

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2011 | anno VI



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2011 | anno VI

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

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

Comitato di redazione

Giandonato Caggiano (coordinatore), **Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Ivan Ingravallo, Giuseppe Morgese, 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

© 2011 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

Ugo VILLANI

Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune 9

Paolo FOIS

Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea 25

Giandonato CAGGIANO

La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea 41

Patrizia DE PASQUALE

Le iniziative dell'Unione europea in materia di soluzione alternativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni 65

NOTE E COMMENTI

Chiara AMALFITANO

Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali 83

Vito RUBINO

Competenza giurisdizionale e luogo di esecuzione dei contratti di fornitura di beni mobili o di servizi nello spazio giudiziario europeo fra prospettive e retrospettive 111

Elsa MILANESI La fiscalità diretta nelle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Una riflessione sul principio di non restrizione delle libertà fondamentali	133
Luigi IANNUZZI La sentenza sul caso <i>Küçükdeveci</i> : la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante	163
 RECENSIONI	
Peter OLIVER (General Editor), <i>Free Movement of Goods</i> , Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, V ed. (L. Daniele)	175
Maria Caterina BARUFFI (a cura di), <i>Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo</i> , Padova, Cedam, 2010 (U. Villani)	180
Libri ricevuti	183
Elenco delle abbreviazioni	185
Indice degli autori	187

Summary



ARTICLES

- Ugo VILLANI
The Developments of the Lisbon Treaty in the Field of
Common Foreign and Security Policy 9
- Paolo FOIS
“Differentiated Application” and Flexibility in
European Union Law 25
- Giandonato CAGGIANO
The Sector-specific Regulation of Electronic
Communications and Energy Networks in EU Law 41
- Patrizia DE PASQUALE
The Initiatives of the EU Regarding Alternative Dispute
Resolutions between Individuals and Public Authorities 65

NOTES AND COMMENTS

- Chiara AMALFITANO
Procedural Guarantees in EU Law: The Right to
Interpretation and Translation in Criminal Proceedings 83
- Vito RUBINO
Jurisdiction and Place of Performance in Sales of
Goods or Provisions of Services in European Judicial
Area: Prospects and Retrospectives 111

Elsa MILANESI Direct Taxation in the EU Court of Justice Ruling. Debate Concerning the Principle of Non-restriction of Fundamental Freedom	133
Luigi IANNUZZI The Judgment on the Case <i>Küçükdeveci</i> : The European Court of Justice Applies the European Charter of Fundamental Rights in Its Binding Force	163
BOOK REVIEWS	
Peter OLIVER (General Editor), <i>Free Movement of Goods</i> , Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, V ed. (L. Daniele)	175
Maria Caterina BARUFFI (a cura di), <i>Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo</i> , Padova, Cedam, 2010 (U. Villani)	180
Books received	183
Table of abbreviations	185
List of contributors	187



Articoli

Ugo Villani

Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. – 3. I fattori volti al raggiungimento di una posizione unitaria sulla scena internazionale. – 4. Il carattere intergovernativo della politica estera e di sicurezza comune. – 5. I principi sostanziali della politica estera e di sicurezza comune. – 6. Forme di cooperazione differenziata, con particolare riguardo alla politica di sicurezza e di difesa comune. – 7. Conclusioni.

1. All’indomani della guerra contro l’Iraq del 2003 Luigi Sico scriveva che le vicende di quella guerra “hanno ancora una volta, ed in termini più netti che in passato, mostrato le difficoltà da affrontare e superare perché l’Unione europea si presenti con volto autorevole sulla scena internazionale” e osservava che “la possibilità che l’Europa giochi un ruolo importante sulla scena internazionale senza dubbio dipende anche dalla sua capacità di parlare con una sola voce”. Egli rilevava che, peraltro, il cammino da percorrere in vista di questo obiettivo è ancora lungo, poiché le differenze nazionali sono tuttora notevoli; ma, con la sua consueta saggezza e acutezza, aggiungeva che “occorre avere pazienza per superarle, procedendo come si è fin qui fatto lungo la politica dei piccoli passi. Che poi tali non sono, perché i segnali della crescita della consapevolezza che bisogna accentuare le somiglianze e dimenticare, ove appena possibile, le differenze sono sempre più forti e numerosi”¹.

Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, costituisce un ulteriore passo (lungo o piccolo che sia) verso l’accentuazione degli elementi comuni, o condivisi, tra gli Stati membri, in vista, appunto, di un’azione esterna dell’Unione europea nella quale essa possa “parlare con una sola voce” e ambire a svolgere sulla scena internazionale un’azione più coerente

* Testo riveduto dell’intervento svolto nel Convegno di Napoli del 23 aprile 2010 in memoria di Luigi Sico.

¹ L. SICO, *Verso la definizione di una politica estera europea: speranze e difficoltà*, in *DPCE*, 2003, p. VI s.

e, perciò stesso, più incisiva che in passato. Nella pagine seguenti cercheremo, pur senza pretese di completezza, di mettere in luce gli elementi che possono delineare un'autentica politica estera unitaria², senza nascondere, peraltro, le difficoltà che si frappongono a tale politica, a cominciare dalle “controspinte” nazionalistiche, tese a rivendicare e garantire uno spazio riservato alle proprie politiche e ai propri interessi.

2. L'innovazione forse più appariscente del Trattato di Lisbona, per quanto attiene al rafforzamento di una “voce” unitaria dell'Unione europea sulla scena internazionale, consiste nella istituzione dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Egli, come dichiara l'art. 18, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE), guida la politica estera e di sicurezza comune (comprensiva della politica di sicurezza e di difesa comune), contribuisce con le sue proposte all'elaborazione di detta politica e la attua in qualità di mandatario del Consiglio. Inoltre, ai sensi del par. 4 dello stesso articolo, vigila sulla coerenza dell'azione esterna dell'Unione e, in seno alla Commissione, è incaricato delle responsabilità che incombono alla stessa Commissione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione. Inoltre, nelle materie rientranti nella politica estera e di sicurezza comune, rappresenta l'Unione, conduce, a suo nome, il dialogo politico con i terzi ed esprime la posizione dell'Unione nelle organizzazioni internazionali e in seno alle conferenze internazionali (art. 27, par. 2, TUE).

Da tali funzioni emerge già la duplicità del ruolo dell'Alto rappresentante, o, come si suole dire, il suo duplice “cappello”. Per un verso, infatti, egli – pur essendo, in ogni caso, un organo individuale – opera nell'ambito del Consiglio, che presiede (art. 18, par. 3, TUE) quando esso si riunisce nella formazione “Affari esteri”, la quale elabora l'azione esterna dell'Unione secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo e assicura la coerenza dell'azione dell'Unione (art. 16, par. 6, 3° comma, TUE). Come si è accennato, l'Alto rappresentante è espressamente qualificato come mandatario del Consiglio, nell'attuazione della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione; in questa veste, pertanto, egli opera a servizio della istituzione intergovernativa e nel perseguimento degli interessi e degli obiettivi da essa stabiliti.

² In particolare, sulle innovazioni del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune, cfr., anche per ulteriori indicazioni, R. A. CANGELOSI, N. VEROLA, *La politica estera e di sicurezza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI, (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 205 ss.; P. PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di revisione*, in questa *Rivista*, 2008, p. 539 ss.; M. G. GARBAGNATI KETVEL, *La politica estera e di sicurezza comune e la politica europea di sicurezza e di difesa*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, III ed., Milano, 2010, p. 305 ss.; A. MISSIROLI, *L'impatto del Trattato di Lisbona sulla PESC e la PESD: opportunità e incognite*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, p. 118 ss.; A. RIZZO, *L'azione esterna dell'Unione europea secondo la riforma di Lisbona. Aspetti istituzionali e giuridici*, in C. RISI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione Europea dopo Lisbona*, III ed., Napoli, 2010, p. 53 ss.

Il rapporto di servizio rispetto al Consiglio si riflette sulla posizione di indipendenza che egli, in quanto componente anche della Commissione, deve in principio osservare nell'esercizio delle sue funzioni. Infatti l'art. 17, par. 3, 3° comma, TUE, il quale dispone che i membri della Commissione non sollecitino né accettino istruzioni da alcun governo, istituzione, organo o organismo, fa salvo il citato art. 18, par. 2, TUE, ai sensi del quale l'Alto rappresentante attua la politica estera e di sicurezza comune quale mandatario del Consiglio. In tale veste, dunque, l'Alto rappresentante è alle dipendenze del Consiglio e quindi, in definitiva, dei governi degli Stati membri.

Peraltro, è il Consiglio europeo che svolge le funzioni di primo piano in materia di politica estera e di sicurezza comune. Esso individua gli interessi strategici dell'Unione, fissa gli obiettivi e definisce gli orientamenti generali di tale politica, comprese le questioni aventi implicazioni in materia di difesa, e adotta le decisioni necessarie (art. 26, par. 1, TUE); il Consiglio, in definitiva, agisce in esecuzione delle determinazioni del Consiglio europeo. Di conseguenza l'Alto rappresentante opera anche nell'ambito del Consiglio europeo, partecipando ai suoi lavori (art. 15, par. 2, TUE), presentando proposte e assicurando l'attuazione delle sue decisioni (oltre che di quelle del Consiglio) (art. 27, par. 1, TUE). L'Alto rappresentante, per tale via, è posto al servizio della istituzione di natura più squisitamente politica, governativa e verticistica, qual è il Consiglio europeo.

A fronte di questa collocazione "politica" e "governativa" dell'Alto rappresentante, fa riscontro, peraltro, il suo ruolo di membro della Commissione, cioè dell'istituzione che più di ogni altra rappresenta in maniera unitaria, indipendente ed esclusiva l'interesse generale dell'Unione; l'istituzione più genuinamente "comunitaria" e "sopranazionale" (come era espressamente qualificata l'Alta Autorità della CECA nel Trattato istitutivo di quest'ultima). L'Alto rappresentante occupa un posto di particolare rilievo nella Commissione, poiché ne è vicepresidente e – come si è detto – in seno a tale istituzione è incaricato delle responsabilità che ad essa incombono nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione.

Al duplice ruolo dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza si collegano anche le procedure relative alla nomina e all'eventuale cessazione del suo mandato. Per quanto riguarda il primo aspetto, egli è nominato dal Consiglio europeo, che delibera a maggioranza qualificata, con l'accordo del Presidente della Commissione (art. 18, par. 1, TUE). Come tutti i componenti della Commissione (designati, peraltro, dal Consiglio, non dal Consiglio europeo, ma sempre d'accordo con il Presidente della Commissione), anch'egli è soggetto al voto di approvazione (collettiva) del Parlamento europeo (art. 17, par. 7, 3° comma, TUE). L'eventuale cessazione del mandato dell'Alto rappresentante è regolata in maniera differente, a seconda che essa riguardi o meno le sue funzioni in seno alla Commissione. L'art. 18, par. 1, TUE dichiara, infatti, che il Consiglio europeo può porre fine al suo mandato mediante la stessa procedura prevista per la sua nomina (cioè, deliberando a maggioranza qualificata con l'accordo del Presidente della Commissione). La medesima procedura

va seguita qualora il Presidente della Commissione gli chieda di dimettersi (art. 17, par. 6, TUE). In questi casi è da ritenere che la cessazione del mandato determini anche la sua cessazione nella qualità di membro (e vicepresidente) della Commissione, dato che lo *status* di Alto rappresentante è configurato come condizione per la partecipazione alla Commissione. È possibile, peraltro, che la cessazione di membro della Commissione sia deliberata autonomamente dal Parlamento europeo, mediante la votazione di una mozione di censura ai sensi dell'art. 234 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE). L'approvazione di una siffatta mozione comporta che i membri della Commissione si dimettano collettivamente dalle loro funzioni, ma l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza si dimette dalle sole funzioni che esercita in seno alla Commissione (art. 17, par. 8, TUE e art. 234, 2° comma, TFUE). Egli, pertanto, conserva la posizione di Alto rappresentante per quanto concerne la guida della politica estera e di sicurezza comune, i suoi rapporti con il Consiglio europeo e con il Consiglio, rispetto al quale, in particolare, mantiene la qualità di mandatario.

Riguardo agli effetti della mozione di censura del Parlamento europeo, beninteso, nulla esclude che il Consiglio europeo, in uno spirito di collaborazione con lo stesso Parlamento, decida la cessazione del mandato dell'Alto rappresentante; ma in proposito vi è una competenza esclusiva del Consiglio europeo, mentre l'Alto rappresentante è sottratto al potere di censura del Parlamento europeo. Il quadro normativo non manca di sollevare delicate questioni interpretative: resta da sapere, infatti, in quale modo la figura dell'Alto rappresentante possa essere sostituita nella Commissione, a seguito della censura, ove il Consiglio non intenda revocare il mandato allo stesso Alto rappresentante. Ciò che appare sicuro è che il meccanismo di cessazione delle funzioni dell'Alto rappresentante può rompere quell'equilibrio che risulta dal duplice "cappello", rispettivamente nel Consiglio e nella Commissione, accentuando il rapporto di dipendenza dello stesso Alto rappresentante nei riguardi dei due Consigli, cioè delle istituzioni tipicamente intergovernative.

In conclusione, a prescindere dai problemi, testé ricordati, legati alla eventualità di una mozione di censura del Parlamento europeo, il duplice ruolo dell'Alto rappresentante potrebbe risultare utile per favorire una convergenza delle posizioni delle istituzioni intergovernative e della istituzione sopranazionale (la Commissione), in uno spirito di coerenza tra le varie espressioni dell'azione esterna dell'Unione. La spinta ad un'azione unitaria dell'Unione può essere ulteriormente rafforzata dalla creazione di una sorta di diplomazia europea, il Servizio europeo per l'azione esterna, incaricato, tra l'altro, di fornire il necessario sostegno all'Alto rappresentante per l'esecuzione delle sue funzioni (art. 27, par. 3, TUE) e regolato, nella sua organizzazione e funzionamento, dalla recente decisione del Consiglio 2010/427/UE del 26 luglio 2010³. Per altro

³ Per un primo commento cfr. I. INGRAVALLO, *La decisione sul Servizio Europeo per l'azione esterna*, in *Sud in Europa*, settembre 2010, p. 9 ss.

verso, tuttavia, non può escludersi che, nell'esercizio delle funzioni collegate al suo duplice ruolo, l'Alto rappresentante possa risentire negativamente di eventuali frizioni tra la Commissione e i Consigli, che renderebbero difficile trovare il giusto equilibrio in tale duplice ruolo; né che egli privilegi il dialogo (o, al limite, la soggezione) nei rapporti con i governi in seno al Consiglio (e al Consiglio europeo), così finendo per indebolire l'autorità della Commissione e gli stessi poteri di controllo del Parlamento europeo su quest'ultima.

3. La figura dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, pur con le possibili incertezze legate al suo duplice ruolo, dovrebbe comunque assicurare che l'Unione parli sulla scena internazionale con una unica voce. È nota la domanda, attribuita all'ex Segretario di Stato statunitense Henry Kissinger, su quale numero di telefono dovesse chiamarsi per parlare con l'Europa: ebbene, oggi sarebbe disponibile il telefono di Mrs. Catherine Ashton. In proposito, peraltro, è lecito il dubbio se questo sia ... l'unico numero telefonico dell'Unione europea e il più sicuro per dialogare con l'Unione. Invero anche il Presidente del Consiglio europeo assicura "la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune", fatte salve le attribuzioni dell'Alto rappresentante (art. 15, par. 6, 2° comma, TUE); la stessa Commissione "assicura la rappresentanza esterna dell'Unione", sia pure con l'eccezione della politica estera e di sicurezza comune (art. 17, par. 1, TUE), e in particolare al suo Presidente, la cui posizione in seno alla Commissione risulta rafforzata dal Trattato di Lisbona, sembra difficile negare il potere di esprimere la voce dell'Unione; infine va ricordato che il Trattato di Lisbona conferma la presidenza a rotazione degli Stati membri nel Consiglio e, specie quando la presidenza spetti a un Paese "forte", la voce più autorevole dell'Unione può risultare quella del capo del governo di tale Paese.

In ogni caso, la possibilità che l'Unione europea si presenti sulla scena con una sola voce presuppone che essa riesca anzitutto a raggiungere una posizione unitaria la quale, pur essendo il risultato anche delle determinazioni degli Stati membri, realizzi una sintesi di tali determinazioni che riesca a superare l'ottica puramente nazionale degli interessi da perseguire.

In questa direzione il Trattato di Lisbona presenta molteplici fattori di avanzamento. Una spinta allo svolgimento di un ruolo unitario sulla scena internazionale è fornita dalla stessa unificazione della Comunità europea e dell'Unione europea in un solo soggetto, appunto l'Unione europea, la quale "sostituisce e succede alla Comunità europea" (art. 1, 3° comma, TUE) e "ha personalità giuridica" (art. 47 TUE). Anche l'eliminazione dei "pilastri", creati con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, contribuisce, almeno apparentemente, a ricondurre la politica estera al quadro normativo "generale" dell'Unione europea. La "specialità" della politica estera, tradizionalmente dominata dal metodo intergovernativo e dalla prevalenza della visione individuale degli interessi degli Stati membri rispetto a quella unitaria dell'Unione, dovrebbe essere quanto meno attenuata anche dalla prescritta coerenza di tale politica in rapporto agli altri

settori dell'azione esterna dell'Unione e alle altre politiche europee⁴; ciò determina, tra l'altro, un condizionamento dei contenuti della politica estera ad opera di politiche di stampo tipicamente "comunitario", quali, sul piano esterno, la politica commerciale e, su quello interno, il complesso delle azioni e delle misure nelle quali si è realizzato e si viene sviluppando il diritto dell'Unione.

Con specifico riguardo alla politica estera e di sicurezza comune, comprensiva della definizione progressiva di una politica di difesa comune, gli Stati membri, ai sensi dell'art. 24, par. 3, TUE, sostengono attivamente e senza riserve la politica dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca e rispettano l'azione dell'Unione, astenendosi da qualsiasi azione contraria agli interessi della stessa o tale da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali. Va poi ricordato che l'art. 32 TUE (in maniera più dettagliata, rispetto alla corrispondente disposizione anteriore al Trattato di Lisbona) pone per gli Stati membri un obbligo di consultazione in seno al Consiglio europeo e al Consiglio in merito a qualsiasi questione di politica estera e di sicurezza di interesse generale per definire un approccio comune. Ove quest'ultimo venga stabilito, sono previsti obblighi di coordinamento e di cooperazione, per la sua attuazione, tra l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza e i ministri degli affari esteri degli Stati membri, nonché tra le missioni diplomatiche di tali Stati e le delegazioni dell'Unione nei Paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali. La stessa disposizione stabilisce inoltre che ciascuno Stato membro consulti gli altri in sede di Consiglio europeo o di Consiglio prima di intraprendere qualsiasi azione sulla scena internazionale o di assumere qualsiasi impegno che possa ledere gli interessi dell'Unione (ma, a quanto sembra, senza vietare una siffatta azione o impegno). L'art. 32 prevede pure che gli Stati membri assicurino, mediante la convergenza delle loro azioni, che l'Unione possa affermare i suoi interessi e i suoi valori sulla scena internazionale e che essi siano solidali tra loro.

Un obbligo di coordinamento tra gli Stati membri, con l'ausilio dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, è stabilito specificamente nell'ambito delle organizzazioni e delle conferenze internazionali, nelle quali gli Stati partecipanti difendono le posizioni dell'Unione, tenendo informati gli Stati membri che eventualmente non vi partecipino e l'Alto rappresentante in merito a ogni questione di interesse comune (art. 34 TUE). L'obiettivo di garantire le posizioni e l'interesse dell'Unione è contemplato anche riguardo al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite; in questa sede gli Stati membri che fanno parte di tale Consiglio sono tenuti a concertarsi e a tenere pienamente informati gli altri Stati membri dell'Unione e l'Alto rappresentante e a difendere le posizioni e l'interesse dell'Unione, fatte salve, peraltro, le responsabilità che

⁴ Dichiarò, in proposito, l'art. 21, par. 3, 2° comma, TUE che "l'Unione assicura la coerenza tra i vari settori dell'azione esterna e tra questi e le altre politiche. Il Consiglio e la Commissione, assistiti dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, garantiscono tale coerenza e cooperano a questo fine"; in dottrina cfr. A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009.

loro incombono ai sensi della Carta delle Nazioni Unite. Inoltre, quando l'Unione abbia definito una posizione su un tema all'ordine del giorno del Consiglio di sicurezza, gli Stati membri che vi partecipano chiedono che l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza sia invitato a presentare la posizione dell'Unione (art. 34, par. 2, TUE).

4. Se il quadro normativo risultante dal Trattato di Lisbona mostra, a prima vista, l'intento di promuovere una *volontà* unitaria dell'Unione europea, da esprimere con una sola voce nella scena internazionale, molteplici sono gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento di tale obiettivo.

Anzitutto l'eliminazione dei "pilastri" realizzata con il Trattato di Lisbona è solo apparente, per quanto riguarda la politica estera e di sicurezza comune. Questa materia, infatti, resta "soggetta a norme e procedure specifiche" (art. 24, par. 1, 2° comma, TUE). Più particolarmente, e limitandoci a richiamare gli aspetti principali di tale specialità, è esclusa l'adozione di atti legislativi e gli atti obbligatori hanno denominazioni, caratteri e procedimenti decisionali profondamente differenti da quelli tipici nella disciplina generale dell'ordinamento dell'Unione. Inoltre, come si è già accennato, le istituzioni e gli organi competenti sono essenzialmente il Consiglio europeo e, in posizione subordinata, il Consiglio, cioè (a parte l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza) quelle tipicamente intergovernative, rappresentative degli interessi e delle vedute degli Stati membri. Si aggiunga che la posizione preminente che nella materia in oggetto assume il Consiglio europeo mette in luce un carattere estremamente verticistico del processo decisionale⁵, in contrasto con i valori della democrazia, che pure sono solennemente proclamati dall'art. 2 TUE quali valori comuni degli Stati membri e fondamenti dell'Unione europea. Al Parlamento europeo, al contrario, è assegnato un ruolo marginale; esso, infatti, non partecipa in alcun modo, neppure a livello consultivo, all'adozione degli atti dell'Unione, ma viene consultato regolarmente "sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali" della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune da parte dell'Alto rappresentante, il quale provvede affinché le opinioni del Parlamento europeo "siano debitamente prese in considerazione"; può rivolgere interrogazioni e raccomandazioni al Consiglio e all'Alto rappresentante; tiene due volte all'anno un dibattito sui progressi compiuti nell'attuazione della politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune (art. 36 TUE).

La specialità della materia in considerazione trova un'ulteriore espressione riguardo al controllo giudiziario sugli atti dell'Unione. Sebbene il Trattato di Lisbona abbia apportato un ampliamento delle competenze della Corte di giustizia, esse restano tuttora estremamente limitate. Infatti, con una formulazione

⁵ Nella materia in esame risalta quella "sorta di 'tutoraggio' politico ai massimi livelli del processo di integrazione" che il Trattato di Lisbona ha riconosciuto al Consiglio europeo: cfr. E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2010, p. 9 ss., in specie p. 24.

“negativa” l’art. 24, par. 1, 2° comma, TUE dichiara che la Corte di giustizia “non è competente riguardo a tali disposizioni”, fatta eccezione per il controllo sul rispetto dell’art. 40 TUE, concernente la distinzione fra l’ambito di applicazione delle procedure e delle competenze in materia di politica estera e di sicurezza comune e quello di applicazione delle procedure e delle competenze “generali” dell’Unione, e per il controllo sulla legittimità delle decisioni comportanti misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche *ex art. 275, 2° comma, TFUE*.

Particolarmente significativa del carattere della politica in esame, che resta essenzialmente intergovernativa, è la procedura di deliberazione nel Consiglio europeo e nel Consiglio: tali istituzioni, di regola, deliberano all’unanimità (art. 24, par. 1, 1° comma, nonché art. 31 e art. 42, par. 4, TUE), per cui l’adozione di qualsiasi atto richiede il raggiungimento di un consenso tra i governi di tutti gli Stati membri, i quali hanno così, ciascuno di essi, una sorta di diritto di veto. Persino nei casi in cui, in deroga alla regola dell’unanimità, è previsto che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata, a garanzia degli interessi del singolo Stato membro è stato istituito un meccanismo (c.d. freno di emergenza) che gli consente di bloccare la decisione del Consiglio. Ai sensi dell’art. 31, par. 2, 2° comma, TUE, infatti, se un membro del Consiglio dichiara che, per specificati e vitali motivi di politica nazionale, intende opporsi all’adozione di una decisione a maggioranza qualificata, non si procede alla votazione e si apre una fase di consultazione tra l’Alto rappresentante e lo Stato in questione per cercare una soluzione accettabile per quest’ultimo. In mancanza di una siffatta soluzione il Consiglio, a maggioranza qualificata, può chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo, in vista di una decisione all’unanimità. Ora, in un’Unione a ventisette membri, è evidente che il raggiungimento di una decisione unanime può risultare problematico, specie quando siano coinvolti interessi importanti di Stati membri, con il rischio, quindi, di un immobilismo dell’Unione europea e di una inevitabile, piena riappropriazione della politica estera da parte dei singoli Stati membri.

La viva preoccupazione di tali Stati di conservare intatte le proprie prerogative in materia di politica estera, di sicurezza e di difesa risulta anche dalla dichiarazione n. 13 relativa alla politica estera e di sicurezza comune, di stampo nettamente “nazionalistico”. In essa si sottolinea che le disposizioni del Trattato sull’Unione europea riguardanti la politica estera e di sicurezza comune, comprese quelle sull’istituzione dell’Alto rappresentante e del Servizio europeo per l’azione esterna, lasciano impregiudicate sia le attuali competenze degli Stati membri per la formulazione e la conduzione della loro politica estera, sia la loro rappresentanza nazionale nei Paesi terzi e nelle organizzazioni internazionali; affermazioni analoghe sono contenute riguardo alle disposizioni relative alla politica di sicurezza e difesa. Nella dichiarazione è rimarcata anche la responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza “e dei suoi membri” per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali; sebbene tale enunciazione sia pienamente corretta e quasi ovvia, nel contesto di una dichiarazione che appare tesa a rivendicare le competenze nazionali essa suona come una riaffermazione della preminenza delle responsabilità connesse allo *status* di membro del

Consiglio di sicurezza rispetto ai doveri (di informazione, di concertazione, di difesa delle posizioni dell'Unione) incombenti sugli Stati in questione in quanto membri dell'Unione, ai sensi del citato art. 34, par. 2, TUE. E invero, se si tiene conto della prassi preesistente, non può farsi a meno di riconoscere che gli Stati europei membri del Consiglio di sicurezza, in specie quelli permanenti, hanno sovente privilegiato tale *status*, con i connessi poteri e privilegi, rispetto alla leale ricerca di un dialogo in seno all'Unione, specialmente di fronte a crisi particolarmente gravi e a problemi estremamente sensibili. Basti ricordare la condotta del Regno Unito nella guerra contro l'Iraq del 2003, che – in maniera del tutto scoordinata rispetto agli altri Stati membri dell'Unione e in aperto contrasto con l'altro membro permanente europeo del Consiglio di sicurezza, la Francia – si è reso complice degli Stati Uniti nell'aggressione all'Iraq⁶.

5. In definitiva, la disciplina della politica estera e di sicurezza comune concernente gli atti adottabili, le competenze delle istituzioni, le procedure decisionali, i rapporti tra le competenze dell'Unione e quelle degli Stati membri mostra una forte tendenza verticistica, un approccio essenzialmente “nazionalistico”, una sostanziale assenza di principi democratici, il rischio di una scarsa efficienza, per la necessità di una costante ricerca di un'intesa tra gli Stati membri.

Se tali caratteri non possono non destare perplessità e preoccupazioni, più rassicuranti sono i principi sostanziali ai quali deve conformarsi l'Unione europea sulla scena internazionale. Ai sensi dell'art. 3, par. 5, TUE, infatti, l'Unione, nelle relazioni con il resto del mondo, afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Ora, i valori dell'Unione sono quelli, enunciati nell'art. 2 TUE, del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, i quali costituiscono il più autentico patrimonio di civiltà comune agli Stati membri e il fondamento dell'Unione europea. Lo stesso art. 3, par. 5, prosegue elencando una serie di obiettivi, ai quali tende l'azione esterna dell'Unione, a cominciare dalla pace e dalla sicurezza per finire con la rigorosa osservanza e lo sviluppo del diritto internazionale, in particolare, il rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite. A tale disposizione fa riscontro, in apertura delle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione, l'art. 21 TUE, il quale, sostanzialmente, ribadisce i contenuti dell'art. 3, par. 5. Va sottolineato particolarmente il riferimento al diritto internazionale e alla Carta, il quale conferma la loro doverosa osservanza da parte dell'Unione in quanto soggetto dell'ordinamento internazionale.

Importanti appaiono anche gli sviluppi che il Trattato di Lisbona comporta nella materia della politica di sicurezza comune, la quale – dichiara l'art. 42, par. 1, TUE – costituisce parte integrante della politica estera e di sicurezza comune e comporta che l'Unione disponga di una capacità operativa ricorrendo a mezzi

⁶ Per la ricostruzione giuridica della guerra all'Iraq del 2003 ci permettiamo di rinviare a U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del Golfo*, III ed., Bari, 2005, p. 136 ss.

civili e militari; di tali mezzi l'Unione può servirsi in missioni all'estero per il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite. Le norme in materia, invero, mostrano in maniera evidente la riluttanza degli Stati membri a cedere all'Unione poteri relativamente a interessi così sensibili, come quelli coinvolti nella politica di sicurezza e di difesa, implicanti anche mezzi e azioni militari; riluttanza espressa non solo nella rigorosa applicazione della regola della unanimità nelle istituzioni intergovernative, ma nella stessa enunciazione, estremamente cauta (e alquanto ambigua), della politica in parola come comprendente "la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione", la quale "condurrà a una difesa comune" quando lo avrà deciso, all'unanimità, il Consiglio europeo (art. 42, par. 2, 1° comma, TUE); nonché dalla espressa garanzia che la politica dell'Unione non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri e rispetta gli obblighi degli Stati membri nell'ambito della NATO (2° comma della predetta disposizione).

Tuttavia il complessivo quadro normativo risultante dal Trattato di Lisbona esprime una maggiore consapevolezza delle responsabilità dell'Unione sulla scena internazionale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Ne è prova, anzitutto, l'ampliamento della tipologia delle c.d. missioni di Petersberg, cioè le missioni operative, anche di carattere militare: alle missioni umanitarie e di soccorso, alle attività di mantenimento della pace, alle missioni di unità di combattimento nella gestione di crisi, comprese quelle tese al ristabilimento della pace, già contemplate dall'art. 17, par. 2, TUE, nella formulazione previgente, il nuovo testo dell'art. 43, par. 1, TUE aggiunge le azioni congiunte di disarmo, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti; inoltre le missioni in questione possono contribuire alla lotta al terrorismo, anche tramite il sostegno a Paesi terzi per combattere tale fenomeno sul loro territorio. Di notevole significato è poi la disponibilità dell'Unione, espressa nell'art. 1, lett. b), del Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'art. 42 TUE, a svolgere missioni inquadrabili nel citato art. 43 su richiesta delle Nazioni Unite, "riconoscendo che l'Organizzazione delle Nazioni Unite può chiedere l'assistenza dell'Unione per attuare d'urgenza missioni avviate ai sensi dei capi VI e VII della Carta delle Nazioni Unite". Sebbene sorprenda l'omissione del capitolo VIII della Carta, che regola i rapporti tra le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali (qual è l'Unione europea) in materia di mantenimento della pace, la menzionata disposizione si muove correttamente nell'ottica di una cooperazione con il Consiglio di sicurezza, organo delle Nazioni Unite al quale spetta la competenza principale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 24 della Carta) e alla cui autorità è subordinata qualsiasi azione coercitiva svolta da organizzazioni regionali, consentita solo se richiesta o autorizzata dallo stesso Consiglio di sicurezza⁷. Essa,

⁷ In proposito rinviamo ai nostri studi su *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *RCADI*, 290, 2001, p. 225 ss., in specie p. 324

inoltre, conferma la disponibilità a svolgere un ruolo attivo sulla scena internazionale, anche con l'impiego di mezzi militari, mettendosi a servizio dell'organizzazione mondiale, le Nazioni Unite, al fine di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Sotto questo aspetto l'azione dell'Unione europea può inserirsi in una tendenza di carattere generale, nella quale il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite svolge un ruolo essenzialmente deliberativo, mentre l'azione operativa è demandata (tra l'altro) a organizzazioni regionali, nel rispetto, peraltro, delle responsabilità dello stesso Consiglio. Si aggiunga che i riferimenti alla Carta delle Nazioni Unite e alle richieste di questa Organizzazione rassicurano anche per escludere eventuali tentazioni di "unilateralismo" dell'Unione europea, che, almeno riguardo ad azioni militari coercitive, sarebbe vietato dal diritto internazionale.

Un ulteriore sviluppo delle responsabilità dell'Unione (e dei suoi Stati membri), implicanti anche l'impiego di mezzi militari, è ravvisabile nella "clausola di solidarietà", contenuta nell'art. 222 TFUE. Ai sensi di tale norma, l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. In particolare, l'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari, messi a disposizione dagli Stati membri, per prevenire la minaccia terroristica sul territorio di tali Stati, proteggere le istituzioni democratiche e la popolazione civile da un eventuale attacco terroristico, prestare assistenza a uno Stato membro sul suo territorio, su sua richiesta, in caso di attacco terroristico. Al Consiglio è affidato il compito anche di valutare regolarmente le minacce cui è confrontata l'Unione, al fine di consentire all'Unione e agli Stati membri di agire in modo efficace. Con riguardo agli obblighi degli Stati membri va ricordato, inoltre, che, per la prima volta, i Trattati europei contemplano l'ipotesi in cui uno Stato membro subisca un attacco armato nel suo territorio: in questo caso gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (art. 42, par. 7, TUE)⁸.

6. Un altro aspetto che merita di essere sottolineato concerne la possibilità, per gli Stati membri maggiormente disponibili a forme più intense di cooperazione nel settore della politica estera e di sicurezza comune, di affrancarsi dalla costante dipendenza dal consenso unanime nel Consiglio (e in quello europeo)

ss.; *The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations*, in *Max Planck YUNL*, 2002, p. 535 ss.; *I rapporti tra le Nazioni Unite e le organizzazioni regionali: problemi e prospettive di attuazione del capitolo VIII della Carta delle Nazioni Unite*, in *Diplomazia preventiva e uso della forza nel nuovo scenario della sicurezza internazionale*, Napoli, 2003, p. 71 ss.; e, con particolare riguardo all'Unione europea, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *CI*, 2004, p. 63 ss.

