarsi nel merito soltanto quando la questione ad esso sottoposta è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte. Tuttavia, se il giudice proveniente dallo Stato interessato non è membro del comitato, quest'ultimo, in ogni momento della procedura, può invitarlo a farne parte in sostituzione di uno dei suoi attuali componenti. Nell'adottare questa decisione il comitato prende in considerazione tutti i fattori pertinenti, ivi compresa la circostanza che detto Stato abbia contestato l'applicazione del procedimento in parola¹⁵. In mancanza di un tale giudice, o se egli non è in grado di svolgere le proprie funzioni, viene nominato dallo Stato interessato un giudice *ad hoc*¹⁶. Si tratta per detto Stato di una prerogativa di non poco conto. Infatti, la nuova procedura richiede in ogni sua fase l'unanimità dei membri del comitato ed in assenza di essa il caso viene rimesso all'esame di una Camera di sette giudici¹⁷.

Nel corso della nuova procedura non è prevista la possibilità per il ricorrente di presentare delle osservazioni, probabilmente perché la sua applicazione presuppone una giurisprudenza ben definita della Corte favorevole all'accoglimento del ricorso¹⁸. Peraltro, privare il ricorrente della possibilità di presentare delle osservazioni, soprattutto nel caso di contestazione da parte dello Stato convenuto in giudizio dei presupposti per l'applicazione della nuova procedura, costituisce un *vulnus* al suo diritto di difesa, al quale dovrebbe porre rimedio il regolamento della Corte oppure la sua giurisprudenza.

that the case at issue differs from the applications which have resulted in the well-established case-law. However, it may never veto the use of this procedure which lies within the committee's sole competence".

¹⁵ In particolare, l'art. 4 del Protocollo n. 14 *bis* introduce nell'attuale art. 28 CEDU un nuovo par. 6, il quale prevede: "If the judge elected in respect of the High Contracting Party concerned is not a member of the committee, the committee may at any stage of the proceedings invite that judge to take the place of one of the members of the committee, having regard to all relevant factors, including whether that Party has contested the application of the procedure under paragraph 4.b."

¹⁶ Tale eventualità viene presa espressamente in considerazione nella parte finale del par. 19 del Rapporto esplicativo, dove si specifica: "Should this judge [i.e. the judge elected in respect of the High Contracting Party concerned] be absent or unable to sit, the procedure provided for in Article 27, paragraph 2 *in fine* applies". Come è noto, l'art. 27, par. 2, CEDU prevede: "There shall sit as an *ex officio* member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the State Party concerned or, if there is none or if he is unable to sit, a person of its choice who shall sit in the capacity of judge".

¹⁷ V. par. 17 del Rapporto esplicativo, il quale chiarisce: "The committee rules on all aspects of the case (admissibility, merits, just satisfaction) in a single judgment or decision. This procedure requires unanimity on each aspect. Failure to reach a unanimous decision counts as no decision, in which event the Chamber procedure applies".

¹⁸ In questo senso v. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 492.

Invece, è condivisibile la mancata previsione della possibilità dell'intervento di terzi, che resta quindi limitata ai soli procedimenti davanti alle Camere o alla Grande camera (art. 36 CEDU)¹⁹. In effetti, l'applicazione dell'istituto in questione si giustifica nei casi in cui vi sia l'interesse di soggetti terzi a favorire oppure ad impedire che un certo orientamento giurisprudenziale si affermi, mentre comporterebbe un inutile aggravamento della procedura davanti alla Corte quando la decisione è presa sulla base di una sua giurisprudenza già consolidata. Ma cosa è da intendersi per "giurisprudenza consolidata" della Corte?

La questione è affrontata espressamente dal Rapporto esplicativo, il quale precisa che tale circostanza ricorre quando sussiste una giurisprudenza costante di una Camera oppure, in via eccezionale, anche quando vi è una sola sentenza, specie se emanata dalla Grande camera, che abbia risolto una questione di principio²⁰. Secondo gli estensori del Protocollo n. 14 *bis*, questa circostanza renderebbe possibile e giustificato un accertamento rapido della violazione da parte di un collegio ristretto.

Tuttavia, è stato messo in rilievo dalla dottrina che in questo modo si rischierebbe di favorire una giurisprudenza "statica" ovvero poco sensibile ai nuovi sviluppi dei diritti umani e del contesto in cui essi vivono²¹. Pur condividendo questa critica, va aggiunto peraltro che il comitato resta comunque libero di valutare se la precedente giurisprudenza della Corte possa adattarsi o meno al caso di specie. Dunque, un mutamento del contesto di riferimento renderebbe siffatta giurisprudenza non applicabile ai nuovi ricorsi, con la conseguenza che essi dovrebbero essere devoluti all'esame di una Camera, che ben potrebbe modificare un precedente orientamento giurisprudenziale della Corte.

4. Le misure procedurali introdotte dal Protocollo n. 14 *bis* hanno lo scopo di evitare che l'alto numero dei ricorsi ripetitivi presentati alla Corte europea dei diritti dell'uomo possa pregiudicare la capacità della stessa di rendere giustizia in tempi ragionevoli. Affinché tale obiettivo sia raggiunto è necessario, però, che il nuovo Protocollo divenga presto operativo. A questo fine, esso contiene diverse disposizioni strumentali, che lo rendono affatto peculiare rispetto ai Protocolli precedenti. La novità più rilevante è costituita dall'art. 5, che prevede la possibilità di stipulazione in forma semplificata, vale a dire per effetto della

¹⁹ Come è noto, l'art. 36 CEDU dispone: "1. In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, a High Contracting Party one of whose nationals is an applicant shall have the right to submit written comments and to take part in hearings. 2. The President of the Court may, in the interest of the proper administration of justice, invite any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments or take part in hearings".

²⁰ V. par. 16 del Rapporto esplicativo, secondo cui: "Well-established case-law normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute well-established case-law, particularly when the Grand Chamber has rendered it".

²¹ U. VILLANI, *op. cit.*, p. 493.

sola sottoscrizione del testo da parte dei rappresentanti degli Stati contraenti, senza ricorrere alla procedura di ratifica²².

Questa norma trova giustificazione nei motivi di speditezza e praticità che hanno ispirato il nuovo Protocollo, ma potrebbe porre delicati problemi in ordine alla sua validità. L'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede, infatti, che la violazione di una regola del diritto interno sulla competenza a stipulare può essere invocata da uno Stato come vizio del suo consenso, quando essa sia manifesta e concerna una regola di importanza fondamentale. Secondo l'opinione più diffusa, tale violazione sarebbe configurabile quando non si sia pronunciato sul trattato uno degli organi a cui la Costituzione assegna un potere decisionale effettivo nel procedimento di stipulazione; quindi, per restare nell'ambito dell'ordinamento italiano, quando venga meno il concorso del Parlamento nella stipulazione dei trattati, che riguardano le materie per le quali gli articoli 80 e 87, 8° comma, Cost. prevedono la ratifica da parte del Capo dello Stato, preceduta da legge di autorizzazione delle Camere²³.

Il Protocollo n. 14 *bis* rientra senza dubbio nell'ambito di applicazione di tali norme costituzionali. Questo, infatti, introduce nuovi regolamenti giudiziari e può considerarsi, in secondo luogo, un trattato di natura politica visto che riguarda una materia di rilevanza costituzionale come la tutela dei diritti fondamentali. È difficile, infine, che l'attuazione del Protocollo non comporti modificazioni di leggi preesistenti o la previsione di nuove spese. Pertanto, sebbene il Protocollo preveda la possibilità di stipulazione in forma semplificata, sarebbe opportuno procedere ugualmente per via ordinaria con ratifica del Capo dello Stato preceduta da legge di autorizzazione da parte del Parlamento²⁴. In caso contrario, sarebbe difficile sostenere che ci si trovi di fronte ad un accordo giu-

²² In particolare, l'art. 5 del Protocollo n. 14 *bis* dispone: "1. This Protocol shall be open for signature by member states of the Council of Europe signatories to the Convention, which may express their consent to be bound by: a) signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or b) signature subject to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval. 2. The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe". Nel momento in cui si scrive, si sono avvalsi della facoltà di stipulare il nuovo Protocollo in forma semplificata la Norvegia, la Danimarca, l'Irlanda e l'Islanda; mentre hanno fatto ricorso al procedimento normale la Georgia, Monaco, San Marino, la Serbia, la Slovenia e la Svezia. Lo *status* aggiornato delle firme e delle ratifiche è reperibile *on line* all'indirizzo www.conventions.coe.int.

²³ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2006, VII ed., p. 73.

²⁴ In questo senso si esprime anche A. CIAMPI, *op. cit.*, p. 795, secondo la quale l'importanza delle modifiche introdotte nella procedura di trattazione dei ricorsi individuali, che costituisce di gran lunga la principale funzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, insieme alla novità dello strumento utilizzato per la loro introduzione in attesa dell'entrata in vigore del Protocollo n. 14, che costituisce un *unicum* nella storia della Convenzione, dovrebbero indurre a ricorrere alla procedura ordinaria di ratifica e non a quella semplificata. Tale scelta peraltro avrebbe il merito di contribuire, oltre che ad un più significativo coinvolgimento del Parlamento nelle scelte del Governo, alla trasparenza dell'azione di quest'ultimo sul piano internazionale nei confronti del Parlamento nonché ad una maggiore visibilità della stessa in materie "sensibili" per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dei soggetti che ricadono nella giurisdizione dello Stato italiano.

ridicamente vincolante. Si tratterebbe, invece, di una intesa che dura finché dura e dalla quale ciascuna parte resta libera di sciogliersi *ad libitum*, a meno che non si dimostri che il Parlamento abbia successivamente prestato il suo consenso nelle forme della legge, così come previsto dalla Costituzione²⁵.

Dal momento che le misure previste nel Protocollo n. 14 *bis* incidono direttamente sui diritti degli individui, occorre chiedersi se la soluzione prospettata non rischi però di pregiudicare indebitamente la loro posizione. Il problema non concerne tanto l'ipotesi in cui un giudice singolo o un comitato abbiano dichiarato il ricorso irricevibile. In tal caso, infatti, l'invalidità del consenso prestato dallo Stato convenuto in giudizio ad essere vincolato dal nuovo Protocollo, comporterebbe al massimo il riesame del caso da parte di una Camera, secondo la procedura ordinaria. Ciò potrebbe incrementare il carico di lavoro della Corte, ma non rischierebbe di pregiudicare i diritti degli individui. Questi, invece, potrebbero essere indebitamente pregiudicati nell'ipotesi opposta, vale a dire quando il ricorso sia stato accolto da un comitato sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte. In questo caso, in effetti, gli organi dello Stato potrebbero invocare il vizio del consenso di quest'ultimo ad essere vincolato dal nuovo Protocollo, per rifiutarsi di dare esecuzione alla decisione del comitato.

Al riguardo, va preliminarmente chiarito che questo problema potrebbe porsi soltanto per sentenze che abbiano accolto il ricorso, accertando una violazione della CEDU o dei suoi Protocolli da parte dello Stato convenuto in giudizio, e non anche per eventuali sentenze di rigetto. I comitati, infatti, possono pronunciarsi nel merito nei soli casi in cui a fondamento della loro decisione vi sia una giurisprudenza consolidata della Corte, la quale è necessariamente da intendersi come giurisprudenza consolidata *favorevole* all'accoglimento del ricorso²⁶. Inoltre, va precisato che il problema concerne tutti gli organi interni, non soltanto gli organi dell'Esecutivo. Le sentenze di condanna della Corte, infatti, possono comportare per lo Stato convenuto in giudizio obblighi ulteriori rispetto al pagamento di una somma di denaro a titolo di c.d. "equa soddisfazione" e l'adempimento di questi obblighi potrebbe richiedere il concorso del Parlamento o dell'Autorità giudiziaria. Si pensi, ad esempio, alla prassi della Corte di indicare nel dispositivo della sentenza le misure di riparazione in forma specifica, a carattere individuale, come la riapertura di un processo, ovvero a carattere generale, come una modifica legislativa, che lo Stato responsabile della violazione accertata deve adottare per adempiere al proprio obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte²⁷.

In attesa che il Parlamento adotti espressamente un atto legislativo che manifesti la sua approvazione nei confronti del nuovo Protocollo, esistono invero numerosi indizi da cui gli operatori giuridici interni potrebbero già ricavare indirettamente la volontà del Parlamento italiano di accettare le nuove procedure

²⁵ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 74.

²⁶ U. VILLANI, *op. cit.*, p. 492.

²⁷ F. M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, p. 36.

decisionali da esso introdotte e su cui fondare l'esecuzione delle sentenze di accoglimento emanate dai comitati. Va, infatti, in primo luogo rilevato che tali sentenze costituiscono pur sempre delle pronunce che si inseriscono nell'ambito di un sistema giuridico, quello istituito dalla CEDU, al quale l'Italia ha già prestatato il suo consenso con la ratifica di tale Convenzione. In secondo luogo, non va trascurato il fatto che le decisioni dei comitati vengono adottate sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte, e perciò adottano soluzioni di merito alle quali lo Stato convenuto in giudizio si sarebbe già dovuto conformare in precedenza, per evitare nuove violazioni della CEDU o dei suoi Protocolli. Infine, un ultimo ma decisivo indizio è costituito dal fatto che sulle procedure introdotte dal nuovo Protocollo, il Parlamento ha già avuto modo di esprimere il suo assenso in sede di ratifica del Protocollo n. 14. Invero, il Protocollo n. 14 *bis* ripropone le stesse procedure previste dal Protocollo precedente, il quale, sebbene non ancora entrato in vigore, è stato già ratificato dall'Italia secondo il procedimento previsto dalla Costituzione, vale a dire con atto del Capo dello Stato preceduto da legge di autorizzazione delle Camere²⁸.

Sulla base di questi elementi, è nostra opinione che gli operatori giuridici interni non potranno rifiutarsi di dare esecuzione alle sentenze di accoglimento dei comitati, invocando il vizio del consenso del nostro Paese. In caso contrario, l'Italia dovrà risponderne davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e, per le stesse ragioni appena esaminate, non riteniamo che in quella sede il Governo potrà giustificare tale inadempimento adducendo la mancata partecipazione dell'organo parlamentare alla procedura di stipulazione del nuovo Protocollo.

5. Per consentire al Protocollo n. 14 *bis* di essere operativo in tempi brevi è altresì previsto che, ai fini della sua entrata in vigore, non è necessario che si siano vincolati alla sua osservanza tutti gli Stati contraenti, come previsto nei precedenti Protocolli che hanno modificato la CEDU, ma ne bastano tre. Tale condizione si è avverata il 17 giugno 2009, a seguito della stipulazione in forma semplificata del nuovo Protocollo da parte della Norvegia, della Danimarca e dell'Irlanda. Pertanto, esso è entrato in vigore il 1° ottobre 2009, vale a dire il primo giorno del mese successivo allo spirare del termine di tre mesi dalla data in cui il numero degli Stati contraenti ad essere vincolati dal nuovo Protocollo è stato quello di tre, così come previsto dall'art. 6, par. 1²⁹. Invece, per gli altri Stati che aderiscono ad esso successivamente, l'art. 6, par. 2, prevede che il

²⁸ V. la legge del 15 dicembre 2005, n. 280, "Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, emendante il sistema di controllo della Convenzione, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004", *GURI* 4, 5 gennaio 2006.

²⁹ L'art. 6, par. 1, del Protocollo n. 14 *bis* prevede, infatti: "1. This Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which three member states of the Council of Europe have expressed their consent to be bound by the Protocol in accordance with the provisions of Article 5".

Protocollo n. 14 *bis* entra in vigore nei loro confronti a partire dal primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui essi hanno manifestato il proprio consenso ad essere vincolati dal nuovo Protocollo³⁰.

Peraltro, in attesa della sua entrata in vigore secondo le condizioni stabilite ai sensi dell'art. 6, gli Stati contraenti che hanno firmato o ratificato il Protocollo n. 14 *bis* possono, in qualsiasi momento, dichiarare che le sue disposizioni si applichino ad essi in via provvisoria. Tale dichiarazione ha effetto a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data del suo ricevimento da parte del Segretario Generale del Consiglio d'Europa (art. 7)³¹.

Pertanto, occorre chiedersi che cosa accadrebbe nel caso di un ricorso promosso nei confronti di più Stati, di cui solo alcuni siano vincolati dal nuovo Protocollo in via definitiva o anche solo provvisoria. Il problema viene espressamente affrontato dall'art. 8, il quale per evidenti ragioni di garanzia, prevede che in tal caso debba trovare applicazione la procedura ordinaria davanti alla Camera di sette giudici e non le nuove procedure davanti al giudice singolo o ai comitati³².

³⁰ In particolare, l'art. 6, par. 2, del nuovo Protocollo dispone: "2. In respect of any High Contracting Party to the Convention which subsequently expresses its consent to be bound by this Protocol, the Protocol shall enter into force for that High Contracting Party on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of expression of its consent to be bound by the Protocol in accordance with the provisions of Article 5". Fino ad oggi gli Stati che hanno prestato il proprio consenso ad essere vincolati dal nuovo Protocollo successivamente ai primi tre, e cioè alla Norvegia, alla Danimarca e all'Irlanda, sono stati: la Georgia, per la quale il Protocollo n. 14 *bis* è entrato in vigore il 1° gennaio 2010; l'Islanda, per la quale esso è entrato in vigore il 1° novembre 2009; Monaco, per il quale esso è parimenti entrato in vigore il 1° novembre 2009; San Marino, per il quale il nuovo Protocollo entra in vigore il 1° aprile 2010; e la Svezia, per la quale esso entra parimenti in vigore il 1° aprile 2010.