⁸ Si tratta della c.d. legittima difesa collettiva. Lo stesso art. 42, par. 7, fa salvi, peraltro, gli impegni assunti nell'ambito della NATO, "che resta, per gli Stati che ne sono membri, il fondamento della loro difesa collettiva e l'istanza di attuazione della stessa".

mediante forme di integrazione differenziata. A parte la possibilità di istituire cooperazioni rafforzate anche in questa materia, seppure con regole speciali rispetto a quelle poste in via generale⁹, e la riaffermazione della c.d. astensione costruttiva¹⁰, esistono ulteriori strumenti attraverso i quali date azioni possono essere condotte da un numero più ristretto di Stati membri nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa comune. In questo settore¹¹ si prevede, anzitutto, che gli Stati membri che costituiscono tra loro forze multinazionali possano mettere tali forze a disposizione della politica di sicurezza e di difesa comune (art. 42, par. 3, TUE). Per tale via le strutture militari create da un numero limitato di Stati membri possono essere impiegate per gli obiettivi della politica di sicurezza e di difesa comune da parte delle competenti istituzioni europee¹². In secondo luogo, il Consiglio può affidare lo svolgimento di una missione all'esterno dell'Unione a un gruppo di Stati membri, che lo desiderano e hanno le necessarie capacità, allo scopo di tutelare i valori e gli interessi dell'Unione (art. 42, par. 5, TUE). La delega da parte del Consiglio non spoglia quest'ultimo delle sue responsabilità: gli Stati membri partecipanti – i quali si accordano sulla gestione della missione in associazione con l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza (art. 44, par. 1, TUE) – sono tenuti a informare periodicamente il Consiglio sull'andamento della missione, di propria iniziativa o su richiesta di un altro Stato membro; essi, inoltre, investono immediatamente della questione il Consiglio, qualora la realizzazione della missione determini conseguenze di ampia portata o richieda una modifica dell'obiettivo, della portata o delle modalità della missione stabiliti nell'originaria decisione del Consiglio. Lo stesso Consiglio adotta poi le decisioni necessarie (art. 44 TUE).

La principale novità risultante, al riguardo, dal Trattato di Lisbona è rappresentata dalla cooperazione strutturata permanente. Essa, contemplata dall'art. 42, par. 6, TUE, è disciplinata dall'art. 46 TUE e dal Protocollo n. 10 sulla coo-

⁹ Cfr., riguardo all'instaurazione di una cooperazione rafforzata, l'art. 329, par. 1, TFUE, per la regola generale, e il par. 2 della stessa disposizione per la materia della politica estera e di sicurezza comune. Regole differenti disciplinano anche la partecipazione successiva di uno Stato membro a una cooperazione rafforzata già instaurata (art. 331 TFUE).

¹⁰ Questa è prevista dall'art. 31, par. 1, 1° comma, TUE: lo Stato membro che motivi la sua astensione nel Consiglio (che delibera all'unanimità) con una dichiarazione formale può sottrarsi agli obblighi derivanti dalla decisione del Consiglio, senza impedire che essa impegni l'Unione; peraltro, in uno spirito di mutua solidarietà, tale Stato deve astenersi dall'operare in maniera pregiudizievole per l'attuazione della decisione e gli altri Stati membri devono rispettare la sua posizione.

¹¹ Sul quale, oltre agli autori citati a nota 2, cfr., anche per ulteriori riferimenti, C. NOVI, *La politica di sicurezza esterna dell'Unione Europea*, Padova, 2005; L. PALADINI, *The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action*, in questa Rivista, 2007, p. 111 ss.; e, con particolare riguardo al Trattato di Lisbona, A. L. VALVO, *Politica estera e di sicurezza comune ed integrazione politica: l'ipotesi di un esercito europeo*, in RCGI, 2008, n. 29, p. 53 ss.

¹² Un esempio di tali strutture potrebbe essere la forza di gendarmeria europea (Eurogendfor), prevista dal Trattato sottoscritto a Velsen il 18 ottobre 2007 da Spagna, Francia, Italia, Olanda e Portogallo.

perazione strutturata permanente. In base a queste norme detta cooperazione può essere instaurata dagli Stati membri che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia. Tali criteri e impegni sono specificati in maniera dettagliata negli articoli 1 e 2 del citato Protocollo n. 10; fra tali impegni va particolarmente ricordato quello di essere in grado di fornire forze armate aventi determinate caratteristiche, tali da intraprendere le missioni di Petersberg indicate all'art. 43 entro un termine da 5 a 30 giorni, in specie per rispondere a richieste delle Nazioni Unite, e sostenibili per un periodo iniziale di 30 giorni, prorogabili fino ad almeno 120 giorni (art. 1, lett. *b*, del Protocollo n. 10). Si noti che la stessa istituzione di una cooperazione strutturata permanente prescinde dalla consueta regola della unanimità nel Consiglio: ai sensi dell'art. 46, par. 2, TUE, infatti, esso delibera a maggioranza qualificata (previa consultazione dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza); e sempre a maggioranza qualificata, ma con il voto dei soli Stati membri partecipanti alla cooperazione strutturata permanente, il Consiglio decide l'ammissione di nuovi Stati membri a tale cooperazione, o sospende la partecipazione di Stati membri che non soddisfino più le condizioni di cui agli articoli 1 e 2 del Protocollo n. 10¹³.

Il meccanismo sommariamente descritto può favorire la formazione di una punta più avanzata di Stati membri, capaci e disponibili a determinare uno sviluppo della politica di sicurezza e di difesa comune, anche e specialmente nella sua componente militare. Va sottolineata la natura "permanente" e "strutturata" di tale cooperazione, che la distingue dal meccanismo delle cooperazioni rafforzate: mentre queste ultime possono attuarsi in materie differenti e tra gruppi di Stati membri non coincidenti (come suggerisce la stessa previsione di tali cooperazioni "al plurale") e hanno carattere, per così dire, episodico, relativo, cioè, a singoli atti da adottare¹⁴, in materia di sicurezza e difesa comune viene a configurarsi una struttura, anche militare, stabile e definitiva. Un problema che potrà porsi, ove sia istituita una cooperazione siffatta, riguarda l'oggetto delle decisioni che nel suo seno potranno adottarsi e, più precisamente, se il Consiglio potrà decidere di svolgere missioni all'estero con il voto (sia pure unanime) dei soli Stati membri partecipanti o se tali decisioni richiedano una votazione unanime di *tutti* gli Stati membri nel Consiglio, secondo la consueta procedura (cioè su proposta dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza

¹³ La decisione di uno Stato membro di ritirarsi dalla cooperazione strutturata permanente non è subordinata, invece, ad alcuna autorizzazione del Consiglio, il quale si limita a prenderne atto (art. 46, par. 5, TUE). Si tenga presente, peraltro, che al di fuori delle decisioni sull'ammissione e sulla sospensione di uno Stato membro nella cooperazione strutturata permanente, le altre decisioni sono prese dal Consiglio con il voto unanime degli Stati membri partecipanti alla cooperazione strutturata permanente (art. 46, par. 6, TUE).

¹⁴ È il caso del regolamento n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, che rappresenta il primo esempio di impiego del meccanismo della cooperazione rafforzata (autorizzata, nella specie, con decisione 2010/405/UE del Consiglio del 12 luglio 2010).

o su iniziativa di uno Stato membro)¹⁵. A nostro parere deve accettarsi la seconda alternativa indicata, poiché l'art. 42, par. 6, TUE, che prevede la cooperazione strutturata permanente, dichiara espressamente che esso lascia impregiudicato l'art. 43, cioè la disposizione relativa alle missioni all'esterno dell'Unione europea, che sono decise dal Consiglio, appunto, secondo la consueta procedura (art. 42, par. 4, TUE). C'è da aggiungere che sarebbe singolare che, proprio in una materia così delicata come quella delle missioni militari all'estero, l'Unione – che resta responsabile di tali missioni – lasciasse nelle mani di un gruppo ristretto di Stati membri le determinazioni concernenti il loro invio. Il richiamo all'art. 43 ha per conseguenza, inoltre, che il coordinamento degli aspetti civili e militari della missione rimanga nella competenza dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, sotto l'autorità del Consiglio e in stretto e costante contatto con il Comitato politico e di sicurezza (art. 43, par. 2, TUE).

In conclusione, sembra da escludere che la cooperazione strutturata permanente possa favorire forme di “unilateralismo” degli Stati partecipanti, rispetto all'Unione. Essa appare, piuttosto, come strumento operativo stabilmente a disposizione dell'Unione per realizzare gli obiettivi cui sono preordinate le missioni militari, ma sempre su decisione unanime di tutti gli Stati membri nel Consiglio e, più in generale, nel rispetto delle procedure e delle competenze applicabili alla politica di sicurezza e di difesa comune. Peraltro la stessa disponibilità di un siffatto strumento operativo può agevolare anche il raggiungimento delle decisioni del Consiglio, favorite dalla consapevolezza dell'esistenza di una struttura militare capace di realizzarle effettivamente.

7. L'esame sin qui svolto sembra confermare l'esattezza dei giudizi e delle previsioni di Luigi Sico, ricordati in apertura del presente scritto. Il Trattato di Lisbona, per un verso, mostra significativi sviluppi nel settore della politica estera e di sicurezza comune, per altro verso, conferma l'esistenza di difficoltà e di ostacoli in una materia estremamente sensibile, nella quale forti restano gli interessi nazionali degli Stati membri, spesso avvertiti come “vitali” e, quindi, non suscettibili di essere sacrificati, o persino solo limitati, in nome di un approccio comune europeo. L'impero della regola dell'unanimità nel Consiglio e nel Consiglio europeo rappresenta la più vistosa manifestazione delle preoccupazioni degli Stati membri e costituisce, secondo un'opinione largamente diffusa, il più grave inconveniente che preclude un'efficace azione dell'Unione europea sulla scena internazionale.

Peraltro, pur condividendo l'ovvia considerazione delle gravi difficoltà insite nella regola dell'unanimità ai fini della formazione di una posizione univoca dell'Unione europea, a nostro parere un altro, forse più grave, problema permane nella disciplina europea della politica estera e di sicurezza comune. Si tratta dell'approccio verticistico e intergovernativo che caratterizza la materia, nella quale è del tutto assente un qualsivoglia controllo democratico. Al Parlamento

¹⁵ Cfr. art. 42, par. 4, TUE.

europeo, come si è rilevato, è assegnato un ruolo marginale, che non gli consente di esercitare una significativa funzione di controllo e di indirizzo sulla politica estera. Né può ritenersi, realisticamente, che l'esigenza di democrazia possa essere soddisfatta mediante il riconoscimento che nel Consiglio europeo e nel Consiglio i capi di Stato o di governo e i membri governativi sono "democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini" (art. 10, par. 2, 2° comma, TUE): per quanto importante sia questo aspetto "indiretto" della legittimità democratica dell'Unione europea, esso non può sostituire quella esigenza democratica che si esprime nella diretta rappresentanza dei cittadini dell'Unione e che comporta un irrinunciabile ruolo determinante del Parlamento europeo nei rapporti con le altre istituzioni. La necessità di un controllo democratico appare ancora più acuta proprio in corrispondenza allo sviluppo della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea e specialmente della dimensione militare della politica di sicurezza e di difesa comune, con l'ampliamento delle missioni di Petersberg di cui all'art. 43, par. 1, TUE, con l'obbligo di difesa collettiva (art. 42, par. 7, TUE), con la clausola di solidarietà (art. 222 TFUE), con l'impegno per la difesa dei valori e degli interessi dell'Unione, con le accresciute responsabilità nella lotta al terrorismo e nell'azione per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Tali sviluppi, proprio per le implicazioni che possono avere sul coinvolgimento dell'Unione e dei suoi Stati membri in situazioni conflittuali, non possono prescindere da un adeguato controllo da parte dell'istituzione parlamentare che rappresenta direttamente coloro – i cittadini europei – che in tali situazioni finiscono per essere i protagonisti (o le vittime).

Abstract

The Developments of the Lisbon Treaty in the Field of Common Foreign and Security Policy

In order to provide the European Union with a "single voice" on the international scene the first innovation of the Lisbon Treaty is the establishment of the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy; the High Representative has a double role because he shall preside over the Foreign Affairs Council but he is also a member – as a Vice-President – of the Commission. Some further elements aim at promoting a single position of the Union, such as the provisions which declare that the Union shall ensure consistency between the different areas of its external action and its other policies, and those according to which the Member States shall support the Union's policy, shall cooperate, enhance their mutual solidarity, consult one another in order to determine a common approach. The main obstacles to the achievement of a common foreign policy derive from the unanimity rule in the European Council and in the Council, but also from the lack of a democratic control and of a judicial review. As regards the common security and defence policy, however, it could be possible to overcome the problems deriving from the unanimity rule through the instruments of flexibility introduced by the Lisbon Treaty.

Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*

SOMMARIO: 1. Applicazione differenziata e cooperazione rafforzata nel diritto dell'Unione. Interesse di un'indagine finalizzata ad una più precisa definizione delle differenze esistenti fra i due istituti. – 2. Applicazione differenziata e cooperazione rafforzata negli orientamenti della dottrina. Inquadramento, nell'ambito dei due istituti, di alcuni significativi atti del diritto dell'Unione. – 3. Le posizioni dottrinali incentrate sullo studio dell'integrazione differenziata. – 4. Formulazione di ulteriori criteri distintivi fra applicazione differenziata e cooperazione rafforzata, sulla base delle indicazioni ricavabili dai Trattati. – 5. Constatazione della tendenza, in atto anche dopo il Trattato di Amsterdam, a ricorrere con frequenza all'applicazione differenziata. – 6. La cooperazione rafforzata "comune" e la cooperazione rafforzata "speciale". Rilevazione delle affinità esistenti fra questa seconda forma di cooperazione e l'applicazione differenziata. – 7. La flessibilità del diritto dell'Unione: a) nel caso della cooperazione rafforzata. – 8. La flessibilità del diritto dell'Unione: b) nel caso dell'applicazione differenziata. – 9. L'unità e la coerenza del diritto dell'Unione e l'applicazione differenziata.

1. Con particolare frequenza, a partire dalla firma, il 2 ottobre 1997, del Trattato di Amsterdam, la dottrina ha analizzato il meccanismo della "cooperazione rafforzata" introdotto da tale Trattato, soffermandosi sulla dettagliata disciplina prevista e sui riflessi che rispetto ai caratteri del diritto comunitario e del diritto dell'Unione esercita un simile meccanismo, definito una "révolution copernicienne dans l'histoire de l'intégration européenne"¹.

Nell'ambito di questa vasta produzione dottrinale² non si rinvergono fra le opinioni espresse dagli autori divergenze degne di nota: come verrà nel prosie-

* Il presente scritto è destinato anche alla raccolta di studi "Liber amicorum Zanghi", di prossima pubblicazione.

¹ Espressione riportata da V. COSTANTINESCO, *Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, in *RTDE*, 1997, p. 752.

² Si vedano, in particolare: V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 751 ss.; H. KORTENBERG, *Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam*, in *CML Rev.*, 1998, p. 833 ss.; T. BENDER, *Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza*, in *ZaöRV*, 2001, p. 729 ss.; A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, in *DUE*, 2001, p. 460 ss.; E. PISTOIA, *Il ruolo della cooperazione rafforzata nell'Unio-*

guo precisato, generale risulta infatti il consenso intorno ad una soluzione che tende a realizzare un equilibrio fra, da un lato, la diversità di situazioni e di punti di vista degli Stati membri e, dall'altro, la necessità di assicurare comunque un progressivo sviluppo del processo di integrazione.

Se i citati orientamenti dottrinali possono essere in linea di massima condivisi, desta fondata perplessità l'opinione secondo cui dando vita alla cooperazione rafforzata si sarebbe posto fine a una terminologia fonte "d'incertitudes et de confusions conceptuelles", originate da espressioni quali "*flexibilité*", "*géométrie variable*", "*intégration différenciée*", "*Europe à la carte*", "*noyau dur*", "*coopération plus étroite*"³.

Motivo di simili perplessità è, a nostro giudizio, la constatazione che le espressioni ora riportate sono lungi dall'aver tutte un identico significato. Mentre, infatti, alcune esprimono uno stesso concetto, quello dell'esistenza di norme di diritto dell'Unione che nascono sulla base della volontà manifestata da un limitato numero di Stati membri, e che si indirizzano poi unicamente a tali Stati (sarebbe questa, con una certa approssimazione, la nozione di cooperazione rafforzata), altre espressioni andrebbero più correttamente interpretate nel senso di regole poste in essere "con il consenso di tutti gli Stati membri", ma con la previsione di deroghe circa l'applicazione di tali regole ad uno o più di detti Stati. Si rientrebbe, in questo caso, nel diverso fenomeno dell'applicazione differenziata.

Le diversità ora accennate, ed il fatto che finora l'attenzione della dottrina si sia prevalentemente concentrata sulla cooperazione rafforzata, suggerisce di sviluppare un'indagine specificamente dedicata all'applicazione differenziata del diritto dell'Unione, al fine di accertare se "applicazione differenziata" e "cooperazione rafforzata" siano da ricondurre ad uno stesso fenomeno, come parte della dottrina sembra ritenere⁴, ovvero se sussistano sul piano giuridico ragioni che facciano ritenere fondata una simile distinzione. L'esame della dottrina consente, indubbiamente, di rilevare l'avvenuta formulazione di alcuni criteri distintivi, che peraltro non si rivelano del tutto adeguati. Nel proporre altri che appaiono più convincenti, riteniamo che la presente indagine non mancherà di evidenziare gli aspetti di particolare interesse di un istituto finora alquanto trascurato.

2. La distinzione fra applicazione differenziata e cooperazione rafforzata è presente in numerosi scritti, incentrati sullo studio del fenomeno della differen-

ne europea: meccanismo di propulsione dell'integrazione o elemento di divario tra Stati membri?, in DPCE, 2002, p. 1885 ss.; A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari, 2005; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Milano, 2009, V ed., p. 90 ss.; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari-Roma, 2010, p. 123 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 89 ss.; C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, V ed., p. 97 ss.

³ V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, pp. 752-753.

⁴ Sulla questione v. *infra*, par. 4.

ziazione nel quadro del diritto comunitario e dell'Unione. La “cooperazione rafforzata” si risolverebbe essenzialmente nel nuovo meccanismo istituito con il Trattato di Amsterdam, tendente a favorire forme di “più intenso sviluppo” ad un “gruppo più avanzato” di Stati membri, intenzionati a far ricorso alle istituzioni dell'Unione e ad esercitare le competenze non esclusive della stessa⁵.

Nel caso dell'“applicazione differenziata”, l'accento è posto sulle regole, spesso temporanee, previste dai Trattati nei confronti degli Stati membri “rilutanti”: dissociandosi da determinate scelte, questi “finiscono per formare una retroguardia disposta ad accettare solo un livello più basso di integrazione”⁶. Con l'applicazione differenziata, si tiene a precisare, non si potrebbe parlare di “estraneità” di uno Stato membro rispetto a norme dell'Unione⁷, mentre la disciplina prodotta mediante il meccanismo della cooperazione rafforzata “sarà considerata parte del diritto dell'Unione, ma soltanto per gli Stati che partecipano alla cooperazione rafforzata”⁸.

Per altri autori⁹, all'origine di diversi tipi di differenziazione nell'ambito del diritto comunitario e del diritto dell'Unione vi sarebbe il fatto che “it is not always possible for all the Member States to advance at the same rate”¹⁰. Un primo tipo, che coincide approssimativamente con l'applicazione differenziata, si avrebbe nel caso dell'adozione “of a measure which certain Member States”, avvalendosi di specifiche deroghe, “will not apply”¹¹. Il secondo tipo di differenziazione, corrispondente al meccanismo della cooperazione rafforzata, sarebbe stato introdotto con il Trattato di Amsterdam del 1997, ma con un interessante precedente costituito dal Protocollo sulla politica sociale, allegato al Trattato di Maastricht del 1992. Caratteristica principale di questo nuovo meccanismo sarebbe l'autorizzazione, concessa ad un certo numero di Stati, di “andare oltre”, senza peraltro uscire dal quadro del diritto comunitario e dell'Unione¹². È su questo secondo tipo di differenziazione che un autore mette l'accento, avendo cura di precisare che diverse sono le forme di cooperazione rafforzata: da un lato, la cooperazione “predetermined by the Treaty itself”¹³; dall'altro, la cooperazione “undetermined but in the frame of a general treaty clause”¹⁴.

⁵ Sulla questione v. ampiamente U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 91-93. In senso conforme v. U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 94: “la nozione di cooperazione rafforzata implica, appunto, un rafforzamento del processo di integrazione dell'UE, ovvero un'integrazione realizzata a livello più avanzato da un'avanguardia di Stati”.

⁶ Così U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 94.

⁷ G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁸ *Ibidem*, pp. 123-124.

⁹ H. KORTENBERG, *op. cit.*, p. 833 ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 833.

¹¹ *Ibidem*, pp. 833-834.

¹² *Ibidem*, pp. 834-835.

¹³ *Ibidem*, p. 835.

¹⁴ *Ibidem*. Lo stesso autore osserva peraltro (p. 849), che, tenuto conto delle condizioni rigorose poste dal Trattato, “the area which remains open for closer cooperation is fairly narrow”.

È sulla base dei criteri sopra richiamati che la dottrina qui in esame procede ad inquadrare, all'interno dell'uno o dell'altro dei due istituti in parola, le diverse disposizioni contenute nei Trattati e negli altri atti di diritto primario. Quanto al già richiamato Protocollo sulla politica sociale, si rileva una generale tendenza ad includerlo nell'ambito dell'applicazione differenziata, senza attribuire rilievo al fatto che nello stesso, come si verifica per i casi di cooperazione rafforzata, venga fatto ricorso al verbo "autorizzare"¹⁵.

Parimenti, all'applicazione differenziata si fa riferimento quando si considerano le norme sull'Unione economica e monetaria (si vedano, segnatamente, gli articoli 5 e 139 ss. TFUE, con i Protocolli n. 15 e n. 16 allegati al Trattato di Lisbona)¹⁶, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il Protocollo n. 30, allegato al Trattato di Lisbona, sull'applicazione della Carta alla Polonia ed al Regno Unito¹⁷.

Per contro, la cooperazione rafforzata caratterizzerebbe il Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea e gli articoli 82 e 83 TFUE¹⁸: a far propendere per questa soluzione sembrerebbe avere rilievo determinante il fatto che le disposizioni ora richiamate utilizzino espressioni imperniate sul principio di un'"autorizzazione ad instaurare una cooperazione rafforzata", autorizzazione concessa, o che "si considera concessa" in virtù delle citate disposizioni.

3. Un discorso a parte deve a questo punto essere sviluppato passando a considerare le posizioni dottrinali che mettono l'accento su una nozione, quella di "integrazione differenziata", che incide sul rapporto applicazione differenziata-cooperazione rafforzata, rapporto che forma l'oggetto prevalente degli studi in precedenza richiamati. Per contro, l'espressione "applicazione differenziata" risulta, di regola, totalmente ignorata negli scritti che qui si considerano.

Va preliminarmente rilevato che le prese di posizione degli autori sul punto in questione presentano differenze di un certo rilievo. Vi sono taluni per i quali l'integrazione differenziata, concepita come "eine Ausnahme vom Prinzip des einheitlichen Integration"¹⁹ avrebbe principalmente la funzione "den stagnierenden Integrationsprozess zu dynamisieren, und so ein zentripetales Kraftfeld zu erzeugen"²⁰. L'integrazione differenziata sarebbe allora la categoria generale, di cui la cooperazione rafforzata nient'altro sarebbe che "ein Unterfall"²¹, con la conseguente applicazione degli stessi principi, che non risulterebbero modificati

¹⁵ In questo senso, V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 753; G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 126; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 90. Ritiene invece che ci si trovi in presenza di un caso di "closer cooperation" H. KORTENBERG, *op. cit.*, p. 834.

¹⁶ U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 94; G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 126; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷ U. DRAETTA, *op. cit.*; G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 127; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 90.

¹⁸ H. KORTENBERG, *op. cit.*, p. 836 ss.; G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 125; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹ T. BENDER, *op. cit.*, p. 767.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, p. 730.

dalle specifiche condizioni poste dai Trattati per il ricorso alla cooperazione rafforzata. Quali esempi di integrazione differenziata vengono citate le norme contenute nell'Accordo sulla politica sociale (unito al Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht del 1992), nonché quelle relative all'Unione economica e monetaria e all'integrazione dell'*acquis* di Schengen²², mentre settori "potenziali" di ricorso alla cooperazione rafforzata sono ritenuti quelli dell'ambiente, della politica culturale, delle imposte indirette²³.

Mettendo da parte l'idea di una cooperazione rafforzata vista come "sotto-specie" dell'integrazione differenziata, altri autori sottolineano la "valenza positiva" della nozione di integrazione differenziata, definita "fattore di maggiore integrazione tra gli Stati membri"²⁴. La disciplina dell'integrazione differenziata risulterebbe strutturata: 1) "o mediante regole apposite dettate per disciplinare una particolare forma di integrazione differenziata, ma con l'ulteriore previsione di alcune regole in deroga per alcuni Stati membri (...); 2) o mediante l'istituto delle cooperazioni rafforzate"²⁵. Nell'ambito di queste ultime occorrerebbe distinguere fra la cooperazione rafforzata "comune" (ora disciplinata dai già citati articoli 20 TUE e 326 ss. TFUE), la cooperazione rafforzata "speciale" prevista dal Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen; l'integrazione differenziata realizzata "attraverso la non applicazione" di alcune disposizioni dei Trattati al Regno Unito, all'Irlanda e alla Danimarca²⁶.

A qualificare l'integrazione differenziata, secondo i suoi sostenitori, sarebbe la valenza positiva propria di un meccanismo che consente "agli Stati più dinamici di approfondire il processo di integrazione"²⁷, mentre nel caso dell'applicazione differenziata prevarrebbero gli elementi particolaristici e centrifughi. Quello ora richiamato appare tuttavia, se ben si osserva, un criterio per niente decisivo e convincente. Per essere doverosamente fondato su dati obiettivi, il giudizio sulla positività di una data azione dovrebbe infatti essere basato sull'"effettiva rispondenza" della stessa a favorire il processo di integrazione europea, evitando al tempo stesso, sempre nel caso specifico, quella "eccessiva divaricazione tra gli Stati partecipanti e gli esclusi"²⁸ che comprometterebbe inevitabilmente il carattere positivo dell'azione intrapresa. A questo riguardo, converrà non dimenticare che, fino ad oggi, un giudizio del tipo qui auspicato si rivela alquanto problematico, nella quasi totale assenza di cooperazioni rafforzate sviluppate sulla base di un'autorizzazione concessa ai sensi delle più volte

²² *Ibidem*, p. 742 ss. e p. 754 ss.

²³ *Ibidem*, p. 768.

²⁴ Così A. CANNONE, *op. cit.*, p. 18.

²⁵ *Ibidem*, pp. 240-241. Nel senso che la cooperazione rafforzata sarebbe "la principale manifestazione dell'integrazione differenziata nell'Unione europea" v. lo stesso A. CANNONE, *op. cit.*, p. 20. In senso conforme v. E. PISTOIA, *op. cit.*, p. 1904: "la cooperazione rafforzata detiene le caratteristiche necessarie per costituire effettivamente il meccanismo di integrazione differenziata della Comunità e dell'Unione europea".

²⁶ A. CANNONE, *op. cit.*, p. 45 ss.

²⁷ Così E. PISTOIA, *op. cit.*, p. 1904.

²⁸ *Ibidem*.

citare disposizioni del TUE e del TFUE. A conferma delle perplessità qui formulate circa il criterio che identificherebbe l'“integrazione differenziata” va sottolineata l'inconsistenza del giudizio negativo formulato nei confronti del sistema delle deroghe a favore di Stati membri determinati. Basti ricordare che l'istituzione della moneta unica, giudicata dai più come una tappa fondamentale nel processo di integrazione europea, è stata per l'appunto resa possibile da quella distinzione fra “Stati membri che adottano come moneta l'euro” e “Stati membri con deroga” che continua ad essere a fondamento dell'intero sistema, al di là delle difficoltà che lo stesso oggi attraversa.

4. Sono da condividere, in linea di massima, le conclusioni della dottrina, esaminata al par. 2, circa l'inquadramento, nell'ambito dell'applicazione differenziata ovvero della cooperazione rafforzata, degli atti e delle disposizioni che introducono elementi di differenziazione nel diritto dell'Unione europea. Resta tuttavia da approfondire il discorso relativo ai criteri sulla cui base procedere a questo inquadramento, anche per evitare che, in futuro, possano manifestarsi diffuse incertezze al riguardo, facendo perdere di vista le particolarità che l'applicazione differenziata presenta. Allo sviluppo dell'indagine che ci accingiamo ad intraprendere non contribuisce certo la terminologia figurante nei Trattati, contraddistinta dalla tendenza a porre l'accento sulla nozione di “cooperazione” nell'ambito del diritto dell'Unione anche quando si tratta di azioni che coinvolgono un limitato numero di Stati membri. Questo tipo di cooperazione è visto con favore dagli autori dei Trattati, in quanto ritenuta idonea ad accreditare la tesi secondo cui la stessa, non più basata sul ricorso ad accordi internazionali, contribuirebbe in larga misura al positivo sviluppo del processo di integrazione dell'Unione. L'orientamento ora richiamato è particolarmente evidente nel Trattato di Lisbona, contenente alcune norme specifiche in merito alla cooperazione limitata a taluni Stati (si vedano gli articoli 82 e 83 TFUE) che si differenziano sensibilmente da quelle (articoli 20 TUE e 326-334 TFUE) che lo stesso Trattato prevede in materia di cooperazione rafforzata.

Base di partenza per l'indagine che ci proponiamo di svolgere è la disciplina della cooperazione rafforzata quale emerge dalle disposizioni dei Trattati, a partire da quelle concordate ad Amsterdam nel 1997²⁹. Disposizioni che di tale cooperazione rafforzata fissano le condizioni e stabiliscono le regole procedurali perché la stessa possa essere autorizzata. A norma dei già citati articoli 20 TUE e 326-334 TFUE, una cooperazione rafforzata può essere instaurata ove sussistano le seguenti condizioni: a) il settore interessato deve rientrare nelle competenze non esclusive dell'Unione, nonché nel campo di applicazione dei Trattati; b) gli obiettivi non siano stati perseguiti “entro un termine ragionevole” dall'Unione nel suo insieme; c) almeno nove Stati membri devono partecipare alla cooperazione in questione; d) deve essere assicurato il rispetto dei Trattati e

²⁹ Sulle modifiche apportate dal Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 v. C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 99.

del diritto dell'Unione³⁰; e) la cooperazione rafforzata deve tendere a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione; f) deve rispettare i diritti, le competenze e gli obblighi degli Stati membri che non vi prendono parte³¹. Gli articoli sopra citati stabiliscono altresì le regole procedurali: sulla base di una richiesta trasmessa alla Commissione dagli Stati membri interessati, l'autorizzazione a procedere ad una specifica cooperazione rafforzata "è concessa dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo" (art. 329, par. 1, TFUE).

Due sono gli elementi essenziali di questa disciplina: da un lato, l'autorizzazione concessa dal Consiglio con deliberazione adottata a maggioranza qualificata, e, quindi, anche contro la volontà degli Stati membri che rispetto a tale decisione dissentano³²; dall'altro, una disciplina che, all'atto dell'autorizzazione, risulta indeterminata: la sua concreta definizione sarà l'effetto delle decisioni che saranno via via adottate dagli Stati che partecipano alla cooperazione rafforzata, beninteso nel rispetto di quelle condizioni che si sono in precedenza richiamate.

Si tratta, a ben guardare, di due elementi di particolare importanza anche ai fini di una più chiara distinzione fra applicazione differenziata e cooperazione rafforzata. Nel caso della prima, infatti, è del tutto assente, innanzitutto, l'elemento dell'autorizzazione, concessa dal Consiglio, anche a maggioranza, ad una cerchia ristretta di Stati membri. È in virtù del "consenso raggiunto fra tutte le parti contraenti" all'atto della conclusione del Trattato (o di un Protocollo) che si fissano, da un lato, le regole generali e si concordano, dall'altro, una o più deroghe nei confronti di determinati Stati membri. In secondo luogo, mentre le norme applicabili nell'ambito di una data cooperazione rafforzata andranno definite a seguito dell'autorizzazione prevista dai Trattati (che non indicano i settori nei quali una cooperazione rafforzata potrà instaurarsi)³³, nell'applicazione differenziata il regime è di regola già definito al momento della conclusione del Trattato, per quanto riguarda sia le norme che si indirizzano alla generalità degli Stati membri, sia il contenuto del contestuale accordo derogatorio. Non si tratta cioè di porre in essere norme, di adottare provvedimenti, ma unicamente di "applicare norme e provvedimenti già in essere".

³⁰ L'art. 326 TFUE è così formulato: "Le cooperazioni rafforzate rispettano i trattati e il diritto dell'Unione. Esse non possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale. Non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi".

³¹ Per una dettagliata illustrazione di queste condizioni, si veda il memorandum della Commissione del 30 marzo 2010, avente ad oggetto la proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile al divorzio ed alla separazione legale, COM(2010)104 def. /2.

³² Cfr. U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 92; G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 124; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 94.

³³ L'art. 329, par. 1, TFUE si limita a stabilire che sono esclusi dalla cooperazione rafforzata "i settori di competenza esclusiva e la politica estera e di sicurezza comune".

In considerazione di quanto precede, esulano dalla presente indagine le ipotesi in cui i Trattati non giungono a definire il regime che dovrà successivamente essere applicato, ma si limitano a prevedere che, in assenza di situazioni particolari, potranno essere emanate norme ed adottati provvedimenti che derogano al regime generale³⁴.

5. La dottrina ha correttamente posto in evidenza le motivazioni che sono alla base della scelta, operata con il Trattato di Amsterdam, di prevedere, e di disciplinare nei dettagli, l'istituto della cooperazione rafforzata. Un istituto che, come anche nella presente indagine è stato sottolineato, avrebbe dovuto assicurare un giusto equilibrio fra, da un lato, l'esigenza degli Stati membri "volonterosi" di procedere speditamente sulla via dell'integrazione e, dall'altro, la necessità di contenere entro limiti accettabili il distacco fra questi Stati e gli altri membri che non possono, o comunque non intendono, far proprie simili scelte. Analogo rilievo, invece, non ci sembra sia stato dato ad un altro aspetto, parimenti di grande interesse, che lo stesso Trattato di Amsterdam presenta: l'esistenza di numerose norme, in prevalenza contenute nei suoi Protocolli, che continuano a porre l'accento sul diverso istituto dell'applicazione differenziata del diritto comunitario e del diritto dell'Unione. A prima vista, alcuni di questi Protocolli (il Protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 del Trattato che istituisce la Comunità europea al Regno Unito e all'Irlanda; il Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda; il Protocollo sulla posizione della Danimarca, il Protocollo sull'applicazione in Irlanda dell'art. 40, par. 3.3 della Costituzione irlandese) presentano un carattere che non si discosta, fondamentalmente, da quelli di tipo tradizionale: ad esempio, nei Protocolli risalenti alla firma, nel 1957, del Trattato istitutivo della Comunità economica europea³⁵. Un più attento esame, peraltro, mostra come i Protocolli allegati al Trattato di Amsterdam presentino una struttura assai più complessa, andando oltre la previsione di pure e semplici deroghe nei confronti di determinati Stati membri. Nel già citato Protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 del Trattato CE al Regno Unito e all'Irlanda, ad esempio, il Regno Unito "è autorizzato" ad esercitare, sulle persone che intendono entrare nel suo territorio, i controlli ritenuti necessari, mentre lo stesso Regno Unito e l'Irlanda "possono continuare a concludere intese reciproche" in materia di circolazione delle persone fra i loro territori. Né mancano disposizioni specifiche che si indirizzano agli "altri Stati membri", i quali "hanno la facoltà" di esercitare alle loro frontiere controlli analoghi sulle persone che provengano dal Regno Unito e dall'Irlanda. Sempre in materia di libero spostamento delle persone, il successivo Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda stabilisce che questi due Stati "possono notificare per iscritto" al Consiglio che desiderano partecipare all'ado-

³⁴ V. in proposito l'art. 349 TFUE.

³⁵ Vanno qui ricordati: il Protocollo relativo a talune disposizioni riguardanti la Francia; il Protocollo concernente l'Italia; il Protocollo concernente il Granducato del Lussemburgo.

zione delle misure proposte, come anche la loro intenzione di accettare misure già adottate dal Consiglio in materia.

Mentre i Protocolli allegati al Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 non contengono disposizioni di particolare interesse sul punto che qui interessa, quelli allegati al Trattato di Lisbona confermano, e per alcuni aspetti rafforzano, l'attuale tendenza a dare ampio spazio all'applicazione differenziata. Oltre al Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito va ricordato il Protocollo sull'eurogruppo, con il quale tutti gli Stati membri dell'Unione convengono sull'istituzione di uno speciale organismo che riunisca, "a titolo informale", i ministri degli Stati membri la cui moneta è l'euro, "per discutere questioni attinenti alle responsabilità specifiche da essi condivise in materia di moneta unica". Altra rilevante particolarità è l'inserimento, nello stesso testo del Trattato di Lisbona (e non più, quindi, in specifici Protocolli) di norme che si indirizzano ad un primo ovvero ad un secondo gruppo di Stati membri: gli "Stati la cui moneta è l'euro" (articoli 136-138 TFUE) e gli "Stati membri con deroga". Sia pure a titolo transitorio (ma senza alcuna delimitazione temporale), l'art. 139 TFUE elenca le disposizioni dei Trattati che non verranno applicate a detti Stati.

6. Sulla scorta dei criteri che sono stati evidenziati, la distinzione risulta netta quando l'applicazione differenziata è contrapposta alla cooperazione rafforzata "comune" attualmente disciplinata dagli articoli del Trattato di Lisbona più volte richiamati, risultando invece sicuramente più sfumata quando si considera la cooperazione rafforzata "speciale" o predeterminata dal Trattato. Diversamente dalla posizione assunta da altri studiosi, orientati a porre l'accento sulle affinità esistenti fra queste due forme di cooperazione³⁶, siamo del parere che affinità non trascurabili siano da rilevare anche fra la cooperazione rafforzata "speciale" e l'applicazione differenziata, senza peraltro che da ciò possa dedursi una sorta di confusione fra la prima e la seconda. Un raffronto fra due Protocolli (il Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen e quello sulla politica sociale), in precedenza citati, permette di verificare la fondatezza di quanto ora affermato. Nel primo dei due Protocolli, che della cooperazione rafforzata "speciale" costituisce il precedente più significativo, si stabilisce infatti che l'autorizzazione a instaurare fra i firmatari degli accordi di Schengen è concessa nel campo di applicazione di detti accordi e delle disposizioni collegate. Tale cooperazione, si precisa, "è realizzata nell'ambito istituzionale e giuridico dell'Unione europea".

Una seconda particolarità è costituita dal fatto che nel Protocollo in esame sono altresì contenute disposizioni tipiche dell'istituto dell'applicazione differenziata: vi si prevedono infatti una serie di deroghe nei confronti della Danimarca (firmataria peraltro degli accordi di Schengen), nonché dell'Irlanda e del Regno Unito (a norma dell'art. 4 del Protocollo, questi due Stati "non sono

³⁶ *Supra*, paragrafi 2 e 3.

vincolati dall'*acquis* di Schengen"). Il Protocollo sulla politica sociale, allegato al Trattato di Maastricht (e, quindi, anteriore rispetto al Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen) viene invece fatto rientrare dalla dottrina, come in precedenza si è rilevato³⁷, fra le ipotesi di applicazione differenziata. Eppure il Protocollo sulla politica sociale anticipa per molti aspetti il secondo Protocollo: quando, per l'esattezza, "le Alte Parti Contraenti *convengono di autorizzare*" gli undici Stati membri firmatari dell'accordo sulla politica sociale "a fare ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi del trattato (...) allo scopo di (...) rendere effettivo il suddetto accordo"³⁸. L'unica differenza, in definitiva, è che soltanto nel Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen ricorre esplicitamente l'espressione "cooperazione rafforzata". Che ai fini dell'inquadramento nell'ambito del primo ovvero del secondo istituto l'elemento terminologico rivesta un ruolo determinante è legittimo, a nostro parere, nutrire forti dubbi.

7. Negli scritti più volte citati nel corso della presente indagine ricorre con particolare frequenza il richiamo alla "flessibilità" del diritto dell'Unione, nell'intento di meglio caratterizzare il fenomeno di una differenziazione sempre più diffusa all'interno di tale ordinamento³⁹. Sostanzialmente concordi si mostrano gli autori in parola nel precisare il significato da essi attribuito a detto termine: flessibili sarebbero quelle disposizioni del diritto dell'Unione che non si indirizzano alla totalità degli Stati membri, creando situazioni differenziate fra gli stessi e dando vita a un sistema "strutturato non solo secondo un ordine gerarchico e piramidale, ma (...) come un sistema di relazioni più fluide e destrutturate, qualificate da flessibilità e duttilità"⁴⁰.

Se da un lato questa posizione della dottrina è in linea di principio da condividere, conviene d'altro lato osservare come la stessa manchi di precisione nell'applicare il principio di flessibilità all'applicazione differenziata ovvero alla cooperazione rafforzata. Fra i due istituti non vengono invero rilevate differenze degne di nota, in quanto si tratterebbe sempre di situazioni in cui una stessa norma non ha come destinatari la totalità degli Stati membri⁴¹.

A nostro parere, sussiste invece una differenza di notevole rilievo, a seconda che la flessibilità sia vista in relazione alla cooperazione rafforzata, ovvero alla

³⁷ *Supra*, par. 2.

³⁸ Corsivo aggiunto. A norma dell'art. 2 del Protocollo, "il Regno Unito (...) non partecipa alle deliberazioni e all'adozione da parte del Consiglio delle proposte fatte dalla Commissione sulla base del presente protocollo e del suddetto accordo".

³⁹ Si vedano a tale riguardo: A. CANNONE, *op. cit.*, p. 19; A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 460 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 89 ss.

⁴⁰ Così A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 460. Alla "elasticità" del sistema fa riferimento lo stesso A. TIZZANO, *ivi*, p. 468. Per quanto riguarda l'uso del termine "flessibilità" in relazione all'esigenza di "ovviare alla rigidità del principio di attribuzione" v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 31.

⁴¹ L'unica particolarità sulla quale risulta sia stato posto l'accento consisterebbe nel fatto che con la cooperazione rafforzata si perseguirebbe "una soluzione più strutturata e meno occasionale" rispetto ai precedenti casi di applicazione differenziata: così A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 467.

applicazione differenziata. Occorre non dimenticare, invero, che “nel caso della cooperazione rafforzata” verrebbe meno solo in parte la natura “gerarchica e piramidale” del diritto dell’Unione. L’art. 326 TFUE è particolarmente esplicito su questo punto, stabilendo che le cooperazioni rafforzate “rispettano i trattati e il diritto dell’Unione” e precisando che “non possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale”, come anche “non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi”⁴². L’autorizzazione che il Consiglio è chiamato a concedere a norma degli articoli 20 TUE e 329 TFUE deve evidentemente essere data nel rispetto del citato art. 326⁴³. Si tratta comunque di una decisione la cui conformità al diritto dell’Unione – nella misura stabilita dallo stesso art. 326 – è sottoposta al controllo della Corte di giustizia: mediante il sempre possibile controllo della Corte si può quindi giungere a dichiarare illegittima una data cooperazione rafforzata, con il venir meno di quella differenziazione, di quella flessibilità a tale cooperazione connesse. Che la cooperazione rafforzata sia disciplinata esclusivamente dal diritto dell’Unione (e, in particolare, che le decisioni in materia adottate dagli Stati che vi partecipano siano da assimilare agli atti normativi dell’Unione per quanto riguarda il rispetto del diritto primario ed il controllo operato dalla Corte di giustizia) è del resto confermato dal *memorandum* della Commissione del 30 marzo 2010 (COM(2010)105 def.), contenente una proposta di decisione del Consiglio che autorizza la cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile ai divorzi e alle separazioni personali. Vi si legge infatti⁴⁴ che “the Commission can monitor their [il riferimento è agli atti adottati in materia di cooperazione rafforzata] correct application under the Treaties and the Court of Justice of the EU has the jurisdiction to give preliminary rulings concerning their interpretation, thus ensuring the coherent and unified interpretation of measures adopted in enhanced cooperation”⁴⁵.

8. Quando si passa a considerare il fenomeno dell’“applicazione differenziata”, la questione della flessibilità del diritto dell’Unione si pone in termini profondamente diversi. Richiamando quanto più volte qui evidenziato, e cioè che in questo caso la decisione di operare una differenziazione nell’ambito del diritto dell’Unione, e la determinazione della misura entro cui questa differenziazione è consentita, deriva essenzialmente da norme poste a livello dei Trattati istitutivi, occorre prendere coscienza del fatto che nessun principio gerarchico

⁴² In proposito v. C. ZANGHÌ, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁴³ Sul rapporto fra flessibilità ed autorizzazione da parte del Consiglio v. segnatamente G. GAJA, *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, in *CML Rev.*, 1998, p. 855 ss.

⁴⁴ Documento cit., punto 30.

⁴⁵ La proposta di una cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile in materia di divorzio e di separazione legale è stata approvata con decisione del Consiglio 2010/405/UE del 12 luglio 2010, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale, *GUUE* L 189, 22 luglio 2010.

può configurarsi per quanto riguarda il rapporto fra tali norme. Tanto la disciplina applicabile alla generalità degli Stati membri, quanto il particolare regime previsto nei confronti dello Stato che beneficia di una o più deroghe al riguardo, si trovano su un piano di sostanziale parità, non essendovi differenze nel rango delle norme dalle quali la disciplina generale e le deroghe sono previste. Contrasti – è vero – possono sorgere circa l'applicazione di queste norme; si tratterebbe però unicamente di una questione di interpretazione, non già di gerarchia fra, ad esempio, le disposizioni dei Trattati e quelle dei Protocolli agli stessi allegati⁴⁶. Tanto le prime come le seconde, invero, si fondano sul consenso di tutti gli Stati membri, e non già, come nella cooperazione rafforzata, sulla volontà della maggioranza di essi. Una volta che sussista il consenso a prevedere una applicazione differenziata o flessibile, nessun'altra condizione è posta – né, a nostro parere, potrebbe essere posta – perché un simile fenomeno possa verificarsi.

Nel caso dell'applicazione differenziata, in definitiva, la flessibilità delle disposizioni del diritto dell'Unione è da mettere in relazione con l'accordo – figurante di regola, come si è accennato, nel Trattato o in uno dei suoi Protocolli – che introduce deroghe alla regola generale, stabilendo un regime differenziato nei confronti di uno o più Stati membri. Se ben si osserva, il quadro non si discosta nella sostanza da quello che caratterizza il diritto dei trattati internazionali: l'art. 31 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 non esclude affatto che le parti contraenti, nel contesto di un dato trattato, possano concludere accordi derogatori, rilevanti ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme pattizie. L'esistenza di simili accordi non mancherebbe di riflettersi, pertanto, sull'interpretazione e sull'applicazione delle disposizioni di portata generale che il trattato in questione prevede.

Un attento esame degli atti che prevedono casi di applicazione differenziata permette di individuare un secondo aspetto che presenta indubbe affinità con il diritto dei trattati per quel che attiene al principio di flessibilità. Intendiamo riferirci all'"istituto delle riserve" ai trattati, un istituto vivamente avversato negli ambienti comunitari, perché ritenuto difficilmente compatibile con i caratteri del diritto dell'Unione: il processo di "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale presenterebbe, fra l'altro, il vantaggio di porre fine

⁴⁶ Si condivide su questo punto l'opinione della dottrina prevalente, generalmente orientata a porre sullo stesso piano, quali fonti di diritto primario, il TUE, il TFUE e gli allegati Protocolli. In questo senso: R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 110-111 e 114-115; U. DRAETTA, *op. cit.*, pp. 246-249; G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, pp. 158 e 160; U. VILLANI, *op. cit.*, pp. 22-23 e 227; C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 267. Per la precedente dottrina si vedano: L. M. BENTIVOGLIO, *Commentario dell'art. 239 del Trattato CEE*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario del Trattato CEE*, III, Milano 1965, pp. 1737-1738; S. BARIATTI, *Commento dell'art. 311 del TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 1393-1394. Un'opinione più sfumata è sostenuta da L. DANIELE, *L'architettura dei due nuovi Trattati e i loro rapporti reciproci*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 7, che qualifica "servente" nei confronti del TUE il TFUE.

alla differenziazione provocata dal ricorso, nelle cosiddette convenzioni comunitarie⁴⁷, all'istituto delle riserve.

Conviene peraltro chiedersi se, una volta messo “fuori della porta” l'istituto in parola, i suoi principi ispiratori non finiscano poi per riaffiorare a livello del diritto dell'Unione europea. A rispondere affermativamente a tale domanda ci sembra induca quanto previsto dal già citato Protocollo “su talune disposizioni relative al Regno Unito di Gran Bretagna e di Irlanda del Nord”: vi si stabilisce all'art. 1 che “a meno che il Regno Unito notifichi al Consiglio che intende adottare l'euro, esso non ha alcun obbligo di farlo”, mentre all'art. 9 si precisa che “il Regno Unito può notificare in qualsiasi momento la sua intenzione di adottare l'euro”. A nostro giudizio, le affinità con la tecnica che caratterizza l'istituto delle riserve sono innegabili⁴⁸. Ad uno Stato membro dell'Unione viene infatti riconosciuta la facoltà di decidere “in qualsiasi momento” sulla base di una valutazione unilaterale, circa l'applicazione o meno nei suoi confronti di determinate disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di politica economica e monetaria. Viene comunque fatto salvo il principio dell'“integrità” dei Trattati, nel senso che gli effetti di detta dichiarazione unilaterale si producono nei confronti di tutti gli altri Stati membri che hanno adottato come moneta l'euro.

9. Nota costante degli scritti in precedenza richiamati, incentrati soprattutto sul meccanismo della cooperazione rafforzata, è il riconoscimento del fatto che con la scelta operata ad Amsterdam si sarebbe finalmente trovato il giusto equilibrio fra due diverse esigenze: da un lato, quella di una differenziazione capace di superare eventuali ostacoli ad un progressivo sviluppo del processo di integrazione europea; dall'altro, l'esigenza di non mettere in discussione il fondamentale principio dell'unità e della coerenza del diritto comunitario e del diritto dell'Unione. Dagli scritti in questione traspare altresì il convincimento che le forme di differenziazione diverse dalla cooperazione rafforzata non siano da ritenere idonee ad assicurare questo auspicabile equilibrio.

⁴⁷ Il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) non ha riprodotto l'art. 22 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, in base al quale “ogni Stato membro potrà (...) riservarsi il diritto di non applicare determinate disposizioni, come anche di ritirare successivamente le riserve dallo stesso formulate”. Va tuttavia tenuto presente che, a motivo della mancata applicazione di detto regolamento alla Danimarca, i rapporti fra Copenaghen e gli altri Stati membri restano sempre disciplinati dalla Convenzione in parola.

⁴⁸ La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dopo aver stabilito (art. 2, lett. d) che “il termine riserva indica una dichiarazione unilaterale, quale sia la sua formulazione o denominazione, fatta da uno Stato quando sottoscrive, ratifica, accetta o approva un trattato, o vi aderisce, mediante il quale esso mira a escludere o modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione a tale Stato”, regola all'art. 20, par. 1, l'ipotesi di una riserva “espressamente autorizzata da un trattato”, precisando che la stessa “non richiede un ulteriore atto di accettazione da parte degli altri Stati contraenti”.

Gli elementi evidenziati nel corso della presente indagine inducono a prendere le distanze da una simile opinione. Un'applicazione differenziata che sia basata su norme del diritto dell'Unione appartenenti al diritto primario riposa infatti, come si è sottolineato, sul consenso di tutti gli Stati membri, non diversamente da quello che si verifica per le norme, contenute nei Trattati e nei Protocolli, su cui l'intero ordinamento dell'Unione è fondato. Le scelte che gli Stati membri collettivamente considerati operano a livello di diritto primario possono anche essere giudicate inopportune, e valutate quindi criticamente sul piano "politico"; tutto ciò, tuttavia, non può far dimenticare che gli Stati, in quanto "padroni dei Trattati", sono liberi di stabilire quali forme di differenziazione, ed entro quali limiti, siano compatibili con i caratteri del diritto dell'Unione. A questo riguardo, va sicuramente tenuto conto della posizione a suo tempo assunta dalla Corte di giustizia nel parere 1/91, incentrata sull'affermazione che in sede di revisione gli Stati membri incontrerebbero un limite rispetto all'"istituzione di un sistema giurisdizionale che pregiudichi l'art. 164 del Trattato [corrispondente all'attuale art. 19, par. 1, TUE] e, più in generale, gli stessi principi fondamentali della Comunità". Sennonché tale affermazione, che ha suscitato non poche perplessità in dottrina, non sembra sia stata tenuta in particolare considerazione da parte degli Stati membri, come del resto è attestato dall'attuale formulazione dell'art. 48, par. 2, TUE: vi si stabilisce espressamente, con riferimento alla procedura di revisione ordinaria, che i relativi progetti "possono, tra l'altro, essere intesi ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all'Unione nei trattati"⁴⁹, senza per contro prevedere limiti di sorta al potere degli Stati membri in sede di revisione.

Nel caso della cooperazione rafforzata, la compatibilità è in linea di principio garantita dalle regole, già richiamate, contenute nell'art. 20 TUE e nell'art. 326 ss. TFUE; in quello dell'applicazione differenziata, le deroghe sono previste con riferimento a singoli casi specifici ed entro limiti ben definiti. Chi scrive è certo consapevole del fatto che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, vi sarebbero dei principi di diritto comunitario e dell'Unione che funzionerebbero come limite ai poteri degli Stati membri collettivamente considerati. Senza affrontare in questa sede nei dettagli una questione di portata generale⁵⁰ e restando sul tema dell'applicazione differenziata, siamo del parere che sia stata la stessa Corte di giustizia, nella fondamentale sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964, a dare una significativa indicazione al riguardo. In tale sentenza la Corte, nell'affermare il carattere "assoluto" degli obblighi assunti con il Trattato CEE ed il "primato" del diritto comunitario, ha tenuto a precisare che la condi-

⁴⁹ Corsivo aggiunto.

⁵⁰ La questione è stata da noi affrontata in numerosi scritti, fra i quali ci permettiamo di ricordare i più recenti: *La comunitarizzazione del diritto internazionale e processuale. Perplessità circa il carattere definitivo del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, II, Milano, 2009, p. 343 ss.; *Obblighi e poteri degli Stati membri nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2009, spec. p. 328 ss.

zione richiesta perché gli Stati possano derogare a tali obblighi è che si tratti di casi “espressamente indicati” a livello del Trattato. Come più volte qui ricordato, nel caso dell’applicazione differenziata è a livello del diritto primario che si rinviene una “indicazione espressa” delle ipotesi in cui una deroga rispetto alle norme generali è prevista. Anche alla luce degli orientamenti della Corte, in ultima analisi, la tesi che ravvisasse nel ricorso all’applicazione differenziata una minaccia all’unità e alla coerenza del diritto dell’Unione non ci sembra trovi, sul piano giuridico, un convincente fondamento.

Abstract

“Differentiated Application” and Flexibility in European Union Law

The essay focuses on the study of the concept of “separate application” of EU law, which has received so far very limited attention by the doctrine. There is indeed a widespread tendency to dwell mainly on the enhanced cooperation (now provided for, after the Lisbon reform, in Article 20 TEU and Articles 326-334 TFEU), and to formulate some criteria of differentiation with reference to the “separate application” which do not appear entirely convincing. Other contributions include in the “differentiated integration” concept both the enhanced cooperation and the “separate application”.

In this study it is instead claimed the existence of precise criteria of differentiation, such as to exclude that the “separate application”, which continues to recur with particular frequency in the formulation of European Union law, may be confused with the enhanced cooperation (that is, governed by these articles of the Treaty and TFEU). In contrast to this cooperation, indeed, in the “separate application” the element of the authorization is entirely absent, given by a decision adopted by the Council also by a majority (see, for enhanced cooperation, Articles 20 TEU and 329 TFEU). In fact, in the “separate application”, the rules applicable to all the Member States and the exemptions in respect of one or more of the same shall be decided with the consent of all Parties to the Treaty. It is also the element of consent that allows us to capture the kind of flexibility of EU law related to the mechanism of “differentiated application”. The same Member States, in defining the rules of law contained in the primary treatment or in the Additional Protocols, determine whether and when these rules will receive a “differentiated application”. Only in enhanced cooperation, ultimately, the limit laid down in Article 326 TFEU could apply, stating that those actions “respect the Treaties and the Union law”.

La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto tra regolazione e concorrenza. – 3. La base giuridica della regolazione. – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. I poteri delle autorità nazionali di regolazione. – 6. I principi applicabili ai servizi di rete: regime, abusi e rimedi. – 7. Le reti per le comunicazioni elettroniche. – 8. *Segue*: le reti di nuova generazione. – 9. Le reti dell'elettricità e del gas. – 10. Conclusioni.

1. La politica della concorrenza ed il ravvicinamento delle legislazioni sono i capisaldi dell'integrazione del mercato (diventato nel tempo “comune”, “unico”, “interno”). La “regolamentazione *ex ante*”¹ (d'ora in poi: regolazione) ha quale obiettivo prioritario l'eliminazione delle “distorsioni sensibili” della concorrenza, tramite specifici meccanismi finalizzati al superamento di criticità strutturali o di rischio di segmentazioni nazionali del mercato.

Le modifiche del Trattato di Lisbona affermano il principio della prevalenza del mercato su quello della concorrenza². La politica della concorrenza, che non è inclusa negli obiettivi dell'integrazione, ha per oggetto la “definizione delle regole

¹ La dottrina inglese utilizza la terminologia “Sector-Specific Regulation”; quella italiana “regolazione pro-concorrenziale”. Sulla materia, v. R. BALDWIN, M. CAVE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and practice*, Oxford, 1999; G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001; G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali. Teoria e pratica*, Bologna, 2001; P. J. SLOT, A. SKUDDER, *Common Features of Community Law Regulation in the Network-Bound Sectors*, in *CML Rev.*, 2001, p. 87 ss.; M. CAVE, P. CROWTHER, *Pre-emptive Competition Policy Meets Regulatory Anti-trust*, in *ECLR*, 2005, p. 481 ss.; S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005; H. SØNDERGAARD BIRKMOSE, *Regulatory Competition and the European Harmonisation Process*, in *EBLR*, 2006; M. F. HELLWIG, *Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries*, in *Max Planck Institute for Research on Collective Goods Reprint*, Bonn, 2008, n. 29 (reperibile on line); G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, in *Comp. L. Rev.*, 2008, p. 123 ss.; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008; M. SZYDŁO, *Sector-Specific Regulation and Competition Law: Between Convergence and Divergence*, in *EPL*, 2009, p. 257 ss.; M. FEHLING, M. RUFFERT (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, München, 2010; E. REID, *Regulatory Autonomy in the EU and WTO: Defining and Defending Its Limits*, in *JWT*, 2010, p. 877 ss.

² Sulla questione del valore costituzionale della concorrenza, v. G. MONTI, *op. cit.*, p. 123 ss.

di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno” (art. 3, par.1, lett. b) TFUE). Un’“economia sociale di mercato altamente competitiva” diventa una specifica caratterizzazione dell’integrazione europea³. Il Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza (Protocollo n. 27 allegato al TUE e al TFUE) afferma che il mercato interno deve comprendere un sistema che assicuri che la concorrenza non sia falsata. È ancora presto però per poter dire se sia stata introdotta una gerarchia assiologica tra due valori di pari rango costituzionale. In ogni caso, secondo il principio “*lex specialis derogat legi generali*”, la regolazione prevale sulla concorrenza. Quando la regolazione si dimostri inadeguata a rimuovere le situazioni anticompetitive nel mercato, si applicheranno le norme *antitrust* ai comportamenti illeciti dell’impresa dominante o delle pratiche concertate tra imprese.

L’oggetto specifico di questo lavoro riguarda l’accesso dei terzi alle infrastrutture di rete dell’operatore storico (*incumbent*) con “significativo potere di mercato” (SPM). Nell’attuale contesto economico⁴, l’intervento pubblico è, infatti, indirizzato soprattutto a correggere il funzionamento del mercato, tramite l’apertura alla concorrenza di un segmento importante del mercato, quale l’infrastruttura di rete. Queste ultime sono spesso non-duplicabili nell’interesse pubblico, in considerazione dei costi di costruzione e dell’insostenibilità ambientale (monopolio naturale). Costruite grazie alla fiscalità generale all’epoca delle imprese titolari di diritti esclusivi (monopolio legale), richiedono comunque, nel tempo, elevati costi di manutenzione e investimenti per l’innovazione tecnologica⁵.

La regolazione ha carattere asimmetrico in quanto si applica solo ai soggetti che dispongono della rete dal cui accesso dipende l’attività dei concor-

³ V. la comunicazione della Commissione del 27 ottobre 2010, Verso un atto per il mercato unico. Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva, COM(2010)608 def. Sull’eliminazione della concorrenza tra gli obiettivi del nuovo TUE e le prospettive dell’economia sociale di mercato, v. P. DE PASQUALE, *Sulla libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in DPCE, 2009, p. 81 ss.; G. CAGGIANO, *Alla ricerca del modello sociale europeo. Il contributo del Rapporto Monti e del Programma Europa 2020*, in *Sud in Europa*, 2010, n. 3, p. 3 s.

⁴ Dal punto di vista della teoria economica, la necessità della regolazione è costituita dai “fallimenti di mercato” o dai “mercati mancanti”, vale a dire resistenti ad un corretto funzionamento sulla base dei comportamenti economici degli operatori. Infatti, le forze di mercato dovrebbero essere sufficienti a consentire il raggiungimento del benessere collettivo, ove non siano presenti particolari criticità nel mercato. La regolazione accompagna la progressiva maturazione di alcuni mercati tramite l’eliminazione delle difficoltà strutturali. In particolare, ciò accade nei servizi a rete, perché i monopoli di carattere legale o naturale impediscono al mercato di raggiungere il “teorema dell’economia del benessere”. V. M. CREW, J. PARKER, *International Handbook of Economic Regulation*, Cheltenham-Northampton, 2006, a tal fine rilevano la diffusione delle informazioni sulla tecnologia e sulla funzione di costo; la riduzione dei costi di transazione e la qualità dei contratti. In presenza di asimmetria informativa, il regolatore deve essere comunque in grado di imporre condizioni di massima efficienza (*price cap, revenue cap*), tramite il confronto con i riferimenti di settore (*benchmark*). Grande rilievo assumono i meccanismi di soluzione delle controversie (rinegoziazione dei contratti, processi arbitrali, ruolo delle corti): v. J. M. GLACHANT, *Regulating Networks in the New Economy*, EUI Working Papers, 2009, n. 5.

⁵ V. le conclusioni dell’Avvocato generale Mazák, del 2 settembre 2010, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 27.

renti⁶. La regolazione impone all'operatore di rete di consentire l'accesso ai concorrenti/operatori di servizi, sulla base di condizioni eque e non-discriminatorie. La questione aperta riguarda le condizioni e le modalità per "neutralizzare" i rischi anticorrelativi di un "operatore verticalmente integrato", che svolge al contempo la sua attività di gestore dell'infrastruttura (mercato a monte) e di erogazione dei servizi finali al dettaglio (mercato a valle).

Se la priorità dell'agenda della regolazione è stata sinora garantire l'accesso alla rete dell'operatore storico per agevolare l'ingresso nel mercato di operatori alternativi (*competition service-based*), nel prossimo futuro occorre incentivare la creazione di nuove infrastrutture (*competition infrastructure-based*), secondo la teoria della "scala degli investimenti" (*ladder of investment*)⁷. Specialmente per le reti di comunicazioni elettroniche, i "nuovi entranti" beneficiari della regolazione asimmetrica, che ha conferito loro diritti, dovrebbero investire "in proprio" ampliando le opportunità del mercato.

2. Il tema in oggetto richiede un inquadramento sulle caratteristiche dei sistemi della regolazione e della concorrenza per evidenziare interconnessioni e rischi di sovrapposizione.

Da un lato, la diretta applicabilità è una caratteristica generale delle norme costituzionali sulla concorrenza (articoli 101e 102 TFUE)⁸, che si realizza secondo le indicazioni-guida della Commissione per la loro interpretazione⁹. Dall'altro, le norme costituzionali sul ravvicinamento delle legislazioni per il funzionamento del mercato interno (articoli 104 e 105 TFUE) sono invece, per loro natura, norme programmatiche, che postulano misure di diritto secondario da aggiornare nelle varie tappe della realizzazione del mercato.

L'intervento *antitrust* si applica ad una concreta fattispecie di abuso dell'impresa dominante. La regolazione opera invece su base previsionale delle

⁶ Ad esempio mercati all'ingrosso per l'accesso alla rete fissa e mercati al dettaglio nelle comunicazioni elettroniche; generazione/approvvisionamento, trasmissione/dispacciamento e distribuzione nel settore dell'energia.

⁷ Questa teoria postula che vi sia una "scala" che porterebbe gli operatori dalla concorrenza basata sui mercati dei servizi (*service-based*) a quella basata sulle infrastrutture. Siffatta costruzione, sinora prevalente, è criticabile perché non pone l'accento sulla concorrenza tra infrastrutture. La regolazione deve tener conto delle strategie a lungo termine dei vari operatori, che possono tendere alla creazione di proprie infrastrutture oppure concentrarsi su un approccio *service-based*. Una politica regolatoria ottimale deve considerare unitariamente la situazione del mercato, che evolve sulla base delle due tendenze. M. BOURREAU, P. DOGAN, M. MANANT, *A Critical Review of the "Ladder of Investment" Approach*, Working Paper ESS-09-06, 2009 (reperibile on line).

⁸ Dopo l'applicazione diretta anche dell'art. 101, par. 3 TFUE (già art. 81, par. 3 TCE).

⁹ V. G. CAGGIANO, *Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2009, p. 389 ss. e, *ivi*, i relativi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza. Successivamente, v. D. GERADIN, N. PETIT, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, in *TILEC Discussion Paper*, 2011; W. FRENZ, C. EHLENZ, *Defizitäre gerichtliche Wettbewerbskontrolle durch More-economic-Approach und Vermutungen?*, in *EuR*, 2010, p. 490 ss.; E. GIPPINI-FOURNIER, *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases*, in *W. Comp.*, 2010, p. 187 ss.

condizioni di contendibilità dei mercati da parte dell’Autorità di regolazione (d’ora in poi: regolatore nazionale) che, a seguito dell’analisi di mercato, stabilisce l’identificazione/notificazione di un operatore quale detentore di un “significativo potere di mercato”. Pertanto la vigilanza sull’applicazione dei due sistemi richiede un coordinamento tra le autorità della concorrenza e quelle della regolazione. I regolatori nazionali dovrebbero essere in stretto coordinamento con le autorità nazionali *antitrust* e la Commissione europea¹⁰.

I concetti giuridici di “posizione dominante” (art. 102 TFUE, già 82 TCE)¹¹ e di “significativo potere di mercato” hanno carattere speculare e contenuto identico. Infatti, la regolazione rafforza il contrasto dell’abuso di posizione dominante. Le “pratiche di esclusione” dei concorrenti sono ora vietate solo in quanto diminuiscano l’efficienza allocativa e danneggino, in ultima analisi, il benessere dei consumatori (approccio economico basato sugli effetti)¹². Secondo la Corte di giustizia, le regole della concorrenza hanno la funzione di evitare alterazioni del mercato a danno dell’interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo al benessere economico all’interno dell’Unione¹³.

Per quanto riguarda l’integrazione del mercato, concorrenza e regolazione svolgono un ruolo complementare. Il diritto della concorrenza crea un’integrazione “in negativo”, eliminando i comportamenti unilaterali delle imprese dominanti che, attraverso le condizioni di accesso alle loro reti, sono in grado di creare barriere per le imprese concorrenti. La regolazione contribuisce all’integrazione “in

¹⁰ V. *infra*, par. 4.

¹¹ Secondo una giurisprudenza costante, è all’impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno: v. sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-2369, punto 105 e giurisprudenza ivi citata.

¹² Gli orientamenti della Commissione enunciano i principi di funzionamento di un approccio basato sugli effetti e l’applicazione alle forme più frequenti di comportamento abusivo quali gli accordi di esclusiva, gli sconti, le vendite abbinate e aggregate, le pratiche predatorie, il rifiuto di effettuare forniture e la compressione dei margini: v. Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti, *GUUE* C 45, 24 febbraio 2009, p. 7 ss. V. I. LIANOS, *Categorical Thinking in Competition Law and the “Effects-Based” Approach in Article 82 EC*, in A. EZRACHI (ed.), *Article 82 EC – Reflections on its Recent Evolution*, Oxford, 2009, p. 19 ss.; L. LOVDAHL GORMSEN, *Why the European Commission’s Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn*, in *ECLR*, 2010, p. 45 ss.; A. DAMELA CHIRIÇ, *Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU*, in *W. Comp.*, 2010, p. 417 ss.; F. ETRO, I. KOKKORIS (eds.), *Competition Law and the Enforcement of Art. 102*, Oxford, 2011; V. KORAH, *Guidance on Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings: From Protecting Freedom to Enter a Market to an Efficient Allocation of Resources to Increase Consumer Welfare*, in L. F. PACE (ed.), *European Competition Law: The Impact of The Commission’s Guidance on Article 102*, Cheltenham-Northampton, 2011, p. 8 ss.

¹³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss. V. sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 22.

positivo”, tramite l’armonizzazione della disciplina nazionale sugli obblighi distorsivi della concorrenza nei confronti degli operatori di rete.

Nell’ambito della modernizzazione della concorrenza (regolamento n. 1/2003)¹⁴, il modello della regolazione ha influenzato gli strumenti *antitrust*. Ci riferiamo ai “rimedi strutturali” nei confronti dell’impresa dominante¹⁵ e alla procedura degli impegni¹⁶. Quest’ultima, privilegiando l’azione re-integrativa all’accertamento/sanzione, produce un’economia processuale, che si rivela di successo in materie così rilevanti come la disciplina delle reti.

Quanto ai criteri della necessità e proporzionalità, le misure della regolazione intervengono solo quando e sino al momento in cui l’applicazione delle norme sulla concorrenza sia inadeguata e inefficiente. In altri termini, il ricorso ad un’architettura complessa, come quella della regolazione, si giustifica solo quando siano inefficaci misure *antitrust*. Nella vigilanza complessiva sulla contendibilità dei mercati, il principio di sussidiarietà determina lo specifico campo di competenza di ciascuno dei due sistemi ed evita la duplicazione degli interventi. Gli oneri e le perdite di efficienza dovuti alla regolazione vengono comunque “attualizzati” in occasione delle periodiche revisioni del quadro legislativo, in misura proporzionata agli obiettivi ancora da raggiungere.

Come vedremo meglio in questo lavoro, il sistema regolatorio riguarda i poteri, le procedure e le metodologie di previsione degli assetti di mercato, di competenza del legislatore dell’Unione, del legislatore nazionale e delle autorità nazionali di regolazione. Queste ultime hanno la competenza esecutiva e quasi-giudiziaria nell’applicazione della regolazione.

Infine, vale la pena di ricordare la sinergia delle analisi nella prospettiva del mercato¹⁷ e delle indagini settoriali della concorrenza¹⁸.