³¹ L'art. 7 del nuovo Protocollo, infatti, dispone testualmente: "Pending the entry into force of the Protocol according to the conditions set under Article 6, a Party to the Convention having signed or ratified the Protocol may, at any moment, declare that it will apply it on a provisional basis. Such a declaration shall take effect on the first day of the month following the date of its receipt by the Secretary General of the Council of Europe". Gli Stati che fino ad oggi si sono avvalsi di questa disposizione sono stati: la Norvegia, la Danimarca, l'Irlanda, l'Islanda, la Georgia, l'Ucraina e la Svezia. Per la maggior parte degli Stati citati l'applicazione provvisoria del nuovo Protocollo è cessata in forza della sua definitiva entrata in vigore nei loro confronti. Tuttavia, esso continua ad essere applicato provvisoriamente nei confronti della Svezia, per la quale il nuovo Protocollo entra definitivamente in vigore il 1° aprile 2010, e nei confronti dell'Ucraina, che ha firmato il Protocollo n. 14 *bis* con riserva di ratifica il 27 novembre 2009, ma non lo ha ancora ratificato. Lo *status* aggiornato delle dichiarazioni di applicazione provvisoria è reperibile *on line* all'indirizzo www.conventions.coe.int.

³² In particolare, a norma dell'art. 8 del nuovo Protocollo "1. From the date of the entry into force or application on a provisional basis of this Protocol, its provisions shall apply to all applications pending before the Court with respect to all High Contracting Parties for which it is in force or being applied on a provisional basis. 2. This Protocol shall not apply in respect of any individual application brought against two or more High Contracting Parties unless the Protocol is in force or applied on a provisional basis or the relevant corresponding provisions of Protocol No. 14 are applied on a provisional basis in respect of all of them".

Al di fuori delle ipotesi che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 8, è evidente come si introduca nel sistema di garanzia dei diritti fondamentali previsto dalla CEDU un regime procedurale differenziato per la trattazione dei ricorsi individuali presentati nei confronti degli Stati contraenti, che hanno accettato le disposizioni del Protocollo n. 14 *bis* in via definitiva oppure provvisoria.

La dottrina ha osservato che per quanto praticabile sul piano tecnico, questa soluzione suscita delle perplessità sotto il profilo della parità di trattamento dei soggetti che propongono ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, giacché le modalità di trattazione del ricorso mutano a seconda dello Stato contraente nei cui confronti è lamentata una violazione della CEDU³³. Pur condividendo questi rilievi, occorre però prendere atto che tutti gli Stati parti della Convenzione si sono espressi per la compatibilità delle scelte effettuate nel Protocollo n. 14 *bis* con il sistema della CEDU³⁴. Inoltre, tali scelte si giustificano proprio in ragione dell'urgenza di introdurre nuove misure procedurali, che siano in grado di consentire al sistema di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione di funzionare correttamente³⁵.

Altro problema sollevato dalla possibilità per gli Stati contraenti di procedere all'applicazione del Protocollo n. 14 *bis* in via provvisoria riguarda l'eventualità, in cui essa non fosse poi seguita dalla sua entrata in vigore nei confronti dello Stato, che si sia avvalso di tale facoltà e venisse dallo stesso revocata. Si pensi, ad esempio, al caso dell'Ucraina, che il 27 novembre 2009 ha dichiarato di accettare l'applicazione provvisoria delle disposizioni contenute nel nuovo Protocollo, ma che ancora oggi non ha manifestato la volontà di vincolarsi ad esso in via definitiva. Che cosa accadrebbe se essa decidesse di revocare la dichiarazione con la quale ha accettato l'applicazione provvisoria del Protocollo n. 14 *bis*? In altre parole, in un caso del genere, i giudici singoli ed i comitati dovrebbero esaurire i ricorsi pendenti introdotti prima della revoca oppure dovrebbero rimetterli all'esame di una Camera?

Va innanzitutto precisato che, per quanto riguarda l'efficacia della revoca, secondo un'opinione dottrinale che ci sembra di condividere, essa si perfeziona nel momento in cui ne vengono a conoscenza le altre Parti contraenti. Dunque, le obbligazioni da adempiere sono tutte quelle sorte fino a quel momento³⁶. Molto importante è poi stabilire quali siano gli effetti della revoca sulle misure di esecuzione adottate nel periodo in cui un trattato viene applicato in via prov-

³³ In questo senso v. A. CIAMPI, *op. cit.*, p. 792; v. anche J. F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 633.

³⁴ Questa circostanza è messa in rilievo dalla stessa A. CIAMPI, *op. cit.*, 793.

³⁵ V. il 3° considerando del preambolo del nuovo Protocollo, in cui si sottolinea "the urgent need to introduce certain additional procedures to the Convention in order to maintain and improve the efficiency of its control system for the long term, in the light of the continuing increase in the workload of the European Court of Human Rights and the Committee of Ministers of the Council of Europe".

³⁶ R. LEFEBER, *The Provisional Application of Treaties*, in J. KLABBERS, R. LEFEBER (eds.), *Essays on the Law of Treaties*, The Hague, 1998, p. 86 ss.

visoria. Secondo una classica indagine svolta da autorevole dottrina la revoca dell'applicazione provvisoria non consente di annullare le misure di esecuzione già prese durante tale periodo³⁷. Dunque, la revoca dell'applicazione provvisoria non ha effetto retroattivo e le obbligazioni delle Parti contraenti sorte anteriormente ad essa devono essere adempiute, salvo che sia stato diversamente pattuito³⁸.

In tempi recenti, l'applicazione provvisoria dei trattati internazionali è stata seguita quasi sempre dalla loro entrata in vigore con la ratifica da parte degli Stati contraenti, soltanto in un caso che ha riguardato la Confederazione Svizzera ciò non si è verificato. In particolare, è accaduto che l'Accordo fra la Confederazione Svizzera e la Repubblica Federale di Germania sulla gestione del controllo della circolazione aerea tra i due Paesi³⁹, sebbene applicato provvisoriamente dal Consiglio Federale, non è stato in seguito approvato dall'Assemblea Federale. La vicenda è stata all'origine di un'iniziativa parlamentare avente ad oggetto l'applicazione provvisoria dei trattati internazionali, con la quale si è inteso fare chiarezza sui vari aspetti della materia⁴⁰. Ai nostri fini, è significativo notare che, nonostante la suddetta iniziativa parlamentare consideri l'istituto in questione con sfavore, disciplinando in modo rigoroso le condizioni materiali che devono sussistere per disporre l'applicazione provvisoria di un trattato, la fine della stessa e la forma del coinvolgimento degli organi parlamentari, la Commissione che l'ha redatta non ha mai messo in discussione la piena operatività delle misure di esecuzione già prese durante il periodo di applicazione provvisoria⁴¹.

Pertanto, anche nel caso in esame, le nuove procedure introdotte dal Protocollo n. 14 *bis* dovrebbero continuare ad essere applicate a tutti i ricorsi presentati nei confronti dello Stato contraente, che ne abbia successivamente revocato l'applicazione provvisoria, fino a quando l'atto di revoca non sia giunto a conoscenza di tutte le altre Parti contraenti; mentre per gli altri ricorsi introdotti successivamente tornerebbe ad essere applicata la procedura ordinaria.

Sul piano pratico, questa soluzione comporta vantaggi notevoli. Essa, infatti, consente di evitare tutti i problemi organizzativi e le lungaggini, che inevitabilmente si avrebbero nel caso di revoca se essa comportasse la necessità per i giudici singoli ed i comitati di disporre il mutamento del rito in favore della procedura ordinaria davanti ad una Camera.

³⁷ P. PICONE, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Napoli, 1973, part. cap. III; v. anche M. P. A. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *La Aplicación Provisional de Los Tratados Internacionales en el Derecho Español*, in *REDI*, 1992, p. 31 ss., e, recentemente, M. E. VILLIGER, *Commentary on the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, p. 349 ss.

³⁸ A. MICHIE, *The Provisional Application of Arms Control Treaties*, in *JCSL*, 2005, p. 345 ss.

³⁹ Il testo dell'Accordo è pubblicato in *Feuille fédérale*, 2002, p. 3055 ss.

⁴⁰ Il testo dell'iniziativa parlamentare è pubblicato in *Feuille fédérale*, 2004, p. 665 ss.

⁴¹ V., sulla prassi in tema di applicazione provvisoria dei trattati in altri Paesi, CONSIGLIO D'EUROPA, *Treaty Making: Expression of Consent by States to Be Bound by a Treaty*, The Hague, 2001, p. 83 ss.

6. Ulteriore problema sollevato dal Protocollo n. 14 *bis* è quello riguardante la possibilità per uno Stato contraente di formulare delle riserve in ordine ad alcune delle sue disposizioni.

Come è noto, la riserva indica la volontà dello Stato di non accettare certe clausole di un trattato o di accettarle con talune modifiche oppure secondo una determinata interpretazione (c.d. dichiarazione interpretativa)⁴². Cosicché tra lo Stato autore della riserva e gli altri Stati contraenti, l'accordo si forma solo per la parte non investita dalla riserva, laddove il trattato resta integralmente applicabile tra gli altri Stati⁴³. Lo scopo dell'istituto della riserva, dunque, è quello di facilitare la più larga partecipazione possibile ai trattati multilaterali. Uno Stato, infatti, può avere intenzione di partecipare ad un trattato, ma può anche avere motivi particolari per non accettarne il testo nella sua integralità. Uno Stato, però, può formulare una riserva soltanto se il trattato prevede tale possibilità oppure se non la vieta espressamente ovvero, nei casi in cui esso nulla dispone al riguardo, soltanto se la riserva in questione è compatibile con il suo oggetto e scopo⁴⁴.

Sebbene il testo del nuovo Protocollo n. 14 *bis* non vieti espressamente la possibilità di formulare delle riserve, tale possibilità viene esclusa dal Rapporto esplicativo⁴⁵. Questa previsione, peraltro, è coerente con i principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ammissibilità delle riserve. Secondo la Corte, infatti, le disposizioni che istituiscono meccanismi di garanzia e di controllo sul rispetto dei diritti umani contemplati dalla CEDU sono da considerarsi insuscettibili di riserve da parte degli Stati contraenti⁴⁶. Come è stato osservato da autorevole dottrina che ci sembra di

⁴² Sulle riserve nei trattati v., *ex multis*, R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La compatibilidad de las reservas col el estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el Derecho Internacional general, en el sistema de la cláusula facultativa*, in *REDI*, 1999, p. 91 ss.; J. KLABBERS, *Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservation to Multilateral Treaties*, in *Nord. JIL*, 2000, p. 179 ss.

⁴³ V. art. 21 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, a norma del quale: "1. Una riserva formulata nei confronti di un'altra parte [...]: a) modifica per lo Stato autore della riserva nei suoi rapporti con quell'altra parte le disposizioni del trattato a cui la riserva si riferisce, nella misura prevista dalla riserva medesima; e b) modifica nella stessa misura queste disposizioni per quell'altra parte nei suoi rapporti con lo Stato autore della riserva. 2. La riserva non modifica le disposizioni per le altre parti nei loro rapporti *inter se*".

⁴⁴ V. art. 19 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, a norma del quale: "Uno Stato, nel momento di sottoscrivere, ratificare, accettare, approvare un trattato o di aderirvi, può formulare una riserva, a meno che: a) la riserva non sia proibita dal trattato; b) il trattato non disponga che possono essere fatte solo determinate riserve, fra le quali non figura quella in questione; oppure c) nei casi diversi da quelli contemplati *sub* a) e b), la riserva non sia incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato".

⁴⁵ V. par. 21 del Rapporto esplicativo, dove si evidenzia: "This protocol does not contain any provisions on reservations. Like Protocol No. 14, this protocol excludes the making of reservations".

⁴⁶ V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 marzo 1995, caso *Loizidou c. Turchia* (*eccezioni preliminari*), in *Série A*, n. 310, paragrafi 70-89.

condividere, l'orientamento in esame è pienamente da sottoscrivere giacché l'apporto più significativo alla tutela internazionale dei diritti umani è fornito non tanto dalla previsione di obblighi degli Stati in materia, quanto dalla predisposizione di meccanismi giudiziari o di altro genere diretti a verificare l'effettivo rispetto di tali obblighi da parte degli Stati contraenti. Sarebbe, pertanto, difficilmente sostenibile che riserve, le quali limitino il funzionamento di tali meccanismi, siano compatibili con l'oggetto e scopo dei trattati a tutela dei diritti umani⁴⁷. Dunque, resta da chiedersi che cosa accadrebbe se, nonostante la presa di posizione del Rapporto esplicativo e gli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo sopra descritti, uno Stato formulasse ugualmente delle riserve in ordine ad alcune delle disposizioni contenute nel Protocollo n. 14 *bis*.

La regola tradizionale è quella secondo cui la formulazione di riserve inammissibili comporta in modo assoluto l'esclusione dello Stato che le ha formulate dal novero degli Stati contraenti, in quanto esse impedirebbero la formazione del consenso delle Parti sul trattato. Occorre segnalare però la tendenza innovatrice della Corte europea dei diritti dell'uomo a ritenere che, se lo Stato formula una riserva inammissibile, perché espressamente esclusa dal testo del trattato o perché contraria all'oggetto e scopo del medesimo, tale inammissibilità non comporta l'estraneità dello Stato stesso rispetto al trattato, ma l'invalidità della sola riserva⁴⁸. Questa tendenza troverebbe fondamento, secondo la Corte, nel fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo insieme ai suoi Protocolli, pur indirizzandosi agli Stati, tutela fondamentali diritti degli individui, qualificandosi come uno "strumento dell'ordine pubblico europeo per la protezione degli esseri umani"⁴⁹.

Dunque, nel caso in cui venissero formulate dagli Stati contraenti delle riserve al nuovo Protocollo n. 14 *bis*, esse dovranno considerarsi, sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sopra indicata, come non apposte, in applicazione del c.d. principio *utile per inutile non vitiatur*.

⁴⁷ In questo senso v. U. VILLANI, *Tendenze della giurisprudenza internazionale in materia di riserve ai trattati sui diritti umani*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, I, Milano, 2009, p. 969 ss., partic. p. 978.

⁴⁸ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 91, il quale peraltro segnala che la conclusione cui è giunta la Corte europea è stata fatta propria anche dal Comitato dei diritti dell'uomo istituito dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici nella decisione sul caso *Kennedy c. Trinidad e Tobago* del 2 novembre 1999, in *United Nations General Assembly Official Records*, 55° Sessione, Suppl. n. 40, II, p. 264 ss.

⁴⁹ V. *Loizidou c. Turchia (eccezioni preliminari)*, *cit.*, par. 93. La giurisprudenza della Corte europea riguarda però la sola CEDU, pertanto ogni estensione del principio *utile per inutile non vitiatur* ad altri tipi di trattati è quantomeno prematura, come è dimostrato dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 21 giugno 2000 nel caso dell'*incidente aereo del 10.08.1999 (Pakistan c. India)*, in *CIJ Rec.*, 2000, p. 29 ss., nella quale essa ha continuato a regolarsi in senso tradizionale. Peraltro, secondo R. BARATTA, *op. cit.*, anche nella materia dei diritti umani, troverebbe ancora applicazione il principio consensualistico, essendo la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo oggetto o di contestazione, o di mera acquiescenza, da parte degli Stati interessati.

7. Infine, occorre rilevare che il Protocollo n. 14 *bis* si limita ad intervenire sul sistema di protezione dei diritti umani istituito con la CEDU soltanto in via provvisoria. L'art. 9 del nuovo Protocollo, infatti, prevede espressamente che esso cessa di essere operativo con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14⁵⁰, il quale a seguito della sua recente ratifica da parte della Russia, entra in vigore il 1° giugno 2010. La norma trova giustificazione nel fatto che tale Protocollo introduce modifiche strutturali del sistema di controllo previsto dalla Convenzione, che vanno ben al di là di quelle introdotte provvisoriamente dal Protocollo n. 14 *bis*⁵¹.

A nostro avviso, però, questa previsione non era strettamente necessaria, in quanto le due procedure previste dal Protocollo n. 14 *bis*, sono previste anche dal Protocollo n. 14. Di conseguenza, l'entrata in vigore di quest'ultimo avrebbe comportato ugualmente l'estinzione del primo per il principio generale *rebus sic stantibus*, in forza del quale il mutamento delle circostanze esistenti al momento della stipulazione di un trattato determina anche la cessazione dello stesso. Sul piano pratico, peraltro, tale cessazione non comporta alcuna conseguenza, giacché, come si è detto, il nuovo Protocollo si limita soltanto ad anticipare provvisoriamente alcune misure procedurali già previste dal Protocollo n. 14⁵².