¹⁴ V. per tutti, A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), *L’applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 Dicembre 2002*, Milano, 2007. Per una panoramica delle innovazioni e della prassi applicativa, v. la comunicazione della Commissione del 29 aprile 2009, Relazione sul funzionamento del regolamento n. 1/2003, COM(2009)206 def.

¹⁵ V. *infra*, par. 6.

¹⁶ Se le imprese interessate propongono “impegni” in grado di rispondere alle preoccupazioni concorrenziali, la Commissione può renderli obbligatori tramite decisione (art. 9, regolamento 1/2003). W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *W. Comp.*, 2006, p. 345 ss.; H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, EUI Working Papers Law, 2008, n. 22.

¹⁷ SEC(2007)1518, 20 november 2007, Instruments for a Modernised Single Market Policy, Accompanying Document to the Communication A Single Market for 21st Century Europe, spec. par. 2.4, Using competition tools in a synergetic manner, p. 13 ss. Nella metodologia di monitoraggio del funzionamento dei mercati-chiave, i settori più rilevanti vengono esaminati in dettaglio per determinare i motivi per cui certi mercati funzionano male (mancanza di apertura/integrazione, assenza di scelta e trasparenza per i consumatori, basso grado di concorrenza, contesto normativo insufficiente e assenza di innovazione).

¹⁸ Ad esempio dalle indagini di settore, ex art. 17 del regolamento 1/2003, la Commissione è in grado di raccogliere prove sul funzionamento dei mercati analizzati, che possono condurre non

3. Come abbiamo già detto, il ravvicinamento legislativo contribuisce alla rimozione degli ostacoli alle libertà fondamentali e ad eliminare distorsioni sensibili alla concorrenza tra operatori degli Stati membri. La regolazione ha carattere *ex ante* (articoli 114 e 115 TFUE), ma occorre ricordare che nel Trattato esiste anche un sistema *ex post* (mai utilizzato) di ravvicinamento legislativo (articoli 116 e 117 TFUE). Il ricorso all'armonizzazione è possibile al fine di prevenire che lo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali possa creare probabili ostacoli agli scambi.

L'armonizzazione legislativa può riguardare in primo luogo una libertà fondamentale del mercato, come nel caso della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi. Quest'ultima ha per obiettivo il consolidamento di un contesto regolatorio uniforme e lo sviluppo di dinamiche concorrenziali tramite la previsione del divieto di alcune restrizioni e la valutazione "caso per caso" di altre. Gli Stati hanno l'obbligo di sottoporre a revisione i regimi nazionali di regolazione, al fine di rimuovere gli ostacoli normativi non giustificati da interessi meritevoli di tutela o comunque non proporzionati allo scopo¹⁹.

La regolazione si applica al mercato europeo delle comunicazioni elettroniche (art. 104 TFUE, già art. 95 TCE)²⁰, ivi compreso il mercato dello spettro radio²¹. Nei settori dei servizi postali e del mercato dell'elettricità e del gas, la normativa derivata è stata adottata con il ricorso ad una seconda base giuridica in materia di stabilimento e di circolazione dei servizi (articoli 53, par. 1 e 62 TFUE, già 47, par. 2 e 55 TCE). L'armonizzazione delle legislazioni nazionali è prevista anche nella politica dei trasporti (art. 91 TFUE)²² e, con il Trattato di Lisbona, ha una sua specifica base nella politica dell'energia (art. 194 TFUE).

Nella sistematica generale occorre considerare il collegamento della regolazione con la politica industriale (art. 157 TFUE, già art. 130 TCE), secondo cui

solo a misure *antitrust*, ma anche all'adozione di misure di regolazione.

¹⁹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GUUE* L 376, 27 dicembre 2006, p. 36 ss. I loro rapporti saranno oggetto di una procedura di valutazione multilaterale: v. la comunicazione della Commissione del 27 gennaio 2011, Verso un migliore funzionamento del mercato unico dei servizi – basarsi sui risultati del processo di valutazione reciproca previsto dalla direttiva servizi, COM(2011)20 def.

²⁰ Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, la base giuridica dell'art. 104 TFUE consente non solo l'adozione delle norme di armonizzazione settoriale delle legislazioni nazionali, ma anche delle norme esecutive a livello dell'Unione. V. in tal senso, in particolare, sentenze del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio, Raccolta*, p. I-8419, punti 83, 84 e 95; del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, ivi*, p. I-11453, punto 60; nonché del 2 maggio 2006, causa C-436/03, *Parlamento c. Consiglio, ivi*, p. I-3733, punto 38.

²¹ Proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce il primo programma relativo alla politica in materia di spettro radio, del 20 settembre 2010, COM(2010)471 def.

²² Nel settore dei servizi di trasporto, la base giuridica per l'armonizzazione dei servizi su strada e ferrovia è costituita dall'art. 91 TFUE (già art. 71 TCE); per i servizi di trasporto marittimo ed aereo dall'art. 91 TFUE (già art. 80, par. 2 TCE), in combinato disposto con la norma sugli oneri di servizio pubblico (art. 93 TFUE, già art. 73 TCE).

gli obiettivi debbono essere inquadrati in “un sistema di mercati aperti e concorrenziali” e che devono essere perseguiti senza introdurre “qualsivoglia misura che possa comportare distorsioni di concorrenza”.

Le misure di regolazione possono essere combinate con misure specifiche di sostegno finanziario, nell'ambito della politica delle reti transfrontaliere europee (art. 156 TFUE)²³.

La rapida evoluzione dei mercati in parola rende necessarie revisioni periodiche della regolazione. Di qui l'utilità della metodologia del “legiferare meglio”²⁴ e “legiferare intelligentemente”²⁵, specialmente per la regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche²⁶. Questa metodologia legislativa potrebbe essere perfezionata con un maggiore ricorso alla “rifusione” dei successivi pacchetti legislativi in un testo unico e coordinato²⁷.

4. Nell'ambito del controllo della legittimità di una direttiva adottata sulla base giuridica dell'art. 114 TFUE, la Corte di giustizia verifica se le distorsioni della concorrenza che l'atto è volto ad eliminare siano “sensibili” (rilevanti)²⁸.

²³ Regolamento (CE) n. 67/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, che stabilisce i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee (versione codificata), *GUUE L 27*, 30 gennaio 2010, p. 20 ss.

²⁴ Secondo questo approccio, applicabile a tutte le politiche dell'Unione, la Commissione valuta tutto il ciclo legislativo: l'efficacia delle norme, la trasparenza su costi e benefici associati, la fase dell'attuazione e l'accessibilità delle norme. La tecnica legislativa è indirizzata alla semplificazione del contesto normativo, v. Terza relazione sullo stato d'avanzamento della strategia per la semplificazione del contesto normativo, del 28 gennaio 2009, COM(2009)17 def.

²⁵ Per la nuova politica di tecnica legislativa della Commissione, v. COM(2010)543 def., dell'8 ottobre 2010, Legiferare con intelligenza nell'Unione europea.

²⁶ La tecnica “legiferare meglio”, di riesame periodico per garantire che il quadro resti al passo con il progresso tecnico e l'evoluzione dei mercati, è stata applicata nel settore delle comunicazioni elettroniche: v. 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, 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 ss.

²⁷ V. Accordo interistituzionale, del 28 novembre 2001, ai fini di un ricorso più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi, *GUCE C 77*, 28 marzo 2002, p. 1. Ciò non accade purtroppo nella prassi quando comporta l'adozione del nuovo testo da parte dei legislatori dell'Unione (rifusione al posto di codificazione). Anche per questa ragione, la maggior parte degli operatori giuridici preferisce riferirsi ai provvedimenti nazionali di attuazione. Questa prospettiva “internistica” appare inadeguata perché solo nel confronto con il provvedimento dell'Unione l'operatore è in grado di stabilire quando si presenti una questione di possibile disapplicazione della norma nazionale perché in contrasto con il diritto dell'Unione.

²⁸ V. le sentenze della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio (Rifiuti di biossido di titanio)*, *Raccolta*, p. I-2867, punto 23; 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, *ivi*, p. I-8419, punto 106; 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio (Pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco)*, *ivi*, p. I-11573, punto 37 e giurisprudenza *ivi* citata.

La legittimità della base giuridica in parola dipende dalla natura delle misure adottate, che devono essere finalizzate al miglioramento delle condizioni di funzionamento del mercato, tramite l'eliminazione degli ostacoli alla libera prestazione di servizi e delle distorsioni della concorrenza²⁹. L'adozione di tali misure è legittima al fine di prevenire futuri ostacoli, quando sia probabile uno sviluppo "eterogeneo" delle disposizioni nazionali³⁰. Il legislatore dell'Unione gode di un margine di discrezionalità in merito al contenuto più appropriato della misura da adottare, in relazione al contesto generale e alle circostanze specifiche del settore; può riconoscere alla Commissione il potere di adottare misure di esecuzione (art. 114, paragrafi 4 e 5 TFUE), limitandosi a definire gli "elementi essenziali dell'armonizzazione".

Per la legittimità della creazione di un'agenzia dell'Unione (ENISA) si è espressa la Corte di giustizia, in quanto la sua attività era destinata, seppure in senso lato, ad agevolare l'attuazione delle misure di armonizzazione³¹.

In un secondo caso, la Corte ha ritenuto questa base giuridica prevalente anche nell'alternativa con una base del terzo pilastro. Nella sentenza *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, la Corte ha considerato prevalente e prioritario il fondamento relativo al funzionamento del mercato interno per la direttiva 2006/24/CE sulla conservazione di dati nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica³².

Per la materia dei servizi a rete, appare di estremo interesse la sentenza *Vodafone* sulla fissazione dei prezzi al dettaglio del *roaming* internazionale³³. In

²⁹ Sentenze della Corte di giustizia *British American Tobacco*, cit., punto 60; 14 dicembre 2004, causa C-434/02, *Arnold André*, *Raccolta*, p. I-11825, punto 30; 14 dicembre 2004, causa C-210/03, *Swedish Match*, *ivi*, p. I-11893, punto 29; 12 luglio 2005, cause riunite C-154 e 155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, *ivi*, p. I-6451, punto 28; 6 dicembre 2005, causa C-66/04, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio (Aromatizzanti di affumicatura)*, *ivi*, p. I-10553, punti 44, 45; e 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 37.

³⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1995, causa C-350/92, *Spagna c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-1985, punto 35; 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *ivi*, p. I-7079, punto 15; *British American Tobacco*, cit., punto 61; *Arnold André*, cit., punto 31; *Swedish Match*, cit., punto 30; *Alliance for Natural Health e a.*, cit., punto 29; causa C-380/03, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, cit., punto 38.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2006, causa C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio ("ENISA")*, *Raccolta*, p. I-3771, punto 42.

³² V. sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-301/06, *Irlanda c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-593, punti 63 e 64 e giurisprudenza *ivi* citata. La sentenza riguarda il fondamento giuridico della direttiva 2006/24/CE, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. La Corte osserva che la direttiva in parola ha modificato le disposizioni della direttiva relativa alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, fondata sull'art. 95 TCE. Pertanto, non appariva legittimo il ricorso ad una disposizione del TUE in forza del principio di coordinamento tra i due Trattati (art. 47 TUE).

³³ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone Ltd*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 75-76. Cfr. 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 giu-

relazione all'importanza dell'obiettivo della tutela dei consumatori, la fissazione di massimali per il servizio di *roaming* all'utente finale era necessaria, considerati l'elevato livello delle tariffe in vigore e l'impossibilità di intervenire sulle tariffe all'ingrosso, che non avrebbe avuto un effetto diretto e immediato per i consumatori.

In base al principio di proporzionalità, il legislatore dell'Unione ha un ampio potere discrezionale nei settori, come quello della regolazione, in cui "la sua azione richiede scelte di natura tanto politica che economica o sociale, e in cui è chiamato ad effettuare valutazioni complesse"³⁴. Il controllo giurisdizionale della Corte può riguardare solo i criteri oggettivi alla base delle scelte legislative. Pertanto, è il legislatore dell'Unione a determinare direttamente persino la scelta di fissazione dei prezzi del servizio al dettaglio (eurotariffa) in assenza di una diversa efficace soluzione³⁵.

Per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, che si applica considerata la competenza concorrente delle azioni per il mercato³⁶, la Corte ritiene legittima l'adozione di un regolamento, che fissa i prezzi al dettaglio del *roaming*. La motivazione del legislatore dell'Unione riguarda l'impossibilità di incidere in un mercato transnazionale al fine di consentire agli operatori di agire nell'ambito di un solo contesto normativo coerente a livello europeo ed eliminare così gli ostacoli alla concorrenza, creati da regolamentazioni nazionali diversificate.

5. Il legislatore dell'Unione ha sinora adottato il quadro della regolazione senza creare autorità europee, ma limitandosi a forme di coordinamento tra Commissione e autorità nazionali³⁷. Non solo per la evidente riluttanza a cedere ulteriori parti della sovranità da parte degli Stati membri, ma anche per gli elevati costi di una vigilanza a livello europeo a fronte del ridotto bilancio dell'Unione.

Nella definizione dei poteri del quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche sono emerse varie questioni nell'attribuzione dei poteri ai regolatori

gno 2007, p. 32 ss. Sull'evoluzione, v. la comunicazione della Commissione del 29 giugno 2010 relativa alla relazione intermedia sull'evoluzione dei servizi di *roaming* nell'Unione europea, COM(2010)356 def.

³⁴ Solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo perseguito, può inficiare la legittimità della misura medesima: sentenza *British American Tobacco*, cit., punto 123, nonché la giurisprudenza ivi citata.

³⁵ In questo senso, assume rilievo l'analisi d'impatto (AIR) della Commissione, che esprime le diverse alternative adottabili in tema di regolazione ed il loro impatto sul mercato. Sulla questione, v. A. ALEMANN, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, in *ELJ*, 2009, p. 382 ss.

³⁶ V. sentenza *Vodafone Ltd*, cit., punto 75. Secondo la definizione della Corte si tratta di "una competenza per migliorare le condizioni di realizzazione e di funzionamento di quest'ultimo, attraverso l'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione di servizi nonché l'eliminazione di distorsioni della concorrenza". In questo senso, precedentemente, si era espressa la sentenza *British American Tobacco*, cit., punti 83, 95 e 179.

³⁷ M. DE VISSER, *Network-Based Governance in EC Law. The Example of EC Competition and EC Communications Law*, Oxford, 2009.

nazionali. La Corte di giustizia ha interpretato la disciplina delle comunicazioni elettroniche (direttiva quadro, art. 8)³⁸ come creatrice dell'obbligo per gli Stati membri di assicurarsi che il regolatore nazionale adotti tutte le ragionevoli misure intese a promuovere la concorrenza senza distorsioni e restrizioni, rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura dei servizi³⁹.

L'azione per inadempimento di uno Stato membro è stata proposta davanti alla Corte di giustizia in relazione all'individuazione del soggetto incaricato dal quadro normativo di ricercare l'equilibrio tra i diversi obiettivi della regolazione: se il legislatore nazionale, in sede di trasposizione della direttiva, o il regolatore nazionale, nelle sue valutazioni specifiche.

Nella sentenza sulla legge tedesca sulla regolazione delle reti a fibra ottica⁴⁰, la Corte ha evidenziato che l'attribuzione del "compito della ricerca dell'equilibrio" tra gli interessi in gioco spetta al regolatore nazionale e non al legislatore nazionale⁴¹. Questo obiettivo, che rileva anche in riferimento ai "nuovi mercati" e agli incentivi in materia di infrastrutture, limita la funzione del legislatore nazionale e lascia al regolatore nazionale l'adozione delle misure necessarie per perseguire gli obiettivi predeterminati⁴². La flessibilità e l'assenza di un sistema gerarchico tra i diversi obiettivi previsti dal quadro normativo del diritto dell'Unione europea attribuiscono un potere discrezionale al regolatore nazionale. In quanto "impermeabili" agli interessi nazionali (meglio: dell'amministrazione dello Stato membro), possono decidere con neutralità e indipendenza, bilanciando i diversi obiettivi in gioco nelle varie fattispecie. Al contrario un intervento del legislatore nazionale che attribuisca priorità ad un obiettivo della regolazione altera il metodo previsto dal legislatore dell'Unione. Pertanto, la legge tedesca, imponendo condizioni più restrittive di quelle previste per l'analisi dei mercati nella direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche rilevanti,

³⁸ 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), *GUUE* L 108, 24 aprile 2002, p. 33 ss.

³⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7*, *Raccolta*, p. I-349, punto 81, e del 13 novembre 2008, causa C-227/07, *Commissione c. Polonia*, *ivi*, p. I-8403, punto 63.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2009, causa C-424/07, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-11431.

⁴¹ I criteri enunciati dalla legge tedesca affinché un nuovo mercato possa essere assoggettato, in via eccezionale, alla regolazione, tra cui il rischio che lo sviluppo di un mercato competitivo e sostenibile sia ostacolato a lungo termine, sono più restrittivi di quelli della direttiva quadro, i quali subordinano la regolazione unicamente alla constatazione che il mercato interessato non sia effettivamente concorrenziale.

⁴² La Corte ha ritenuto che al regolatore fossero stati conferiti "ampi poteri di intervento" per perseguire gli obiettivi previsti nell'art. 8 della direttiva quadro, v. *Commissione c. Polonia*, cit., punto 66. Tuttavia, nella sua sentenza del 10 gennaio 2008, causa C-387/06, *Commissione c. Finlandia*, *Raccolta*, p. I-1, punto 23, la Corte ha dichiarato che la Commissione non aveva fornito adeguata dimostrazione che i poteri conferiti al regolatore erano inadeguati per raggiungere l'obiettivo previsto dalla direttiva, di cui si lamentava la non corretta trasposizione da parte dello Stato membro.

rappresenta un'infrazione per inadempimento dello Stato membro. La Corte accoglie così la censura sull'illegittimità della limitazione del potere discrezionale del regolatore nazionale.

Anche se sottoposta al controllo delle autorità di regolazione, l'impresa SPM può essere sanzionata da parte delle autorità di concorrenza⁴³, quando il regolatore si riveli "debole" se non disponga o non applichi rimedi adeguati (fenomeno di "cattura del regolatore").

Ai fini della possibilità di proporre interpretazione pregiudiziale, non sono organi giurisdizionali né le autorità nazionali di concorrenza, né quelle di regolazione⁴⁴. Il ricorso può essere stabilito dall'autorità giudiziaria in appello sulle decisioni delle autorità⁴⁵. La Corte di giustizia ha dichiarato irricevibili i rinvii dell'Autorità di concorrenza greca⁴⁶, della Commissione austriaca di controllo

⁴³ Nella sentenza del 29 ottobre 2009, causa C-274/08, *Commissione c. Svezia*, *Raccolta*, p. I-10647, punti 33, 34, 37, 40, 43 e dispositivo, la Corte statuisce che compie una violazione della direttiva 2003/54/CE sull'energia elettrica uno Stato membro che non abbia incaricato l'autorità di regolazione di fissare o di approvare, prima della loro entrata in vigore, almeno le metodologie utilizzate per calcolare o stabilire le condizioni di connessione e di accesso alle reti nazionali, ivi comprese le tariffe di trasmissione e di distribuzione. Uno Stato membro non può limitarsi ad applicare un sistema nel quale il controllo della metodologia utilizzata è effettuato a posteriori, poiché la direttiva prevede espressamente il ricorso ad un sistema di approvazione preventiva e non conferisce agli Stati membri la possibilità di applicarne un altro (art. 23, n. 2, lett. a). Inoltre, nella sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2009, causa C-475/08, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. I-11503, lo Stato membro è stato condannato per non aver designato il gestore nazionale della rete di trasporto del gas.

⁴⁴ Secondo costante giurisprudenza, per valutare se l'organo del rinvio possieda le caratteristiche di un giudice ai fini dell'interpretazione pregiudiziale (art. 267 TFUE, già art. 234 CE), questione unicamente di diritto dell'Unione, occorre tener conto di un insieme di elementi quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e non si pronunci secondo equità, l'indipendenza e la terzietà: v. sentenze del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, *Raccolta*, p. I-4961, punto 23; del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e a.*, *ivi*, p. I-4609, punto 29 e la giurisprudenza ivi citata; del 14 giugno 2007, causa C-246/05, *Häupl*, *ivi*, p. I-4673, punto 16; nonché le ordinanze del 14 maggio 2008, causa C-109/07, *Pilato*, *ivi*, p. I-3503, punto 22, e del 10 dicembre 2009, C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*, *ivi*, p. I-11525.

Conformemente alla giurisprudenza della Corte, la nozione di indipendenza, intrinseca alla funzione giurisdizionale, implica innanzi tutto che l'organo interessato si trovi in posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso: v. sentenze del 9 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*, *ivi*, p. I-8613, punto 49; del 16 settembre 2008, cause riunite C-468 a 478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE*, *ivi*, p. I-7139.

⁴⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi (CIF)*, *Raccolta*, p. I-8055; dell'11 dicembre 2007, causa C-280/06, *AGCM c. Ente tabacchi italiani e a.*, *ivi*, p. I-10893; del 16 settembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia*, *cit.* Da ultimo, sentenza *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, *cit.*

⁴⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005, *Syfait e a.*, *cit.*, punti 29-37. La Commissione ellenica per la concorrenza (Epitropi Antagonismou) è stata considerata non soddisfare i criteri per vari motivi. L'elemento assorbente di ogni altra considerazione appare quello che un'autorità garante della concorrenza è tenuta a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione, che può essere privata della propria competenza da una decisione della Commissione, con

in materia di telecomunicazioni⁴⁷ e del Consiglio dell'audiovisivo belga⁴⁸. Le decisioni delle Autorità di concorrenza e regolazione devono essere appellabili davanti a un giudice, che potrà sottoporre un eventuale ricorso per interpretazione pregiudiziale alla Corte⁴⁹.

6. Nel regime giuridico dell'attività sulle reti e dei servizi a rete si pongono diverse questioni generali: il divieto di aiuti di Stato e gli investimenti; il dibattito sulla separazione rete-servizi, tramite rimedi regolatori o *antitrust*; le sanzioni per l'abuso di posizione dominante delle imprese integrate. Anche se ne approfondiremo lo sviluppo nei paragrafi successivi sulle comunicazioni elettroniche e dell'energia, vale la pena di indicarne preliminarmente le problematiche.

In primo luogo, si pone il rapporto tra Stati e imprese. Gli investimenti degli Stati membri sono legittimi, nei limiti della disciplina degli aiuti di Stato, quando l'infrastruttura di rete sia aperta, in maniera equa e non discriminatoria, a tutti gli operatori di servizi. Non lo sono invece trattamenti differenziati delle infrastrutture di rete, in relazione alla natura giuridica delle imprese sulla base del titolo di acquisto al tempo dei monopoli legali o per trasferimento (privatizzazione). Da un lato, la fattispecie legale dell'abuso di posizione dominante non prevede *standard* diversi a riguardo (art. 102 TFUE); dall'altro, la neutralità del regime della proprietà (art. 345 TFUE) lascia liberi gli Stati membri di procedere a privatizzazioni delle imprese o di conservarne la proprietà pubblica. Il controllo sui comportamenti delle imprese di proprietà pubblica richiede però un'attenzione maggiore sulla trasparenza, sul rispetto del divieto di *golden share*, e

la conseguenza che il procedimento avviato dinanzi ad essa non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale (art. 11, n. 6, regolamento 1/2003). Precedentemente era stato considerato ricevibile il rinvio pregiudiziale proposto dall'autorità spagnola per la concorrenza, v. sentenza del 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada e a.*, *Raccolta*, p. I-4785.

⁴⁷ Ordinanza del 6 ottobre 2005, causa C-256/05, *Telekom Austria, GUUE C 10*, 14 gennaio 2006, p. 7.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-517/09, *RTL Belgium*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 39. Riguardo a tale nozione si può distinguere l'aspetto esterno della tutela da pressioni o da interventi idonei a mettere a repentaglio l'indipendenza di giudizio dell'organo e dei suoi membri per quanto riguarda le controversie loro sottoposte (sentenza *Wilson*, cit., punti 50 e 51). Il secondo aspetto, avente carattere interno, si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima (sentenza *Wilson*, cit., punto 52). La Corte conclude constatando che il Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel non soddisfa tale criterio di indipendenza.

⁴⁹ Nella sentenza del 18 ottobre 2007, causa C-195/06, *Kommunikationsbehörde Austria (KomAustria) c. Österreichischer Rundfunk (ORF)*, *Raccolta*, p. I-8817, la Corte ha riconosciuto le caratteristiche di organo giurisdizionale al Bundeskommunikationssenat, organo di ricorso sulle decisioni dell'Autorità delle telecomunicazioni (Kommunikationsbehörde), anche se non a carattere finale (considerata la possibilità di ulteriore ricorso giurisdizionale dinanzi al tribunale amministrativo supremo Verwaltungsgerichtshof).

sulla reale capacità di indipendenza decisionale delle Autorità nazionali di regolazione.

In secondo luogo, nel dibattito sulla separazione rete-servizi, in cui si affermano alcune categorie di rimedi⁵⁰, che possono essere presentate in ordine decrescente di “radicalità”. La “separazione contabile”⁵¹ rappresenta il più blando degli interventi pubblici e consente di valutare i comportamenti anticompetitivi dell'operatore nella gestione della rete. Nella “separazione funzionale”, vengono create divisioni amministrative indipendenti per la rete e i servizi all'interno della stessa società. Il management è autonomo nel controllo sia strategico sia operativo delle attività “a monte”, mentre non ha controllo sulle attività “a valle” e viceversa. Tramite questo rimedio non vengono annullate né le economie di scala né le capacità di porre in atto pratiche anticoncorrenziali. L'autonomia delle divisioni amministrative può però essere rafforzata tramite codici di condotta sul divieto di condivisione delle informazioni (*Chinese walls*). Nella “separazione societaria”, vengono create società di capitale giuridicamente ma non propriamente autonome. L'assetto di *governance* può richiedere misure *ad hoc* sull'influenza degli azionisti (in tutto o in parte coincidenti). L'obbligo di presentare il bilancio delega all'operatore l'allocatione dei costi comuni, limitando i costi regolamentari di verifica, e riduce le possibilità di sussidiatura tra divisioni, pur non eliminando gli incentivi a condotte distorsive della concorrenza. Nella “separazione proprietaria”, vengono vendute le parti dell'impresa impegnate in mercati di servizi, vale a dire si realizza un disinvestimento delle parti dell'impresa “a valle” che operano in mercati competitivi. La titolarità dei diritti di proprietà di soggetti distinti annulla gli incentivi a porre in essere pratiche anticompetitive, incentrate sul trasferimento degli utili tra parti della medesima impresa e sul trattamento discriminatorio dei concorrenti. Tramite questo rimedio, un gestore indipendente di rete opera come *common carrier*, acquisendo la remunerazione dei costi amministrativi e tecnici tramite il prezzo d'uso dei diversi operatori dei servizi in concorrenza tra loro.

⁵⁰ È prevista l'adozione di “tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa”. Rimedi strutturali sono possibili quando non vi siano rimedi comportamentali “parimenti” efficaci o “quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale” (art. 7, regolamento 1/2003). V. anche il 12° “considerando” che richiama il principio di proporzionalità ed il “rischio sostanziale del perdurare o del ripetersi dell'infrazione derivante dalla struttura stessa dell'impresa”. In dottrina, v. D. GERADIN (ed.), *Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation*, Antwerp-Oxford, 2004; A. TAJANA, *Structural Remedies and Abuse of Dominant Position*, in *TILEC Discussion Paper*, 2005 (reperibile on line); P. CONGEDO, *Separazione funzionale o strutturale nelle industrie regolate? I vincitori non puniscono; possibilmente cooperano (e innovano)*, 2008 (reperibile on line); A. ANDREANGELI, *Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: The Impact of the Antitrust Remedies Provided by the Modernisation Regulation on Investigated Parties' Freedom to Contract and to enjoy property*, in *Comp. L. Rev.*, 2010, p. 225 ss.

⁵¹ Raccomandazione della Commissione del 19 settembre 2005 sulla separazione contabile e la contabilità dei costi nel quadro normativo delle comunicazioni elettroniche, *GUUE* L 266, 11 ottobre 2005, p. 64 ss.

Infine, occorre richiamare la questione delle sanzioni in materia di abuso di posizione dominante dell'impresa integrata nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁵². Nella citata sentenza *France Telecom*, la Corte ha ritenuto che la dimostrazione della possibilità di recupero delle perdite non costituisce un presupposto per l'accertamento di una pratica di prezzi predatori. Infatti, tale possibilità di recupero non rappresenta una condizione necessaria al fine di stabilire il carattere abusivo di siffatta politica dei prezzi, ma solo un elemento della valutazione del carattere abusivo della pratica in questione. Peraltro, l'assenza di ogni possibilità di recupero delle perdite non basta ad escludere che l'impresa in questione giunga a rafforzare la sua posizione dominante a seguito dell'uscita dal mercato di uno o più dei suoi concorrenti. A riguardo, il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito proprio a causa della presenza dell'impresa integrata, è ulteriormente ridotto e i consumatori possono subire un danno derivante dalla limitazione delle loro possibilità di scelta.

Nella sentenza *Deutsche Telekom c. Commissione*⁵³ la Corte ha confermato l'ammenda inflitta dalla Commissione per abuso di posizione dominante nel mercato della telefonia fissa, consistente nella fatturazione di tariffe all'ingrosso per i servizi di accesso dei concorrenti alla rete (servizi di accesso all'anello locale) superiori alle tariffe al dettaglio fatturate per i servizi di accesso agli abbonati del medesimo operatore⁵⁴. Anche se le tariffe all'ingrosso per i servizi di accesso locale venivano fissate dalle autorità di regolamentazione nazionali, la pratica di "compressione dei margini" restava imputabile all'operatore, che disponeva di un ambito di manovra sufficiente per fissate le tariffe al dettaglio. La possibilità di un ricorso per inadempimento nei confronti dello Stato membro contro le decisioni dell'Autorità di regolazione non aveva alcuna rilevanza per la responsabilità dell'operatore. L'accertamento della natura abusiva della pratica di "compressione dei margini" non richiede la preventiva dimostrazione che le tariffe all'ingrosso o al dettaglio siano di per sé abusive. Tale pratica estromette i concorrenti "quantomeno altrettanto efficienti", rafforza la posizione dominante dell'operatore SPM e produce un danno ai consumatori, che hanno minore possibilità di scelta e non beneficiano di una riduzione delle tariffe al dettaglio per il mancato allargamento della concorrenza. Risulta corretta la valutazione operata unicamente sulle tariffe e sui costi dell'impresa dominante e non sulla situazione economica dei concorrenti.

⁵² Per un'analisi delle diverse pratiche *antitrust* dell'impresa dominante, v. per tutti G. FAELLA, R. PARDOLESI, *Squeezing Price Squeeze under EC Antitrust Law*, in *ECJ*, 2010, p. 255 ss.; J. GLÖCKNER, L. V. BRUTTEL, *Predatory Pricing and Recoupment under EU Competition Law: Per Se Rules, Underlying Assumptions and the Reality: Results of an Experimental Study*, in *ECLR*, 2010, p. 423 ss.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2010, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁵⁴ Il Tribunale di primo grado aveva valutato la pratica tariffaria non equa, produttiva di una compressione dei margini, risultante da uno scarto inadeguato tra i prezzi all'ingrosso e al dettaglio: v. sentenza del 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-477.

L'impresa dominante può valutare la legittimità della propria condotta sulla base dei propri costi e tariffe, in applicazione del principio delle specifiche responsabilità dell'impresa dominante e del principio della certezza del diritto. I servizi di accesso locale forniti dall'operatore SPM sono indispensabili e le condizioni offerte ai concorrenti impediscono che essi possano esercitare servizi al dettaglio, se non operando in perdita.

7. Nel quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche⁵⁵, la nozione generica di accesso comprende tutte le forme di accesso a reti e disponibili al pubblico, ivi compresi internet e radiodiffusione. In senso specifico, l'interconnessione, all'interno della più ampia categoria di accesso, designa invece il collegamento fisico e logico messo in opera tra operatori di reti pubbliche. L'obbligo di negoziare (non di contrarre)⁵⁶, che riguarda i rapporti tra operatori di reti pubbliche a prescindere dalla detenzione di un "significativo potere di mercato", è finalizzato ad impedire che gli utenti finali di una rete possano essere esclusi dai servizi di un'altra rete⁵⁷. La rete locale⁵⁸ ha uno specifico valore tecnico ed economico, dovuto alle difficoltà e ai costi delle necessarie opere, all'interno degli edifici e delle zone urbane.

La regolazione dell'Unione ha privilegiato il modello di "concorrenza sui servizi", che ha imposto subito l'obbligo per l'operatore storico di consentire l'accesso degli operatori alternativi alla sua rete. Il quadro regolamentare considera però l'imposizione di questo tipo di obblighi una modalità di incentivazione di nuove reti (infrastrutturazione degli operatori alternativi). La *ratio* è lo sviluppo di infrastrutture indipendenti come una condizione per il superamento a medio-lungo termine della regolazione *ex ante* con l'applicazione esclusiva del diritto della concorrenza. Sino al momento del raggiungimento dell'obiettivo finale, l'utilizzo di servizi all'ingrosso forniti dall'operatore storico dovrebbe consentire agli operatori alternativi (nuovi entranti) una progressiva infrastrutturazione, con una crescita sostenibile degli investimenti.

⁵⁵ La direttiva 2009/140/CE, cit., è denominata "legiferare meglio", in quanto segue il metodo dell'aggiornamento periodico della legislazione in vigore al progresso tecnico e all'evoluzione dei mercati. V. per tutti, F. BASSAN (ed.), *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010.

⁵⁶ Non riguarda altre forme di accesso alle reti stesse: v. la sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punto 36.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 2009, causa C-192/08, *TeliaSonera Finland Oyj, Raccolta*, p. I-7117.

⁵⁸ Ovvero il collegamento tra il punto terminale presso il beneficiario dei servizi (domicilio) ed un impianto nella rete telefonica pubblica fissa. In questi anni, alcuni operatori alternativi (nuovi entranti) hanno reti di trasmissione sino alla rete di accesso (ultimo miglio, anello locale, rete locale, *local loop*) dell'operatore storico, allacciandovi i loro apparati elettronici. La rete di accesso disaggregato, che consente di collegare le centraline (*gateway*) e fatturare i servizi ai singoli consumatori, è ancora in prevalenza di proprietà dell'operatore storico. Per queste ragioni resta uno dei segmenti di mercato meno concorrenziali. Gli operatori alternativi non dispongono pertanto ancora di infrastrutture di rete equivalenti alla rete telefonica pubblica fissa.

Secondo la direttiva-accesso, esistono due regimi diversi di regolazione. Il primo riguarda tutti gli operatori che devono negoziare in buona fede l'accesso e l'interconnessione alle rispettive reti, nei termini e alle condizioni fissate dal regolatore nazionale. Il secondo riguarda gli specifici obblighi dell'operatore SPM a seguito di una analisi in un mercato specifico, condotta da parte del regolatore nazionale.

La direttiva-accesso si limita a prevedere un'autorizzazione generale del regolatore nazionale al fine di perseguire gli obiettivi nello specifico ambito dell'accesso e dell'interconnessione. In sostanza, gli interventi del regolatore nazionale devono garantire "un equilibrio tra i diritti del proprietario di un'infrastruttura a sfruttarla a proprio beneficio e i diritti di altri prestatori di servizi ad accedere a risorse essenziali per la fornitura di servizi concorrenti". Le finalità del regolatore nazionale comprendono non solo l'efficienza economica, una concorrenza sostenibile e il massimo vantaggio per l'utente finale, ma anche "investimenti efficienti e innovazione" (obiettivo aggiunto dalla riforma del 2009). Al contrario, le misure imposte dal regolatore nazionale agli operatori tengono conto delle situazioni concrete in cui si colloca la domanda di accesso o interconnessione, secondo parametri quali, tra l'altro, l'entità degli investimenti tecnici, le prospettive delle condizioni concorrenziali e le norme tecniche. Secondo la Corte di giustizia⁵⁹, questa dualità di regimi in funzione del potere di mercato delle imprese esclude comunque un trattamento paritario per tutti gli operatori.

Secondo la riforma del 2009, la divisione verticale dei poteri e della cooperazione tra regolatori nazionali, Commissione e BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) è disegnata per garantire la coerenza dell'applicazione del diritto derivato dell'Unione e dello "sviluppo di pratiche normative" negli Stati membri. La riforma prevede l'attribuzione di maggiore competenza di normazione esecutiva alla Commissione che adotta raccomandazioni e, successivamente, ove necessario, decisioni a carattere generale. Il potere amministrativo-decisionale spetta invece ai regolatori nazionali che hanno il compito di individuare i tipi di strumenti e le soluzioni più adeguate per le diverse situazioni del mercato. Il sistema di concertazione e di rilevazione su tali decisioni prevede l'informazione alla Commissione su qualsiasi progetto di misura sui mercati rilevanti o che impongano obblighi alle imprese SPM. La Commissione può richiedere una fase di riflessione⁶⁰, al cui termine il regolatore nazionale può comunque disattendere le osservazioni contrarie, adottando una decisione finale sulla base di una giustificazione argomentata. A compen-

⁵⁹ Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit.

⁶⁰ Il regolatore che, a seguito di un'analisi di mercato, formula una proposta di modifica di una misura regolatoria, su cui la Commissione sollevi dei rilievi, ha l'obbligo di procedere ad una nuova consultazione pubblica e ad una nuova notifica alla Commissione. Nel caso di imposizione, modifica o revoca di obblighi in capo a operatori SPM, la Commissione ha possibilità di sospendere il procedimento per un periodo di tre mesi, dedicato alla concertazione sul caso (tra Commissione, BEREC e regolatori nazionali).

sazione della rimozione del pre-vigente potere di veto della Commissione, la riforma estende la procedura di controllo e monitoraggio a tutte le misure che riguardano gli operatori SPM.

Tra le principali novità per il nostro tema, la riforma del 2009 prevede il rimedio della separazione funzionale dell'operatore nell'ambito della competenza del regolatore nazionale. Un altro strumento riguarda la facoltà di imporre agli operatori "la condivisione di elementi della rete e risorse correlate", vale a dire l'apertura di elementi necessari all'infrastrutturazione dei concorrenti⁶¹. Un'ultima novità consente, infine, di definire i mercati a livello subnazionale e decidere la non applicazione degli obblighi regolamentari nelle aree geografiche ove si siano già realizzate le condizioni di un'efficace concorrenza tra infrastrutture.

8. Le questioni più complesse riguardano le nuove reti tecnologiche a fibra ottica. La regolazione sarà chiamata, nei prossimi anni, a garantire la competitività dei nuovi mercati⁶². La possibilità di duplicazione, sostituzione o integrazione con le reti telefoniche pubbliche fisse tradizionali (e cavo televisivo ove disponibile) incide soprattutto sulla regolazione per la rete di accesso, sinora incentrata sull'imposizione di obblighi asimmetrici in capo all'operatore SPM. La configurazione della regolazione potrà presentare delle oscillazioni (e modificazioni nel tempo) collegate alla previsione degli sviluppi dei nuovi servizi e dovrebbe riflettere le diverse condizioni di concorrenza dei singoli mercati e nei vari segmenti geografici.

Tra le diverse alternative occorre distinguere tra l'ipotesi che vede le nuove reti nella disponibilità degli attuali operatori SPM nella rete tradizionale e quella di costruzione e/o gestione da parte di un operatore indipendente (*common carrier*). Non è certo che ad effettuare gli investimenti nella nuova rete e ad acquisire il SPM nei nuovi mercati siano gli stessi operatori storici. Se la costruzione di reti condivise tra gli operatori appare ormai configurarsi come la soluzione preferenziale, si prevede che possano crearsi articolazioni variegata dei mercati geografici (aree rurali e zone urbane). Per le nuove reti in fibra valgono gli stessi principi applicati in precedenza alle infrastrutture in rame perché l'approccio della Commissione si fonda su un'analisi economica dei mercati, e non sulle infrastrutture specifiche che li forniscono⁶³.

⁶¹ Quali il cablaggio degli edifici (anche al loro interno), piloni, antenne, torri, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione.

⁶² Le due tipologie di reti possono svolgere servizi diversi in considerazione della differenza di ampiezza di banda; il costo di impianto della rete in fibra ottica è così elevata da essere una variabile indipendente del costo dell'accesso alla rete in rame.

⁶³ I regolatori nazionali dovranno tenere in considerazione i nuovi orientamenti nelle loro decisioni (art. 19, decisione quadro), coordinandosi attraverso il citato BEREC. Secondo la decisione quadro, gli Stati membri dovrebbero, per il principio di leale collaborazione, garantire il rispetto di un comportamento coerente dei regolatori (art. 19, par. 2, 2° comma). Quando se ne discostino, le loro decisioni devono essere giustificate e comunicate alla Commissione.

Per sorvegliare l'ampliamento del potere di mercato degli attuali operatori di rete, i regolatori nazionali hanno già esteso il controllo dei mercati oggi esistenti. Questo controllo è possibile, nell'ambito della regolazione dei mercati dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture di rete (mercato 4) e del mercato dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato 5). Gli interventi possono svolgersi in un regime di continuità metodologica ed integrazione nel quadro regolatorio vigente⁶⁴.

Per quanto riguarda la remuneratività degli investimenti delle nuove reti, la sentenza della Corte di giustizia sulla legge tedesca, che abbiamo in precedenza esaminato⁶⁵, ha confermato che l'eventuale modifica/adattamento della regolazione non può spingersi sino alla totale sospensione degli obblighi dell'operatore che costruisce o gestisce la nuova rete (illegittimità delle "vacanze regolatorie").

Sui progetti pubblici riguardanti la realizzazione di reti a banda larga, la Commissione ha chiarito il proprio approccio nel valutare la compatibilità dei limiti del divieto di aiuti pubblici⁶⁶. Nell'ambito dell'Agenda digitale⁶⁷ ha poi fissato i principi applicabili alla politica industriale degli Stati membri in materia⁶⁸ in una comunicazione sugli incentivi agli investimenti pubblici e privati⁶⁹.

⁶⁴ Relazione sui mercati europei delle comunicazioni elettroniche 2009 (quindicesima relazione), del 25 agosto 2010, COM(2010)253 def./3. L'analisi di sostituibilità dal lato dell'offerta o della domanda non rileva l'intercambiabilità della rete in fibra con quella in rame. Le due tipologie di rete possono svolgere servizi diversi in considerazione delle loro caratteristiche tecniche (larghezza di banda). È però prevedibile che si creino mercati di nuovi servizi in considerazione della velocità di trasmissione e la quantità di informazioni veicolate sulle nuove reti (sino ad un Giga al secondo).

⁶⁵ V. *supra*, par. 5.

⁶⁶ In particolare, viene operata una distinzione tra i tipi di aree: aree in cui operano almeno due fornitori di servizi di rete a banda larga (aree nere), dove l'intervento statale non appare necessario; aree in cui le infrastrutture a banda larga sono inesistenti e non si prevede verranno sviluppate nel medio termine (aree bianche), dove l'intervento pubblico rappresenta uno strumento in grado di promuovere la coesione economica, sociale e territoriale e di correggere i fallimenti del mercato; aree caratterizzate dalla presenza di un unico operatore di rete a banda larga (aree grigie), dove non è esclusa necessariamente la presenza di un fallimento di mercato o l'esistenza di problemi di coesione. V. Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga, *GUUE C 235*, 30 settembre 2009, p. 7 ss.

⁶⁷ Comunicazione della Commissione del 19 maggio 2010, Un'agenda digitale europea, in cui tra gli ostacoli si indica la mancanza di investimenti nelle reti di nuova generazione, COM(2010)245 def.

⁶⁸ La Commissione riceve notifiche di provvedimenti regolamentari emanati secondo la procedura di consultazione stabilita dall'art. 7 della direttiva quadro, v. MEMO/09/539 del 7 dicembre 2009, *EU Telecoms: The Article 7 Procedure, the Role of the European Commission and the Impact of the EU Telecoms Reform: Frequently Asked Questions* (reperibile on line). Alla prassi ivi citata, *adde* il ritiro del provvedimento sulle misure della Lituania IP/10/266. Per un quadro completo, v. il sito della Commissione (ec.europa.eu) ed ivi, *Overview of notifications (by case, country, market, status)*.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2010, La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale, COM(2010)472 def.

La raccomandazione della Commissione sulle nuove reti⁷⁰ riguarda le misure correttive da imporre agli operatori SPM e gli obblighi di condivisione delle strutture a carico di imprese (condivisione delle infrastrutture di ingegneria civile nella rete e nei segmenti terminali di accesso ai clienti), che gli Stati membri possono imporre alle imprese⁷¹. Il testo richiede puntuali analisi di mercato da parte dei regolatori nazionali. Gli operatori dominanti dovranno mettere a disposizione le proprie infrastrutture, in particolare l'accesso dell'ultimo miglio (*unbundling*) e l'accesso *bitstream* (fornitura di accesso alla rete pubblica di comunicazione) a condizioni economiche orientate al costo, per agevolare l'ingresso dei nuovi operatori. Nelle nuove reti non sono ammissibili sospensioni della regolazione in cambio degli investimenti degli operatori SPM, ma le tariffe di accesso dovranno tenere conto del rischio di investimento e della profittabilità dell'investimento per i vari operatori. I regolatori nazionali dovranno poi prevedere una serie di rimedi sulla base delle specifiche condizioni del mercato nazionale per raggiungere condizioni di competitività senza distorsioni. Pur escludendo una regolazione più leggera, la fissazione dei prezzi per l'accesso alle reti in fibra dovrà rispecchiare non solo il principio dell'“orientamento ai costi” ma anche il calcolo dei rischi di investimento per consentire un buon ritorno economico. Il regolatore nazionale, una volta rilevato che un'impresa è dominante in un determinato mercato, deve imporre degli obblighi in applicazione della direttiva-accesso (art. 8). Tale imposizione sarà proporzionata alla natura del problema e alle relative strutture di mercato. I regolatori nazionali sono chiamati ad imporre un numero congruo (e non esaustivo) di misure correttive in risposta alla posizione dominante nel mercato.

Per attrarre nuovi operatori, i regolatori nazionali devono disporre di una gamma di soluzioni adattabili alla situazione del mercato nazionale; ad esempio, la conclusione di accordi di coinvestimento nelle reti con una modulazione del prezzo per l'accesso in caso di contratti a lungo termine o di volume. Si prevede inoltre la definizione di una regolazione meno invasiva allorché esista una concorrenza tra le varie reti (fibra ottica, cavo e internet mobile ultraveloce).

9. Il quadro relativo alle infrastrutture del gas e dell'elettricità⁷² ha registrato una considerevole evoluzione normativa. Il secondo pacchetto di regolazione settoriale (2003) ha stabilito, tra l'altro, il diritto di accesso degli operatori all'uso delle reti in condizioni di parità (TPA, *third party access*) e il corrispon-

⁷⁰ Raccomandazione 2010/572/UE della Commissione del 20 settembre 2010, relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA), *GUUE* L 251, 25 settembre 2010, p. 35 ss.

⁷¹ In conformità all'art. 12 della direttiva citata.

⁷² Nel settore dell'energia, i servizi di rete vanno considerati insieme ai servizi di sistema, vale a dire il dispacciamento (pianificazione dei flussi compatibili con la capacità della rete) e il bilanciamento (adattamento dei flussi stessi all'offerta e alla domanda rispetto alle quantità pianificate). La gestione delle reti in mercati concorrenziali è resa possibile tramite piattaforme elettroniche e procedure competitive per bilanciare domanda e offerta in tempo reale. La discrezionalità di questa attività richiede pertanto la neutralità del soggetto responsabile dei servizi di sistema.

dente obbligo imposto ai gestori delle reti di lunga distanza⁷³ e di distribuzione locale⁷⁴. L'obbligo di disaggregazione funzionale delle operazioni di rete e delle attività di approvvigionamento/generazione è stato attuato tramite modelli organizzativi diversi, quali la creazione di un'impresa *ad hoc* per la gestione della rete oppure di un'entità giuridica all'interno di un'impresa integrata.

Per tutte le reti si è ritenuto inizialmente sufficiente imporre la separazione "contabile" e una separazione "funzionale" per la sola rete di trasmissione dell'elettricità. Con le direttive del 2003 la separazione è stata rafforzata imponendo alle grandi reti (sia elettriche che del gas) e anche alle reti di distribuzione locale (con l'eccezione delle imprese di piccola dimensione) una separazione "legale", cioè la costituzione di una società apposita, sia pure controllata.

Sulla base dell'indagine settoriale che ha stabilito l'alto livello d'integrazione verticale nei relativi mercati, la Commissione presentava la proposta per un terzo pacchetto di liberalizzazione⁷⁵, finalizzato: alla disaggregazione completa delle reti di trasmissione; al rafforzamento dei poteri e dell'indipendenza dei regolatori; alla cooperazione fra i regolatori e gli operatori dei sistemi di trasmissione. Il terzo pacchetto⁷⁶, approvato con alcune importanti modifiche, fornisce nuovi strumenti per una migliore cooperazione fra i gestori delle reti di trasmissione e

⁷³ La rete di trasmissione elettrica ad alta tensione e la rete di trasporto del gas ad alta pressione.

⁷⁴ Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2007, Indagine a norma dell'articolo 17 del regolamento (CE) n. 1/2003 nei settori europei del gas e dell'elettricità (Relazione finale), COM(2006)851 def.

⁷⁵ V. le relative proposte legislative in COM(2007)528 a 532, tutte del 19 settembre 2007.

⁷⁶ Il terzo pacchetto energia si compone di cinque misure normative, adottate il 13 luglio 2009 dal Parlamento europeo e dal Consiglio: il regolamento (CE) n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, *GUUE* L 211, 14 agosto 2009, p. 1 ss.; la direttiva 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, *ivi*, p. 55 ss. ("direttiva Elettricità"); la direttiva 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, *ivi*, p. 94 ss. ("direttiva Gas"); il regolamento (CE) n. 714/2009, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e che abroga il regolamento (CE) n. 1228/2003, *ivi*, p. 15 ss.; il regolamento (CE) n. 715/2009, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale e che abroga il regolamento (CE) n. 1775/2005, *ivi*, p. 36 ss. Le disposizioni contenute nelle direttive Elettricità e Gas devono essere recepite negli ordinamenti degli Stati membri entro il 3 marzo 2011. Un diverso termine è previsto, invece, per le disposizioni di tali direttive in materia di separazione (*unbundling*) della rete (3 marzo 2013). Sull'avanzamento del mercato nel settore, v. Relazione sui progressi verso l'istituzione del mercato interno del gas e dell'elettricità, dell'11 marzo 2010, COM(2010)84 def. In dottrina v. E. DZIADYKIEWICZ, *Refusal to Grant Third-Party Access by an Electricity Transmission System Operator: Overview of Competition Law Issues*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2007, p. 114 ss.; P. WILLIS, P. HUGHES, *Structural Remedies in Article 82 Energy Cases*, in *Comp. L. Rev.*, 2008, p. 147 ss.; E. EHLERS, *Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and The Netherlands and the Law of the European Union: A Comparison*, Antwerp, 2010; J. E. SORIANO GARCIA, *The Internal Gas Market according to the Law of Competition. Provisions of the Community's Third Package*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, p. 175 ss. Per un quadro generale del settore e ampia bibliografia, v. M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011.

gli organismi di regolamentazione⁷⁷. Per la Commissione, il rimedio ottimale sarebbe stato la disaggregazione proprietaria tra operatori di sistemi di trasmissione e imprese d'approvvigionamento (*ownership unbundling*) con il divieto di controllo da parte di azionisti di società di servizi energetici⁷⁸. In alternativa veniva proposta la creazione di un "Operatore di sistema indipendente" (delicato compito che comprende il controllo dei flussi e il governo delle congestioni). Tale strumento regolatorio "avrebbe permesso" alle imprese verticalmente integrate di mantenere la proprietà della rete e di affidare ad un soggetto completamente distinto tutte le funzioni di un operatore di rete, in un quadro di controllo permanente. La proposta prevedeva la possibilità di una deroga temporanea alle norme di disaggregazione proprietaria per la costruzione di nuove infrastrutture, tenendo conto "caso per caso" della dimensione degli investimenti, degli obiettivi del mercato interno e della sicurezza degli approvvigionamenti.

Fra le misure in materia di separazione (*unbundling*) delle attività di trasmissione e di produzione di energia elettrica e gas, le direttive consentono agli Stati membri una delle seguenti opzioni: la separazione integrale della proprietà, la creazione di un Gestore di sistema indipendente (ISO, *Independent System Operator*) oppure di un Gestore di trasmissione indipendente (ITO, *Independent Transmission Operator*). Nel caso di separazione integrale della proprietà, i soggetti non potranno controllare un'impresa che esercita l'attività di generazione, produzione o fornitura. È escluso l'esercizio dei diritti di voto, il potere di nominare membri del consiglio di vigilanza, del consiglio di amministrazione o degli organi che rappresentano legalmente l'impresa. In ogni caso, non sarà consentito di detenere una quota di maggioranza nei diversi settori di attività.

Agli Stati membri è, tuttavia, attribuita la facoltà di concedere deroghe temporanee qualora i gestori dei sistemi di trasmissione non facciano parte di un'impresa verticalmente integrata. La designazione da parte del proprietario del sistema di trasmissione dell'ISO (sottoposta all'approvazione da parte della Commissione) consente la conservazione della proprietà della rete. L'indipendenza dell'ISO dalle attività non connesse alla trasmissione dovrà riguardare l'organizzazione e il potere decisionale. Per quanto riguarda l'ITO, sono previsti poteri decisionali effettivi sulla gestione, manutenzione o sviluppo del sistema di trasmissione. Non sarà dunque possibile condividere sistemi e attrezzature informatiche, locali e sistemi di accesso di sicurezza, detenere una partecipazione azionaria in società affiliate di produzione o di fornitura, né ricevere vantaggi

⁷⁷ L'Agenzia per la cooperazione degli organismi di regolamentazione dell'energia (ACER) ha iniziato la propria attività a partire dal 2011, con l'obiettivo di garantire il coordinamento delle norme sull'accesso alla rete e sugli investimenti transfrontalieri. Le Reti europee dei gestori dei sistemi di trasmissione per il gas (ENTSO-G) e per l'energia elettrica (ENTSO-E) hanno il compito di realizzare l'integrazione dei mercati e una visione europea dell'accesso alle reti e degli investimenti.

⁷⁸ Un'impresa pubblica può trasferire i sistemi di trasmissione ad un'altra persona giuridica pubblica o privata. Anche se le attività di produzione/approvvigionamento e l'operatore dei sistemi di trasmissione restano in mano pubblica, determinante è la garanzia degli Stati membri della reciproca indipendenza e dell'effettiva della separazione.

finanziari. In senso inverso, nessuna società affiliata potrà detenere azioni del gestore.

Gli ITO dovranno dotarsi poi di un organo di sorveglianza incaricato di assumere quelle decisioni che abbiano un impatto significativo sul valore delle attività degli azionisti; nonché di un programma di adempimenti, sottoposto a controllo indipendente di conformità, per evitare comportamenti discriminatori.

La Commissione europea ha concluso una serie di procedimenti *antitrust* nei confronti degli operatori storici di numerosi Stati membri (E.On e RWE in Germania, Electricité de France e Gaz de France in Francia, Eni in Italia). Si tratta di casi che si sono concentrati prevalentemente sui comportamenti posti in essere dagli operatori storici verticalmente integrati. Molti di questi casi si sono conclusi con l'accettazione da parte della Commissione di impegni offerti dagli operatori *incumbent* verticalmente integrati, consistenti nella cessione della proprietà di interi tratti o segmenti di infrastrutture di rete (RWE, E.On, Eni) oppure nella cessione di quote di capacità sulle infrastrutture esistenti per un lungo periodo (Gaz de France).

In primo luogo, occorre segnalare la decisione della Commissione del 26 novembre 2008 sugli impegni proposti dall'operatore E.On⁷⁹ per disinvestire parte della sua capacità di generazione e parte della sua rete di alto voltaggio (mercato del bilanciamento dell'elettricità)⁸⁰. La Commissione aveva constatato che l'impresa in parola aveva ritirato una certa capacità di generazione di energia dal mercato tedesco di elettricità all'ingrosso, per ottenere un aumento dei prezzi e scoraggiare nuovi investitori.

In secondo luogo, la Commissione ha adottato una valutazione sugli impegni RWE⁸¹, relativa alle possibili infrazioni della società e delle sue sussidiarie nei mercati tedeschi del gas. Relativamente ai mercati del trasporto del gas la compagnia è dominante nell'area della rete e potrebbe avere abusato della sua posizione, specialmente tramite il rifiuto di conferire i servizi di trasmissione del gas a terzi e tramite comportamenti finalizzati alla riduzione dei margini nella fornitura del mercato a valle (*margin squeeze*). In particolare la società dovrà disinvestire: nella rete di trasmissione del gas ad alta pressione quando la rete non sia attualmente di esclusiva proprietà della società (in tali casi la società si impegna a disinvestire totalmente la propria partecipazione); nelle strutture ausiliarie e negli *assets*, quali *software*, contratti e licenze. La società si impegna, inoltre, a fornire ai clienti il gas per un periodo limitato di cinque anni a seguito della chiusura del disinvestimento, con servizi ausiliari e di flessibilità.

⁷⁹ Commission Decision of 26 November 2008 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Cases COM IV 39.388 - German Electricity Wholesale Market and COMP/39.389 - German Electricity Balancing Market), v. MEMO/08/132 del 28 febbraio 2008.

⁸⁰ Il disinvestimento riguarda il 20% della capacità di generazione ed il disinvestimento nella rete riduce la capacità di esercitare il controllo della rete.

⁸¹ Commission Decision of 18 March 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/39.402 - RWE Gas Foreclosure).

10. Il coordinamento nell'interpretazione/applicazione dei sistemi di regolazione e concorrenza per il mercato richiede una valutazione degli effetti sui cittadini/consumatori e non solo nei confronti dei concorrenti. Appare pertanto razionale e coerente che lo sviluppo convergente dei due sistemi comporti la valutazione dell'impatto nei confronti del consumatore secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Conformemente all'approccio economico della concorrenza, anche la regolazione deve assumere lo stesso metodo, rafforzando le dimensioni del benessere dei consumatori e della ripartizione efficiente delle risorse. Occorre riconoscere che sinora questo non è accaduto. L'unico fattore preso in considerazione nella regolazione, per verificare l'assenza di "concorrenza effettiva", è stato la mancanza di condizioni di contendibilità del mercato da parte dei concorrenti. Un segnale di novità di questo approccio è contenuto nella regolazione del *roaming* telefonico (SMS) e nella relativa sentenza *Vodafone* della Corte di giustizia, che abbiamo commentato in questo lavoro.

Di grande attualità è la questione dei rimedi funzionali, strutturali e proprietari di fronte ad un "significativo potere di mercato" degli operatori storici in sede di applicazione della concorrenza e della regolazione. In sede di revisione della regolazione si osserva una continua tensione sul bilanciamento dei poteri tra gli Stati membri e l'Unione, soprattutto, in occasione dell'adozione dei pacchetti legislativi in materia di comunicazioni elettroniche ed energia.

Allo stato dell'arte, non si manifesta un arretramento della regolazione nei settori in parola. Dall'originario carattere temporaneo e transitorio, la regolazione si è sicuramente trasformata in una modalità permanente di intervento pubblico nel mercato, destinata a sussistere sino al momento in cui non vi sarà concorrenza tra le infrastrutture necessarie all'erogazione dei servizi. Sino ad allora, l'impresa che gestisce una rete in posizione monopolistica sarà sempre destinataria di obblighi di accesso e di tariffazione equa, anche se non ha messo in atto "pratiche escludenti" dei concorrenti.

In questa fase storica, le due tipologie di intervento pubblico nel mercato sembrano convergere verso l'imposizione obbligatoria o "consensuale" degli impegni e verso la separazione funzionale dell'operatore verticalmente integrato che svolge al contempo la gestione della rete e l'erogazione dei servizi. A medio-lungo termine, la necessità di interventi pubblici nel mercato dei servizi a rete tramite misure correttive-regolatorie dovrebbe però essere limitata al servizio universale.

In definitiva, la regolazione viene considerata sempre più come un processo istituzionale, condizionato da vari fattori, che realizza il coordinamento ed l'adattamento reciproco tra gli attori istituzionali ed economici per l'apertura e integrazione di alcuni specifici mercati. Per le loro caratteristiche, i servizi a rete sono ancora chiaramente suscettibili di regolazione.

Abstract

The Sector-specific Regulation of Electronic Communications and Energy Networks in EU Law

Regulation and competition are the pillars of EU Action for the market integration. In the network-bound sectors both legal instruments are applicable. Regulation 1/2003, electronic communications directives and energy directives have created a set of instruments to safeguard the uniform application of EU law. This article explains how the two mechanisms ensure consistent remedies and cooperation between regulatory and anti-trust Authorities.

The sector-specific regulation creates the possibility of imposing access obligations on dominant incumbents which shall provide access to their networks for competitors. The asymmetric obligations on the dominant undertaking guarantee the freedom of competition for the new entrants in the related market.

The general competition law is not confined to the enforcement in case of committed infringement. Legal tools include commitment decisions and behavioural or structural remedies on the dominant undertakings. The convergence of the general competition law and the sector-specific regulation is well-established.

Le iniziative dell'Unione europea in materia di soluzione alternativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi fissati dal Consiglio d'Europa. – 3. Le iniziative dell'Unione europea. – 4. *Segue*: la rete SOLVIT. – 5. Conclusioni.

1. È ben noto che il crescente interesse verso i metodi alternativi di composizione delle controversie (ADR, *Alternative Dispute Resolution*) è dovuto, da un lato, ai limiti effettivi di efficienza e di funzionalità del processo giudiziario, dall'altro lato, all'inadeguatezza dei metodi tradizionali di amministrare la giustizia, soprattutto rispetto ad alcune situazioni giuridiche cui l'accesso al sistema giudiziario è precluso o, comunque, poco adatto alla loro tutela¹. In sostanza, è soprattutto la lunghezza dei processi e, dunque, la violazione costante e ripetuta del principio dell'equo processo e dell'effettività della tutela che ha determinato il successo di tali sistemi.

Se questo è vero in linea generale, ancor di più lo è con riferimento alle controversie tra privati e pubblica amministrazione, giacché il sovraffollamento dei tribunali amministrativi, causato dall'aumento delle pretese e degli obblighi giuridicamente regolati nel campo dei rapporti tra amministrazione e privati e dall'incremento delle c.d. cause bagattellari (quelle che non hanno alcun valore economico e che quasi sempre riguardano questioni di principio), ha determinato una notevole contrazione del diritto di accesso alla giustizia². Altrimenti detto,

* Il presente lavoro è maturato nell'ambito della ricerca di rilevante interesse scientifico e tecnologico, finanziata dalla Seconda Università di Napoli per l'anno 2007, su: *Evoluzione e problemi della tutela (giurisdizionale e non) delle situazioni soggettive negli ordinamenti italiano ed europeo*, ed è in corso di pubblicazione anche nel volume dallo stesso titolo, a cura di Guido Clemente di San Luca.

¹ La bibliografia sulla nascita e lo sviluppo di tali sistemi è copiosa. In particolare, si rinvia a R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* («Alternative Dispute Resolution»), in *Foro it.*, 2003, V, c. 165 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004.

² Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 165 ss.

l'alluvione di processi nel settore del diritto amministrativo mette in costante pericolo la ragionevole durata del processo od ostacola pesantemente l'accesso alla giustizia. Da qui una forte spinta verso soluzioni alternative delle liti che, per il loro carattere, offrono indubbi vantaggi: elevato grado di flessibilità, che ben risponde alle variabili esigenze delle parti; rapidità nella ricerca di una soluzione condivisa della controversia; costi ridotti rispetto alla giurisdizione o all'arbitrato e riservatezza della procedura³.

Invero, le ADR sono un sistema composito e variegato di difficile classificazione, soprattutto perché spesso presentano caratteri e/o denominazioni diverse nei vari Stati. Nondimeno, procedendo ad una esemplificazione forzata ed avendo riguardo soltanto ai sistemi più comuni usati negli Stati membri dell'Unione europea nel settore che qui interessa, è opportuno rammentare che vanno ascritte innanzitutto a tale categoria: la conciliazione, la mediazione, la transazione ed i procedimenti ridotti (*mini-trial*). Si tratta di meccanismi che si caratterizzano per l'intervento di un terzo neutrale diverso dal giudice, in cui un ruolo determinante è giocato dalla volontà delle parti: infatti, spetta alle parti attivarli e sempre alle parti è affidata la corretta esecuzione dell'accordo raggiunto grazie all'assistenza di un terzo scelto liberamente o attingendo a liste predisposte da esperti.

Più in chiaro, va ricordato che sottili sono le differenze tra la conciliazione e la mediazione e che i due procedimenti hanno molti elementi in comune. Nello specifico, la conciliazione affida la composizione della controversia ad un terzo chiamato ad intervenire con azioni di grado ed intensità diversa. Invero, l'attività maieutica del conciliatore, diretta a sollecitare le parti a cercare "in sé la giusta soluzione", può concretizzarsi in mera assistenza alla quale segue, una volta raggiunto l'accordo, la registrazione dello stesso; oppure assumere un ruolo più attivo, operando per avvicinare la posizione delle parti, attraverso una funzione di chiarificazione ed orientamento; oppure, ancora, giungere a formulare una vera e propria proposta di accordo che, sebbene non sia vincolante, influisce sulle spese nel processo giurisdizionale⁴.

³ Cfr. M. P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *RIDPC*, 2000, p. 1 ss. Più in generale, vedi M. GIOVANNINI, *La conciliazione stragiudiziale nel quadro delle tutele alternative in ambito locale*, in *Le Regioni*, 2003, p. 787 ss.; S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della P.A.*, in *Giust. amm.*, 2004, p. 881 ss.; A. MASUCCI, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *RIDPC*, 2008, p. 1353 ss.

⁴ Va rilevato che, in Italia, nelle controversie di lavoro il ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali è stato rilevante per la conciliazione dei conflitti tra datori di lavoro e lavoratori, soprattutto fino alla riforma del processo del lavoro del 1973, ma anche dopo ha continuato a svolgere una funzione stragiudiziale preventiva rispetto all'instaurazione del giudizio. Al riguardo, va ricordata la l. 4 novembre 2010, n. 183, Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro,

La mediazione, invece, è gestita da un soggetto terzo – comunque, scelto di comune accordo dalle parti – che ha il compito di promuovere ogni iniziativa utile a risolvere la controversia sia attraverso la presentazione alle parti di una proposta, sia limitandosi a semplici raccomandazioni. In sostanza, la mediazione può rappresentare l'intero *iter* del procedimento, mentre la conciliazione è più propriamente il momento finale della mediazione stessa (il risultato). Tanto nella conciliazione quanto nella mediazione il ruolo delle parti è attivo, giacché devono essere sempre presenti personalmente pur potendosi far assistere da un professionista; inoltre, in entrambi i procedimenti la controversia non sarà risolta a favore dell'una o dell'altra parte, bensì la soluzione dovrà rappresentare il punto di equilibrio tra le opposte esigenze. E l'esito sarà un accordo volontario fondato sul consenso delle parti, la cui esecuzione è spontanea.

Da tempo conosciuta sia in Italia sia in Francia⁵, la transazione è stata di recente rivalutata, giacché consente alle parti una soluzione più soddisfacente del conflitto tramite concessioni reciproche, nonché la deflazione giurisdizionale in molti settori dove una delle parti è una pubblica amministrazione. Essa ha trovato un'adeguata applicazione nel settore fiscale, in quello dell'esportazione e del regime doganale.

La quarta *species* riguarda i procedimenti ridotti, noti agli ordinamenti di *common law* ma sconosciuti a quelli di *civil law*. Si tratta di diversi procedimenti basati sul consenso delle parti in causa e sull'articolazione in due fasi: la prima di natura conciliativa, la seconda – nel caso l'accordo non sia raggiunto nella fase precedente – affidata ad un terzo (singolo, giuria, collegio specializzato) che, dopo un procedimento in cui generalmente è assicurato il contraddittorio, emana un parere non vincolante sulla possibile soluzione della controversia e/o sull'eventuale esito giudiziario.

Un discorso a parte merita l'arbitrato⁶. Sebbene sia prevista la possibilità di ricorrere all'arbitrato nelle liti fra pubblica amministrazione e privato⁷, va ram-

GURI 262, 9 novembre 2010. L'art. 31, par. 5 di tale l. ha modificato l'art. 412 c.p.c. (Risoluzione arbitrale della controversia), stabilendo che “[i]n qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, le parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia”. Il par. 6 del medesimo articolo sostituisce l'art. 412 *ter* c.p.c. (Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva) prevedendo che “[l]a conciliazione e l'arbitrato, nelle materie di cui all'articolo 409, possono essere svolti altresì presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative”.

⁵ In Italia la transazione è contemplata dall'art. 1965 ss. c.c., in Francia dagli articoli 2044 ss. del *code civil*.

⁶ Sulle problematiche connesse al ricorso a tale meccanismo nelle liti amministrative cfr., *infra*, par. 3.

⁷ In Italia, la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa è stata introdotta dall'art. 6, 2° comma, della l. 21 luglio 2000, n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa, *GURI* 173, 26 luglio 2000, secondo il quale “[l]e controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono

mentato però che tale meccanismo si differenzia dal processo tradizionale soltanto perché affidato e gestito da giudici privati. Specificamente, l'arbitro, seguendo una procedura formale, è chiamato ad emettere una vera e propria decisione – a favore dell'una o dell'altra parte – su precise basi giuridiche. Pertanto, non essendo un procedimento destrutturato, spesso risulta appesantito da formalismi e rigidzze procedurali, nonché da costi abbastanza elevati⁸.