Gli Stati contraenti, peraltro, in attesa della sua entrata in vigore, potrebbero dare attuazione a tali misure, anziché aderendo al Protocollo n. 14 *bis*, proprio procedendo all'applicazione provvisoria delle disposizioni del Protocollo n. 14 concernenti la nuova formazione giudicante costituita dal giudice singolo e le nuove competenze dei comitati di tre giudici. Infatti, nella Conferenza riunitasi ai margini della 119° sessione ministeriale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, tenuta a Madrid il 12 maggio 2009 – la stessa che ha formalmente adottato il Protocollo n. 14 *bis* – si è stabilito per *consensus* che tali disposizioni del Protocollo n. 14 possano trovare applicazione provvisoria nei confronti delle Parti contraenti che vi esprimano il proprio consenso (c.d. Accordo di Madrid del 12 maggio 2009). Le modalità dell'applicazione provvisoria sono indicate in un documento del Comitato dei Ministri, cui l'Accordo di Madrid rinvia: le parti di cui è prevista l'applicazione provvisoria sono gli articoli 4 e 6-8 del Protocollo n. 14, da applicarsi congiuntamente; la dichiarazione di accettazione dell'applicazione provvisoria da parte di uno Stato contraente produce effetti il primo giorno del mese successivo alla sua notificazione al Segretario generale del Consiglio d'Europa e, a partire da tale data, gli articoli del Protocollo n. 14 sopra indicati si applicano a tutti i ricorsi individuali proposti nei suoi confronti, inclusi quelli già pen-

⁵⁰ In particolare, l'art. 9 del Protocollo n. 14 *bis* dispone testualmente: "This Protocol shall cease to be in force or applied on a provisional basis from the date of entry into force of Protocol No. 14 to the Convention".

⁵¹ E. SAVARESE, *op. cit.*, p. 714.

⁵² V. par. 26 del Rapporto esplicativo, il quale evidenzia: "This article [i.e. Article 9] reflects the fact that the protocol is intended only as a provisional, interim measure pending the entry into force of Protocol No. 14. Since the two procedures introduced by the protocol are taken from Protocol No. 14, entry into force of the latter will in practice make no difference as regards the treatment of applications brought against states in respect of which Protocol No. 14 *bis* had been in force or provisionally applied".

denti davanti alla Corte in tale data⁵³. L'Accordo intende evidentemente costituire il presupposto per l'applicazione provvisoria previsto nell'art. 25, par. 1, lett. b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, per i trattati che non prevedono espressamente la possibilità di tale applicazione⁵⁴. Dunque, si pone agli Stati contraenti una doppia alternativa: applicare a titolo provvisorio le disposizioni del Protocollo n. 14 concernenti il giudice singolo e le competenze dei comitati di tre giudici oppure divenire parte del Protocollo n. 14 *bis*. Secondo un'opinione dottrinale che ci sembra di condividere, è da preferire la seconda alternativa. Infatti, mentre la prima opzione comporta tutte le problematiche legate all'istituto dell'applicazione provvisoria sotto il duplice profilo del fondamento giuridico e degli effetti, la seconda presenta il pregio della chiarezza anche per ciò che riguarda il contenuto delle modifiche apportate alla procedura di trattazione dei ricorsi individuali che sono espressamente formulate, anziché essere indicate, com'è il caso dell'Accordo di Madrid, con la tecnica del rinvio alle rilevanti disposizioni del Protocollo n. 14⁵⁵.

Resta ora da chiedersi se le misure procedurali introdotte dal Protocollo n. 14 *bis* e la previsione di disposizioni strumentali per renderle presto operative costituiscano un intervento normativo sufficiente per consentire al sistema di controllo istituito dalla CEDU di funzionare correttamente. A nostro avviso, la riforma delle sole procedure non può garantire il raggiungimento di tale risultato. Essa, infatti, per essere davvero efficace dovrebbe essere supportata da un contestuale incremento dell'organico della Corte. Questo problema è emerso durante i lavori preparatori che hanno preceduto l'adozione del Protocollo n. 14. Il progetto, invero, dettava una nuova disciplina dell'art. 20 della Convenzione, con riguardo all'aumento del numero dei giudici. Questa disposizione del progetto è stata oggetto di critiche da parte dell'Assemblea del Consiglio d'Europa, in quanto la procedura prevista per tale aumento alterava l'uguaglianza degli Stati contraenti, in relazione alla presenza nella Corte di giudici eletti a loro titolo. Per questa ragione, la norma non è stata riprodotta nel testo definitivo dell'accordo⁵⁶. L'adozione del Protocollo n. 14 *bis*, dunque, poteva rappresentare l'occasione per intervenire anche su questo aspetto, prevedendo l'incremento del numero dei giudici secondo un sistema di rotazione in grado di garantire, nella composizione della Corte, l'uguaglianza tra gli Stati contraenti.

⁵³ V. Doc. CM(2009)71 rev2, reperibile *on line*, con l'Accordo di Madrid del 12 maggio 2009, all'indirizzo www.conventions.coe.int. Alla data in cui si scrive, hanno accettato l'applicazione provvisoria del Protocollo n. 14: il Lussemburgo, i Paesi Bassi, la Germania, la Svizzera, l'Albania, il Belgio, l'Estonia, la Gran Bretagna, il Liechtenstein e la Spagna. Le rispettive dichiarazioni sono consultabili, insieme alla lista aggiornata delle Parti contraenti che hanno accettato l'applicazione provvisoria del Protocollo n. 14, all'indirizzo sopra indicato.

⁵⁴ A norma dell'art. 25 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, infatti: "1. Un trattato o una parte di un trattato si applica a titolo provvisorio in attesa della sua entrata in vigore: a) se così stabilisce il trattato stesso; oppure b) se gli Stati che hanno partecipato al negoziato hanno, in altra maniera, convenuto in tal senso".

⁵⁵ In questo senso v. A. CIAMPI, *op. cit.*, p. 795.

⁵⁶ E. SAVARESE, *op. cit.*, p. 716.

Abstract

The Protocol No. 14 *bis* to the Convention on the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms

The ever-accelerating influx of new applications represents a serious threat to the effectiveness of the European Court of Human Rights as the centre-piece of the European human rights protection system. Pending the entry into force of Protocol No. 14, therefore, the High Contracting Parties have agreed upon adopting Protocol No. 14 *bis*, limited to those procedural measures contained in Protocol No. 14 that would be most rapidly effective in increasing the Court's case-processing capacity. This article argues that such procedural measures, i.e. the "single judge procedure" and the three-judge committee for repetitive cases, could increase the efficiency of the Court, though not providing a definitive answer to the Court's problem. It also examines the provision under which a Contracting Party may express its consent to be bound by Protocol No. 14 *bis* by signature without reservation as to ratification and the provision under which it may apply it on a provisional basis. According to this article, even though such provisions are intended to facilitate the earliest possible application of the protocol, they could involve delicate matters of form under the Law of Treaties.

Le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata o tardiva trasposizione di una direttiva comunitaria non *self-executing*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso all’esame delle SS.UU. – 3. I due orientamenti della giurisprudenza sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva. La posizione delle SS.UU. – 4. Conclusioni.

1. La pronuncia resa a Sezioni Unite dalla Cassazione il 17 aprile 2009, n. 9147, qui commentata, rappresenta il punto di approdo (o, forse, di partenza) di una lunghissima evoluzione giurisprudenziale che ha avuto ad oggetto il c.d. “fatto illecito del legislatore”, ossia la intempestiva (o mancata o inesatta) trasposizione nel diritto interno di una direttiva comunitaria non *self-executing* ed attributiva di diritti in capo ai singoli¹.

¹ In dottrina v. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13 ss.; G. TESAURO, *Responsabilità degli Stati per violazioni del diritto comunitario*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario*, Bruxelles, 1997, p. 297 ss.; F. TORIELLO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Contr. imp./E.*, 1997, p. 682 ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *EDP*, 1998, p. 745 ss.; R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell’illecito “costituzionale” del legislatore)*, in *Contr. imp./E.*, 1999, p. 101 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; C. KONEIG, A. HARATSCH, M. BONINI, *Diritto europeo. Introduzione al Diritto pubblico e privato della Comunità e dell’Unione Europea*, Milano, 2000, p. 190 ss.; A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 223 ss.; S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *DCSI*, 2002, p. 689 ss.; T. TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, IV, Padova, 2003, II ed., p. 644 ss.; U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2003, p. 241 ss.; C. BUONAURO, *Il risarcimento del*

Sulla scorta dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, gli interpreti si sono chiesti quale tipo di responsabilità si configuri in capo allo Stato membro che trasponga con ritardo o inesattamente o non trasponga affatto una direttiva comunitaria e quali tipi di pretese i singoli danneggiati possano avanzare nei confronti dello Stato inadempiente.

Dopo aver richiamato il consolidato orientamento della Corte di giustizia, la sentenza in esame, risolvendo un contrasto giurisprudenziale oramai insostenibile², ha risposto ai due quesiti appena sintetizzati, aderendo ad un minoritario e meno recente orientamento della giurisprudenza di legittimità e spazzando via, in un sol colpo, la consolidata tesi (sostenuta, peraltro, anche da una consistente giurisprudenza di merito) che, per lungo tempo, ha ricondotto la responsabilità dello Stato nella prospettiva della responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* Questo è il motivo per cui, senza troppe remore, si può affermare che la sentenza in esame appare “rivoluzionaria”, anche e soprattutto perché è la prima volta, nella storia giurisprudenziale italiana, che le Sezioni Unite si occupano del problema della natura della responsabilità dello Stato per inattuazione del diritto comunitario e, dunque, delle forme di tutela dei singoli pregiudicati dalla tardiva attuazione di una direttiva non *self-executing*.

Quella in esame è una pronuncia che può essere guardata sotto due angoli visuali: da un lato, si può affermare che, con essa, le Sezioni Unite abbiano chiuso il cerchio e siano approdate ad una soluzione che, probabilmente, non verrà più messa in discussione, ma, al più, solo ulteriormente approfondita; dall'altro lato, si può, invece, ritenere che la sentenza in commento, sulla scorta di una più remota e timida giurisprudenza, abbia inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale.

danno da atto legislativo, Milano, 2004; E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, G. BENACCHIO, F. LAJOLO DI COSSANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 117 ss.; E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 10 ss.; G. CHINÈ, *Fonti interne e fonti comunitarie: criteri di risoluzione delle antinomie e tutela delle posizioni giuridiche soggettive di diritto comunitario*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, p. 218 s.; E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in G. ALPA, G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 597 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 2008, V ed., p. 94 ss.; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, III ed., p. 129 ss.; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008.

² Basti pensare che, nel 2003, due pronunce rese dalla terza sezione della Corte di cassazione hanno sposato tesi antitetiche: l'una (sentenza del 1° aprile 2003, n. 4915, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2015 s., avente ad oggetto la domanda di risarcimento danni di un consumatore per i danni subiti a causa della intempestiva trasposizione della direttiva comunitaria 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali) esclude che il c.d. “illecito comunitario del legislatore” possa ricondursi alla responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*; l'altra (sentenza del 16 maggio 2003, n. 7630, riguardante la domanda risarcitoria promossa da un medico specializzandosi prima che le direttive comunitarie prescriventi la retribuzione degli specializzandi fossero recepite in Italia, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 1535 ss.), viceversa, accoglie la tesi della responsabilità da fatto illecito. Sulle due pronunce appena citate si rinvia *infra*.

La pronuncia è ricca di contenuti, anche e soprattutto di carattere processuale, ma, nel presente commento, ci si concentrerà sull'aspetto più propriamente comunitario della vicenda.

2. La sentenza in esame riguarda la ritardata trasposizione delle direttive n. 75/362/CEE³ e n. 82/76/CEE⁴ (oltre che della direttiva n. 75/363/CEE)⁵, con le quali la Comunità europea ha disciplinato e reso obbligatoria per tutti gli Stati membri l'istituzione di corsi di specializzazione medica con previsione di adeguata retribuzione per i partecipanti. La direttiva 82/76/CEE, in particolare, andava recepita entro e non oltre il 31 dicembre 1982. Ebbene, lo Stato italiano ha provveduto all'obbligo di trasposizione con d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257⁶ (le cui disposizioni hanno trovato applicazione solo a decorrere dall'anno accademico 1991-1992)⁷.

Ciò posto, appare doveroso premettere sin da ora che, quanto alla natura giuridica, la giurisprudenza comunitaria ha qualificato le direttive appena menzionate come direttive non *self-executing*. Più nel dettaglio, la Corte di giustizia, nell'effettuare dei doverosi distinguo, ha qualificato l'obbligo di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione dei medici specialisti (che abbiano iniziato il periodo di specializzazione anteriormente all'anno 1991/1992) incondizionato e sufficientemente preciso solo nella parte in cui richiede che la formazione si svolga a tempo pieno o a tempo ridotto e sia retribuita. La Corte ha tuttavia specificato che detto obbligo, di per sé solo, non consente al giudice nazionale né di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata, né di individuare l'importo della stessa⁸. Dunque, in sostanza, le disposi-

³ Direttiva 75/362/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, *GUCE* L 167, 30 giugno 1975, abrogata dalla direttiva 93/16/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, intesa ad agevolare la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli, *ivi* L 165, 7 luglio 1993, a sua volta abrogata dall'art. 62 della direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 22 ss. L'art. 62 della direttiva da ultimo citata fa salvi gli atti adottati sulla base delle direttive abrogate.

⁴ Direttiva 82/76/CEE del Consiglio, del 26 gennaio 1982, che modifica le direttive nn. 75/362 e 75/363, *GUCE* L 43, 15 febbraio 1982.

⁵ Direttiva 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico, *GUCE* L 167, 30 giugno 1975, anch'essa abrogata dalla direttiva 93/16/CEE, *cit.*

⁶ Decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257, Attuazione della direttiva n. 82/76/CEE del Consiglio del 26 gennaio 1982, recante modifica di precedenti direttive in tema di formazione dei medici specialisti, a norma dell'art. 6 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (Legge comunitaria 1990), *GURI* 191, 16 agosto 1991. Il d.lgs. 257/1991 attualmente non è più in vigore, in quanto abrogato dall'art. 46 del d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 (pubblicato *ivi* 187, S.O., 23 ottobre 1999), che ha recepito la direttiva 93/16/CEE citata alla nota 3.

⁷ Cfr. l'art. 8, 2° comma, d.lgs. 257/1991.

⁸ Si vedano: sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Annalisa Carbonari e altri c. Università degli studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Uni-*

zioni che prevedono l'obbligo di una adeguata retribuzione a favore dei medici specializzandi hanno contenuto non autoesecutivo.

Da tali assunti è discesa la impossibilità per i medici specializzandi, che hanno frequentato corsi di specializzazione dopo l'entrata in vigore delle direttive comunitarie e prima dell'attuazione da parte dello Stato italiano, di invocare direttamente innanzi ai giudici nazionali il diritto alla retribuzione riconosciuto loro dal legislatore comunitario⁹.

Nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, la Corte di Appello di Lecce, in riforma della decisione resa in primo grado, ha condannato il Ministero dell'università e della ricerca scientifica¹⁰ a pagare, in favore dell'attore, la

versità e della Ricerca Scientifica e Ministero del Tesoro, Raccolta, p. I-1103 ss.; sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2000, causa C-371/97, *Cinzia Gozza e altri c. Università degli Studi di Padova e altri*, *ivi*, p. I-7881 ss. In dottrina v. R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 836 ss.

⁹ Appare doveroso segnalare due pronunce rese dalla Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite, le quali, seppur riguardando la intempestiva attuazione delle direttive comunitarie sulla retribuzione dei medici specializzandi, hanno affrontato delicati problemi di riparto di giurisdizione. Ci si riferisce alle sentenze del 10 aprile 2002, n. 5125 (in *Guida al Diritto*, 2005, n. 15, p. 78 ss.) e del 4 febbraio 2005, n. 2203 (*ivi*, p. 75 ss.; v. il commento di R. CONTI, *Medici specializzandi e vademecum delle S.U. sull'applicazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 961 ss.). È bene specificare che, in entrambe le pronunce, le Sezioni Unite non analizzano il problema della natura della responsabilità dello Stato per tardiva trasposizione di direttive comunitarie, sottolineando come la questione della riconducibilità della detta fattispecie di responsabilità al paradigma dell'art. 2043 c.c. attenga al merito e non alla giurisdizione. Ciò precisato, le Sezioni Unite, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale in punto di giurisdizione, partono dal contenuto delle sentenze della Corte di giustizia *Gozza e Carbonari* (citate alla nota precedente) e, dunque, assumono a fondamento delle loro conclusioni la considerazione per cui le direttive comunitarie – ed in particolare la direttiva 82/76/CEE – nella parte in cui prevedono l'obbligo di retribuire la formazione del medico specializzando, hanno natura incondizionata e sufficientemente precisa. Da ciò discende che la natura della situazione giuridica che esse attribuiscono in favore degli specializzandi ad una adeguata remunerazione non può che avere natura e consistenza di diritto soggettivo, laddove – si precisa – una qualificazione in termini di interesse legittimo, presupponendo la presenza di una scelta discrezionale della P.A., non sarebbe idonea ad assicurare una soddisfazione incondizionata della pretesa nascente dal diritto comunitario. Dunque, l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato-legislatore per tardivo riconoscimento di direttive comunitarie e, nel caso concreto, la domanda con cui un laureato in medicina, ammesso alla frequenza di un corso di specializzazione, chieda la condanna della P.A. al pagamento in suo favore del trattamento economico pari alla borsa di studio per la frequenza di detto corso – fondando detta richiesta sull'obbligo dello Stato di risarcire il danno derivante dalla mancata trasposizione, nel termine prescritto, delle direttive comunitarie ed, in particolare, della direttiva 82/76/CEE – bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice cui spetta, in linea di principio, la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo. A ciò si aggiunge che la pretesa risarcitoria dev'essere distinta dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto, la quale posizione potrebbe avere natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento. Più di recente v. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 6 maggio 2008, n. 1994, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in merito alla pretesa, da parte degli iscritti alle scuole di specializzazione, delle relative borse di studio.

¹⁰ Attualmente denominato, ex l. 121/2008, di conversione del d.l. 85/2008, Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

somma di euro 26.855,72 (oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal 5 novembre 1992, data in cui l'attore ha superato il corso di formazione quadriennale), a titolo di risarcimento del danno derivante dalla mancata trasposizione, nel termine prescritto, delle direttive comunitarie (ed in particolare, della direttiva n. 82/76/CEE) prevedenti – come già specificato – l'obbligo di retribuire la formazione del medico specializzando.

Il Ministero, nel ricorrere in Cassazione, ha affidato le sue doglianze a cinque motivi di ricorso¹¹. Più nel dettaglio, col secondo motivo di ricorso, il Ministero ha denunciato violazione degli articoli 112, 345 e 346 c.p.c., unitamente a vizio di motivazione, per avere il giudice di secondo grado deciso su domanda risarcitoria non proposta in primo grado. Invero, la Corte di Appello di Lecce ha ritenuto azionato da parte dell'attore, seppur in assenza di espressa qualificazione in tal senso nell'atto introduttivo del giudizio, il diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, per violazione dell'obbligo dello Stato di dare attuazione alle direttive comunitarie, tardivamente trasposte, che hanno imposto di remunerare adeguatamente il medico per la frequenza di un corso di specializzazione. Le Sezioni Unite, nel rigettare il motivo di ricorso, osservano: “È pacifico che la domanda proposta dal C., laureato in medicina ammesso alla frequenza di corso universitario di specializzazione (nella specie, a partire dal 1988), di condanna della pubblica amministrazione al pagamento in suo favore del trattamento economico pari alla borsa di studio per la frequenza di detto corso, richiamando il complessivo quadro normativo, assumeva a *causa petendi* l'obbligo dello Stato di trasposizione, nel termine prescritto, delle direttive comunitarie (...) prevedenti l'obbligo di retribuire la formazione del medico specializzando e rivendicava il diritto al pagamento in base alla normativa nazionale di trasposizione (D.Lgs. 8 agosto 1991, n. 257)”¹².

Ciò detto, nell'esaminare il terzo motivo di ricorso (che è quello che interessa la tematica di cui ci si occupa nel presente commento), le Sezioni Unite affermano di dover correggere, *ex art. 384, 2° comma, c.p.c.*, la motivazione della decisione resa in secondo grado, atteso che “il giudice del merito non ha violato l'art. 112 c.p.c., nel qualificare, correttamente, la pretesa avanzata come domanda di risarcimento del danno subito per la mancata attuazione di direttive Cee, ma è incorso in violazione di norma di diritto laddove ha ricondotto tale pretesa risarcitoria alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.”¹³. È proprio da questa affermazione che scaturisce l'analisi condotta dalle Sezioni Unite sulla natura della responsabilità del legislatore per tardiva attuazione di direttive comunitarie non *self-executing*.

3. Il punto focale della pronuncia – come appena evidenziato – è rappresentato dalla qualificazione della responsabilità e del “danno” derivante dalla tar-

¹¹ Saranno oggetto di specifica attenzione il secondo e, soprattutto, il terzo motivo di ricorso, in quanto strettamente attinenti alla tematica della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

¹² Punto 3.1. della motivazione.

¹³ Punto 4.3 della motivazione.

diva attuazione di una direttiva comunitaria non *self-executing*. Ebbene, sul punto le Sezioni Unite, dopo aver dato contezza dei due orientamenti che, nel corso degli anni, si sono plasmati all'interno della nostra giurisprudenza di legittimità, espressamente aderiscono alla tesi minoritaria, sottilmente smontando gli assunti dell'orientamento dominante. Invero, secondo quest'ultimo, il c.d. "illecito comunitario del legislatore" dev'essere ricondotto alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.¹⁴. Dunque, la responsabilità dello Stato per mancata, inesatta o

¹⁴ Tra le tante pronunce che hanno aderito a tale orientamento si menzionano le seguenti sentenze della Cassazione civile, sez. lavoro: del 9 novembre 1994, n. 9339 (in *Dir. lav.*, 1994, p. 559 ss.); dell'11 novembre 1994, n. 9475 (in *Foro it.*, 1995, I, c. 831 ss.); dell'11 giugno 1998, n. 5846 (in *Foro amm.*, 1999, p. 1414 ss.), avente ad oggetto la tardiva attuazione della direttiva 80/987/CEE (concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, *GUCE L 283*, 20 ottobre 1980), ove espressamente si qualifica la responsabilità dello Stato italiano come responsabilità *ex art. 2043 c.c.* ed ove ulteriormente si specifica non solo che l'inattuazione di una norma comunitaria – in base alla quale sia delineabile una posizione di vantaggio per i singoli – importa il diritto al risarcimento dei danni nei confronti dello Stato al quale sia imputabile l'inattuazione, ma anche che la responsabilità patrimoniale dello Stato – da affermare anche se l'inadempienza sia stata determinata dagli organi legislativi – è uno strumento necessario del sistema giuridico comunitario. Possono altresì ricordarsi due pronunce della Cassazione civile, sez. III, che hanno avuto lo stesso oggetto di quella oggetto del presente commento, ossia la tardiva attuazione delle citate direttive 75/362/CEE e 82/76/CEE: del 16 maggio 2003, n. 7630, cit. e, più di recente, del 12 febbraio 2008, n. 3283 (in *Giur. it.*, 2008, p. 1372 ss.; v. la nota di C. PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la cassazione interviene ancora*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 1559 ss.). In particolare, nella pronuncia da ultimo citata, ai punti 3.1 e 3.2 della motivazione, è dato testualmente leggere che "l'omessa o inesatta attuazione di una direttiva comunitaria deve configurarsi come violazione di norme giuridiche cogenti (articoli 5 e 189 del Trattato in relazione all'art. 11 Cost.), e quindi come condotta illecita, fonte di obbligazione risarcitoria (...) il pregiudizio patrimoniale lamentato dagli attori ed interventori per un verso [deve] ritenersi diretta ed immediata conseguenza della condotta dello Stato violativa degli obblighi comunitari e, per altro verso, [deve] trovare ristoro nella tutela risarcitoria (...) l'essere stati gli studenti privati della possibilità di godere dei benefici previsti dalle puntuali e precise disposizioni sovranazionali non può che essere immediatamente e direttamente correlato alla mancata tempestiva attuazione delle stesse [direttive] a livello interno, con la conseguenza che il danno subito dai discenti poi specializzati comunque costituisce una conseguenza immediata e diretta (art. 1223 cod. civ.) dell'illecito (art. 2043 cod. civ.) integrato dalla violazione, da parte dello Stato italiano, degli obblighi derivanti dal Trattato. In linea con l'orientamento della Corte di giustizia delle Comunità europee e con quanto già affermato da questa corte in fattispecie sostanzialmente identica (Cass., 16.5.2003, n. 7630), la sentenza va dunque cassata con rinvio alla stessa corte d'appello in diversa composizione, affinché proceda alla liquidazione del danno subito dai ricorrenti per la mancata, tempestiva recezione nell'ordinamento interno delle disposizioni di cui alle sopra menzionate direttive". Possono ancora menzionarsi le seguenti recenti pronunce: Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza dell'11 marzo 2008, n. 6427 (in *Argomenti*, 2009, p. 531), secondo cui la mancata trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle citate direttive comunitarie 75/362/CEE e 82/76/CEE fa sorgere, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento del danno cagionato per il ritardato adempimento, consistente nella perdita della *chance* di ottenere i benefici – essenziali per consentire un percorso formativo scevro, almeno in parte, da preoccupazioni esistenziali – resi possibili da una tempestiva attuazione delle direttive medesime; Tribunale di Roma, sez. II, sentenza del 16 gennaio 2009; Tribunale di Catanzaro, sez. I, sentenza del 20 aprile 2009, il quale,

tardiva attuazione di una direttiva comunitaria configurerebbe responsabilità per fatto illecito che, in quanto tale, presupporrebbe il dolo o la colpa del danneggiante. Come, però, sottolineano le Sezioni Unite in esame, nel ricondurre la responsabilità *de qua* al paradigma di cui all'art. 2043 c.c., la stessa giurisprudenza non si è preoccupata di fornire "particolari approfondimenti del problema di qualificazione, privo, del resto, di rilevanza nella maggior parte dei casi esaminati"¹⁵. Cioè a dire che, nel ricondurre la responsabilità del legislatore (*id est*, dello Stato) nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., le pronunce rese in merito non si sono premurate di spiegare il perché di tale riconduzione.

Invero, può osservarsi come questo silenzio sia stato la fonte di innumerevoli dubbi, primo fra tutti quello relativo all'elemento psicologico e, dunque, alla possibilità di configurare un addebito, quanto meno a titolo di colpa, allo Stato-legislatore, per tardiva (o mancata) attuazione del diritto comunitario. Il punto è: può mai essere formulato un addebito a titolo di dolo o di colpa allo Stato inadempiente? O meglio, come può il danneggiato, ossia il soggetto che lamenta il prodursi di un danno per non aver potuto invocare un diritto riconosciutogli da una direttiva comunitaria non *self-executing* e trasposta con ritardo o non trasposta affatto, dimostrare la colpa o finanche il dolo del legislatore? Al di là del dolo, la cui dimostrazione si tradurrebbe in una *probatio diabolica*, in che termini si può parlare di "colpa del legislatore"?

Ebbene, sono tutti questi interrogativi che hanno spinto le Sezioni Unite a smentire l'orientamento tradizionale, proprio perché non sufficientemente approfondito. Le stesse Sezioni Unite mettono in evidenza un'anomalia nel pensiero della dominante giurisprudenza italiana: asserire che la responsabilità del legislatore per tardiva o mancata attuazione del diritto comunitario rientri nell'ambito dell'art. 2043 c.c., automaticamente dovrebbe comportare l'applicabilità della prescrizione quinquennale *ex art.* 2947 c.c. Ebbene, come le stesse Sezioni Unite osservano¹⁶, "in un solo caso a quanto risulta, dalla qualificazione si è fatta discendere l'applicabilità della prescrizione quinquennale"¹⁷ (...). Altra

dopo aver fatto espresso riferimento alle citate sentenze della Cassazione civ. 6427/2008 e 3283/2008, testualmente afferma: "Questo Tribunale non intende discostarsi da siffatto ultimo indirizzo, innanzitutto poiché l'unico a rivelarsi in linea con le indicazioni della Corte di Giustizia Europea ed in secondo luogo poiché sostenuto, con argomentazioni condivisibili, dalla più autorevole dottrina occupatasi della questione" (v. il punto 3 della motivazione). In dottrina aderiscono alla riconduzione dell'illecito comunitario del legislatore nell'art. 2043 c.c. L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 523 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005, II ed., p. 116 ss.

¹⁵ V. punto 4.4 della sentenza in esame.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Il riferimento espresso è a Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza del 9 aprile 2001, n. 5249 (in *Dir. lav.*, 2002, p. 36 ss.), secondo la quale l'indennizzo (*rectius*: risarcimento) dovuto al lavoratore subordinato ai sensi dell'art. 2, 7° comma, d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 80 (*GURI* 36, S.O., 13 febbraio 1992), a compensazione del danno da lui subito per effetto della ritardata attuazione da parte dello Stato italiano della direttiva comunitaria 80/987/CEE, cit., trova fondamento nella responsabilità aquiliana degli Stati membri della Comunità europea in caso di omesso recepimento

decisione ha, invece, ritenuto applicabile il termine di prescrizione ordinaria (art. 2946 c.c.), ma nella prospettiva dell'indennizzo in funzione risarcitoria riconosciuto da norma interna di attuazione della direttiva"¹⁸. Pare che, sottilmente, le Sezioni Unite tentino di evidenziare la seguente aporia: come può, ad un tempo, qualificarsi una responsabilità da fatto illecito e farne derivare una prescrizione decennale?

Ciò posto, la pronuncia in commento passa all'esame dell'altro (e minoritario) orientamento della giurisprudenza di legittimità che, contrariamente al primo, esclude che il danno derivante dalla intempestiva attuazione di una direttiva comunitaria, attribuita ai singoli di diritti dal contenuto ben individuato, possa configurarsi come conseguenza di un fatto imputabile allo Stato inadempiente come illecito civile *ex art. 2043 c.c.*¹⁹. Invero, è proprio questo l'orientamento che le Sezioni Unite sposano e che, da un punto di vista cronologico, è antecedente a quello maggioritario. In sostanza le Sezioni Unite fanno un passo indietro, aderiscono alla primigenia tesi giurisprudenziale ed approdano ad una soluzione che, si suppone, aprirà le porte a notevoli disquisizioni dottrinarie.

Le Sezioni Unite, a testimonianza e, soprattutto, a supporto della tesi che esclude che quella dello Stato possa essere una responsabilità per fatto illecito, citano tre importanti pronunce della Corte di cassazione, tutte aventi ad oggetto l'indennità, *ex art. 2, 7° comma, d.lgs. n. 80 del 1992*, "riparatrice" dei pregiudizi patrimoniali subiti dai lavoratori a causa della mancata attuazione della citata direttiva 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni

nel diritto interno delle norme contenute in una direttiva comunitaria. Ne consegue che il termine per la prescrizione del relativo diritto ha durata quinquennale, e non già decennale. Detto termine decorre dalla data in cui si è manifestata la insolvenza del datore di lavoro, ed è, quindi, venuta in essere la pretesa risarcitoria, non rilevando che tale data sia anteriore alla entrata in vigore del citato d.lgs. n. 80 del 1992, purché successiva alla scadenza del termine in cui lo Stato avrebbe dovuto adeguare il proprio ordinamento alle prescrizioni comunitarie. Per una nota a tale pronuncia v. G. VERRECCHIA, *Tardiva attuazione di una direttiva comunitaria e termine di prescrizione del diritto* (Cass., 5 dicembre 2001, n. 15332; Cass., 9 aprile 2001, n. 5249), in *Dir. lav.*, 2002, II, p. 36 ss. L'appena richiamata sentenza n. 5249/2001 è conforme alla sentenza della Cassazione civile, sez. lavoro, del 10 marzo 1999, n. 2097, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 541.

¹⁸ Ci si riferisce a Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza del 4 giugno 2002, n. 8110 (in *Foro it.*, 2002, I, c. 2662 ss.), la quale, come quella di cui alla nota precedente, ha ad oggetto l'indennità (così come definita dallo stesso legislatore) spettante per il danno derivante dalla mancata attuazione della citata direttiva 987/CEE. Si veda la nota a sentenza di M. CORTI, *L'ennesimo contrasto giurisprudenziale sulla prescrizione dell'indennità ex art. 2, settimo comma, d.lg. n. 80/1992*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 184 ss.

¹⁹ Si veda Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza del 9 gennaio 1997, n. 133 (in *Foro it.*, 1998, I, c. 1469 ss.), ove, al punto 13 della motivazione, si legge che "Nel tracciato quadro di regole e principi, non può esservi dubbio che, mediante il peculiare meccanismo della non applicazione del diritto interno confliggente con l'ordinamento comunitario, anche in mancanza di uno specifico intervento legislativo volto a regolare il diritto al risarcimento del danno subito per violazione del diritto comunitario – in generale o con riferimento a fattispecie particolari – il giudice (...) deve riconoscere e tutelare il diritto di credito (non derivante da una fattispecie di illecito riconducibile agli art. 2043 ss. cod. civ.) del cittadino a ricevere una somma di danaro che rappresenti un'adeguata riparazione del pregiudizio subito".

degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza dei datori di lavoro²⁰. Fra le tre pronunce, una e precisamente la 10617/1995, ai fini che qui strettamente interessano, appare piuttosto eloquente. Nella appena citata pronuncia, la Corte di cassazione parte dalle conclusioni alle quali è giunta la Corte di giustizia nella nota sentenza *Francovich*²¹, avente proprio ad oggetto la mancata trasposizione della direttiva 80/987/CEE²², le cui disposizioni, sebbene sufficientemente precise ed incondizionate per quanto riguarda la determinazione dei beneficiari ed il contenuto della garanzia, sono state ritenute non direttamente applicabili, in quanto non hanno precisato l'identità del soggetto tenuto alla garanzia, non potendo lo Stato essere ritenuto debitore per il solo fatto di non aver adottato i provvedimenti di attuazione entro i termini prescritti dal legislatore comunitario.

La Corte di giustizia, nella stessa sentenza *Francovich*, ha enunciato il notissimo principio in base al quale dalla violazione degli articoli 5 e 189 TCE (poi articoli 10 e 249, che corrispondono agli attuali articoli 4, par. 3 TUE e 288 TFUE), in forza dei quali gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione dei doveri derivanti dal diritto comunitario, discende l'obbligo dello Stato inadempiente di risarcire il danno subito dai singoli cui l'attuazione della direttiva avrebbe attribuito diritti dal contenuto ben individuato sulla base della direttiva medesima, sempre che, però, sussista un nesso causale tra la violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato ed il pregiudizio subito dal singolo²³. In sostanza, qualora

²⁰ Le tre sentenze della Cassazione civile, sez. lavoro, sono le seguenti: del 19 luglio 1995, n. 7832 (in *Il fallimento*, 1996, p. 137 ss.); dell'11 ottobre 1995, n. 10617 (in *Foro it.*, 1996, I, c. 503 ss.); del 5 ottobre 1996, n. 8739 (in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 254 s.).