In questo panorama si inseriscono le iniziative adottate dall'Unione europea che, nel settore delle ADR “amministrative”, non risultano inserite in un quadro razionalmente definito, ma sono piuttosto ascrivibili a sporadici tentativi diretti ad offrire agli Stati membri delle *guidelines* comuni per una convergenza progressiva delle regole di funzionamento e di riconoscimento delle relative decisioni. Invero, non è possibile negare che molteplici sono gli ostacoli incontrati in tale materia; peraltro si tratta di impedimenti di carattere strutturale, connessi, cioè, al concetto stesso di pubblica amministrazione e, di conseguenza, alle nozioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, alla distinzione tra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa e alla definizione di atto amministrativo. Tra tante ombre, però, una zona di luce è rappresentata da SOLVIT (*Internal Market Problem Solving Network*), una rete di centri di coordinamento nazionali, legati da un sistema telematico che offre gratuitamente assistenza, ai cittadini o ad imprese dell'Unione europea, per la soluzione di problemi sorti con la pubblica amministrazione di uno Stato membro diverso da quello del richiedente. Il crescente aumento di comportamenti giuridicamente rilevanti disciplinati dal diritto dell'Unione europea e quindi, specularmente, di pretese giuridiche che le persone fisiche o giuridiche possono far valere in giudizio, influisce in modo patologico sull'incremento del carico giurisdizionale amministrativo nazionale ed ha indotto la Commissione a promuovere un sistema alternativo. Come si vedrà, la crescita del volume dei casi e l'esito positivo degli stessi inducono ad affermare che SOLVIT concorre efficacemente a meglio garantire il rispetto della legalità

essere risolte anche mediante arbitrato rituale di diritto”. Secondo l'insegnamento tradizionale l'arbitrato si distingueva in rituale, avente natura sostanzialmente giurisdizionale, ed irrituale, avente natura negoziale. Ma, nel 2000, la Corte di cassazione pronunciandosi sulla natura del *dictum* arbitrale ha superato l'originaria distinzione, riportando anche l'arbitrato rituale ad un “atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ripete la fonte dell'investitura conferitagli dalle parti e che si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato, e, addirittura, di organi giurisdizionali”. Ed ha continuato: “la concezione della natura privata dell'arbitrato porta, quindi, a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale e la devoluzione della controversia ad arbitri quale rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato” (Cass., Sezioni Unite, 3 agosto 2000, n. 527, e sez. I, 1° febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.*, 2001, I, c. 838 ss.).

⁸ Va notato che il modello di ADR amministrativa diffuso negli Stati europei ricalca quello elaborato negli Stati Uniti d'America in cui tutte le agenzie federali sono invitate da tempo ad utilizzare i metodi ADR nel contenzioso con i cittadini e con i propri dipendenti. Infatti, nel 1990 fu introdotto a titolo sperimentale l'*Administrative Dispute Resolution Act*, poi approvato in modo definitivo nel 1996 (Public Law n. 104-320, in *110 United States Statutes at Large*, p. 3870 ss., successivamente codificata al *5 United States Code*, §§ 571-583).

da parte della pubblica amministrazione degli Stati membri e al contempo contribuisce ad assicurare adeguata tutela dei diritti ai cittadini ed alle imprese.

2. Ai fini che qui interessano, alcune considerazioni utili sembrano potersi desumere dal primo tentativo di sistemazione delle procedure extragiudiziarie alternative alla giurisdizione amministrativa adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, la raccomandazione n. 9 del 2001⁹. Tale raccomandazione si segnala soprattutto per lo sforzo di offrire soluzioni in grado di superare sia le profonde differenze tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* (dovute al fatto che i primi non prevedono regimi speciali per le pubbliche amministrazioni), sia la diversa ripartizione di competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo esistente nei vari Stati, nonché le divergenze tra giustizia amministrativa e sistemi alternativi presenti negli ordinamenti nazionali. La necessità di tener conto di tutte queste problematiche si riflette nel linguaggio della raccomandazione che risulta poco tecnico e delinea istituti non sempre di facile interpretazione e di semplice attuazione. Nello specifico, la raccomandazione insiste sulla necessità che le procedure ADR in materia di diritto amministrativo siano snelle ed i costi siano contenuti. Inoltre, precisa che gli organismi ai quali è affidata la risoluzione della lite debbano avvalersi, oltre che delle regole di diritto, altresì dell'equità. Ma, di particolare interesse risulta essere la garanzia esperibile al termine di ciascun procedimento: il *judicial review* che affida all'autorità giurisdizionale l'omologazione della decisione extragiudiziarie, previa verifica del rispetto di taluni parametri fissati dalla medesima raccomandazione¹⁰. Vale a dire che in sede di omologazione deve essere verificato che le procedure extragiudiziarie siano state trasparenti ed al contempo abbiano assicurato un elevato livello di riservatezza, e che il collegio giudicante avesse i requisiti di imparzialità e terzietà.

L'istituto in parola, quantunque in teoria presenta caratteri tipici sui quali sarebbe necessaria una riflessione più approfondita, in generale non ha incontrato un grande entusiasmo, per come delineato, almeno per tre motivi. In primo luogo, è difficile comprendere la *ratio* di un intervento di un'autorità giudiziaria a conclusione di un procedimento extragiudiziario che dovrebbe essere contraddistinto da celerità nell'adozione di una decisione e che, invece, in tal modo verrebbe agganciato ai tempi lunghi della giustizia. In secondo luogo, altrettanto discutibile appare il potere che il *judicial review* dovrebbe avere nell'esaminare la decisione raggiunta, potere non limitato ai soli motivi di diritto, bensì esteso anche al merito. In altri termini, nella fase di omologazione potrebbe essere *de*

⁹ Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to Member States on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies).

¹⁰ Cfr. l'appendice alla raccomandazione Rec(2001)9, II (Relationship with courts), punto iv: "In all cases, the use of alternative means should allow for appropriate judicial review which constitutes the ultimate guarantee for protecting both users' rights and the rights of the administration".

facto emessa una nuova decisione – eventualmente anche diversa – sulla stessa controversia¹¹. Infine, non è facile immaginare quale autorità dovrebbe essere designata per lo svolgimento di tale funzione, con riguardo a quegli Stati in cui non è presente un sistema giurisdizionale amministrativo.

Quanto alle materie contemplate dalla raccomandazione che possono essere oggetto di procedure alternative, è stabilito che queste possono riguardare “gli atti amministrativi individuali, i contratti, la responsabilità civile, ed i reclami *to sum of money*”¹². Al riguardo, va osservato che l’elenco contempla categorie molto generiche e, se questo si spiega con l’opportunità di delineare un quadro di massima in cui possono trovare collocazione i vari casi nazionali, gli istituti non sempre sono inquadrabili, però, in fattispecie puntualmente definite. In particolare, non appare condivisibile la scelta di includere nella suddetta lista gli atti amministrativi individuali, lasciando fuori quelli collettivi. Né si comprende se nei contratti siano compresi anche i *contrats administratifs* francesi ovvero sia fatto riferimento soltanto a quelli conclusi tra la pubblica amministrazione ed i privati; così come non è precisato se la responsabilità civile annoveri soltanto le azioni per risarcimento in cui la pubblica amministrazione abbia agito *iure privatorum*, oppure se siano comprese anche le controversie che abbiano per oggetto diritti soggettivi in materia di giurisdizione esclusiva o di interessi legittimi risarcibili. Pure, è discutibile la possibilità riconosciuta all’autorità ADR di adottare misure cautelari: ovvero, qualora vi sia il rischio di un danno grave ed irreparabile sarebbe riconosciuta ad un’autorità extragiudiziaria il potere di sospendere l’efficacia dell’atto impugnato.

La raccomandazione continua, poi, con l’indicazione delle ADR più appropriate per la soluzione di controversie di carattere amministrativo. Tra queste la conciliazione e la mediazione sono prefigurate come sistemi alternativi sia endo-processuali sia extraprocessuali, mentre è precisato che l’arbitrato esclude il procedimento giudiziario.

¹¹ Si ricorda, ad esempio, che nel nostro ordinamento l’omologazione è disciplinata dall’art. 825 c.p.c. (Deposito del lodo), ma non è previsto un preliminare riesame nel merito. Infatti, “[l]a parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l’atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell’arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto. Del deposito e del provvedimento del tribunale è data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti dall’articolo 133, secondo comma. Contro il decreto che nega o concede l’esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d’appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza”. Inoltre, ai sensi dell’art. 827 c.p.c., il lodo arbitrale è soggetto all’impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo; l’impugnativa per nullità è limitata, tuttavia, ad una serie tassativa di motivi *ex art.* 829 c.p.c., che prevedono la proponibilità del gravame prevalentemente per aspetti formali e non relativi al merito della questione.

¹² Appendice alla raccomandazione Rec(2001)9, I, 2, punto i.

La conciliazione e la mediazione possono essere avviate su iniziativa delle parti, del giudice, oppure *ex lege*, se previste come tentativo obbligatorio. Entrambe devono garantire il contraddittorio tra le parti e, al termine del procedimento, possono invitare l'autorità amministrativa a revocare l'atto per motivi di legittimità o di merito. È evidente, dunque, che potrebbe formare oggetto di una procedura ADR anche un atto adottato unilateralmente della pubblica amministrazione e non soltanto un contratto stipulato con un privato¹³. Peraltro, se è sempre possibile, in via cautelare, chiedere alla pubblica amministrazione di sospendere l'efficacia di un atto – chiaramente, in presenza dei due requisiti classici del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris* – è molto difficile, nonché contrario alle norme costituzionali di molti Stati membri, attribuire ad un'autorità non giudiziaria il potere di imporre all'autorità amministrativa di ritirare un atto. A ben guardare, però, la previsione stabilisce che l'ADR possa meramente invitare la pubblica amministrazione a procedere alla revoca dell'atto in questione. Ciò sta a significare che, qualora l'invito non sortisse alcun effetto, allora la questione dovrebbe essere rinviata al giudice competente che potrà, se conferma la decisione dell'ADR, ordinare la revoca dell'atto in questione. Sebbene possa delinearsi un circolo vizioso, comunque l'ADR non risulta svuotata del suo ruolo, laddove si considera che la procedura potrebbe chiudersi, in tempi brevi, nella prima fase.

Altra procedura contemplata dalla raccomandazione del Consiglio d'Europa è l'*internal review* che può essere attivata con riguardo a qualsiasi atto amministrativo e che consente un sindacato sia sulla legittimità sia sul merito. Si tratta di una procedura extragiudiziaria affidata ad un'autorità amministrativa diversa rispetto a quella che ha adottato il provvedimento impugnato e in una posizione di sostanziale terzietà rispetto alle parti. In presenza di tali requisiti, l'autorità potrà emettere una decisione vincolante. Anche in relazione a questa possibilità valgono le osservazioni svolte con riguardo alla conciliazione ed alla mediazione.

L'ultima procedura prevista dalla raccomandazione è l'arbitrato. Le parti sono libere, nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione nazionale, di scegliere la procedura arbitrale più idonea. L'arbitro procederà ad una valutazione della controversia, anche su basi equitative, e potrà invitare la pubblica amministrazione a ritirare l'atto impugnato.

Altri profili avrebbero meritato attenzione. Sul piano positivo, al di là delle perplessità già espresse in merito all'assenza di tecnicismo del documento, resta la natura dell'atto stesso che, come noto, si configura per non essere vincolante. Si tratta, dunque, di una mera enunciazione di principi che, per molti versi, non hanno trovato riscontro nella prassi legislativa degli Stati.

¹³ Una tale possibilità era stata contemplata dalla direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, *GUCE* L 76, 23 marzo 1992, p. 14 ss.: v. *infra*, par. 3 di questo lavoro.

3. Più incisivi – ma, come si è già sottolineato, non risolutivi – appaiono gli interventi delle istituzioni dell’Unione europea che hanno privilegiato la cooperazione tra ADR nazionali preposte alla soluzione di controversie di carattere transfrontaliero di modesta entità economica, giacché le difficoltà della cooperazione giudiziaria e gli elevati costi a questa connessi rendono di gran lunga preferibile una soluzione alternativa. Nel settore che qui ci occupa, le istituzioni dell’Unione hanno agito su due piani paralleli e complementari: ovvero, inserendo sistemi di soluzione alternativa delle controversie in atti “settoriali”, come appalti e beni culturali, e istituendo il già ricordato SOLVIT, una rete virtuale che, grazie al suo carattere informale, ha facilitato la cooperazione nella ricerca di soluzioni ai problemi dovuti all’erronea applicazione di atti dell’Unione europea da parte di amministrazioni nazionali¹⁴.

In relazione al primo piano, vanno ricordati il sistema volontario di attestazione, il meccanismo di conciliazione ed il meccanismo correttore che erano stati introdotti dalla direttiva 92/13/CEE (c.d. direttiva ricorsi)¹⁵, ma che, almeno i primi due, sono stati abrogati dalla disciplina successiva, non essendo mai stati utilizzati. In particolare, l’attestazione avrebbe dovuto permettere agli enti aggiudicatori di far constatare periodicamente, da soggetti esperti ed indipendenti (attestatori), la conformità delle loro procedure d’aggiudicazione degli appalti al diritto applicabile, in modo da prevenire un possibile contenzioso giurisdizionale. Nondimeno, tale procedura è rimasta in pratica inutilizzata e, di conseguenza, è stato disatteso l’obiettivo di prevenire un numero considerevole di violazioni del diritto dell’Unione europea degli appalti pubblici. Analoga sorte è spettata alla conciliazione che avrebbe dovuto favorire un accordo bonario con riguardo a ipotesi sia di lesioni già avvenute sia di procedimenti di aggiudicazione ancora in corso. Il conciliatore avrebbe dovuto limitarsi a cercare una soluzione di equilibrio tra le opposte pretese senza, però, avere poteri vincolanti. Ma l’istituto non ha suscitato un reale interesse tra gli operatori proprio perché non permette l’adozione di un provvedimento provvisorio vincolante tale da impedire la conclusione illegittima di un contratto, e anche perché la sua natura mal si concilia con i tempi brevi dei ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime. Inoltre, va evidenziata la difficoltà incontrata nell’elaborazione di un elenco completo ed esteso di conciliatori indipendenti in ciascuno Stato membro. Per tali motivi, i due meccanismi sono stati aboliti e non compaiono nella successiva direttiva 2007/66/CE¹⁶ che ha modificato la materia.

¹⁴ Accanto a questi meccanismi va annoverato il Mediatore europeo (art. 228 TFUE) competente a ricevere denunce per casi di cattiva amministrazione nell’azione delle istituzioni europee. Di questo istituto, però, non si tratta nel presente lavoro.

¹⁵ Direttiva 92/13/CEE, cit.

¹⁶ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici, *GUUE* L 335, 20 dicembre 2007, p. 31 ss.

Il fallimento dell'attestazione e della conciliazione nel settore degli appalti pubblici conferma l'opinione secondo cui le ADR risultano efficaci soltanto con riferimento alle controversie di modesta entità. Infatti, le difficoltà di coordinamento tra i mezzi tradizionali ed i mezzi alternativi, nonché gli ostacoli derivanti dall'esecuzione, in altri Stati, di un accordo raggiunto attraverso ADR rendono questi strumenti poco adeguati alle controversie in cui il rischio economico è elevato.

È sopravvissuto, invece, allo spirito di riforma il meccanismo correttore previsto dall'art. 8 della direttiva 92/13/CEE che è stato parzialmente modificato dalla direttiva 2007/66/CE. Alla luce della normativa vigente, qualora la Commissione dell'Unione europea, prima che sia concluso un contratto, ritenga sia stata perpetrata una grave violazione del diritto dell'Unione, notificherà allo Stato membro interessato i motivi per cui ritiene ci sia stata tale violazione e ne chiederà la correzione con provvedimenti appropriati. Lo Stato in questione, entro ventuno giorni, potrà comunicare che la violazione sia stata riparata; oppure spiegare, motivando, perché non vi sia stata riparazione; oppure, infine, notificare l'avvenuta sospensione della procedura di aggiudicazione dell'appalto da parte dell'ente aggiudicatore. In quest'ultima ipotesi, lo Stato è tenuto a notificare altresì la cessazione della sospensione o l'avvio di un'altra procedura, totalmente, o in parte, collegata a quella precedente; al contempo deve dare conferma che la violazione presunta è stata riparata o spiegare motivando adeguatamente perché non vi sia stata riparazione.

Invero, maggiori risultati si sono avuti nel settore dei beni culturali con la direttiva 93/7/CEE relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro¹⁷. L'art. 4 di tale direttiva, come pure la corrispondente previsione del Codice per i beni culturali e del paesaggio, nel quadro delle funzioni di assistenza e collaborazione poste a carico di ciascuno Stato membro dell'UE per tutto ciò che si renda necessario per l'esercizio dell'azione di restituzione di un bene culturale uscito illecitamente dal territorio di un determinato Stato, prevede la possibilità di favorire l'amichevole composizione di ogni questione attraverso una procedura di arbitrato, conformemente alla legislazione nazionale dello Stato richiesto ed a condizione che lo Stato richiedente ed il possessore o detentore siano d'accordo.

Va notato che il successo del meccanismo è ascrivibile alla tipologia di ADR utilizzata. Infatti, come già notato, l'arbitrato costituisce una procedura alternativa *sui generis*, in quanto, pur configurandosi come deroga al monopolio statale anche della giustizia amministrativa, si caratterizza per essere un vero e proprio procedimento processuale affidato a giudici privati e disciplinato da regole precise. Ed è, per questi motivi, ritenuto più affidabile rispetto agli altri sistemi alternativi, e più snello e celere rispetto ai sistemi giurisdizionali.

¹⁷ Direttiva 93/7/CEE del Consiglio, del 15 marzo 1993, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro, *GUCE* L 74, 27 marzo 1993, p. 74 ss.

4. Passando ad esaminare il *forum* di cooperazione SOLVIT¹⁸, va rammentato che esso si ascrive nell'ambito delle azioni adottate dalla Commissione, ai sensi dell'art. 211 TCE, dirette a migliorare il funzionamento del mercato interno. Infatti, le origini del *forum* sono da ricercare nel Piano d'azione per il mercato unico del 1997, allorquando gli Stati membri furono invitati ad istituire punti di contatto cui i singoli e le imprese potessero rivolgersi per avere una soluzione a problemi specifici relativi al mercato unico¹⁹. In risposta, gli Stati istituirono la "rete per la soluzione dei problemi": centri di coordinamento preposti a collaborare per la soluzione di controversie transfrontaliere derivanti dalla non corretta applicazione delle norme dell'Unione sul mercato interno da parte delle pubbliche amministrazioni. Un ulteriore passo in avanti nel rafforzamento di tale cooperazione è stato fatto, poi, con la comunicazione della Commissione sulla soluzione efficace dei problemi del mercato interno (SOLVIT)²⁰, con la quale fu decisa la costituzione di una base di dati comune nella quale dovevano essere registrate le singole questioni. Successivamente, sono stati elaborati principi comuni affinché la rete risultasse più efficiente sia offrendo risposte più adeguate alle esigenze dei singoli e delle imprese sia evitando che gli sforzi compiuti da uno Stato fossero annullati da un coordinamento approssimativo ed occasionale²¹.

Va subito precisato che il *network* offre protezione ai cittadini ed alle piccole imprese che, in caso di controversie transfrontaliere, incontrano difficoltà ad accedere ai rimedi giurisdizionali, soprattutto per gli elevati costi di una controversia di fronte ad una giurisdizione straniera. In tal modo contribuisce, da un lato, a garantire l'effettività della tutela dei diritti dei singoli ed il libero esercizio dell'attività economica transfrontaliera; dall'altro lato, assicura l'applicazione effettiva ed uniforme delle regole costitutive del mercato interno. Altrimenti detto, SOLVIT è stato costituito per aggirare tanto la lentezza insita in un ricorso dinanzi al giudice quanto gli elevati costi di una controversia transfrontaliera.

Di fatto, SOLVIT è una rete che offre un servizio gratuito, ai singoli ed alle imprese, per la soluzione informale di questioni che non siano già pendenti dinanzi ad un giudice. La specificità di tale meccanismo risiede nell'aver costituito uno sportello unico nazionale presso il quale presentare il caso, evitando così il ricorso ad una pluralità di meccanismi spesso farraginosi e la duplicazione di procedure e decisioni formali sulla medesima fattispecie. È importante precisare che il ricorso a SOLVIT non sospende i termini previsti dall'ordinamento

¹⁸ Cfr. M. LOTTINI, *La rete Solvit: uno strumento di risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *RIDPC*, 2006, p. 1089 ss.

¹⁹ Vedi documento CSE(97)1 def., del 4 giugno 1997.

²⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del 27 novembre 2001, Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno ("SOLVIT"), COM(2001)702 def. Fanno parte di SOLVIT, oltre agli Stati membri dell'UE, la Norvegia, l'Islanda e il Liechtenstein.

²¹ Raccomandazione della Commissione, del 7 dicembre 2001, relativa ai principi per l'utilizzo di "SOLVIT", la rete per la soluzione dei problemi del mercato interno, *GUCE L* 331, 15 dicembre 2001, p. 79 ss.

nazionale per l'esercizio dei propri diritti; sicché il richiedente è libero di adire in qualsiasi momento le vie legali e in tal caso la questione sarà dichiarata chiusa nella banca dati. Per altro verso, però, va notato che il normale decorrere dei termini implica la necessità di valutare con piena consapevolezza le conseguenze di rivolgersi ad un sistema alternativo piuttosto che adire il giudice, giacché potrebbe verificarsi l'ipotesi che non sia possibile, una volta esperito l'uno senza soddisfazione, ricorrere al secondo.

Quanto all'ambito di azione, SOLVIT aiuta a superare i problemi dovuti a: mancanza di informazione, interpretazioni divergenti da parte delle amministrazioni nazionali di atti dell'Unione, errori o malintesi. Le questioni devono avere natura transfrontaliera; ovvero si deve trattare di difficoltà, incontrate da un cittadino o da un'impresa di uno Stato membro, in relazione all'erronea applicazione, da parte dell'autorità pubblica a livello nazionale, regionale o locale di altro Stato membro, delle norme sul mercato interno. Ne consegue che non rientrano nelle competenze di SOLVIT le questioni puramente interne, aventi quindi mera rilevanza nazionale.

In generale, il richiedente può rivolgersi al centro di coordinamento nazionale che trasferirà la richiesta al centro di coordinamento del Paese di destinazione, chiamato ad interloquire con l'amministrazione ed a fornire le risposte necessarie alla soluzione del caso. Pertanto, nella risoluzione di un caso sono coinvolti due centri SOLVIT: il centro di coordinamento d'appartenenza che, qualora riceva un nuovo caso, deve stabilire se la questione abbia rilevanza per la rete, se esistano soluzioni alternative migliori o se è più indicato avviare un procedimento giudiziario, e se siano state fornite tutte le informazioni necessarie; poi, deve inserire il caso nella banca dati *on line* e comunicare all'interessato gli sviluppi. Più specificamente, tale centro è tenuto ad informare, preventivamente, il richiedente sulla procedura e sui tempi previsti ed avvertirlo di eventuali termini di prescrizione previsti dal diritto nazionale per sottoporre la questione all'autorità giurisdizionale. Peraltro, al richiedente deve essere fatto presente che la soluzione offerta non è vincolante, che le soluzioni proposte non possono essere impugnate nell'ambito di SOLVIT e che l'unica alternativa è offerta dal ricorso al procedimento formale. Nondimeno, qualora un procedimento formale venga avviato in pendenza di soluzione, la questione sarà eliminata da SOLVIT.

Il secondo centro è quello di coordinamento competente (situato nello Stato membro in cui il problema si è verificato o, comunque, a cui appartiene la pubblica amministrazione alla quale viene contestata la scorretta applicazione del diritto dell'Unione europea) che, entro una settimana, è tenuto a confermare l'ammissibilità della questione e a comunicarla all'amministrazione nazionale competente affinché prenda i provvedimenti a tal uopo necessari. Se il centro di coordinamento competente decide di non ammettere la questione, la banca dati deve registrare automaticamente l'inammissibilità ed i relativi motivi. Di conseguenza, il centro di coordinamento d'appartenenza deve informare il richiedente che potrà ricorrere ai procedimenti formali. È sempre il centro di coordinamento competente a dover assumere la responsabilità della soluzione del problema transfron-

taliero. Anche gli altri centri di coordinamento possono accedere ai dati, preventivamente resi anonimi, ma soltanto per prenderne visione; mentre i richiedenti possono accedere esclusivamente ai dati relativi ai problemi che li riguardano.

Se l'ammissibilità è confermata, la questione deve essere risolta entro dieci settimane o, in casi eccezionali, entro quattordici settimane. È di palmare evidenza che le soluzioni devono essere conformi al diritto dell'Unione europea, e in caso contrario la Commissione può promuovere una procedura d'infrazione contro lo Stato in questione. Al di là di tali ipotesi, qualora la questione venga risolta, il centro di coordinamento competente informerà il centro di coordinamento di appartenenza delle modalità che il richiedente può seguire per avvalersi della soluzione raggiunta. Viceversa, se la questione risulta infondata, il centro di coordinamento d'appartenenza informerà il richiedente che può decidere di ricorrere ai procedimenti formali. Va aggiunto che il centro di coordinamento, talvolta, avendo riscontrato un'incompatibilità tra la normativa nazionale e quella dell'Unione, è riuscito a ottenerne la modifica, rivolgendosi all'autorità nazionale competente ("SOLVIT Plus").

Dall'esame dei rapporti annuali presentati da SOLVIT si evince che l'attività è in forte aumento: a fine dicembre 2009, i casi affrontati dai centri SOLVIT europei erano 1400, con un incremento del 54% rispetto all'ultimo anno. Sempre dati alla mano, i casi risolti ammontano all'86% e, in particolare, riguardano: il permesso di soggiorno, i diritti in materia di occupazione, il riconoscimento delle qualifiche, l'accesso al mercato dei prodotti, la sicurezza sociale, la fiscalità, l'immatricolazione dei veicoli a motore e l'accesso al mercato dei servizi²².

Neppure va sottovalutato che, in media, i tempi di risoluzione sono davvero celeri: alcuni casi sono addirittura risolti in una settimana e soltanto per taluni più complessi è stato necessario ricorrere alla proroga prevista.

Ciononostante, è necessario rilevare che in un'Unione europea di ventisette Stati membri i problemi di carattere transfrontaliero di interesse della pubblica amministrazione sono certamente molto più numerosi di quelli sottoposti a SOLVIT. Vale a dire che il meccanismo prefigurato è ancora molto lontano dall'esprimere appieno tutte le sue potenzialità. In particolare, va segnalato che il numero dei casi sottoposti a SOLVIT è quasi interamente costituito da reclami presentati da cittadini (90%). Infatti, tra dicembre 2008 e dicembre 2009, il numero delle persone che si sono avvalse di SOLVIT è aumentato del 76%, mentre quello delle imprese è rimasto invariato (162). Peraltro, la situazione è diversa da Paese a Paese: ad esempio, in Svezia, Olanda e Germania il 40% dei reclami è presentato dalle imprese. Inoltre, da sondaggi effettuati dalla stessa rete, è emerso che l'83% delle imprese intervistate non era a conoscenza del *forum*.

²² Va segnalato che i casi maggiori si registrano soprattutto in materia di permesso di soggiorno (38%) e che ben il 77% di essi riguarda i ritardi nel rilascio del permesso di soggiorno da parte delle autorità inglesi. Tali autorità, sollecitate dalla Commissione, hanno riconosciuto la gravità del problema ed adottato un programma per migliorare la situazione (cfr. *Report 2009*, reperibile *on line* all'indirizzo ec.europa.eu).

5. Anche da una ricognizione così veloce è dato ricavare una morale spicciola. Quantunque uno Stato di diritto non debba confidare soltanto nell'intervento dei giudici per affermarsi, l'*impasse* verso i sistemi di ADR – soprattutto in Italia – è dovuta al diffuso scetticismo nell'accettare come *stare decisis* il giudizio di un'autorità imparziale e terza che non sia il giudice tradizionale e senza dover percorrere tutti i rimedi consentiti e tutti i gradi di giudizio. Dunque, la sfiducia verso le forme alternative di risoluzione delle controversie risiede proprio nel fatto che esse rappresentano una deroga al monopolio statale della giustizia, sia ordinaria sia amministrativa. Invero, l'utilizzo delle ADR richiede un cambiamento culturale profondo rispetto al concetto stesso di giurisdizione, e concepire tali sistemi soltanto come un sollievo al carico giudiziario o come una giustizia "minore" significa sprecare una risorsa preziosa per la cultura giuridica europea.

A ben guardare, però, il principale ostacolo alla diffusione di questi mezzi è costituito dall'atteggiamento degli avvocati. Invero, la semplificazione delle procedure, la riduzione dei costi per la soluzione della lite e la centralità delle parti, ridimensionano sostanzialmente il loro ruolo. Peraltro, ruolo che nelle cause transfrontaliere assume una rilevanza maggiore, configurandosi spesso come indispensabile e avvantaggiandosi dei maggiori costi dell'assistenza legale. Altrimenti detto, non soltanto gli avvocati non sempre hanno le conoscenze necessarie sulle tecniche alternative di soluzione delle controversie, ma non sono neanche troppo favorevoli alla loro diffusione in ragione dei propri interessi economici, in quanto i tempi brevi ed i meccanismi che non prevedono l'assistenza legale (come SOLVIT) possono incidere negativamente sui loro guadagni.

In tale ottica, sono possibili alcuni rilievi. In primo luogo, la formazione dei professionisti è fondamentale per il buon esito degli istituti in parola e per l'interesse dei clienti. I professionisti hanno un ruolo determinante nell'orientamento dei clienti verso la procedura più adeguata per la risoluzione delle controversie e devono, quindi, essere preparati ad utilizzare una varietà di strumenti. Per di più, i professionisti dovrebbero essere rassicurati dal fatto che, sebbene i tempi per la soluzione della lite si abbrevino e, di conseguenza, diminuiscano i costi probabili del litigio, il loro campo d'intervento non si restringe, piuttosto si allarga: come gestori dei conflitti che orientano i clienti nell'individuazione del sistema più conveniente per la specifica controversia; come negoziatori nei processi alternativi non avversari; come consulenti nelle conciliazioni. Non solo. Di particolare rilievo appare l'ipotesi di cause seriali, di identico o analogo contenuto. In altre parole, mentre la trattazione di una singola causa non avrebbe per l'avvocato alcun interesse sul piano economico, un comune fatto costitutivo determinerebbe il moltiplicarsi delle pretese risarcitorie individuali e, dunque, la possibilità per il medesimo avvocato di ottenere un compenso soddisfacente in relazione ad un'attività ripetitiva e non particolarmente impegnativa.

In secondo luogo, è necessario che sia diffusa la conoscenza di questi sistemi, affinché siano innanzitutto gli stessi cittadini a richiedere il loro utilizzo o a rivolgersi direttamente ai meccanismi a tal uopo istituiti, con la certezza che

anche un sistema veloce ed economico sia sicuro ed affidabile. Ma le ADR devono trovare adeguata diffusione anche tra le imprese, giacché nelle cause economicamente consistenti o molto consistenti, il costo del processo influisce su entrambe le parti e una soluzione alternativa darebbe adeguata soddisfazione anche alle aspettative degli avvocati.

In relazione poi alla questione che qui ci impegna, va notato che le controversie “amministrative” transnazionali derivanti dall’errata applicazione della normativa dell’Unione europea vanno senz’altro incluse, per la loro specificità e complessità, tra quelle che più opportunamente richiedono l’intervento di un esperto (contrastati caratterizzati da molteplici centri di tensione, liti in cui è necessario preservare i rapporti tra le parti, conflitti per i quali è opportuna la riservatezza e la rapidità). Inoltre, questo tipo di liti è fisiologicamente caratterizzato da costi elevati, tempi molto lunghi e procedure complesse, per cui il ricorso ad una soluzione alternativa risulta vantaggioso sotto molteplici aspetti.

Senza cadere nella retorica delle virtù salvifiche dei modi alternativi di risoluzione delle controversie, è lecito affermare che un maggior rispetto dell’etica deontologica (consigliare i mezzi più adeguati per il perseguimento di un determinato fine), ove siano predominanti questioni relative a conoscenze tecnico-specialistiche, influirebbe positivamente sul numero dei ricorsi presentati in sede giurisdizionale e sui tempi necessari per la definizione dei procedimenti.

Così, si potrebbe immaginare che, alla luce delle competenze previste dall’art. 6 TFUE in materia di cooperazione amministrativa, l’Unione europea sostenga, completi e coordini i sistemi alternativi di soluzione delle controversie transfrontaliere predisposti dagli Stati membri. Al fine di abolire gli ostacoli che impediscono o alterano la piena realizzazione delle posizioni soggettive fondate sul diritto europeo, sarebbe opportuno che nelle controversie di tipo risarcitorio o indennitario, riguardanti, ad esempio, settori come la sanità o i lavori pubblici, il cui valore non superi i 2000 euro, fosse resa facoltativa la rappresentanza legale e fosse reso obbligatorio il tentativo di una soluzione alternativa²³. Nondimeno, con riferimento a tali cause, occorrerebbe che i cittadini fossero esaurientemente informati sia dell’esistenza di strumenti alternativi, quali SOLVIT, sia della semplicità del loro funzionamento. Soltanto in questo modo il sistema potrebbe operare appieno ed i cittadini potrebbero rinunciare all’assistenza legale e utilizzare direttamente uno strumento alternativo avendo fiducia che la controversia transfrontaliera sarà risolta con soddisfazione.

In questa direzione si muove il settore civile e commerciale²⁴; mentre, risultati importanti in relazione all’utilizzo di sistemi alternativi si registrano in

²³ Cfr. soprattutto E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione Europea*, in *DUE*, 2008, p. 447 ss.

²⁴ È necessario rammentare che, con il regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, *GUUE* L 199, 31 luglio 2007, p. 1 ss., è stato agevolato l’accesso alla giustizia semplificando i procedimenti relativi a controversie transfrontaliere nel settore civile e commerciale, riducendone le spese e rendendo facoltativa l’assistenza legale. Inoltre, nel nostro ordina-

quello a tutela del consumatore²⁵, nel quale va considerato anche quello relativo ai servizi finanziari²⁶. Infatti, risultati positivi sono stati perseguiti dalle reti che forniscono informazioni ai consumatori sui loro diritti sia a livello europeo sia a livello nazionale e offrono consulenza ed assistenza su problemi transfrontalieri nell'ambito dell'Unione europea.

Quello che preme sottolineare, in conclusione, è che la funzione principale degli strumenti alternativi risiede nel miglioramento della qualità della tutela del cittadino. In effetti, è possibile affermare che le ADR “amministrative” concorrono ad assicurare una tutela effettiva, dal punto di vista del diritto dell'Unione europea; ovvero, contribuiscono a garantire che le norme nazionali non rendano impossibile o difficile la tutela effettiva, non discriminatoria ed equivalente delle situazioni giuridiche conferite dal diritto europeo²⁷. In tale prospettiva si colloca perfettamente il sistema SOLVIT che, essendo uno strumento comune ed unitario di risoluzione delle controversie, concorre ad uniformare la prassi amministrativa nei singoli Stati membri e, al contempo, favorisce il concreto adattamento della normativa nazionale di regolazione delle attività economiche al diritto dell'Unione.

mento, con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, Attuazione dell'articolo 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, *GURI* 53, 5 marzo 2010, è stato stabilito all'art. 4, par. 3 che “[a]ll'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”.

²⁵ I sistemi di composizione delle vertenze dei consumatori in via amichevole sono molteplici. Tra questi va segnalata la Rete europea extragiudiziale (“EEJ-Net”) che ha l'obiettivo di facilitare la risoluzione dei conflitti con i fornitori di un altro Paese situato nell'UE, così come in Norvegia e in Islanda. Per far ciò, ciascun Paese partecipante ha istituito un punto centrale di contatto, una specie di “camera arbitrale” in cui i consumatori possono ottenere informazioni e assistenza per avere accesso agli esistenti sistemi alternativi extragiudiziali di risoluzione delle controversie.

²⁶ In questo ambito è stata istituita la prima rete transfrontaliera per la soluzione alternativa delle controversie, “FIN-NET”, per le liti tra consumatori e operatori nel settore dei servizi finanziari.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon*, *Raccolta*, p. I-7529, con relative conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano presentate il 30 marzo 2006.