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, *Raccolta*, p. I-5357 ss. Per una esauriente analisi della pronuncia *Francovich* e della giurisprudenza comunitaria ad essa successiva v. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 248 ss. Si vedano, altresì, A. BARONE, R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 146 ss.; M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 505 ss.; P. MORI, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 513 ss.; G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 150 ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, p. 1585 ss.

²² La direttiva 80/987/CEE (abrogata dall'art. 16 della direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro, *GUUE* L 283, 28 ottobre 2008, p. 36 ss.) ha imposto agli Stati membri di istituire un meccanismo di garanzia per i crediti retributivi maturati e non riscossi. La direttiva andava trasposta entro il 22 aprile 1983, ma l'Italia ha provveduto al recepimento solo col d.lgs. n. 80 del 1992, *cit.* Di fronte a tale prolungato inadempimento, è stato chiesto alla Corte di giustizia se i lavoratori potessero invocare direttamente i benefici della direttiva, nonché pretendere dallo Stato membro inadempiente il risarcimento del danno patrimoniale subito per effetto della mancata trasposizione.

²³ La responsabilità dello Stato, dunque, si collega al principio di effettività del diritto comunitario. Ove una norma comunitaria possa spiegare piena efficacia solo a condizione che lo Stato

uno Stato violi l'obbligo di attuare una direttiva, il diritto al risarcimento sorge in presenza di tre condizioni²⁴, così riassumibili: *in primis*, è necessario che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore di singoli; *in secundis*, occorre che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; in terzo luogo, deve ravvisarsi un nesso causale tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti che si ritengono lesi²⁵.

Il diritto al risarcimento del danno, come la Corte di giustizia ha precisato, trova il suo fondamento direttamente nel diritto comunitario, ma è nell'ambito del diritto nazionale che vanno individuate le regole e le condizioni, di carattere formale e sostanziale, per ottenere il ristoro²⁶, in ossequio, tra l'altro, alla nota considerazione per cui il diritto comunitario non conosce la distinzione, tutta interna al diritto italiano, tra interessi legittimi e diritti soggettivi; onde esso può solo imporre allo Stato-apparato il raggiungimento di un determinato risultato, dovendo rispondere ai criteri dell'ordinamento giuridico interno la qualificazione della situazione soggettiva dei privati²⁷.

tenga una condotta attiva – ossia la trasponga nel diritto interno – l'efficacia del diritto comunitario e la tutela dei diritti sarebbero messe a repentaglio laddove ai singoli fosse impedito agire per il risarcimento del danno, non potendo far valere il diritto attribuito dalla norma comunitaria, non incondizionata, innanzi ai giudici nazionali.

²⁴ Per un esame degli sviluppi successivi alla sentenza *Francovich*, dalla quale emerge la condizione di una violazione “qualificata”, cioè grave e manifesta, si rinvia alla nota 37.

²⁵ La sentenza *Francovich* viene unanimemente riconosciuta come la inauguratrice della giurisprudenza sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, anche se, a ben vedere, le premesse erano state già poste anni addietro con la pronuncia *Van Gend & Loos* (sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, *Raccolta*, p. 3 ss.). Con quest'ultima nasce la giurisprudenza sull'effetto diretto e si afferma che l'ordinamento comunitario, che è ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, conferisce diritti ai singoli, che possono essere fatti valere innanzi ai giudici nazionali e che rappresentano una “contropartita” di precisi obblighi imposti agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie. Si può ricordare, ancora, la sentenza *Russo* (sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 1976, causa C-60/75, *Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)*, *Raccolta*, p. 45 ss.), ove si afferma a chiare lettere che quando un singolo lamenti un pregiudizio a causa della violazione, da parte dello Stato, di una norma di diritto comunitario, lo Stato medesimo deve risponderne conformemente alle norme di diritto interno relative alla responsabilità della Pubblica amministrazione.

²⁶ Nella medesima sentenza *Francovich* la Corte specifica che, in ogni caso, le condizioni di carattere formale e sostanziale stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni prodotti da illeciti comunitari commessi dallo Stato non devono essere meno favorevoli delle condizioni che riguardano reclami di analoga natura (principio di equivalenza) e, comunque, non devono rendere impossibile od eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività).

²⁷ Sul punto si ricorda la nota pronuncia n. 8385 del 27 luglio 1993 resa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1953 ss.), nella quale, al punto 4-a) della motivazione è affermato: “Ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la posizione giuridica soggettiva dedotta dal privato contro la pubblica amministrazione in forza di una norma comunitaria deve essere qualificata con esclusivo riferimento ai criteri

Ciò posto, la sentenza 10617/1995²⁸ prosegue in considerazioni che vengono fatte proprie ed ulteriormente specificate dalle Sezioni Unite in esame. Si osserva che la funzione legislativa, così come disegnata dalla nostra Carta fondamentale, è espressione del potere politico, per definizione libero nei fini e, dunque, sottratto a qualsivoglia sindacato giurisdizionale, di fronte al quale non si possono configurare situazioni soggettive protette dei singoli. Se così è, non si può configurare un diritto o, comunque, una pretesa dei singoli all'esercizio del potere legislativo e, di conseguenza, deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento interno, la pretesa del singolo all'esercizio della *potestas* legislativa.

L'importanza dell'assunto merita di essere riportato con le parole proprie della Corte di cassazione, che nella citata sentenza 10617/1995 ha affermato: "Deve (...) escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di Giustizia, possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento. Ne discende che, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, la pretesa dei singoli ad ottenere il risarcimento dei danni che siano stati loro provocati a seguito della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sussistendo le condizioni individuate dalla sentenza della Corte di Giustizia [sent. *Francovich*], non può essere altrimenti qualificata che come diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell'esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione"²⁹.

In sintesi, il ragionamento logico che deve seguirsi è il seguente: lo Stato italiano, nel ratificare il Trattato CE, si è obbligato a recepire le direttive comunitarie e, dunque, si è obbligato a conformarsi al diritto comunitario; da un punto di vista di diritto interno, invece, l'esercizio del potere legislativo è e resta libero nei fini e non può configurarsi il diritto soggettivo del singolo all'esercizio della

dell'ordinamento giuridico nazionale, e quindi, in base al criterio del *petitum* sostanziale, a nulla rilevando che all'ordinamento comunitario sia ignota la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi". Tale rilevante pronuncia viene, tra l'altro, richiamata anche dalle Sezioni Unite in commento, al punto 4.8 della motivazione.

²⁸ Per un commento a tale sentenza si vedano R. CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 313 ss.; E. SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in Cassazione*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 503 ss.

²⁹ Con queste parole, velatamente, la Corte di cassazione, alle cui conclusioni si ispireranno le Sezioni Unite in commento (v. più ampiamente *infra*), asserisce che il "debito" dello Stato inadempiente va sottratto all'area dell'illecito aquiliano e configurato come indennizzo *ex lege*. La motivazione della sentenza 10617/1995 è fatta propria dalla Cassazione civile, sez. III, nella sentenza 4915/2003, cit., su cui si vedano E. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 718 ss.; E. CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttive comunitarie*, in *Giur. it.*, 2004, p. 46 ss.

potestà legislativa. Cioè a dire che la responsabilità dello Stato per inattuazione del diritto comunitario non può racchiudersi nelle maglie dell'art. 2043 c.c., pena un corto circuito del sistema, in quanto è impedito configurare il dolo o la colpa del legislatore nell'esercizio di una attività – giustappunto quella legislativa – che, nell'ordinamento interno, per definizione, è libera nei fini ed insindacabile nel merito ed il cui esercizio o non esercizio non potrebbe mai configurare un fatto illecito *stricto sensu*.

Ebbene, tutte le considerazioni appena fatte vengono dalla Sezioni Unite in esame racchiuse in un solo passaggio: “stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione”³⁰.

Può senza remore affermarsi che le parole appena riportate rappresentano la sintesi, il fulcro, il cuore del pensiero argomentativo delle Sezioni Unite, le quali ribadiscono il concetto per cui l'ordinamento comunitario e quello interno sono e restano distinti, ancorché comunicanti, ed aggiungono che il c.d. “fatto illecito del legislatore” è “antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno”, onde, da un punto di vista sistematico, è scorretto discorrere di fatto illecito *stricto sensu*, per definizione *contra ius* e *non iure*. Riprendendo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza comunitaria, le Sezioni Unite non mettono in dubbio il principio per cui “per risultare adeguato al diritto comunitario, il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario”³¹. È vero che i due ordinamenti sono distinti, ma è pur vero che sullo Stato vige l'obbligo di conformazione al diritto comunitario e, dunque, l'obbligo di ristorare i singoli che non hanno potuto vantare la titolarità di un diritto loro attribuito da una direttiva comunitaria non *self-executing* e, in quanto tale, non direttamente invocabile innanzi alle giurisdizioni nazionali.

³⁰ Ciò è quanto affermato nel punto 4.5 della sentenza in commento. Un'affermazione di tal fatta è rinvenibile anche in un'altra pronuncia della Corte di cassazione, avente sempre ad oggetto la mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE: ci si riferisce a Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza del 10 febbraio 1998 n. 1366 (in *Foro it.*, 1998, I, c. 1469 s.), in cui si legge: “Tenuto conto della rispettiva distinzione ed autonomia tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, non necessariamente il comportamento di uno Stato qualificato come antiggiuridico in ambito comunitario ha identica connotazione in ambito interno e la giurisprudenza di questa Corte ha normalmente escluso che il danno derivante dalla mancata attuazione nei termini prescritti di una direttiva delle Comunità economiche europee, la cui attuazione avrebbe comportato l'attribuzione ai singoli di ben determinati diritti, sia riconducibile alla previsione di cui agli artt. 2043 e segg. c. civ. Questa Corte di legittimità, ha anche precisato che il contrasto eventuale tra norma interna e norma comunitaria non comporta né la caducazione né l'abrogazione della prima, ma solo la sua eventuale disapplicazione”. Per una nota alla pronuncia appena citata si veda F. MUZI, *Ancora sull'indennità per mancata attuazione della direttiva cee n. 987 del 1980*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1943 ss.

³¹ Punto 4.6 della motivazione.

Le Sezioni Unite, nello sviluppo dell'*iter* motivazionale, espressamente richiamano la nota sentenza della Corte di giustizia, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*³², la quale ha avuto il merito di approfondire ulteriormente la tematica della responsabilità degli Stati membri per i danni derivati ai singoli a causa di violazioni del diritto comunitario e di aver specificato “i parametri per valutare la conformità del diritto interno ai risultati imposti dall’ordinamento comunitario”³³, parametri che vengono richiamati *in toto* dalle Sezioni Unite, allo scopo proclamato di dare “continuità alla giurisprudenza da ultimo richiamata”³⁴.

Per completezza argomentativa appare opportuno riassumere i principi elencati dalle Sezioni Unite in esame e desunti dalla citata sentenza *Brasserie du Pêcheur*: 1) il principio per cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili trova applicazione anche laddove l’inadempimento contestato sia riconducibile al legislatore nazionale³⁵; 2) di fronte ad una norma comunitaria (anche provvista di effetti diretti)³⁶, “un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comuni-

³² Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri (Brasserie du Pêcheur)*, Raccolta, p. I-1029 ss. Per un commento si vedano: G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 322 s.; G. B. GOLETTI, *Diritto comunitario e responsabilità nazionali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2184 ss.; R. CARANTA, *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazione del diritto comunitario*, *ivi*, 1997, p. 58 ss.

³³ *Incipit* del punto 4.7 della motivazione.

³⁴ Punto 4.8 della motivazione.

³⁵ Si veda il punto 36 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*.

³⁶ Nella sentenza *Franovich*, la Corte di giustizia, per la specificità del caso sottoposto alla sua attenzione, si è soffermata sulle conseguenze di carattere risarcitorio derivanti dalla mancata attuazione di una direttiva priva di effetti diretti. La giurisprudenza comunitaria successiva ha assolto il compito di specificare ed ampliare i principi espressi nella appena citata pronuncia ed ha riconosciuto che l’obbligo di risarcimento sussiste anche nel caso di mancata attuazione di una direttiva avente effetti diretti. Si ricorda la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori c. Recreb Srl*, Raccolta, p. I-3325 ss., relativa alla mancata attuazione in Italia della direttiva 85/577/CEE, cit., nella quale la Corte, dopo aver specificato che le disposizioni della direttiva riguardanti il diritto di recesso sono da considerare sufficientemente precise ed incondizionate e, dunque, dotate di effetti diretti (v. punto 12 ss.), e dopo aver escluso che la direttiva possa essere fatta valere nei rapporti orizzontali con altri privati, in quanto essa “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” (punto 20), afferma: “Posto che ci sia un danno e che tale danno sia dovuto alla violazione da parte dello Stato dell’obbligo a lui incombente, spetterà al giudice nazionale garantire il diritto dei consumatori lesi al risarcimento, nell’ambito delle norme nazionali in tema di responsabilità” (punto 29); dunque, riconosce che il diritto al risarcimento del danno sorge anche nell’ipotesi di mancata trasposizione di una direttiva avente effetti diretti. La sussistenza dell’obbligo risarcitorio a carico dello Stato anche in caso di mancata attuazione di una direttiva avente effetti diretti viene riconfermato nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, nella quale la Corte testualmente afferma che “la facoltà degli amministratori di far valere dinanzi ai giudici nazionali disposizioni del Trattato aventi effetto diretto costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione del Trattato (...). Questa facoltà, intesa a far preva-

tario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata [*id est*, grave e manifesta]³⁷ e, infine, che esista

lere l'applicazione di norme di diritto comunitario rispetto a quella di norme nazionali, non è idonea a garantire in ogni caso al singolo i diritti attribuitigli dal diritto comunitario e, in particolare, ad impedire il verificarsi di un danno conseguente ad una violazione di tale diritto imputabile ad uno Stato membro. Orbene, (...) la piena efficacia delle norme comunitarie sarebbe messa a repentaglio se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti fossero lesi da una violazione del diritto comunitario. Ricorre un'ipotesi di tal genere allorché un singolo, che sia rimasto vittima della mancata attuazione di una direttiva e si trovi nell'impossibilità di far valere direttamente dinanzi al giudice nazionale determinate disposizioni di quest'ultima, per via del loro carattere insufficientemente preciso e incondizionato, intenta un'azione di risarcimento danni contro lo Stato inadempiente (...). In siffatta ipotesi, che si verificava nella menzionata causa Francovich e a., il risarcimento è diretto a rimuovere le conseguenze dannose causate ai beneficiari di una direttiva dalla mancata attuazione di quest'ultima da parte di uno Stato membro. Tale è inoltre il caso della lesione di un diritto direttamente conferito da una norma comunitaria che i singoli possono per l'appunto invocare dinanzi ai giudici nazionali. In tale ipotesi, il diritto al risarcimento costituisce il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito" (punti 20, 21 e 22).

³⁷ Quanto a tale condizione, nei punti 55 e 56 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*, la Corte di giustizia specifica che "il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale (...) fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario". Nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, dunque, la Corte provvede ad elencare una serie di elementi indicatori di cui i giudici nazionali debbono tenere conto per qualificare una violazione come grave e manifesta. A ben vedere, in molte altre pronunce la Corte di giustizia si è trovata ad affrontare il problema della qualificazione di una violazione del diritto comunitario come "sufficientemente caratterizzata". Quanto al grado di chiarezza e precisione della norma violata, ad esempio, la Corte ha qualificato una violazione del diritto comunitario grave e manifesta "quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione" (punto 57 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*); nello stesso senso si veda la sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2001, causa C-118/00, *Gervais Larsy c. INASTI*, Raccolta, p. I-5063 ss. Viceversa, la Corte ha escluso la sussistenza di una violazione grave e manifesta nell'ipotesi in cui l'interpretazione fornita da uno Stato membro circa una direttiva da trasporre sia stata, sì errata, ma non del tutto irragionevole ed adottata da altri Stati membri. Ciò è quanto affermato nelle seguenti sentenze della Corte di giustizia: del 26 marzo 1996, causa C-392/93, *The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, Raccolta, p. I-1631 ss. (si vedano i punti 43 e 44); del 17 ottobre 1996, cause riunite C-283, 291 e 292/94, *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen*, *ivi*, p. I-5063 ss. (v. punti 47-53); del 24 settembre 1998, causa C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH c. Skatteministeriet*, *ivi*, p. I-5255 ss. (punti 24-32). Quanto, invece, all'ampiezza del potere discrezionale che la norma comunitaria riserva alle autorità nazionali, la Corte ha distinto a seconda che il margine di discrezionalità sia ampio o, viceversa, considerevolmente ridotto se non addirittura inesistente.

un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi"³⁸; 3) in presenza delle tre condizioni appena descritte, è comunque nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, tenuto fermo il principio per cui le condizioni stabilite dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile od eccessivamente difficile l'ottenimento del ristoro³⁹; 4) non si può subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa del legislatore inadempiente⁴⁰; 5) il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario dev'essere adeguato al danno subito, in modo da garantire una tutela effettiva dei loro diritti⁴¹.

stente. In quest'ultimo caso – e cioè nell'ipotesi in cui uno Stato membro, al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si è trovato di fronte a scelte normative ed ha disposto di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto se non addirittura inesistente – secondo la Corte, la semplice trasgressione del diritto comunitario, di per sé sola, può essere rilevante per accertare l'esistenza di una “violazione sufficientemente caratterizzata”. In tal senso si vedano le sentenze della Corte di giustizia: del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, *ivi*, p. I- 2553 ss. (punto 28); del 2 aprile 1998, causa C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, *ivi*, p. I-1531 ss. (punto 109). Si veda, inoltre, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 ottobre 1996, cause riunite C-178, 179, 188, 189 e 190/94, *Erich Dillenkofer e altri c. Bundesrepublik Deutschland*, *ivi*, p. I-4845 ss., punto 29. *A contrario*, quanto più è ampio il margine di discrezionalità tanto più grave deve essere la violazione e, dunque, è necessario subordinare a condizioni restrittive l'insorgere della responsabilità in capo allo Stato membro. Ciò “si giustifica (...) alla luce dei motivi che la Corte ha già considerato rilevanti per giustificare le condizioni restrittive per l'insorgere della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni o degli Stati membri quando esercitano la loro attività normativa in ambiti appartenenti al diritto comunitario e all'interno dei quali godono di un ampio potere discrezionale, in particolare in considerazione del rischio che l'esercizio di tale attività normativa possa essere ostacolato dalla prospettiva di azioni risarcitorie ogni volta che dette istituzioni o detti Stati membri debbano adottare, nell'interesse generale, provvedimenti che possono ledere interessi di singoli” (v. sentenza *British Telecommunications*, punto 40). Più di recente v. la sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2007, causa C-278/05, *Carol Marilyn Robins e altri c. Secretary of State for Work and Pensions*, *ivi*, p. I-1053 ss., punti 72, 73 e 75.

³⁸ Punto 51 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*.

³⁹ V. il punto 67 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*.

⁴⁰ Si vedano i punti 75-80 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*. In dottrina v. M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DCSI*, 1997, p. 681 ss.

⁴¹ V. il punto 90 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*, ove si legge che “il risarcimento, a carico degli Stati membri, dei danni da essi causati ai singoli in conseguenza delle violazioni del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno né possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento”.

A questo punto si può agevolmente osservare che è proprio l'affermazione riportata al punto 4) e, cioè, la non subordinabilità del diritto al risarcimento del danno all'accertamento di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale inadempiente, che deve portare ad escludere la riconduzione della responsabilità dello Stato nella maglie della responsabilità civile extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, proprio perché mancherebbe uno degli elementi essenziali del fatto illecito: l'imputabilità del fatto a titolo di dolo o di colpa. Tra l'altro, come ha osservato la stessa Corte di Giustizia, non si può rinvenire, all'interno dei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri, una stessa nozione di colpa⁴²; in secondo luogo, atteso che una delle condizioni cui subordinare il diritto al risarcimento del danno è la sussistenza di una violazione grave e manifesta, richiedere altresì l'accertamento di una condotta dolosa o colposa da parte del danneggiante significherebbe "rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario"⁴³.

Ebbene, per tale via, le Sezioni Unite giungono alla conclusione circa la qualificazione della responsabilità dello Stato inadempiente e, di conseguenza, circa la pretesa del singolo danneggiato dalla intempestiva trasposizione di una direttiva non *self-executing*. Utilizzando le parole della Suprema Corte: "va data continuità all'indirizzo della giurisprudenza da ultimo richiamata [*id est*, sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*], secondo cui i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica⁴⁴ (...). In conclusione (...), si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile"⁴⁵.

In sostanza le Sezioni Unite superano la ricostruzione della responsabilità come derivante da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* (perché – lo si ripete – non sarebbe possibile formulare un giudizio a titolo di dolo o di colpa in capo al legislatore inadempiente) ed aderiscono ad una tesi che potremmo definire "innovativa" e che può riassumersi nei termini seguenti: qualora il legislatore italiano tardi a trasporre una direttiva comunitaria o, comunque, non la trasponga affatto, pone in essere un comportamento che è anti-giuridico per il diritto comunitario ma che è, viceversa, lecito per il diritto interno, atteso l'assunto tranciante per cui la *potestas* legislativa è libera ed insindacabile; il ritardo del legislatore,

⁴² Si veda il punto 76 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*.

⁴³ V. il punto 79 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*. In sostanza, la Corte afferma che nella violazione grave e manifesta risulta assorbito anche il requisito della colpa. Dunque, richiederne l'accertamento vorrebbe dire mettere a repentaglio il diritto al risarcimento del danno.

⁴⁴ Punto 4.8 della sentenza in commento.

⁴⁵ Punto 4.9 della sentenza in commento.

quindi, rappresenta un fatto lecito (*id est*, non anti-giuridico) per il diritto interno. Di conseguenza il singolo danneggiato non vanterà un diritto al risarcimento del danno, bensì il diritto ad essere indennizzato (e l'indennizzo, per definizione, presuppone un'attività lecita benché produttiva di un danno) del pregiudizio subito per effetto della ritardata trasposizione di una direttiva non *self-executing* ed attributiva di un diritto. Da tale conclusione deve necessariamente discendere che “la pretesa risarcitoria (...), insorta nel momento in cui il pregiudizio si è verificato, è assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale”⁴⁶.

4. C'è un punto della pronuncia annotata che merita di essere particolarmente sottolineato: trattasi del capoverso del punto 4.5, ove, nell'affermare a chiare lettere che “stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione”, le Sezioni Unite, sulla scia della continuità, aderiscono alla c.d. “teoria dualistica” (che propugna la separatezza dell'ordinamento nazionale e di quello comunitario), consacrata dalla Consulta nella nota sentenza n. 170/1984 e, da allora, dominante negli orientamenti della nostra giurisprudenza. Invero, è proprio dall'adesione alla tesi dualistica che le Sezioni Unite fanno discendere la conclusione per cui l'intempestivo recepimento di una direttiva comunitaria non *self-executing* non può costituire fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*, bensì inadempimento di obbligazione *ex lege*, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica.

È ben nota la *querelle* che, per lunghi anni, ha visto contrapposte Corte di giustizia e Corte costituzionale circa i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale e che ha sempre visto la Consulta sposare la tesi della separatezza tra i due ordinamenti giuridici⁴⁷. Ebbene, le Sezioni Unite non solo

⁴⁶ Punto 4.10 della sentenza in esame.

⁴⁷ La questione della ricostruzione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale – anche alla luce della riforma, ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, del titolo V della Costituzione e, soprattutto, dell'art. 117, 1° comma – è stata oggetto di attenta analisi da parte della dottrina. Senza pretesa di esaustività e limitandoci alla sola dottrina italiana, si rinvia a F. LAURIA, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Torino, 1992, III ed., p. 182 ss.; L. FERRARI BRAVO, E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, I, Napoli, 2002, p. 197 ss.; M. CONDINANZI, *L'adattamento al diritto comunitario e dell'Unione europea*, Torino, 2003, p. 41 ss.; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, V ed., p. 316 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2004, IX ed., p. 342 ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Torino, 2005, III ed., p. 371 ss.; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea. Verso una Costituzione europea*, Torino, 2005, IV ed., p. 398 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, Napoli, 2006, V ed., p. 213 ss.; P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, p. 102 ss.; T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, II ed., p. 143 ss.; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2007,

mostrano piena adesione alla teoria dualistica e, dunque, la ribadiscono per l'ennesima volta, ma è come se, tra le righe, lanciassero un monito a quanti, per molto tempo, hanno ricondotto la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto comunitario nelle maglie dell'art. 2043 c.c. In sostanza la Suprema Corte a Sezioni Unite denuncia un vizio nella ricostruzione seguita dalla maggioritaria giurisprudenza di legittimità e di merito, che può riassumersi nei termini che seguono: se si accoglie la teoria dualistica e, dunque, si considerano l'ordinamento nazionale e quello comunitario come autonomi e distinti (ancorché coordinati e comunicanti), non si può ricostruire la responsabilità dello Stato per mancata o tardiva attuazione del diritto comunitario come responsabilità da fatto illecito. È proprio sulla scorta della concezione dualistica che deve asserirsi che la mancata o tardiva trasposizione di una direttiva comunitaria non *self-executing* è comportamento del legislatore qualificabile come anti-giuridico solo nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno – che è separato e distinto dal primo – in base al quale, secondo i principi fondamentali e, dunque, intangibili, della nostra Costituzione, la potestà legislativa è libera nei fini ed insuscettibile di qualsivoglia sindacato di merito. Per tale via, la mancata o tardiva trasposizione del diritto comunitario nel diritto interno non può considerarsi un “fatto illecito” in senso tecnico. *A contrario*, è fatto lecito, non anti-giuridico, ma, comunque, pro-

IV ed., p. 121 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 173 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, III ed., p. 245 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, V ed., p. 196 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 326 ss. V. tra i contributi specifici G. COCCO, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *RIDPC*, 1991, p. 641 ss.; A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla “teoria” della separazione alla “prassi” dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1583 ss.; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995, p. 45 ss.; G. M. SERLENGA, *Fonti normative comunitarie e fonti normative nazionali tra separazione e integrazione degli ordinamenti*, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 827 ss.; L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 523 ss.; A. LA PERGOLA, *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, p. 815 ss.; M. DE DOMINICIS, A. NATALI, *Il percorso costituzionale italiano dell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2001, p. 21 ss.; F. GABRIELE, A. CELOTTO, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale. Temi e problemi sull'impatto del diritto comunitario nel sistema italiano delle fonti*, Bari, 2001, p. 131 ss.; V. ONIDA, “*Armonia tra diversi*” e problemi aperti. *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Q. cost.*, 2002, p. 549 ss.; G. GAJA, *La Corte Costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 256 ss.; T. E. FROSINI, *Brevi note sul problematico rapporto fra la Corte Costituzionale italiana e le Corti europee*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006, p. 365 ss.; R. ADAM, *Il diritto comunitario nell'ordinamento giuridico italiano*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, XXVI, 1, Torino, 2006, II ed., p. 76 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti tra fonti europee e fonti nazionali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 274 ss.

duttivo di danni, dei quali i singoli debbono essere ristorati; il ristoro dev'essere, quindi, ricondotto all'indennizzo per attività non antiggiuridica e non già al risarcimento del danno per fatto illecito.

Si può osservare come il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite sia lineare e logico, seppur, talvolta, sinteticamente motivato. Il pensiero della Corte, infatti, è spesso racchiuso in poche righe, pregne di significato, che richiedono un consistente sforzo interpretativo. Può altresì osservarsi che, fin quando la nostra giurisprudenza continuerà a sposare la teoria dualistica – a dispetto di quella monistica, sostenuta, invece, dalla Corte di giustizia – quella seguita dalle Sezioni Unite rappresenterà una soluzione, per così dire, “obbligata”. Le Sezioni Unite – si badi bene – non hanno messo in discussione i principi enucleati nel corso degli anni dalla Corte di giustizia in merito alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario. Al contrario, hanno proclamato aperta adesione ai principi suddetti, dichiarando, *expressis verbis*, di voler dare continuità all'indirizzo della giurisprudenza comunitaria. Nel darle continuità e nel “trasporla” nell'ordinamento interno, le Sezioni Unite non hanno voluto mettere da parte la storica concezione dualistica e, dunque, hanno dovuto contemperare i principi della giurisprudenza comunitaria con quelli dell'ordinamento interno.

Come sottolineato in apertura, la pronuncia in oggetto può considerarsi – a seconda delle opinioni – il punto di arrivo di una lunga evoluzione giurisprudenziale o, al contrario, il punto di partenza di una nuova giurisprudenza, che, presumibilmente, insieme alla dottrina, avrà modo e occasioni di scandagliare, sotto una nuova veste, il tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

Abstract

The Plenary Session of the Italian “*Corte di cassazione*” Gives a Statement on the Nature of the Liability of the State for a Tardy or Absent Transposition of non-*self-executing* EC Directive

This comment takes into examination the judgement of the Plenary Session of the Italian “*Corte di cassazione*” issued on 17th April 2009 No. 9147, with which the Supreme Court solves an internal conflict of the Italian jurisprudence giving a statement on the nature of the liability of the State for a tardy (or absent or incorrect) transposition in the internal law of an EU Directive. In reversing the thesis of the extra-contractual liability, the Supreme Court lays as the basis of its reasoning “the dualistic thesis”. If, though communicating, the EU legal system and the internal one are distinct systems, the tardy or non-existent transposition of an EU Directive is a *contra ius* behaviour for the EU system, while it is lawful for the internal law. This is because the legislative

function is an expression of the political power, by definition free in its aims and so not submitted to the jurisdictional control, therefore it is impossible to predict individual subjective protected situations. Accordingly, damaged individuals cannot lay a claim for damages, while it is possible to claim an indemnity for the detriment caused by the tardy transposition of a non-*self-executing* directive ascribing a right.



Recensioni

Angela Del Vecchio

I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi

Bari, Cacucci, 2009, pp. XI-296



Il volume di Angela Del Vecchio prende le mosse da un'analisi delle attuali, profonde trasformazioni della comunità internazionale, nelle quali risalta la sempre maggiore difficoltà dello Stato a gestire e controllare interessi e fenomeni che, in passato, rientravano nella sua esclusiva competenza. Lo Stato, infatti, non riesce a dare soluzioni a problemi che, per loro natura o dimensioni, appaiono sempre più "transnazionali", a cominciare da quelli relativi alla sicurezza dei cittadini rispetto al terrorismo, all'inquinamento, all'uso e ai trasferimenti di armi di distruzione di massa, alla criminalità organizzata, alla stessa difesa del mercato finanziario interno. In questa crisi della tradizionale società internazionale statocentrica si osserva che lo Stato subisce la concorrenza di nuovi attori internazionali, quali le organizzazioni internazionali, le società multinazionali, i gruppi di pressione, le organizzazioni non governative, che – sia pure con ruoli e in misura differenti – intervengono sulla scena internazionale nei processi di *law-making* e di *law-enforcement*, tradizionalmente prerogative dei soli Stati.

La comunità internazionale tende così a ristrutturarsi secondo nuovi equilibri, sia pure ancora confusi e disordinati, nei quali in dottrina si riconoscono tendenze verticistiche, così come l'emergere di interessi generali della comunità internazionale. Peraltro tale espressione – rileva l'autrice – finisce per confondere, unificandole, due categorie di interessi: quelli che, pur se appartenenti ad ogni singolo Stato, sono identici a quelli degli altri Stati e gli interessi che si risolvono in un unico interesse condiviso da tutti gli Stati e, pertanto, appartenente all'intera comunità internazionale.

Nella nuova realtà internazionale la Del Vecchio individua non solo i dinamismi (più ampiamente riconosciuti) legati al fenomeno della globalizzazione, i quali comportano esercizi di poteri che travalicano le frontiere statali, forze che impongono nuove regole, specie (ma non solo) in campo economico, tendenze alla "omologazione"; ella sottolinea altresì la rilevanza dei dinamismi connessi ai processi di localizzazione, i quali possono considerarsi come "una risposta dialettica alla globalizzazione". Invero, la globalizzazione, con la sua incontroll-

labile forza pervasiva, genera una reazione volta alla riscoperta e alla difesa di interessi e identità più circoscritti e specifici e, in tal senso, localistici.

Dopo questa analisi (svolta nel primo capitolo), nella quale l'autrice mostra una profonda sensibilità nel rilevare gli aspetti strutturali dei fenomeni considerati, il volume si sviluppa nella ricostruzione degli effetti che i dinamismi contraddittori (ma strettamente connessi) della globalizzazione e del localismo comportano sulla proliferazione e sui caratteri dei tribunali internazionali. Una scelta, questa, non certo casuale, poiché una ricaduta di particolare importanza dei suddetti fenomeni riguarda, appunto, l'accertamento delle norme prodotte, ormai, da una pluralità di *rule-makers*, la tutela dei diritti dei nuovi attori internazionali, a cominciare dagli individui, la soluzione di controversie nascenti dall'intreccio tra interessi condivisi della comunità internazionale e interessi che tendono, invece, a specificarsi in dimensioni più ridotte e tra gruppi più ristretti di soggetti.

La Del Vecchio svolge la sua indagine considerando, anzitutto, come la globalizzazione (nelle sue manifestazioni riguardanti l'interdipendenza economica, quella socio-politica, le trasformazioni tecnologiche, la diffusione delle idee e della cultura) produca la creazione di tribunali internazionali chiamati a risolvere conflitti che concernono interessi coinvolgenti l'intera comunità internazionale e che pertanto – sia che riguardino la repressione delle *gross violations* dei diritti umani, o i problemi del diritto del mare o degli scambi commerciali internazionali – richiedono la soluzione da parte di organi aventi una competenza territoriale non predeterminata. L'autrice, peraltro, avverte che tali tribunali non sempre e non necessariamente si inseriscono nella comunità internazionale a livello mondiale: la globalizzazione, infatti, non incide sempre in maniera omogenea o con la stessa intensità in tutte le aree geografiche. Pertanto vanno distinti i casi in cui “la globalizzazione degli interessi porta all'istituzione di tribunali a competenza territoriale non predeterminata, ma comunque a livello mondiale, e casi in cui l'interconnessione dei rapporti incide particolarmente in una determinata area geografica, inducendo così l'istituzione di tribunali a competenza territoriale regionale”.

Sulla base di tale distinzione, il secondo capitolo è dedicato ai tribunali internazionali a competenza universale, mentre il terzo tratta quelli istituiti a livello regionale. Nei tribunali del primo tipo rientrano la Corte internazionale di giustizia, la Corte penale internazionale, il Tribunale internazionale per il diritto del mare, gli organi del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC, il sistema ICSID, i tribunali amministrativi internazionali e gli organi ispettivi istituiti presso talune organizzazioni internazionali. Ampio e articolato è il quadro dei tribunali indotti dal fenomeno della globalizzazione a livello regionale; essi sono opportunamente raggruppati a seconda che rientrino nell'ambito di organizzazioni internazionali di integrazione economica (in particolare, europea, latino-americana, africana) o in sistemi regionali di tutela dei diritti umani.