Abstract

The Initiatives of the EU Regarding Alternative Dispute Resolutions between Individuals and Public Authorities

This article deals with the initiatives carried out by the EU within the “administrative” ADR field. They do not belong to a rationally definite prescriptive outline, and rather can be defined as sporadic attempts offering to Member States common guidelines in order to have a progressive convergence of the rules on functioning and recognition of decisions adopted within the ADR schemes. Indeed, many obstacles still exist in the enforcement of serious and practicable solutions in this field: moreover, these obstacles have a structural nature, since their resolution implies a thorough reconsideration of concepts and institutions quite variable within the EU sphere, such as the notion of public authority, the difference between legitimate interest and subjective right and criteria of safeguarding each of them, the distinctive features of litigations between individuals and between them and a public authority, or the legal feature of the acts adopted by the administration.

This article first focuses on some instruments available to the EU legal system in fields such as public procurements and cultural goods; then, the Internal Market Problem Solving Network (SOLVIT) is briefly illustrated: this is a network of national coordination centres, connected among them with a data transmission system, whose purpose is to offer free assistance to EU citizens or enterprises encountering problems with national Public authorities of other member States. The growing number of cases filed before SOLVIT and the positive results it gradually achieves allow the Author to assume that SOLVIT can efficiently contribute to secure legality by Member States’ public authorities, while at the same time ensure a fair safeguard of individuals and enterprises’ rights and interests.



Note e Commenti

Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali

SOMMARIO: 1. La prima direttiva post-Lisbona in materia di cooperazione giudiziaria penale. – 2. L'iter di adozione dell'atto. – 3. Finalità e ambito di applicazione della direttiva. – 4. *Segue*: i diritti garantiti dalla direttiva. – 5. Recepimento, ravvicinamento delle legislazioni nazionali e reciproco riconoscimento delle decisioni adottate negli Stati membri. – 6. Rafforzamento della tutela giudiziaria dei singoli. Norme minime dotate di effetto diretto.

1. A meno di un anno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹, che, come noto, ha abolito la struttura a pilastri dell'Unione europea (o, quanto meno, superato la distinzione tra primo e terzo pilastro)², Parlamento europeo e Consiglio hanno adottato, sulla base della nuova procedura decisionale disciplinata dall'art. 294 TFUE, il primo atto normativo nel settore dell'ex terzo pilastro, specificamente in materia di cooperazione giudiziaria penale.

Si tratta della direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, che trova la propria base giuridica nell'art. 82, par. 2, 2° comma, TFUE e che, come accennato, e in virtù di quanto disposto dalla stessa disposizione da ultimo richiamata, è stata elaborata secondo la c.d. procedura legislativa ordinaria (sostanzialmente sostitutiva della previgente procedura di codecisione e che garantisce definitivamente un ruolo paritetico a Parlamento e Consiglio in qualità di co-legislatori)³.

¹ Avvenuta, come noto, a norma del suo art. 6, il 1° dicembre 2009, ovvero il primo giorno del mese successivo al deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato membro (Repubblica ceca) che per ultimo ha adempiuto a tale formalità; cfr. *GUUE* C 306, 17 dicembre 2007, p. 1 ss. Per la versione consolidata del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) cfr. *GUUE* C 115, 9 maggio 2008, p. 1 ss., poi ripubblicata in *GUUE*, C 83, 30 marzo 2010, p. 1 ss.

² Per alcune considerazioni sull'abolizione solo formale dei pilastri all'interno dell'Unione e sulla specificità che tutt'oggi caratterizza il settore della politica estera e di sicurezza comune sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in questa *Rivista*, 2009, p. 73 ss., spec. p. 113 ss.

³ Tale direttiva è pubblicata in *GUUE* L 280, 26 ottobre 2010, p. 1 ss. La posizione definitiva del Parlamento europeo è del 16 giugno 2010, la decisione finale del Consiglio del 7 ottobre 2010.

Sostanzialmente ricalcando quanto previsto dall'art. III-270, par. 2, del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, non entrato in vigore per le note vicende legate ai *referenda* negativi in Francia e nei Paesi Bassi⁴, e reeppendo a livello primario le indicazioni già contenute nella comunicazione del 2000 della Commissione, dedicata al Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale⁵, l'art. 82, par. 2, TFUE espressamente consente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sotto il profilo "processuale". Infatti, nella misura in cui sia necessario a facilitare la cooperazione di polizia e giudiziaria penale e, in particolare, il reciproco riconoscimento delle decisioni, Consiglio e Parlamento europeo, deliberando secondo la menzionata procedura, possono, mediante direttive (si tratta di uno dei pochi casi in cui, nel settore in questione, è lo stesso TFUE a specificare il tipo di atto che deve essere utilizzato⁶), "stabilire norme minime" per regolare differenti aspetti della proce-

Per un primo commento ad essa cfr. V. BAZZOCCHI, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *DUE*, 2010, p. 1042 ss.; S. CRAS, L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings*, reperibile *on line* all'indirizzo www.mpicc.de, p. 153 ss.

⁴ Per il testo del Trattato-Costituzione, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, cfr. *GUUE* C 310, 16 dicembre 2004, p. 1 ss. Sulla sorte di tale Trattato dopo i menzionati *referenda* francese e olandese cfr., per tutti, R. CAFARI PANICO, *Se la Costituzione europea si arena l'integrazione ha il «piano di riserva»*, in *Guida al diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, 2005, n. 4, p. 8 ss.; M. CONDINANZI, B. NASCIBENE, *Europa senza Costituzione*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1041 ss.; L. S. ROSSI, *La crisi dell'UE e le strade possibili per uscirne*, in *Federalismi.it*, Editoriale 13/2005 del 30 giugno 2005; G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale. Entrata in vigore e revisione*, in *DUE*, 2005, p. 631 ss.; E. TRIGGIANI, *Gli scenari del processo di ratifica*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 3, p. 15 ss. (reperibile *on line* all'indirizzo www.sudineuropa.net).

⁵ Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, COM(2000)495 def., del 26 luglio 2000, p. 18, dove si individuano, quali settori di diritto processuale penale in cui potrebbe essere necessario adottare norme minime comuni, quello della "tutela dell'imputato nel corso della procedura, con riferimento ai diritti di difesa, come l'accesso alla consulenza giuridica ed il diritto ad essere rappresentato, l'interpretazione e la traduzione quando l'accusato non conosce sufficientemente la lingua del procedimento, l'accesso ai tribunali" e quello della "tutela della vittima del reato per quanto riguarda la possibilità di essere ascoltata nell'ambito della procedura penale, di presentare elementi di prova, ecc.".

⁶ Nel capo 4 del titolo V della parte III, ovvero con riguardo specifico alla cooperazione giudiziaria in materia penale all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il TFUE impiega, normalmente, il termine generico di "misura", lasciando evidentemente aperta per Consiglio e Parlamento europeo la possibilità di adottare non solo direttive, ma anche eventualmente decisioni o regolamenti che, come noto, hanno per loro caratteristica intrinseca (cfr. art. 288, 2° comma), la capacità di produrre effetti direttamente negli ordinamenti nazionali, senza necessità di alcuna misura di trasposizione e che, di regola, vengono impiegati laddove si voglia procedere all'uniformazione delle legislazioni nazionali. Lo strumento "direttiva" è invece più consono al raggiungimento della finalità di armonizzazione e non a caso, quindi, tanto la disposizione in commento, ovvero l'art. 82, par. 2, 2° comma, per gli aspetti procedurali, quanto l'art. 83, paragrafi 1 e 2, per gli aspetti sostanziali, stabiliscono che il ravvicinamento delle normative nazionali (mediante la previsione di norme minime) debba essere perseguito attraverso l'adozione di direttive.

dura penale, tra cui, tra l'altro, e per quanto qui rileva, "i diritti della persona nella procedura penale" (lett. b)⁷.

In realtà, già nella vigenza del Trattato sull'Unione europea nella versione precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era possibile individuare, nell'art. 31, par. 1, lett. c), la base giuridica per procedere ad un ravvicinamento delle legislazioni nazionali sotto il profilo (anche) procedurale: infatti, benché soltanto la lett. e) della disposizione in parola consentisse espressamente l'armonizzazione delle normative degli Stati membri, apparentemente limitandola al profilo sostanziale, prevedendo "la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni", non vi erano dubbi in dottrina (e nella coerente prassi applicativa) nel senso di ritenere che il ravvicinamento "processuale" potesse, *rectius* dovesse, essere perseguito in virtù di quanto prescritto dalla richiamata lett. c), che, stabilendo che la cooperazione giudiziaria in materia penale deve essere raggiunta anche mediante "la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri", certamente intendeva riferirsi anche all'elaborazione di misure volte all'armonizzazione delle legislazioni nazionali sotto il profilo processuale⁸. Ed anzi, l'esigenza di ravvicinamento del diritto penale processuale

⁷ L'art. 82, par. 2, 2° comma, TFUE individua quali altri aspetti rispetto a cui si deve procedere ad un ravvicinamento delle legislazioni nazionali sotto il profilo processuale, mediante l'adozione di "norme minime" (questa è, come visto, la formula impiegata per far riferimento, appunto, al menzionato ravvicinamento), "a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; (...) c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo".

⁸ In tal senso cfr. D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *J. trib., Droit européen*, 1999, n. 60, p. 121 ss., spec. p. 122; S. DE BIOLLEY, *L'harmonisation des procédures*, in *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, 2003, p. 111 ss., spec. p. 112; G. DE KERCHOVE, *L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives*, in A. MOORE (ed.), *Police and Judicial Co-operation in the European Union*, Cambridge, 2004, p. 335 ss., spec. p. 345. Benché senza riferimenti specifici all'art. 31, par. 1, lett. c), TUE nel senso comunque che il ravvicinamento perseguito a norma delle disposizioni del terzo pilastro riguarda tanto il diritto materiale quanto quello processuale cfr. G. SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, in *Rev. SC*, 1998, p. 237 ss., spec. p. 252. Quanto alla prassi applicativa, occorre ricordare che gli atti finalizzati al ravvicinamento delle legislazioni nazionali sotto il profilo processuale adottati nella vigenza del Trattato di Amsterdam sono relativamente pochi: si ricordano, in particolare, la decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (GUCE L 82, 22 marzo 2001, p. 1 ss., su cui cfr. G. DE AMICIS, *Un'authority per la mediazione tra vittime e responsabili dei reati è tra gli obiettivi della decisione sull'assistenza alla parte lesa*, in *DG*, 2001, n. 15, p. 26 ss.; M. DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *QG*, 2003, p. 705 ss., spec. p. 717 ss.) e la decisione quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (GUUE L 68, 15 marzo 2005, p. 49 ss. e su cui cfr. G. IUZZOLINO, *Per conformarsi agli standard europei leggi di attuazione entro il 15 giugno 2007*, in *Guida al Diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, 2005, n. 3, p. 35 ss.), oltre alla proposta (della Commissione) di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2004)328 def., del 28 aprile 2004, che può considerarsi il diretto antecedente della direttiva oggetto di analisi in tale lavoro e su cui v. *infra*, par. 2. Non

degli Stati membri sembra ancora più sentita rispetto a quella del ravvicinamento “sostanziale”: appare indispensabile infatti, al fine di rafforzare la fiducia reciproca nei rispettivi sistemi repressivi e facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie adottate nei diversi Stati membri, assicurare innanzitutto nei differenti ordinamenti giuridici nazionali una tutela sempre più compatibile dei diritti individuali ed un sistema equivalente di garanzie procedurali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale⁹. Pertanto, una esplicita previsione dell’armonizzazione anche degli aspetti processuali, con autonoma rilevanza attribuita a tale forma di intervento delle istituzioni, appare oltremodo opportuna e già era stata accolta con favore rispetto alla sua introduzione nel richiamato Trattato costituzionale¹⁰.

sempre la base giuridica è individuata nella lett. c) dell’art. 31, par. 1, TUE, come accade per la proposta da ultimo indicata, ma più genericamente nell’art. 31 TUE: tuttavia, anche semplicemente in virtù di un’interpretazione *a contrario* di tale ultima disposizione e dei settori in cui, in base ad essa, la cooperazione giudiziaria deve essere intrapresa, è piuttosto evidente che gli atti menzionati sono stati adottati per soddisfare l’esigenza di cui alla lett. c) della norma in parola, ovvero, come visto, per garantire la “compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri”.

⁹ Per la necessità di norme minime comuni di diritto procedurale (nel senso che esse faciliterebbero l’applicazione del principio del reciproco riconoscimento) cfr. già Consiglio europeo di Tampere, sessione straordinaria sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea, 15 e 16 ottobre 1999, conclusioni della Presidenza, consultabili all’indirizzo www.europa.eu, punti 32 e 37; comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, cit., p. 18; programma di misure di attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, *GUCE C 12*, 15 gennaio 2001, p. 10 ss., punto 3.3.1, dove si afferma che una concreta efficacia operativa del principio del reciproco riconoscimento dipenderà anche dalla predisposizione di “meccanismi di protezione dei diritti dei terzi, delle vittime e delle persone sospette”; e analogamente, nel senso che la “realizzazione del reciproco riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria presuppone l’elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali, in base a studi sull’attuale livello di garanzia negli Stati membri e nel debito rispetto delle loro tradizioni giuridiche” cfr. programma dell’Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea, Allegato I alle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 5 novembre 2004, *GUUE C 53*, 3 marzo 2005, p. 1 ss., spec. p. 12. In dottrina, per le prime affermazioni nel senso che il ravvicinamento delle legislazioni sotto il profilo processuale garantirebbe una giustizia efficace in uno spazio giudiziario integrato cfr. J. P. ZANOTO, *Le point de vue d’un praticien*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, p. 337 ss., spec. p. 338 ss. Così, nel senso che “[l]’heure est maintenant venue de s’attacher au rapprochement du droit procédural des Etats membres” con la finalità di trovare un giusto equilibrio tra la lotta efficace contro la criminalità e il rispetto dei diritti fondamentali cfr. A. VITORINO, *Postface*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, Bruxelles, 2003, p. 287 ss., spec. p. 289 s.

¹⁰ Proprio nel senso che la vera novità offerta “dalla nuova Costituzione in materia di armonizzazione è costituita dalla creazione di un’esplicita base legale per poter procedere a stabilire ‘norme minime’ anche in materia penal processuale” cfr. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell’Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l’Europa ed il Programma dell’Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3510 ss., spec. p. 3530. Più in generale, e già nella vigenza del Trattato di Amsterdam, sul ravvicinamento delle legislazioni sul piano processuale cfr., in particolare, S. DE BIOLLEY, *op. cit.*; ID., *Panorama du droit pénal de*

Adottata su iniziativa di tredici Stati membri¹¹, la direttiva in esame è motivata quanto al rispetto del principio di sussidiarietà (nonché di proporzionalità: cfr. 34° “considerando”), che, imposto dall’art. 5, par. 3, TUE, sembra trovare ulteriore specificazione nello stesso art. 82, par. 2, TFUE, (i) sia nella misura in cui dispone che il ravvicinamento delle normative nazionali può essere intrapreso “[I]addove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale” (essendo, del resto, la stessa armonizzazione più invasiva delle prerogative sovrane degli Stati membri rispetto al reciproco riconoscimento¹²), (ii) sia nella misura in cui prevede, comunque, che le norme minime a tal fine adottate dovranno necessariamente tener “conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri” e, quindi, essere tali da non pregiudicare le peculiarità dei singoli sistemi nazionali. L’effettivo rispetto di tali peculiarità, del resto, dovrebbe di regola evitare il (o comunque ridurre al minimo la possibilità di) ricorso al c.d. freno di emergenza e l’eventuale successiva instaurazione di forme di cooperazione rafforzata, sulla base di quanto previsto dal par. 3 dell’art. 82¹³. Ancora, e sempre nel rispetto delle disposizioni procedurali che regolano

l’Union, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Sécurité et justice*, cit., p. 105 ss., spec. p. 117 ss.; I. JEGOZO, *La création d’un mécanisme d’évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle*, ivi, p. 147 ss.; A. WEYEMBERGH, *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et relévateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, spec. p. 45 ss. Più di recente, D. FLORE, *Droit pénal européen: les enjeux d’une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009.

¹¹ Cfr. l’iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica federale di Germania, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica francese, della Repubblica italiana, del Granducato di Lussemburgo, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica d’Austria, della Repubblica portoghese, della Romania, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia in vista dell’adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, *GUUE* C 69, 18 marzo 2010, p. 1 ss. In deroga alla regola generale che, nell’ambito della procedura legislativa ordinaria, vede la Commissione la detentrica del potere di iniziativa legislativa (fatti salvi i casi specifici previsti dai Trattati: cfr. art. 17, par. 1, TUE e art. 289, paragrafi 1 e 4, TFUE) ed a testimonianza dell’origine “intergovernativa” della cooperazione giudiziaria penale (“comunitarizzata”, come la cooperazione di polizia, con il Trattato di Lisbona), è l’art. 76 TFUE ad ammettere che “[g]li atti di cui ai capi 4 e 5 [ovvero di cui ai due settori appena menzionati] e le misure di cui all’articolo 74 che assicurano la cooperazione amministrativa nei settori di cui a tali capi sono adottati: a) su proposta della Commissione, oppure b) *su iniziativa di un quarto degli Stati membri*” (corsivo aggiunto), ovvero di almeno sette Stati membri.

¹² Per approfondimenti sul tema sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, Milano, 2006, p. 185 ss.

¹³ Tale disposizione prevede, infatti, rispettivamente che “[q]ualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria” e che “[e]ntro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione raffor-

il funzionamento del principio di sussidiarietà e il ruolo dei Parlamenti nazionali in relazione alla sua corretta applicazione¹⁴, la direttiva menziona espressamente l'avvenuta trasmissione della stessa, quando ancora era una proposta di atto legislativo, ai Parlamenti nazionali, appunto. Nella specie, l'assenza di pareri motivati da parte di questi ultimi (sulle ragioni per cui il progetto in causa potesse ritenersi non conforme al principio di sussidiarietà¹⁵) e il mancato ricorso al menzionato freno di emergenza si spiegano probabilmente anche con il fatto che, come si vedrà nel paragrafo seguente, risale al 2004 una prima proposta di adozione di un atto disciplinante, tra l'altro, i diritti oggetto della direttiva in esame e che, quindi, il lungo e dettagliato studio della materia (più di sei anni) ha consentito di giungere, seppur per diritti più limitati rispetto a quelli oggetto della proposta originaria del 2004, all'adozione definitiva di una direttiva senza soverchie difficoltà e "intoppi" e in tempi, come visto, assai brevi (soli sette mesi dalla presentazione dell'iniziativa degli Stati membri sopra richiamata).

Prima di ripercorrere l'*iter* che ha condotto all'adozione della direttiva in commento (par. 2) e analizzare il suo contenuto sostanziale (paragrafi 3-4), occorre ancora ricordare che essa vincola anche Regno Unito e Irlanda, avendo essi notificato la volontà di partecipare alla sua adozione ed operatività ai sensi dell'art. 3 del Protocollo n. 21 (allegato al TUE e al TFUE) sulla posizione di tali Stati rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mentre non è soggetta ad essa la Danimarca, ai sensi degli articoli 1 e 2 del Protocollo n. 22 (sempre allegato al TUE e al TFUE), che regola la posizione di tale Stato membro rispetto ai Trattati, sostanzialmente escludendo la sua partecipazione (tra l'altro) da qualunque misura elaborata ai sensi del titolo V della parte III del TFUE, ovvero riconducibile allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁶.

zata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata".

¹⁴ Cfr., allegati al TUE e al TFUE, il Protocollo n. 1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea e il Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

¹⁵ Il parere favorevole alla direttiva espresso dalla 14^a Commissione permanente del nostro Parlamento nella seduta del 21 aprile 2010 (resoconto sommario n. 89) è reperibile *on line* all'indirizzo www.senato.it.

¹⁶ Cfr. rispettivamente il 35° "considerando" e il 36° "considerando" (e per il Protocollo n. 21 cfr. *GUUE* C 83, 30 marzo 2010, p. 295 ss. e per il Protocollo n. 22 cfr. *ivi*, p. 299 ss.). Si noti che il superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro ad opera del Trattato di Lisbona e la conseguente "comunitarizzazione" della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale ha determinato notevoli conseguenze quanto alla posizione dei tre Stati in parola, Regno Unito, Irlanda e Danimarca, rispetto alle misure adottate in tale settore. Nella vigenza del Trattato di Amsterdam, infatti, le specifiche regole di opt-in e opt-out operative per i tre Stati membri (cfr. Protocolli n. 4 e n. 5 sulla posizione rispettivamente di Regno Unito e Irlanda e della Danimarca, allegati al TUE e al Trattato CE) implicavano che essi fossero sempre automaticamente vincolati alle misure adottate nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Oggi, invece, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si estende a tali Stati il regime che esisteva già nella vigenza del Tratta-

Infine, non può non rammentarsi come rispetto alla direttiva in esame opereranno i meccanismi di controllo giurisdizionale (tradizionali del vecchio pilastro “comunitario”) di cui agli articoli 258 ss. TFUE, prima tra tutti la possibilità di avviare, in caso di non corretta o tempestiva attuazione negli ordinamenti nazionali, la procedura di infrazione e di rivolgersi, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia senza più i limiti e i condizionamenti di cui all'art. 35 TUE pre-Lisbona¹⁷. È infatti superato, in virtù della menzionata abolizione dei pilastri, anche il peculiare regime di protezione giurisdizionale che per gli atti dell'ex terzo pilastro era regolato dalla disposizione da ultimo richiamata, con indiscusso rafforzamento della tutela giudiziaria dei singoli (su cui si tornerà *infra*, par. 6)¹⁸. Il meccanismo di protezione in parola opererà, peraltro, ancora per un periodo transitorio di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, solo con riguardo agli atti adottati sulla base dell'art. 34, par. 2, TUE pre-Lisbona, e quindi agli atti emanati sino al 30 novembre 2009, e sempre che essi non siano, nel mentre, oggetto di modifica¹⁹.

to di Amsterdam con riguardo alle misure inerenti “visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone” di cui al titolo IV TCE. Pertanto, Regno Unito e Irlanda devono dichiarare, atto per atto, se intendono partecipare o meno alla sua adozione ed applicazione (come già accadeva, appunto, nel sistema pre-Lisbona, per gli atti adottati a norma del titolo IV TCE, che oggi, insieme con il vecchio titolo VI TUE, costituisce lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, disciplinato dal titolo V della parte III del TFUE), mentre la Danimarca non partecipa mai all'adozione delle misure riconducibili a tale spazio (anche qui come già accadeva nella vigenza del Trattato di Amsterdam rispetto alle misure riconducibili al titolo IV TCE), a meno che non si vincoli ad esse stipulando con gli altri Stati membri un apposito accordo internazionale.

¹⁷ Di fatto consistenti nella dichiarazione dello Stato membro di accettazione della giurisdizione della Corte e nella possibilità di legittimare al rinvio i soli giudici “di ultima istanza”. Per lo stato delle dichiarazioni *ex art. 35 TUE* nella versione pre-Lisbona cfr. *GUUE* L 56, 6 marzo 2010, p. 14.

¹⁸ Sull'estensione della competenza della Corte di giustizia dell'Unione ai settori della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ad opera del Trattato di Lisbona cfr., per tutti, A. WEYEMBERGH, V. RICCI, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 227 ss.; A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *RDI*, 2010, p. 45 ss.; R. BARENTS, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, in *CML Rev.*, 2010, p. 709 ss.; nonché K. LENAERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *CDE*, 2009, p. 711 ss.

¹⁹ Cfr. l'art. 10 del Protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE sulle disposizioni transitorie, che prevede che “1. A titolo di *misura transitoria* e in ordine agli atti dell'Unione nel settore della *cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto trattato sono le seguenti: *le attribuzioni della Commissione* ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non sono applicabili e *le attribuzioni della Corte di giustizia* dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto trattato sull'Unione europea. 2. La *modifica di un atto* di cui al paragrafo 1 comporta che, con riguardo all'atto modificato

2. Come anticipato (par. 1), il tempo necessario per giungere all'adozione della direttiva in esame è stato breve, ma, in realtà, l'*iter* che ha preceduto la sua emanazione è stato, al contrario, lungo e travagliato, risalendo infatti all'aprile 2004 il primo tentativo di elaborare un atto (allora una decisione quadro *ex art.* 34, par. 2, lett. b) TUE pre-Lisbona) finalizzato ad offrire una serie di garanzie processuali ai soggetti coinvolti nei procedimenti penali.

Sulla base delle indicazioni contenute nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999, poi specificate nella citata comunicazione della Commissione del 2000 sul Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale e nel programma di misure del 2000 per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali²⁰, la Commissione presentò nel 2003 un libro verde sulle Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea²¹, con lo scopo di avviare una "consultazione intes[a] a stabilire norme o livelli minimi comuni di garanzie procedurali in tutti gli Stati membri nei confronti di indagati, imputati, processati e condannati per reati [, esaminando] quali possono essere tali livelli minimi comuni e in quali ambiti possono essere applicati", cui fece seguito nel 2004, appunto, la proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea²².

Anche alla luce delle prescrizioni contenute nel programma dell'Aja del 2004²³, secondo cui, per realizzare il reciproco riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria occorrerebbe elaborare norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali, adottando la proposta di decisione quadro del 2004, entro la fine del 2005, il Consiglio (tenuto ad approvare l'atto, secondo le previsioni dell'allora vigente TUE, all'unanimità) si sforzò a lungo di raggiungere un accordo, tentando in particolare di superare le questioni legate all'applicabilità *ratione personae* della adottanda decisione quadro (se ne prevedeva, infatti, l'operatività nei confronti non solo di cittadini

e nei confronti degli Stati membri ai quali esso si applica, le attribuzioni delle istituzioni menzionate in detto paragrafo si applichino quali previste dai trattati. 3. In ogni caso la *misura transitoria* di cui al paragrafo 1 *cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*" (corsivi aggiunti).

²⁰ Per la comunicazione v. *supra*, nota 5; per le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere e il programma di misure v. *supra*, nota 9.

²¹ Cfr. COM(2003)75 def., del 19 febbraio 2003.

²² Cfr. COM(2004)328 def., del 28 aprile 2004 (già *supra*, nota 8), su cui cfr. A. PERDUCA, *Nel progetto che disegna la decisione quadro uniforme le garanzie processuali penali*, in *Guida al diritto, Diritto Comunitario e Internazionale*, 2005, n. 2, p. 100 ss., nonché C. ARANGUENA FANEGO, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3042 ss.; B. NASCIBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 518 ss.

²³ V. *supra*, nota 9.

“comunitari”, ma anche di quelli di Paesi terzi²⁴), e all'applicabilità *ratione materiae* (il progetto riguardando anche i procedimenti penali nazionali, anziché limitarsi a quelli “transfrontalieri”²⁵). La proposta si è, però, arenata, dopo tre anni di discussioni in seno al gruppo di lavoro del Consiglio, nel giugno 2007²⁶ ed un nuovo progetto di decisione quadro è stato ripresentato, nel luglio 2009, sempre da parte della Commissione²⁷.

Tuttavia, diversamente dalla proposta originaria del 2004 che prevedeva la predisposizione di norme minime concernenti (a) il diritto all'assistenza legale dell'indagato (articoli 2-4 della proposta) e quello all'assistenza legale gratuita qualora i costi della giustizia rappresentino un onere eccessivo per l'indagato (art. 5); (b) il diritto all'assistenza gratuita di un interprete e alla traduzione gratuita dei documenti rilevanti nel procedimento per gli indagati che non comprendano la lingua in cui esso si svolge (articoli 6-7); (c) diritti a favore di determinate categorie di soggetti che possono pretendere “un'attenzione particolare” (a causa dell'età, delle condizioni mentali, fisiche, emotive, articoli 10-11); (d) il diritto a comunicare con i familiari e le autorità consolari del proprio Stato di cittadinanza (articoli 12-13); (e) il diritto di essere informato per iscritto dei diritti processuali di cui può godere (art. 14)²⁸, la proposta del 2009 si limita ad

²⁴ Nel senso che “[n]on vi è una differenziazione tra i cittadini dell'UE e quelli dei paesi terzi, poiché prevedere per una categoria una tutela migliore potrebbe provocare critiche riguardo ad una discriminazione in tal senso: ciò porterebbe al fallimento dell'obiettivo di rafforzamento della fiducia tra gli Stati membri nei rispettivi sistemi di giustizia penale” cfr. la relazione esplicativa della proposta della Commissione del 2004, COM(2004)328 def., cit., punto 53.

²⁵ Cfr., in particolare, la posizione di Regno Unito, Malta e Cipro, che hanno espresso una riserva specifica sulla possibilità per il Consiglio di adottare un testo vincolante che contempli i procedimenti penali nazionali (testo della proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea nella versione del 5 giugno 2007, DROIPEN 56, documento 10287/07).

²⁶ Cfr. il progetto di processo verbale della 2807^a sessione del Consiglio (Giustizia e affari interni) del 12-13 giugno 2007, documento 10399/07 del 13 settembre 2007, punto 17, ove si constatata l'impossibilità di raggiungere un accordo, dopo aver discusso il documento 10287/07 (di cui alla nota precedente) e si afferma, da parte della Commissione (con l'adesione della Francia), di studiare la possibilità di presentare una proposta di cooperazione rafforzata *ex* articoli 40-45 TUE (evidentemente pre-Lisbona). Come detto, però (supra, par. 1), diversamente da quanto prospettato in tale sede dalla Commissione, la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (in esame in questo lavoro) è stata poi adottata senza necessità di ricorrere alla cooperazione rafforzata, probabilmente anche in considerazione del fatto che la direttiva ha un ambito di applicazione materiale (quanto ai diritti che disciplina) più ridotto dell'originaria proposta di decisione quadro del 2004 (in questo senso v. *infra*, nel testo e nota 29).

²⁷ Cfr. proposta (della Commissione) di decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, COM(2009)338 def., dell'8 luglio 2009.

²⁸ Nella relazione esplicativa della proposta di decisione quadro del 2004, COM(2004)328 def., cit., punto 25, la Commissione afferma che i diritti elencati non sono più importanti di altri, ma rappresentano i primi rispetto ai quali si vuole procedere al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, perché sono considerati rilevanti, più degli altri, al fine di aumentare la fiducia reciproca tra Stati membri e facilitare la cooperazione tra autorità nazionali e, quindi, il reciproco riconoscimento delle decisioni da esse adottate. L'istituzione rammenta, pertanto, come si sia, ad esempio, già “cominciato ad esaminare la necessità di garanzie concernenti l'equità nell'ottenere, trattare e

individuare norme minime con riguardo al diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, come prima di una serie di misure volte a sostituire la proposta di decisione quadro del 2004: la settorialità della proposta viene giustificata alla luce, in particolare, del fatto che “questo diritto è risultato il meno controverso nelle discussioni sulla proposta del 2004, [e che su] questo tema già si dispone di studi e di materiale informativo”²⁹.

Dopo anni di confronti, si è, infatti, giunti alla conclusione che “un modo di procedere accettabile per tutti [gli Stati membri] consiste in un approccio graduale[;] questa soluzione [avendo] il vantaggio di rafforzare progressivamente la fiducia reciproca [e dovendo pertanto la] proposta [in esame essere] considerata *parte integrante di un pacchetto legislativo* inteso a garantire un insieme minimo di diritti processuali nei procedimenti penali nell'Unione europea”³⁰.

Ed invero, l'idea di questo approccio graduale è fatta propria dallo stesso Consiglio che, in una risoluzione del 30 novembre 2009, ha adottato una “tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali”, stabilendo che, seguendo un approccio, appunto, in varie tappe, dovranno essere adottate misure concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), nonché le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E)³¹. Tale tabella di marcia viene, quindi, “integrata” nel programma di Stoccolma, presentato dal Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009, dove infatti si afferma che “[i]l Consiglio europeo si compiace (...) dell'adozione da parte del Consiglio della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, la quale rafforzerà i diritti in questione quando sarà pienamente attuata. La tabella di marcia farà parte d'ora in avanti del programma di Stoccolma”³².

utilizzare gli atti probatori in tutto il territorio dell'Unione europea” e che saranno anche “esaminati i diritti che derivano dalla presunzione d'innocenza (tra cui il diritto a non rispondere, il privilegio contro l'autoincriminazione e le norme che regolano l'onere della prova)”.

²⁹ Cfr. relazione esplicativa alla proposta di decisione quadro del 2009, COM(2009)338 def., cit., punto 1.

³⁰ *Ibidem*, corsivi aggiunti.

³¹ La risoluzione è pubblicata in *GUUE* C 295, 4 dicembre 2009, p. 1 ss.

³² Cfr. programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (che, alla luce dei risultati raggiunti sulla base dei programmi di Tampere e dell'Aja, “delinea orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in conformità dell'articolo 68 del TFUE”), *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, p. 1 ss., punto 1, dove il Consiglio europeo prosegue invitando la Commissione a “– presentare le proposte previste nella tabella di marcia per una rapida attuazione della stessa, alle condizioni ivi stabilite, – esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore”. Per l'attuazione della “misura A” v. *infra*, nel testo. Per l'attuazione della “misura B” cfr., quindi, la proposta (della Commissione) di direttiva

Così, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e come prima delle "misure illustrate nella tabella di marcia dei diritti procedurali adottata dal Consiglio il 30 novembre 2009, che invita la Commissione a presentare proposte 'per tappe'", nel marzo 2010, la Commissione, appunto, ha presentato un nuovo progetto (ormai) di direttiva, per allinearsi alle novità istituzionali apportate da tale Trattato³³: anch'esso comunque, come la proposta di decisione quadro del 2009, concerne norme minime solo sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali³⁴ e va "considerat[o] parte integrante di un pacchetto legislativo che verrà presentato nel corso dei prossimi anni e garantirà un insieme minimo di diritti processuali nei procedimenti penali nell'Unione europea"³⁵.

Pressoché contestualmente, peraltro, nello stesso mese di marzo 2010, anche tredici Stati membri hanno presentato, come detto (par. 1), un'iniziativa di direttiva con lo stesso oggetto³⁶, che viene poi utilizzata come punto di partenza da Parlamento europeo e Consiglio per l'adozione dell'atto in esame nel presente lavoro: anche tale iniziativa, e quindi la direttiva definitivamente adottata, mira ad attuare la misura A della menzionata tabella di marcia, con lo scopo di rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri (12° "considerando"). Peculiarità della direttiva è, in ogni caso, il fatto che, pur essendo emanata in virtù della citata iniziativa degli Stati membri, essa dichiara di "basarsi" anche "sulla proposta della Commissione di decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, dell'8 luglio 2009, e sulla proposta della Commissione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 9 marzo 2010"

del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, COM(2010)392 def., del 20 luglio 2010.

³³ Nel senso che per le "proposte presentate dalla Commissione nell'ambito del titolo VI del trattato sull'Unione europea [tra cui anche la suindicata proposta COM(2009)338, cit.], che d'ora in poi ricadono nella sfera del titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (...) non è possibile limitarsi a sostituire la base giuridica [previgente] con [quella] nuova, tenuto conto della natura e della portata degli atti in questione" e che, pertanto "[q]ueste proposte, ormai 'superate', sono formalmente oggetto di ritiro e in massima parte verranno quanto prima sostituite con proposte nuove" cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Ripercussioni dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sulle procedure decisionali interistituzionali in corso, COM(2009)665 def., del 2 dicembre 2009, p. 2 e allegato 2, p. 3.

³⁴ Cfr. proposta (della Commissione) di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, COM(2010)82 def., del 9 marzo 2010. Al punto 3 della relazione esplicativa si legge che tale "proposta è simile a quella presentata l'8 luglio 2009 come proposta di decisione quadro, che sostituisce e il cui testo era stato discusso nei gruppi di lavoro del Consiglio. Durante il Consiglio Giustizia del 23 ottobre 2009 si è raggiunto un accordo su un approccio generale ma i tempi non erano sufficienti per adottare la proposta entro il 1° dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il trattato di Lisbona che l'ha resa obsoleta".