Nel quarto capitolo sono esaminate le conseguenze che, sul piano della giurisdizione internazionale, derivano dal fenomeno della localizzazione. Tale fenomeno, contrapposto concettualmente a quello della globalizzazione, ma anch'esso suscettibile di mettere in discussione la capacità dello Stato di soddisfare taluni interessi essenziali, può richiedere che la risoluzione delle controver-

sie si realizzi in ambiti geografici più ristretti, nei quali vengono a radicarsi interessi politici, economici, sociali, culturali, che solo in tali dimensioni più limitate possono ricevere adeguata tutela. In questo quadro la spinta all'incremento e alla specializzazione dei tribunali internazionali proviene da diversi fattori: l'intensificazione della produzione normativa (con l'elaborazione di disposizioni non sempre chiare e univoche), la posizione di norme dall'elevato contenuto tecnico, l'opportunità di consentire l'accesso ai tribunali di attori non statali (organizzazioni governative e non governative, società multinazionali, individui), l'esigenza che i componenti del tribunale siano provvisti di una specifica qualificazione tecnica, la rapidità del procedimento, la presenza di giudici appartenenti alla medesima area geografica delle parti, l'uso di una particolare lingua, ecc.

Nello stesso capitolo sono analizzate, quindi, le più significative realizzazioni di tribunali internazionali (nati a seguito del fenomeno del localismo), distinti sulla base della loro competenza *ratione materiae* e *personae*, ma principalmente *ratione loci*. In questo contesto una particolare attenzione è opportunamente rivolta ai tribunali istituiti per giudicare le *gross violations* dei diritti umani. Non si tratta, ovviamente, della Corte penale internazionale, tipica espressione dei processi di globalizzazione verificatisi anche riguardo alla tutela giudiziaria dei diritti umani rispetto alle loro più gravi violazioni. Ci si riferisce, invece, a tribunali aventi competenza limitata, da un punto di vista territoriale e temporale, nati per giudicare crimini commessi in determinati, specifici ambiti locali, in dati momenti storici, in situazioni di particolare complessità. Per tali ipotesi possono risultare non idonee procedure, istituzioni, tribunali costituiti secondo criteri, modalità, lingue processuali predefiniti a livello globale. Dopo avere ricordato i Tribunali di Norimberga e di Tokyo (dei quali l'autrice giustamente nega il carattere propriamente internazionale), sono esaminati i tribunali internazionali *ad hoc*, creati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e in Ruanda. Vengono quindi in considerazione i tribunali penali "misti" (di terza generazione, qualificando di prima generazione i tribunali di Norimberga e di Tokyo e di seconda quelli *ad hoc* istituiti dal Consiglio di sicurezza). Questi – Corte speciale per la Sierra Leone, *Crimes Panels* della Corte distrettuale di Dili, *Extraordinary Chambers* delle Corti della Cambogia – sono costituiti da giudici sia locali che internazionali e applicano norme sostanziali e processuali interne e internazionali. L'aspetto forse più rilevante dei tribunali in parola consiste nella loro localizzazione nello stesso territorio nel quale i crimini sono stati commessi; per tale via – osserva l'autrice – sono agevolate, infatti, la cooperazione internazionale e l'assistenza giudiziaria e, per altro verso, si favorisce la diffusione di una sensibilità per i diritti umani nella popolazione locale e si creano le condizioni per una ricostruzione dell'apparato giudiziario.

Un originale contributo alla classificazione dei tribunali penali competenti a giudicare *gross violations* dei diritti umani è offerto dalla Del Vecchio mediante l'individuazione di una nuova generazione di tribunali: i tribunali penali "internazionalizzati". Essi si caratterizzano per essere, di per sé, tribunali appartenenti

pienamente all'ordinamento interno, che applicano esclusivamente le norme di tale ordinamento e che giudicano solo crimini commessi da cittadini o nel territorio dello Stato in questione. Essi, peraltro, si distinguono dai tribunali meramente interni (ai quali si sostituiscono o si affiancano) perché sono costituiti sia da giudici locali che da giudici internazionali e per il fatto che trovano la propria fonte giuridica in risoluzioni dell'Autorità amministratrice delle Nazioni Unite (i *Panels* in Kosovo), o in un accordo con le Nazioni Unite (il Tribunale speciale per il Libano). Problematica, invece, appare l'esatta qualificazione del Tribunale speciale iracheno, istituito dalle Potenze occupanti e assimilabile, sostanzialmente, ai Tribunali di Norimberga e di Tokyo.

La costituzione dei tribunali penali "internazionalizzati" rappresenta una nuova fase nella evoluzione della giurisdizione internazionale penale, nella quale emerge una tendenza alla riappropriazione da parte degli Stati del proprio potere punitivo, tendenza già parzialmente presente nei tribunali misti, dopo la fase di ritrazione della giurisdizione statale rispetto a tribunali internazionali, collocati in una posizione di supremazia nei confronti della giurisdizione statale (Tribunali per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda) o, quanto meno, di complementarietà (Corte penale internazionale). Il fenomeno, peraltro, non segna un semplice ritorno al passato. I tribunali "internazionalizzati", infatti, sono pur sempre espressione della collaborazione con le Nazioni Unite, hanno una componente internazionale e tendono a supplire all'incapacità (o all'inerzia) dei tribunali "ordinari" nella repressione di crimini che offendono gravemente i diritti umani. Principalmente, la stessa applicazione del diritto interno da parte di tali tribunali rappresenta un'affermazione degli standard normativi internazionali, poiché questi vengono incorporati nel sistema giudiziario interno.

L'ultimo capitolo del volume ha per oggetto le modifiche della giurisdizione internazionale conseguenti alle trasformazioni strutturali della comunità internazionale. Fra tali modifiche si segnalano, in particolare, la previsione del doppio grado di giurisdizione e l'emergere di conflitti di giurisdizione rispetto al medesimo caso; conflitti che possono presentarsi sotto differenti tipologie (dall'autrice rigorosamente ricostruite) e per le quali sono individuati i possibili criteri di soluzione. Le pagine conclusive sono dedicate alle reciproche influenze della giurisprudenza dei diversi tribunali internazionali e, per altro verso, all'esame dei contrasti di giurisprudenza.

Le osservazioni che precedono mettono in luce la notevole ricchezza e complessità delle tematiche oggetto del presente volume, così come i significativi apporti di idee e di soluzioni dell'autrice, maturo risultato di una ricerca e di una riflessione che da anni ella dedica alla materia considerata. Il volume della Del Vecchio, invero, riesce a coniugare in maniera armoniosa e feconda l'analisi dei fenomeni strutturali internazionali con l'esame dei problemi più squisitamente tecnico-giuridici; per tale via ella perviene a conclusioni che si collocano propriamente nel dibattito scientifico relativo allo stato dell'odierna comunità internazionale e del suo diritto, fornendo a tale dibattito importanti stimoli e suggestioni.

Ugo Villani

Pietro Gargiulo, Maria Chiara Vitucci (a cura di)

La tutela dei diritti umani nella *lotta* e nella *guerra* al terrorismo



Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 443

Il volume, curato da Pietro Gargiulo e Maria Chiara Vitucci, raccoglie gli atti, completati e aggiornati, dell'*Incontro di Studio* tenutosi a Teramo il 29 e il 30 novembre 2007 e si inserisce nel dibattito scientifico avente ad oggetto i rapporti tra la protezione della sicurezza pubblica contro il terrorismo internazionale e la tutela dei diritti umani, riconosciuti dal diritto internazionale e interno.

Gli aspetti più salienti di tale dibattito – reso particolarmente vivo dai fatti terroristici dell'11 settembre 2001 – possono così riassumersi. A seguito degli attacchi alle *Twins Towers*, è maturata la consapevolezza che fosse opportuno elaborare nuove e più efficaci strategie di prevenzione del terrorismo, concertate a livello internazionale. Qui è sufficiente ricordare che tra le numerose misure decise dall'ONU e dall'Unione europea, ed attuate dagli Stati membri, rilevano quelle sul congelamento dei beni dei presunti terroristi inseriti in una lista dal Comitato per le sanzioni dell'ONU: tali misure sono state oggetto di censura dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, al Tribunale di primo grado e alla Corte di giustizia dell'Unione europea, per violazione – tra gli altri – dei diritti al contraddittorio e ad una tutela giurisdizionale effettiva degli individui iscritti nelle liste. Inoltre, la lotta al terrorismo ha inciso sensibilmente sulle normative nazionali e dell'Unione europea in materia di immigrazione, asilo e rifugio, rendendole restrittive, sicché le stesse pongono problemi di compatibilità con le disposizioni pattizie applicabili, in particolare con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infine, la *guerra* vera e propria contro i terroristi è stata condotta dai Paesi direttamente minacciati (*in primis* gli Stati Uniti e Israele) con mezzi e metodi che non hanno mancato di suscitare, in dottrina e giurisprudenza, forti perplessità sulla propria conformità al diritto internazionale umanitario e alle norme sui diritti umani applicabili in tempo di guerra.

Il volume, ricco di indicazioni normative, giurisprudenziali e bibliografiche, si articola in tre parti – corrispondenti alle tre sessioni dell'*Incontro* – dedicate, rispettivamente, a “Lotta al terrorismo e tutela dei diritti umani”, “Guerra al

terrorismo e diritto internazionale umanitario”, “Lotta al terrorismo, rifugiati, immigrati”, e contenenti ciascuna numerosi contributi.

Esse sono precedute dalle considerazioni introduttive di Pietro Gargiulo, che trattano ampiamente del quadro complessivo delle problematiche sopra accennate.

Ribadita la preoccupante assenza di un sistema di controllo giurisdizionale sulla iscrizione dei nominativi dei presunti terroristi nelle cosiddette *black lists* e la necessità che il *Counter Terrorism Committee* eserciti un più incisivo controllo sul rispetto, da parte degli Stati, dei diritti umani, del diritto internazionale umanitario e delle norme a tutela dei rifugiati nell’attuazione delle misure decise dal Consiglio di sicurezza, Gargiulo passa in rassegna alcune leggi statali, emanate all’indomani dell’attacco alle *Twin Towers* per contrastare la minaccia terroristica (tra le quali quelle americana, australiana, francese e britannica). L’autore esamina la posizione del Comitato dei diritti umani dell’ONU circa la compatibilità di tali leggi con alcuni diritti contemplati dal Patto sui diritti civili e politici (segnatamente con i diritti al ricorso effettivo e al giusto processo – articoli 2, par. 3, e 14 –, al divieto di tortura – art. 7 –, alla libertà e sicurezza – art. 9 –, alla tutela della vita privata e familiare – art. 17) ed evidenzia il rischio che una definizione troppo generica di terrorismo e di attività terroristiche – come quella risultante dalle normative esaminate – possa criminalizzare l’esercizio di diritti e libertà fondamentali, quali le libertà di espressione, di riunione e di associazione. Ampio spazio è dedicato alla “war on terrorism”, decisa nel 2001 dal Presidente Bush, e alla conseguente definizione dei terroristi come *unlawful enemy combatants*, al fine di giustificare la non applicazione nei loro confronti delle norme di diritto internazionale umanitario (comprese quelle sui prigionieri di guerra) e il ricorso alla tortura come tecnica di interrogatorio. L’autore sottolinea altresì i preoccupanti tentativi di legittimare la non applicazione del principio del *non refoulement* (art. 33, par. 1, Convenzione di Ginevra sulla protezione dei rifugiati del 1951, ritenuto conforme al diritto consuetudinario), in ipotesi di grave pericolo per la pubblica sicurezza (supportati dalla stessa Commissione europea in un documento emanato all’indomani dell’11 settembre – COM(2001)743 def. del 5 dicembre 2001 – ma giustamente respinti dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, tra gli altri nel caso *Saadi c. Italia* del 22 febbraio 2008, in nome della inderogabilità del divieto di tortura), e si occupa della pratica della detenzione amministrativa a tempo indeterminato per i rifugiati in attesa di espulsione per ragioni di pubblica sicurezza (con conseguente possibile violazione della Convenzione di Ginevra e di numerose norme a tutela dei diritti umani già richiamate).

La prima parte del volume si apre con le note introduttive di Francesco Viola, Presidente della sessione, cui segue il saggio di Andrea Bianchi, volto a porre in luce la nefasta influenza della paura collettiva sul diritto e, in particolare, sulla produzione di norme che, nel tentativo di scongiurare la minaccia terroristica, rischiano di comprimere alcuni diritti umani fondamentali, al di fuori dei limiti e delle deroghe consentite a livello internazionale e, talvolta, anche quando il regime dell’emergenza è, di fatto, terminato. A questo scopo

l'autore passa in rassegna alcune leggi e prassi statali particolarmente significative (come quella statunitense), senza dimenticare il ruolo svolto dalla strategia anti-terrorismo decisa dal Consiglio di sicurezza all'indomani dell'11 settembre nella legittimazione di siffatta legislazione dell'emergenza. Il contributo reca inoltre una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza interna che – precisa Bianchi – ha, fino ad oggi, svolto il ruolo più avanzato per garantire il rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo.

Sulla stessa linea di pensiero, le osservazioni di De Sena pongono in luce la necessità di una equilibrata applicazione del principio di proporzionalità, al fine di realizzare il giusto bilanciamento tra esigenze di sicurezza e deroga a diritti umani, anzitutto da parte dei tribunali nazionali, dato che – secondo l'autore – la Corte europea dei diritti dell'uomo ha spesso ritenuto prevalenti le esigenze di protezione degli Stati, in caso di azioni e misure decise dal Consiglio di sicurezza (sentenze *Behrami-Saramati*, del 31 maggio 2007, e *Berić*, del 16 ottobre 2007).

All'analisi dei profili problematici della giurisprudenza del Tribunale e della Corte di giustizia nel controverso caso *Kadi* (sentenze del 21 settembre 2005 e del 3 settembre 2008) sono dedicati gli scritti di Pustorino e Iachipino; il dibattito sulla giurisprudenza della Corte di giustizia è inoltre sviluppato da Arcari, il quale esamina in senso critico il sistema di garanzia dei diritti umani predisposto dall'ONU a favore degli iscritti nelle *black lists*. L'autore si riferisce, tra l'altro, alla sentenza *Kadi* della Corte per suggerire che spetti all'UE e agli Stati, in sede di attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza, stabilire procedure e meccanismi rispettosi dei diritti umani e fornire pronta tutela giudiziaria a coloro che assumano lesi tali diritti, almeno fintantoché – come auspica Arcari – non sarà individuato un organo giurisdizionale indipendente e imparziale, all'interno delle Nazioni Unite, deputato a decidere i ricorsi degli interessati secondo gli standard del giusto processo.

Gli scritti di Saccucci – dedicato alle prassi statali e alle pronunce delle istituzioni internazionali preposte alla tutela dei diritti umani, volte a “relativizzare” i concetti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti alla luce delle caratteristiche del caso concreto, in particolare della precedente condotta e pericolosità dell'individuo che subisce siffatti trattamenti – e di Ingravallo – sul valore processuale delle *black lists* nella giurisprudenza italiana – completano la prima parte del volume.

La seconda si apre con uno scritto di Gioia che tratta del rapporto di specialità tra diritto internazionale umanitario e norme internazionali a tutela dei diritti umani, ai fini dell'applicazione in tempo di guerra, e, su queste basi, analizza i rischi legati ad una definizione della *guerra* al terrorismo come conflitto armato regolato dallo *ius in bello*, pur in assenza dei presupposti obiettivi per qualificarla come tale. L'autore evidenzia che gli Stati utilizzano tale qualificazione per applicare in siffatti contesti il solo diritto umanitario consuetudinario, spesso interpretato in modo da restringere i diritti dei terroristi, giustificare la detenzione a tempo indeterminato (come a Guantanamo), negare l'applicazione dello status di prigionieri di guerra, ammettere la legittimità delle “uccisioni mirate”.

Nella stessa ottica, il successivo scritto di Palchetti esamina criticamente le tesi di quegli Stati (*in primis* gli Stati Uniti) che ravvisano l'esistenza di lacune nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nei Protocolli addizionali del 1977 rispetto ai conflitti in cui uno Stato agisca militarmente, nel territorio di un altro Stato, contro gruppi armati organizzati. Tali posizioni – secondo l'autore – favoriscono l'applicazione selettiva delle sole norme sulla condotta delle ostilità ed escludono il rispetto delle garanzie internazionali a favore dei detenuti nemici.

Gli interventi di Napoletano e di Bartolini sono, rispettivamente, dedicati alla condizione degli *unlawful combatants*, secondo la legislazione americana anti-terrorismo, e all'esame della prassi delle uccisioni mirate alla luce del diritto umanitario e delle norme sui diritti umani. Della ricostruzione dei poteri e degli obblighi della Potenza occupante che si trovi a fronteggiare la minaccia terroristica e dell'uso strumentale dell'esistenza di tale minaccia per giustificare deroghe e alterazioni *extra ordinem* del regime giuridico esistente, si occupa lo scritto di Pertile; sulla problematica individuazione della nozione di terrorismo nell'ambito delle azioni belliche verte l'intervento della Corso.

Le osservazioni di Maria Chiara Vitucci chiudono l'esame dei rapporti tra guerra al terrorismo e diritto internazionale umanitario attraverso un'attenta analisi della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, degli organismi internazionali a tutela dei diritti umani e delle corti interne, a favore della contestuale applicazione di diritto umanitario e norme sui diritti umani in situazioni di conflitto armato e minaccia terroristica. Secondo l'autore, si tratterebbe di un filone giurisprudenziale che, a dispetto delle differenze tra i due *corpus* normativi, "fa un uso più disinvolto" di standard tratti dall'uno o dall'altro settore normativo, allo scopo di bilanciare la scelta degli Stati di qualificare forzatamente la situazione in atto come *guerra*, così da rendere applicabili le norme meno garantiste.

La terza parte del volume si apre con uno scritto di Gabriella Carella, la quale ricostruisce le *extraordinary renditions* come ipotesi di sparizioni forzate, corrispondenti a fattispecie vietate dal diritto internazionale, segnatamente dalla Convenzione interamericana sulla sparizione forzata delle persone del 9 giugno 1994 (non ancora in vigore) e dall'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale. L'autrice esamina inoltre criticamente la tendenza di taluni Stati (tra cui l'Italia nel citato caso *Saadi*) ad equiparare la sicurezza pubblica – che è mezzo di prevenzione, in quanto tale, suscettibile di giustificare deroghe ai diritti umani – ad uno strumento di garanzia del diritto alla vita dei membri della collettività, giungendo ad ammettere, per questa via, l'allontanamento del presunto terrorista verso Paesi in cui possa essere sottoposto a tortura.

In questo contesto si inserisce l'analisi, dal punto di vista del diritto costituzionale e penale italiano, dei rapporti tra *refoulement*, divieto di tortura e sicurezza nazionale – compiuta da Elena Cavasino – e delle garanzie giurisdizionali previste a favore dello straniero in caso di espulsioni per motivi di ordine pubblico e sicurezza – sviluppata da Nicola Pisani.

Ai profili di diritto dell'Unione europea sono dedicati gli svolgimenti di Adelina Adinolfi, volti a verificare in quale misura le iniziative adottate a livello

dell'UE per contrastare il terrorismo influenzino i contenuti e l'applicazione delle norme sulla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione e possano incidere sui diritti umani fondamentali di cittadini di Stati terzi (già tutelati come principi del diritto comunitario). L'autrice sottolinea, altresì, che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la conseguente abolizione dei pilastri, spetterà alla Corte di giustizia realizzare il giusto bilanciamento tra libera circolazione e esigenze di sicurezza pubblica, ispirandosi – suggerisce la Adinolfi – al principio di proporzionalità, in modo da consentire solo quelle limitazioni alla libera circolazione strettamente necessarie per la tutela della pubblica sicurezza.

Chiudono il volume gli scritti di Gratteri, sull'incidenza della lotta al terrorismo sui simboli religiosi con specifico riferimento al caso del velo integrale, e di Terrasi, sui flussi transfrontalieri dei dati personali dei passeggeri dei vettori aerei europei in base all'accordo stipulato dall'UE con gli Stati Uniti nel 2007.

Il volume si segnala per la completezza nell'analisi e per l'approfondimento di ciascuno dei profili problematici della tutela dei diritti umani nella *lotta* e nella *guerra* al terrorismo, con riferimento a tutti i settori normativi rilevanti: il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale umanitario e il diritto dei rifugiati, aprendo al contempo al dialogo con costituzionalisti e penalisti.

Esso fornisce una chiave di lettura delle scelte normative e della giurisprudenza interna e internazionale in argomento, senza dimenticare di formulare proposte *de iure condendo*, richiamando governi e parlamenti nazionali, pur quando agiscano nell'ambito delle Nazioni Unite e dell'Unione europea, ad esercitare le proprie competenze nel pieno rispetto della dignità della persona umana. Invero, come il volume mette efficacemente in luce, il terrorismo offende e colpisce anzitutto la democrazia e le libertà ed ogni tentativo di contrasto del medesimo non può non difendere i valori che il terrorismo vuole negare, partendo proprio dal rispetto e dalla conferma dei diritti fondamentali di ogni individuo. In questo senso, soprattutto i parlamenti nazionali dovrebbero orientare e correggere l'azione dei governi, qualora risultasse pericolosamente orientata verso una sproporzionata e non necessaria restrizione dei diritti umani, affiancandosi, nel far ciò, ai tribunali nazionali che, fino ad ora, hanno dimostrato il maggiore coraggio nel ribadire e difendere i diritti fondamentali della persona umana.

Data l'impostazione seguita, il volume rappresenta, dunque, un utile strumento di analisi anche per studiosi di discipline non internazionalistiche.

Egeria Nalin

Libri ricevuti

Pia Acconci (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. X-213.

Roberto Adam, Antonio Tizzano, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2010, II ed., pp. XXVI-426.

Giulio Bartolini, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, Jovene, 2009, pp. XIV-701.

Maria Caterina Baruffi, Ruggiero Cafari Panico (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Padova, CEDAM, 2009, pp. IX-234.

Giuseppe Bronzini, Fausta Guarriello, Valeria Piccone (a cura di), *Le scommesse dell'Europa*, Roma, Ediesse, 2009, pp. 526.

Andrea Carcano, *L'occupazione dell'Iraq nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XI-361.

Gabriella Carella, Marina Castellaneta, Antonietta Damato, Giuseppina Pizzolante, *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. LXII-875.

Laura Carpaneto, *Il diritto comunitario dei trasporti tra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto ferroviario*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XV-364.

Massimo Condinanzi, Roberto Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XVIII-562.

Benedetto Conforti, Carlo Focarelli, *Le Nazioni Unite*, Padova, CEDAM, 2010, VIII ed., pp. XXX-476.

Carmela Decaro, Nicola Lupo (a cura di), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, Luiss University Press, 2009, pp. 507.

Ugo Draetta, *Elementi di diritto dell’Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell’Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2009, V ed., pp. LIII-343.

Gabriella Ferranti, *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d’Europa e nel diritto dell’Unione europea*, ristampa riveduta, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 253.

Alessandro Fodella, Laura Pineschi (a cura di), *La protezione dell’ambiente nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XXVI-420.

Edoardo Greppi, Gabriella Venturini, *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino, Giappichelli, 2009, III ed., pp. XVII-489.

Marina Mancini, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XI-336.

Giuseppe Morgese, *L’accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, Cacucci, 2009, pp. XVI-441.

Bruno Nascimbene, *Unione europea – Trattati. L’Europa in movimento. Raccolta di testi e documenti*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. IX-397.

Nicola Picardi, *Lo Stato Vaticano e la sua giustizia*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 189.

Carmela Salazar, Antonino Spadaro (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. IX-399.

Fabio Spitaleri (a cura di), *L’incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XIII-289.

Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l’environnement*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XVII-387.

Valentina Zambrano, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XXII-314.

Elenco delle abbreviazioni

CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità Internazionale
CIJ Rec. – Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice
CML Rev. – Common Market Law Review
Columbia JEL – The Columbia Journal of European Law
Columbia JTL – Columbia Journal of Transnational Law
Cons. St. – Il Consiglio di Stato
Contr. imp./E. – Contratto e impresa/Europa
Corr. giur. – Il Corriere giuridico
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dem. dir. – Democrazia e diritto
Dig. disc. priv. (civ.) – Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)
Dig. disc. pubb. – Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. inf. – Il diritto dell'informazione e dell'informatica
Dir. lav. – Diritto del lavoro
Dir. lav. rel. ind. – Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell'Unione Europea
EBLR – European Business Law Review
EdD – Enciclopedia del diritto
EDP – Europa e diritto privato
EG – Enciclopedia giuridica Treccani
ELF – European Legal Forum: Forum iuris communis Europae
ELR – European Law Review
EPL – European Public Law
EuConst – European Constitutional Law Review
Fordham L. Rev. – Fordham Law Review
Foro amm. – Il foro amministrativo
Foro it. – Il foro italiano
Geo. Mason L. Rev. – George Mason Law Review
Georgetown JIL – Georgetown Journal of International Law
Giur. cost. – Giurisprudenza costituzionale
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
Giust. civ. – Giustizia civile
GLJ – German Law Journal
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana

GUUE – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
Harvard LR – Harvard Law Review
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
ILM – International Legal Materials
Ind. JIL – Indian Journal of International Law
Ind. rel. journ. – Industrial Relations Journal
JCMS – Journal of Common Market Studies
JCSL – Journal of Conflict and Security Law
JDI – Journal du droit international
JPIL – Journal of Private International Law
Maastricht JECL – Maastricht Journal of European and Comparative Law
MCR – Mercato Concorrenza Regole
NGCC – La nuova giurisprudenza civile commentata
NILR – Netherlands International Law Review
NLCC – Le nuove leggi civili commentate
Nord. JIL – Nordic Journal of International Law
Nuovo dir. – Nuovo diritto
Pol. int. – Politica internazionale
Q. cost. – Quaderni costituzionali
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado
Rass. trib. – Rassegna tributaria
RCADI – Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDE – Rivista di diritto europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l'Union européenne
REDC – Revista española de derecho constitucional
REDCE – Revista de derecho constitucional europeo
REDI – Revista española de derecho internacional
Rev. AE – Revue des affaires européennes
Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé
RGDIP – Revue générale de droit international public
RIDC – Revue internationale de droit comparé
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
RIDU – Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
Riv. cr. dir. priv. – Rivista critica del diritto privato
Riv. dir. agr. – Rivista di diritto agrario
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
Riv. giur. amb. – Rivista giuridica dell'ambiente
Riv. giur. lav. prev. soc. – Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Riv. giur. mezz. – Rivista giuridica del mezzogiorno
Riv. it. dir. lav. – Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. trim. dir. proc. civ. – Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RMCUE – Revue du marché commun et de l'Union européenne
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
Série A – Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série A. Arrêts et décisions (fino al 31 dicembre 1995)
St. I. – Studium Iuris
Texas L. Rev. – Texas Law Review
Vanderbilt JTL – Vanderbilt Journal of Transnational Law
YEL – Yearbook of European Law
YILC – Yearbook of the International Law Commission
YPIL – Yearbook of Private International Law

Indice degli autori

Ennio TRIGGIANI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari "A. Moro"

James D. WILETS

Professor of Law & Chair, Inter-American Center for Human Rights, Shepard Broad Law Center, Nova Southeastern University di Fort Lauderdale, Florida

Javier CARRASCOSA GONZÁLES

catedrático de Derecho internacional privado nell'Università di Murcia

Francesco SEATZU

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Cagliari

Giandonato CAGGIANO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di "Roma TRE"

Susanna CAFARO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi del Salento

Fabio FERRARO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Rossana PALLADINO

dottoranda in "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" dell'Università degli studi di Salerno

Ilaria CASU

dottore di ricerca in "Diritto internazionale e dell'Unione europea" dell'Università degli studi di Bari "A. Moro"

Emanuele FEOLA

dottorando in "Ordine internazionale e tutela dei diritti individuali" dell'Università degli studi di Napoli "Federico II"

Alessia MARI

ex-borsista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Diritto pubblico generale e teoria delle istituzioni dell'Università degli studi di Salerno

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale.

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



TECA DEL MEDITERRANEO

Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale, organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-Meta Opac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni, SBN.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l'OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all'indirizzo www.bcr.puglia.it.

L'indirizzo mail è biblioteca@bcr.puglia.it.

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70. Il fax è 0039 080 540 27 75.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a Europe *Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete Europe *Direct* italiana.



Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.

Alla Camera di Commercio spetta comporre in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di garanzia *super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari



PIÙ VALORE AL TERRITORIO





CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

Rivista di diritto privato

Anno XIV – 2009

Pubblicazione trimestrale
diretta da Giorgio De Nova



Prezzo singola copia: 35,00 €

Italia – Abbonamento annuale: 125,00 €

Esteri – Abbonamento annuale: 250,00 €

NUMERO 1/2009

Saggi e pareri: Le parole del diritto commerciale di *Paolo Spada* – Confisca “urbanistica” e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell’uomo *Giuseppe Tucci* – Sulla transazione del debitore in solido *Enrico del Prato* – L’azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato *Francesco Macario e Claudia Stazi* – La qualificazione del contratto di *franchising* *Antonio Fici*

Difese e decisioni: Ordinanza della Corte d’Appello di Bari, I sez. penale in data 9 aprile 2008 – Sentenza n. 17865/09 della Corte Suprema di Cassazione, III sez. penale in data 17 marzo 2009

NUMERO 2/2009

Saggi e pareri: Prefazione al Trattato di diritto civile *Francesco Galgano* – Il contratto alieno e le norme materiali *Giorgio De Nova* – Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana *Francesco Denozza* – Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito *Enrico Gabrielli*

Difese e decisioni: Direzione e coordinamento *ex art. 2497-septies* cod. civ. sulla base di un contratto di affiliazione commerciale. Sentenza 16 gennaio 2009, n. 128 del Tribunale di Pescara

NUMERO 3/2009

Saggi e pareri: Salute di introduzione *Pietro Rescigno* – Le clausole vessatorie nei contratti con i risparmiatori (sintesi della relazione) di *Guido*

Alpa – I contratti derivati come contratti alieni di *Giorgio De Nova* – Inadempimento dell’intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento di *Aurelio Gentili* – Linguaggio legislativo nuovo e categorie ordinanti tradizionali di *Attilio Guarneri* – La natura e la struttura dei contratti di investimento di *Daniele Maffei* – Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell’effettività delle regole di condotta di *Filippo Sartori* – Spunti civilistici sull’azione revocatoria fallimentare di *Andrea Nervi* – La nullità di protezione tra rilevanza d’ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia di *Stefano Pagliantini*

NUMERO 4/2009

Saggi e pareri: I nuovi confini del diritto matrimoniale tra istanze religiose e secolarizzazione: la giurisdizione di *Nicola Colaianni* – Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni di *Giovanni Figà-Talamanca e Paolo Spada* – Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un *iter* ultraventennale? di *Francesco Macario* – Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio di *Salvatore Monticelli* – Affidamenti fiduciari e contratti fiduciari di *Giuseppe Tucci*

Difese e decisioni: Intestazione fiduciaria di quote di S.r.l. e rimedio *ex art. 2932* cod. civ. – Sentenza del 17 dicembre 2008, n. 2959 del Tribunale di Bari

L'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)



MORGESE Giuseppe

442 Pagine
prezzo: 40,00 €

Sommario:

I diritti di proprietà intellettuale e la genesi dell'accordo TRIPs. I profili di carattere generale. La disciplina materiale.

Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio



Prefazione di Pietro Grasso

CARBONE Michele, TOLLA Marco

426 Pagine
prezzo: 35,00 €

Sommario:

Prefazione. Il riciclaggio. La "soft law": raccomandazioni e principi internazionali. Principali trattati internazionali multilaterali. La normativa antiriciclaggio nell'Unione Europea. Il nuovo sistema normativo nazionale di contrasto del riciclaggio. Normativa antiriciclaggio e contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale. Riciclaggio e paradisi fiscali. I trasferimenti transfrontalieri di denaro. Bibliografia.

Radicata nel futuro



**BANCA
POPOLARE
DI BARI**

In copertina **Guido Reni** (Bologna 1575 – 1642)

Ratto d'Europa – olio su tela, cm 174 x 124 – Londra, collezione Mahon

Dalla biografia dedicata a Guido Reni dal Malvasia si apprende che l'artista raffigurò il soggetto di Europa, figlia di Agenore re di Fenicia, rapita da Zeus sotto forma di toro, in tre dipinti. Del primo, eseguito per il sovrano Carlo I d'Inghilterra si è persa ogni traccia, e sussiste il dubbio che non sia stato neppure portato a termine; il secondo, commissionato dal duca di Guastalla per un illustre collezionista spagnolo, da identificare nel Marqués de Leganés, viceré di Milano, corrisponde a quello entrato qualche decennio fa nella National Gallery of Canada di Ottawa. Quanto al terzo, esso è da riconoscere nella tela conservata dal 1945 a Londra, nella Sir Denis Mahon Collection.

Eseguito per il re di Polonia Vladislao IV (il quale ringraziò calorosamente il Reni con una lettera del marzo 1640 volendo esprimergli "quanto da noi sia stata aggradita l'Europa, che per il Puccitelli Segretario Nostro ci hà quà mandata"), alla morte del sovrano, nel 1648, il dipinto passò al fratello e successore Giovanni Casimiro, che abdicò nel 1668 ritirandosi a Nevers, in Francia e portandolo con sé.

Trasferito in proprietà di Carlo, terzo duca di Créquy, passò poi in Inghilterra. Prima dell'acquisto da parte di Sir Denis Mahon, esso era nella collezione Radnor a Longford Castle.

Databile al 1636-38, nella fase tarda dell'attività del Reni, come l'analogo dipinto di Ottawa da cui differisce per pochi particolari, come la presenza, nell'angolo in alto a destra, di Cupido saettante, il dipinto si impone per l'impianto classico e monumentale della figura, atteggiata con studiata eleganza. I colori squillanti della tunica e del mantello della giovane ninfa, contrapposti al luminoso pallore dell'incarnato, si stagliano a contrasto sull'azzurro argenteo del mare, la cui agitazione è resa da piccole creste biancastre. Dal punto di vista psicologico, il Reni coglie il momento in cui il terrore di Europa rapita con l'inganno cede il passo alla tenerezza e all'amore, ispirati dal piccolo Cupido e resi tangibili dal gesto protettivo con cui la giovane cinge il collo del toro inghirlandato sul cui dorso naviga al largo del lembo di costa su cui si intravedono le amiche gesticolanti.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2010, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2010, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2010).

ISBN 978-88-8422-931-1



9 788884 229311

€ 22,00