³⁵ Cfr. relazione esplicativa della proposta (della Commissione) di direttiva del 2010, COM(2010)82 def., cit., punto 1.

³⁶ V. *supra*, nota 11.

(13° “considerando”): la terminologia impiegata appare poco appropriata, soprattutto se si considera l’oggetto (diritto all’*interpretazione* e alla *traduzione*) dell’atto in commento³⁷. Ciò che presumibilmente il legislatore intendeva affermare è il fatto che, benché basata direttamente sull’iniziativa degli Stati membri, la direttiva tiene anche in debita considerazione le due citate proposte della Commissione, nella misura in cui coprono aspetti non disciplinati nell’iniziativa statale e che si è comunque ritenuto opportuno inserire, invece, nel testo definitivo della direttiva (si pensi, ad esempio, all’estensione della assistenza sino all’esaurimento del procedimento penale, comprensivo delle impugnazioni e della eventuale irrogazione della pena o alle misure in tema di “formazione” di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento assistito da interpretazione, su cui *infra*, par. 4).

3. Come chiaramente risulta dal suo stesso titolo ed è specificato all’art. 1, par. 1, la direttiva 2010/64/UE stabilisce norme (minime) relative (esclusivamente) al diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, al fine di “assicurare un’assistenza linguistica adeguata e gratuita” a tutti coloro che non parlano o non comprendono la lingua in cui si svolge il procedimento nel quale sono indagati o imputati: solo l’effettiva comprensione della lingua del procedimento penale e la possibilità di esprimersi nella propria lingua madre, debitamente “traslate” dall’interprete, garantiscono, infatti, una piena ed effettiva partecipazione al procedimento e, quindi, il pieno ed effettivo esercizio dei diritti della difesa e l’equità del procedimento (17° “considerando”)³⁸. Il diritto ad un processo equo e i diritti della difesa sono sanciti, come noto, dagli articoli 47 e 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea³⁹, non-

³⁷ È peraltro appena il caso di rilevare che sotto diversi profili la direttiva in esame non impiega un linguaggio tecnico – giuridico conforme al tradizionale linguaggio utilizzato dal legislatore dell’Unione: si pensi, per tutti, all’impiego del termine “affidamento”, al posto del più appropriato (e classico) “fiducia” nel 4°, 6° e 9° “considerando”, laddove nelle versioni linguistiche inglese e francese si utilizzano sempre i termini “trust” e “confidence”; o alla previsione di cui all’art. 9 in tema di recepimento, dove si afferma (con espressioni in questo caso corrispondenti nelle diverse versioni linguistiche e, a dire il vero non così infrequenti nelle più recenti direttive) che “[g]li Stati membri *mettono in vigore* le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva” (corsivo aggiunto) anziché impiegare la più tradizionale espressione “adottano le misure necessarie per conformarsi”.

³⁸ Cfr. anche il 23° “considerando” della direttiva, che non trova alcun corrispondente nella parte dispositiva dell’atto, secondo cui “[i]l rispetto del diritto all’interpretazione e alla traduzione stabilito nella presente direttiva non dovrebbe arrecare pregiudizio ad alcun altro diritto procedurale sancito dal diritto nazionale”.

³⁹ Si riporta, per comodità, il testo dei due articoli richiamati. L’art. 47 della Carta dispone che “[o]gni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”. L’art. 48, par. 2, prevede, quindi, che “[i]l rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato”.

ché, già, dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)⁴⁰ e di tali disposizioni, con riguardo specifico al diritto che regola (nelle due “dimensioni” in cui si estrinseca), la direttiva costituisce, sostanzialmente, una sorta di attuazione e specificazione, se non addirittura di coerente e ulteriore sviluppo, in considerazione del fatto che, sino ad oggi, esse non sempre hanno assicurato “un grado sufficiente di [fiducia⁴¹] nei sistemi di giustizia penale degli altri Stati membri”, che con la direttiva si intende, appunto, rafforzare (5°, 6°, 7° e 14° “considerando”). Parimenti, fermo restando che “[n]essuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali offerti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dalle legislazioni degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato” (sulla base di apposita clausola di non regressione sancita all'art. 8)⁴²,

⁴⁰ Tale disposizione stabilisce che “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. (...) 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”.

⁴¹ Il 6° “considerando”, come il 4° e il 9°, impiega il termine “affidamento”, cui pare preferibile (e per tale motivo sostituito in parentesi quadra) il termine “fiducia”: sul punto v. *supra*, nota 37.

⁴² In senso analogo cfr. il 32° “considerando” della direttiva, secondo cui “[i]l livello di tutela [offerto dalla direttiva] non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU o della Carta, come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo o della Corte di giustizia dell'Unione europea”, e il 33° “considerando”, dove si dichiara che “[l]e disposizioni della presente direttiva, che corrispondono ai diritti garantiti dalla CEDU o dalla Carta, dovrebbero essere interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti, come interpretati nella pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea”. Tra le più importanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno riconosciuto il diritto all'interpretazione gratuita anche in caso di condanna, il diritto di ricevere i documenti contenenti i capi d'imputazione in una lingua che si comprende, il diritto ad un livello adeguato di interpretazione tale da consentire di capire il procedimento, il diritto ad essere assistito da un interprete competente e il dovere delle autorità giudiziarie di dimostrare che l'imputato parla correntemente la lingua usata dal giudice e non quello dell'imputato di dimostrare che non la parla cfr. sentenze del 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem and Koç c. Germania*, ricorsi nn. 6210/73, 6877/75 e 7132/75; del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, ricorso n. 9783/82; del 19 dicembre 1989, *Brozicek c. Italia*, ricorso n. 10964/84; 24 settembre 2002, *Cuscani c. Regno Unito*, n. 3277/96; 14 gennaio 2003, *Lagerblom c. Svezia*, ricorso n. 26891/95. Ad oggi, non si rinvencono, invece, sentenze della Corte di giustizia su tali diritti (eccezion fatta per

dal momento che la direttiva stabilisce solo norme minime, come espressamente dichiarato nel 32° “considerando”, gli Stati membri restano liberi, se già non hanno normative più favorevoli, di “ampliare i diritti previsti dalla (...) direttiva al fine di assicurare un livello di tutela più elevato anche in situazioni [ivi] non espressamente contemplate”. Tale previsione, del resto, altro non fa che riprodurre quanto già sancito a livello primario dallo stesso art. 82, par. 2, 2° comma, TFUE, secondo cui, infatti, “[l]’adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”. Alla luce di standard più elevati di protezione assicurati in alcuni Stati membri, si potrebbe poi, progressivamente, giungere all’elaborazione di norme comuni più avanzate, attraverso, in particolare, l’opera della Commissione che, chiamata a vigilare sull’applicazione della direttiva negli ordinamenti nazionali, nel presentare apposita relazione sulla trasposizione della stessa, potrebbe formulare proposte legislative (art. 10), anche eventualmente finalizzate all’estensione graduale del livello di tutela oggi fornito dalla direttiva 2010/64/UE.

Sulla base della formulazione del citato 32° “considerando”, che consente agli Stati membri di mantenere o predisporre meccanismi più elevati di protezione “anche in situazioni non espressamente contemplate dalla direttiva”, ci si può, quindi, chiedere se essa possa trovare applicazione, per scelta unilaterale dei legislatori nazionali, anche rispetto a fattispecie non semplicemente non prese in considerazione dalla direttiva, ma piuttosto esplicitamente escluse dal suo ambito di applicazione. Il riferimento è, in particolare, ai procedimenti concernenti reati minori che, secondo la legislazione di alcuni Stati membri (come la Germania), rientrano nella competenza di autorità che, pur irrogando sanzioni impugnabili dinanzi ad autorità giudiziarie penali, sono diverse da queste ultime. Il par. 3 dell’art. 1 della direttiva prevede, infatti, che in ipotesi di questo tipo essa trova applicazione solo nei procedimenti di impugnazione delle decisioni che irrogano le menzionate sanzioni che si svolgano dinanzi ad una autorità giudiziaria penale⁴³. L’esclusione espressa di tali fattispecie dall’ambito di ope-

il caso in cui essa ha attribuito la garanzia linguistica nel processo penale quale superamento di una disciplina altrimenti discriminatoria e, quindi, ancora in una più limitata ottica di realizzazione del mercato interno: cfr. Corte di giustizia del 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Procedimento penale a carico di Bickel e Franz*, *Raccolta*, p. I-7637 ss.). Secondo le prescrizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali (art. 52, par. 3), la giurisprudenza dell’Unione deve in ogni caso allinearsi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, o comunque garantire una tutela più ampia. E proprio in questo senso, richiamandosi l’art. 6, par. 3, della CEDU, oltre che l’allora ancora progetto di direttiva qui in esame, per l’assoluta necessità di garantire il diritto dell’imputato ad utilizzare la propria lingua nei procedimenti penali cfr. la presa di posizione del 2 luglio 2010, di tutti gli avvocati generali relativa al parere 1/09 richiesto alla Corte di giustizia sulla compatibilità con i Trattati di un accordo istitutivo di una *Jurisdiction of European Patent*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴³ Nello stesso senso cfr. il 16° “considerando”, secondo cui “[i]n taluni Stati membri un’autorità diversa da una corte avente giurisdizione in materia penale è competente per comminare sanzioni in relazione a reati relativamente minori. Questo può essere il caso, ad esempio, delle infra-

rattività della direttiva sembra rispondere alla specifica esigenza avanzata dagli Stati membri che hanno una legislazione come quella illustrata, dove imporre il ricorso alle garanzie prescritte dalla direttiva potrebbe risultare particolarmente oneroso, in termini di tempi e costi, frustrando gli obiettivi di buona amministrazione della giustizia. Ciò, tuttavia, non dovrebbe impedire un'estensione delle garanzie in parola anche a procedimenti siffatti nella misura in cui alcuni di tali Stati decidessero di optare in questo senso, non rappresentando l'ampliamento della tutela una contraddizione rispetto alla *ratio* della direttiva.

Sempre restando in tema di ambito di applicazione della direttiva, per espressa previsione dello stesso art. 1, il diritto all'interpretazione e alla traduzione, quale più compiutamente delineato agli articoli 2 e 3, nel lasciare "imprejudicato il diritto nazionale relativo alla presenza dell'avvocato in tutte le fasi del procedimento penale, così come il diritto nazionale relativo al diritto di accesso dell'indagato o imputato ai documenti nei procedimenti penali" (par. 4), deve essere, invece, garantito dagli Stati membri anche "nei procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo" (di cui, come noto, alla decisione quadro del 13 giugno 2002⁴⁴), sulla base delle indicazioni contenute nell'art. 2, par. 7, quanto al diritto all'interpretazione e nell'art. 3, par. 6, quanto al diritto alla traduzione⁴⁵. Si noti, peraltro, che l'art. 11, par. 2, della menzionata decisione quadro già stabilisce che "[i]l ricercato arrestato in esecuzione di un mandato d'arresto europeo ha il diritto di essere assistito da un consulente legale e da un *interprete*" (corsivo aggiunto), ma quanto alle modalità di tale assistenza rinvia alle legislazioni degli Stati membri, stabilendo, appunto, che essa debba avvenire "conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione".

zioni al codice della strada commesse su larga scala e che potrebbero essere accertate in seguito a un controllo stradale. In tali situazioni, non sarebbe ragionevole esigere che l'autorità competente garantisca tutti i diritti sanciti dalla presente direttiva. Laddove la legislazione di uno Stato membro preveda l'imposizione di una sanzione per reati minori da parte di tale autorità e vi sia il diritto a presentare ricorso a una giurisdizione competente in materia penale, la presente direttiva dovrebbe quindi applicarsi solo ai procedimenti dinanzi a tale giurisdizione in seguito a tale ricorso".

⁴⁴ Cfr. la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

⁴⁵ L'art. 2, par. 7, prevede che "[n]el procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo lo Stato membro di esecuzione assicura che le proprie autorità competenti, a norma del presente articolo, forniscano l'assistenza di un interprete alle persone che siano soggette a tale procedimento e non parlino o non comprendano la lingua del procedimento"; così l'art. 3, par. 6 dispone che "[n]el procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo lo Stato membro di esecuzione assicura che le proprie autorità competenti forniscano a chiunque sia soggetto a tale procedimento e non comprenda la lingua in cui il mandato d'arresto europeo è redatto, o è stato tradotto dallo Stato membro emittente, la traduzione scritta del documento in questione". Cfr. quindi anche il 15° "considerando" della direttiva, secondo cui "[i] diritti previsti dalla presente direttiva dovrebbero altresì applicarsi, quali necessarie misure di accompagnamento, all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nei limiti stabiliti dalla medesima. Gli Stati membri di esecuzione dovrebbero provvedere all'interpretazione e alla traduzione a beneficio delle persone ricercate che non parlino o non comprendano la lingua del procedimento e assumerne i relativi costi".

La direttiva in esame armonizza, pertanto, anche sotto tale profilo le normative nazionali, “completando” la previsione di cui al citato art. 11 della decisione quadro del 2002.

Non si ritrovano, viceversa, nella direttiva specificazioni relative alla nazionalità dei beneficiari dei diritti, che possono essere, quindi, sia cittadini dell’Unione, sia cittadini di Paesi terzi, ivi accogliendosi l’originaria impostazione “ampia” della proposta di decisione quadro del 2004 (che, come detto – *supra*, par. 2 – era stata oggetto di accese discussioni e motivo di rallentamento dei lavori in seno al Consiglio). Il par. 2 dell’art. 1 semplicemente individua, infatti, la qualifica che i destinatari delle garanzie devono assumere per poter beneficiare delle stesse, disponendo che il diritto all’interpretazione e alla traduzione “si applica alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se abbiano commesso il reato, inclusi, se del caso, l’irrogazione della pena e l’esaurimento delle istanze in corso”. Analogamente, nella direttiva non si rinviene alcuna indicazione in merito al carattere necessariamente transfrontaliero del procedimento penale, anche se si può sostenere che il carattere transnazionale sia sempre riscontrabile, data l’estraneità del beneficiario dei diritti rispetto all’ordinamento in cui il procedimento si svolge: la necessità di ricorrere all’interpretazione e/o alla traduzione presuppone, infatti, sempre che l’indagato o l’imputato siano “stranieri” rispetto allo Stato in cui il procedimento è incardinato, ciò che normalmente accade anche nel caso in cui di questi diritti si avvalgano soggetti destinatari di un mandato d’arresto europeo, anche rispetto ai quali la direttiva, come visto, trova applicazione.

4. Passando ad analizzare il contenuto specifico della direttiva, con riguardo, innanzitutto, al diritto all’interpretazione che, come la traduzione, deve essere “fornit[a] nella lingua madre o in qualsiasi altra lingua che [gli indagati o gli imputati] parlano o comprendono, per consentire loro di esercitare appieno i loro diritti della difesa e per tutelare l’equità del procedimento” (22° “considerando”), l’art. 2 dispone che è compito degli Stati membri, in primo luogo, predisporre procedure e adottare meccanismi idonei ad “accertare se parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se hanno bisogno dell’assistenza di un interprete” (par. 4)⁴⁶. Laddove la verifica dia esito negativo, ovvero si riscontri la necessità di interpretazione, gli Stati devono assicurare che i sog-

⁴⁶ Analogamente cfr. il 21° “considerando”, secondo cui “[g]li Stati membri dovrebbero garantire la messa a disposizione di procedure o meccanismi allo scopo di accertare se indagati o imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se necessitano dell’assistenza di un interprete. Tale procedura o meccanismo implica che le autorità competenti si accertino opportunamente, anche consultando gli interessati, se gli indagati o gli imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se necessitano dell’assistenza di un interprete”.

getti in questione siano assistiti “senza indugio”⁴⁷ da un interprete “dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogatori di polizia, e in tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari” (par. 1, nonché, come detto *ex par. 7*, nel procedimento di esecuzione di un mandato di arresto) e, “ove necessario al fine di tutelare l’equità del procedimento”, che l’interpretazione sia disponibile anche “per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un’altra istanza procedurale” (par. 2)⁴⁸, fornendo “l’appropriata assistenza per persone con problemi di udito o difficoltà di linguaggio” (par. 3)⁴⁹. Gli Stati possono, quindi, decidere di “utilizzare tecnologie di comunicazione quali la videoconferenza, il telefono o Internet, a meno che la presenza fisica dell’interprete non sia necessaria al fine di tutelare l’equità del procedimento” (par. 6)⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. il 18° “considerando” che, nell’affermare che “[l]’interpretazione a beneficio degli indagati o degli imputati dovrebbe essere fornita senza indugio”, specifica comunque che “qualora un certo lasso di tempo trascorra prima che l’interpretazione sia fornita, ciò non dovrebbe costituire una violazione dell’obbligo di fornire l’interpretazione senza indugio, nella misura in cui tale lasso di tempo sia ragionevole date le circostanze”.

⁴⁸ Cfr. anche il 19° e il 20° “considerando”, secondo cui “(19) Le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato dovrebbero essere tradotte a norma della presente direttiva. Gli indagati o gli imputati dovrebbero, tra l’altro, poter spiegare al loro avvocato la loro versione dei fatti, segnalare eventuali dichiarazioni con cui sono in disaccordo e mettere il loro avvocato a conoscenza di eventuali circostanze da far valere a loro difesa. (20) Ai fini della preparazione della difesa, le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un’altra richiesta procedurale, quale un’istanza di libertà provvisoria, dovrebbero essere tradotte laddove necessario al fine di tutelare l’equità del procedimento”.

⁴⁹ Cfr. anche il 27° “considerando”, secondo cui “[l]’obbligo di dedicare un’attenzione particolare a indagati o imputati in posizione di potenziale debolezza, in particolare a causa di menomazioni fisiche che ne compromettono la capacità di comunicare efficacemente, costituisce il fondamento di una buona amministrazione della giustizia. Le autorità preposte all’esercizio dell’azione penale, le autorità di pubblica sicurezza e le autorità giudiziarie dovrebbero quindi provvedere affinché tali persone possano esercitare in modo effettivo i diritti previsti dalla presente direttiva, ad esempio prendendo in considerazione qualsiasi potenziale vulnerabilità che compromette la loro capacità di seguire il procedimento e di farsi capire, e intraprendendo le azioni necessarie per garantire i diritti in questione”. Si noti come previsioni *ad hoc* a tutela di indagati e imputati vulnerabili sono inserite già nell’articolo in commento, parzialmente e opportunamente “anticipando”, in relazione agli specifici diritti assicurati dalla direttiva in esame, le garanzie che saranno contenute nell’atto che attuerà la “misura E” della citata tabella di marcia, relativa, per l’appunto, a garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (*supra*, par. 2): presumibilmente, anzi, previsioni relative alla tutela di soggetti vulnerabili saranno inserite anche negli atti che, nel tempo, saranno adottati in attuazione delle menzionate “misure B, C e D” della tabella di marcia (con garanzie specifiche correlate ai diritti assicurati dai diversi atti volta a volta elaborati: per una conferma in tal senso cfr. art. 4 della citata proposta (della Commissione) di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all’informazione nei procedimenti penali, COM(2010)392 def.), per poi essere completate con l’atto che attuerà la “misura E”.

⁵⁰ Il 28° “considerando” prevede che “[q]uando si utilizza la videoconferenza per l’interpretazione a distanza, le autorità competenti dovrebbero poter utilizzare gli strumenti sviluppati nel

Quanto poi al diritto alla traduzione, l'art. 3, completando le previsioni contenute all'art. 2, ed al contempo presupponendone alcune, dal momento che, ad esempio, evidentemente necessitano di traduzione indagati e imputati di cui sia stata accertata la non comprensione della lingua del procedimento, prescrive che gli Stati membri devono assicurare che tali soggetti “ricevano, entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento” (par. 1)⁵¹. Esso stabilisce, quindi, che tra i documenti fondamentali devono necessariamente rientrare “le decisioni che privano una persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze” (par. 2), spettando alle autorità competenti decidere quali altri documenti possono assumere siffatta qualifica ed essendo legittimati gli indagati o gli imputati o il loro avvocato a presentare una richiesta motivata a tal fine (par. 3)⁵². L'articolo dispone, ancora, che “[n]on è necessario tradurre i passaggi di documenti fondamentali che non siano rilevanti allo scopo di consentire agli indagati o agli imputati di conoscere le accuse a loro carico” (par. 4) e che, comunque, “[i]n deroga alle norme generali di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 6 [sul diritto alla traduzione nei procedimenti di esecuzione di un mandato d'arresto, che copre la decisione “mandato d'arresto”], è possibile fornire una traduzione orale o un riassunto orale di documenti fondamentali, anziché una traduzione scritta, a condizione che tale traduzione orale o riassunto orale non pregiudichi l'equità del procedimento”.

Sempre a garanzia di tale equità, per garantire che essa sia soddisfacente (o, per impiegare la terminologia stessa della direttiva, non “insufficiente”), i paragrafi 5 dell'art. 2 e dell'art. 3 stabiliscono, così, che, in base alle procedure dettate dalla legislazione nazionale, gli Stati membri devono assicurare che indagati e imputati, così come i soggetti coinvolti in un procedimento di esecuzione di un mandato d'arresto, “abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione [o la traduzione di documenti o di passaggi degli

contesto della giustizia elettronica europea (ad esempio informazioni sui tribunali che dispongono di materiale o di manuali per la videoconferenza)”.

⁵¹ Anche rispetto alla traduzione sembra poter trovare applicazione la previsione di cui al 18° “considerando”, benché essa sia formulata in merito alla sola interpretazione, dichiarando che, come visto (*supra*, nota 47), “qualora un certo lasso di tempo trascorra prima che l'interpretazione sia fornita, ciò non dovrebbe costituire una violazione dell'obbligo di fornire l'interpretazione senza indugio, nella misura in cui tale lasso di tempo sia ragionevole date le circostanze”.

⁵² Nello stesso senso cfr. il 30° “considerando”, secondo cui “[l]a garanzia dell'equità del procedimento esige che i documenti fondamentali, o almeno le parti rilevanti di tali documenti, siano tradotti a beneficio di indagati o imputati a norma della presente direttiva. Alcuni documenti dovrebbero sempre essere considerati fondamentali a tale scopo e dovrebbero quindi essere tradotti, quali le decisioni che privano la persona della propria libertà, gli atti contenenti i capi d'imputazione e le sentenze. Le autorità competenti degli Stati membri dovrebbero stabilire, di propria iniziativa o su richiesta di indagati o imputati o del loro avvocato, quali altri documenti sono essenziali per tutelare l'equità del procedimento e che dovrebbero pertanto essere ugualmente tradotti”.

stessi] e, nel caso in cui l'interpretazione [o la traduzione] sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestar[n]e la qualità". Con particolare riguardo al diritto di impugnazione, il 25° "considerando" specifica, quindi, che esso "non comporta per gli Stati membri l'obbligo di prevedere un meccanismo separato o una procedura di ricorso con cui [la] decisione [che dichiara, appunto, superflua l'interpretazione/traduzione] potrebbe essere impugnata e non dovrebbe [comunque] pregiudicare i termini applicabili all'esecuzione di un mandato di arresto europeo" (fissati all'art. 17 della citata decisione quadro 2002/584). Quanto, invece, alla qualità dell'interpretazione e della traduzione sono il par. 8 dell'art. 2 e il par. 9 dell'art. 3 a stabilire che essa deve essere "sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa" e potendo, pertanto, la menzionata contestazione essere presentata nella misura in cui non siano rispettate le condizioni anzidette (sulla cui effettiva portata non è escluso che la Corte di giustizia sarà presto chiamata a pronunciarsi) e condurre anche alla sostituzione dell'interprete/traduttore (26° "considerando"). Spetta agli Stati membri, *ex art.* 5, "adotta[re] misure atte a garantire che l'interpretazione e la traduzione fornite rispettino la qualità richiesta" dalle disposizioni appena menzionate, dovendo essi impegnarsi, "al fine di assicurare un servizio di interpretazione e di traduzione adeguato e un accesso efficiente a tale servizio, (...) a istituire un registro o dei registri di traduttori e interpreti indipendenti e debitamente qualificati[, registri che, una] volta istituiti, [potrebbero essere] messi a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti"⁵³ e assicurare "che gli interpreti e i traduttori rispettino la riservatezza per quanto riguarda l'interpretazione e la traduzione fornite ai sensi della presente direttiva" (con regole che, presumibilmente, dovranno essere assai stringenti in particolare quando l'interpretazione sarà fornita, in attuazione della previsione di cui al citato art. 2, par. 2, "per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale")⁵⁴. Sempre nell'ottica di garantire

⁵³ Nel senso che "[g]li Stati membri dovrebbero garantire che possa essere esercitato un controllo sull'adeguatezza dell'interpretazione e della traduzione fornite, quando le autorità competenti sono state informate in merito a un determinato caso" cfr. anche il 24° "considerando".

⁵⁴ Ancora, nel senso che "[g]li Stati membri dovrebbero facilitare l'accesso alle banche dati nazionali da parte dei traduttori e degli interpreti giurati laddove tali banche dati esistano. In tale contesto, è opportuno prestare particolare attenzione all'obiettivo di fornire l'accesso alle banche dati esistenti attraverso il portale della giustizia elettronica, come stabilito nel piano d'azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea del 27 novembre 2008 [GUUE C 75, 31 marzo 2009, p. 1 ss.]" cfr. il 31° "considerando" della direttiva. Cfr. quindi i punti 17 e 18 della relazione esplicativa della proposta (della Commissione) di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, COM(2010)82 def., cit., dove si dichiara rispettivamente che "[i]l forum di riflessione della Commissione sul multilinguismo e la formazione degli interpreti ha elaborato una relazione contenente raccomandazioni sulla qualità dell'interpretazione e della traduzione. La relazione è stata frutto

“l’efficacia e l’efficienza” dell’interpretazione e della traduzione, l’art. 6 dispone, ancora, che “[f]atta salva l’indipendenza della magistratura e le differenze nell’organizzazione del potere giudiziario in tutta l’Unione, gli Stati membri richiedono ai responsabili della formazione di giudici, procuratori e personale giudiziario coinvolti nei procedimenti penali, di prestare particolare attenzione alle specificità della comunicazione assistita da un’interprete”.

Una specifica previsione è, quindi, dettata con riguardo al solo diritto alla traduzione (in tutte le forme in cui è garantito, anche del mandato d’arresto), la rinuncia al quale, secondo il par. 8 dell’art. 3, “è soggetta alle condizioni che gli indagati o gli imputati abbiano beneficiato di una previa consulenza legale o siano venuti in altro modo pienamente a conoscenza delle conseguenze di tale rinuncia e che la stessa sia inequivocabile e volontaria”, non potendo pertanto considerarsi “legittima” la rinuncia presentata dal beneficiario della traduzione che abbia subito pressioni finalizzate, appunto, a non avvalersi del diritto riconosciuto dalla direttiva. Tale previsione, solo “abbozzata” nell’iniziativa degli Stati membri, è stata “recuperata”, nella sua versione più completa, dalla proposta della Commissione, ma non è del tutto chiaro perché analoga prescrizione non sia stata disposta anche con riguardo al diritto all’interpretazione, potendo verificarsi il caso in cui uno straniero che magari parla e comprende un poco la lingua del procedimento, ma comunque in modo non sufficiente da esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, sia indotto, con metodi poco ortodossi, a rinunciare all’assistenza di un interprete: anche in casi di questo tipo, infatti, il beneficiario del diritto dovrebbe poter “reagire” al subito diniego di tutela e non è da escludere che la Corte di giustizia possa interpretare in modo estensivo la previsione in esame, così da ricomprendervi anche la rinuncia al diritto di cui all’art. 2. Certo è, in ogni caso, che la previsione è finalizzata, oltre che a garantire l’equità del procedimento e l’effettività del diritto di difesa, anche ad evitare che, laddove rinuncia vi sia, chi ha rinunciato alla traduzione, ad esempio, si opponga poi, in un altro Stato membro, al riconoscimento/esecuzione della decisione adottata a conclusione del procedimento svoltosi senza traduzione, invo-

degli incontri del forum di riflessione, chiamato a riunirsi dalla Direzione generale dell’Interpretazione nel 2008 allo scopo di individuare l’eventuale necessità di un intervento e di specificare in tal caso le azioni da intraprendere. Il forum ha riscontrato tale necessità, formulando raccomandazioni relative alle modalità per migliorare il ricorso a interpreti competenti e qualificati nei procedimenti penali. Le raccomandazioni includono l’approntamento di un piano di studi in interpretazione giuridica e di un sistema di accredito, certificazione e registrazione per gli interpreti legali” e che “[l]a Direzione generale della Traduzione della Commissione europea (DGT) ha lanciato l’iniziativa del Master europeo in traduzione (EMT). In collaborazione con un gruppo di esperti a cui partecipano personalità di spicco in ambito universitario, è stato creato un quadro di riferimento, formato da sei competenze, per la formazione dei traduttori a livello universitario. Nel settembre del 2009 la DGT ha istituito una rete di programmi di traduzione di alto profilo a livello di master in tutta l’Unione per perseguire l’eccellenza nella formazione dei traduttori, in particolare nell’ambito specialistico della traduzione giuridica, e per valorizzare la professione di traduttore in tutti gli Stati membri”.

cando la violazione di un suo diritto fondamentale (di difesa), cui invece ha volontariamente e inequivocabilmente rinunciato.

La direttiva prescrive, infine, obblighi di verbalizzazione, imponendo agli Stati membri di provvedere, utilizzando la procedura a tal uopo prevista dal diritto nazionale, “affinché, quando l’indagato o l’imputato è stato sottoposto ad interrogatori o ad udienze da parte di un’ autorità di polizia o giudiziaria con l’assistenza di un interprete (...), quando sono stati forniti una traduzione orale o un riassunto orale (...), ovvero quando una persona ha rinunciato al diritto alla traduzione (...), si prenderà nota [ovvero si verbalizzerà] che tali eventi si sono verificati” (art. 7), e pone tutti i costi di interpretazione e traduzione a carico esclusivo degli Stati membri, dovendo essi, quindi, fornire un servizio, come detto (*supra*, par. 3), assolutamente gratuito, “indipendentemente dall’esito del procedimento” (art. 4)⁵⁵.

5. La direttiva, pubblicata in *GUUE* il 26 ottobre 2010, ed entrata in vigore il 15 novembre 2010 (ovvero, *ex art.* 11, il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione), dovrà essere trasposta negli ordinamenti nazionali entro il 27 ottobre 2013 (art. 9⁵⁶). Gli Stati membri sono tenuti a trasmettere alla Commissione il testo delle misure adottate per conformarsi ad essa, con possibilità, in caso di inerzia, di essere sottoposti a procedura di infrazione che, a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, potrebbe concludersi con la comminazione di una sanzione pecuniaria a carico dello Stato che ometta tale comunicazione⁵⁷. Entro un anno dalla scadenza del termine di recepimento (ovvero, entro il 27 ottobre 2014), la Commissione dovrà, quindi, presentare al

⁵⁵ Tale previsione si allinea perfettamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che, come detto (*supra*, nota 42), ha riconosciuto che all’imputato deve essere garantito il diritto all’interpretazione gratuita anche in caso di condanna (cfr. sentenza del 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem and Koç c. Germania*, cit.).

⁵⁶ Per la particolare terminologia impiegata da tale disposizione v. *supra*, nota 37.

⁵⁷ In deroga alla regola generale che prevede la comminazione di tale sanzione solo a conclusione di un procedimento di c.d. doppia condanna. Il par. 3 dell’art. 260 TFUE prevede, infatti, che “[l]a Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell’articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all’obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l’importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze. Se la Corte constata l’inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità entro i limiti dell’importo indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza”. Per il calcolo delle sanzioni in applicazione di questa nuova disposizione cfr. la comunicazione della Commissione dell’11 novembre 2010, Applicazione dell’articolo 260, paragrafo 3, TFUE, SEC(2010)1371. Sul calcolo delle sanzioni *ex art.* 260, par. 2, TFUE cfr., invece, la comunicazione della Commissione del 13 dicembre 2005 sull’applicazione dell’(allora) articolo 228 del trattato CE, SEC (2005) 1658, recentemente aggiornata dalla comunicazione della Commissione, *Mise en oeuvre de l’article 260 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne. Mise à jour des données utilisées pour le calcul des sommes forfaitaires et des astreintes que la Commission proposera à la Cour de justice dans le cadre de procédures d’infraction*, SEC(2010)923/3.

Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sullo stato di “avanzamento” e sulle modalità della trasposizione e, anche alla luce della prassi applicativa delle garanzie prescritte dalla direttiva, potrà formulare proposte legislative che, come accennato (*supra*, par. 3), potrebbero essere finalizzate a migliorare il grado di tutela da essa offerto⁵⁸.

Non resta che attendere, dunque, gli interventi nazionali di recepimento, nella speranza che, per quanto riguarda lo Stato italiano, il legislatore vi proceda (colmando le lacune o eliminando le difformità presenti nel sistema di procedura penale rispetto alla prescrizioni della direttiva⁵⁹) nei termini previsti, se non addirittura prima, come è accaduto, da ultimo, per la decisione quadro 2008/909/GAI relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell’Unione europea⁶⁰, e non, invece, con estremo ritardo, come sta accadendo per la decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale⁶¹, il cui termine di trasposizione è scaduto (al più tardi) il 22 marzo 2006⁶² e a cui il nostro ordinamento non si è ancora conformato⁶³.

⁵⁸ Nel senso che “[è] opportuno che la presente direttiva sia esaminata alla luce dell’esperienza pratica acquisita e, se del caso, modificata al fine di rafforzarne le garanzie” cfr. il 29° “considerando”.

⁵⁹ Ad oggi, nel nostro sistema processuale penale le disposizioni che regolano l’interpretazione e la traduzione (e che dovranno essere oggetto di integrazione per garantire una corretta trasposizione della direttiva) sono contenute nel titolo IV del libro II del c.p.p., in particolare agli articoli 143-147. A seguito della riforma intervenuta con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, anche l’art. 111 Cost., al par. 3, prevede che “[n]el processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia”, tra l’altro, “assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo”. Va, quindi, ricordata la sentenza della Corte cost. n. 254/2007 (in *Giur. cost.*, 2007, p. 2527 ss.) che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 102 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, *GURI* 182, 6 agosto 1990), nella parte in cui non prevede la possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un interprete. Quanto alle difformità, dovrà, ad esempio, essere abbandonata quella prassi che imputa le spese dell’interpretazione in caso di soccombenza (a meno che l’imputato/condannato non fosse stato ammesso al beneficio del gratuito patrocinio), per un riferimento alla quale cfr. M. CHIAVARIO, *Commento all’art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 153 ss., spec. p. 245.

⁶⁰ Si tratta della decisione quadro del 27 novembre 2008, *GUUE* L 327, 5 dicembre 2008, p. 27 ss., il cui termine di recepimento è, ai sensi del suo art. 29, il 5 dicembre 2011 e che è stata recepita in Italia con il decreto legislativo delegato n. 161/2010, *GURI* 230, 1° ottobre 2010 (la delega era contenuta nell’art. 49 della l. 7 luglio 2009, n. 88 – legge comunitaria 2008, *GURI* 161, 14 luglio 2009 – *S.O.* n. 110).

⁶¹ Citata *supra*, nota 8.

⁶² L’art. 17 di tale decisione quadro prevede, infatti, che la trasposizione deve avvenire “per quanto riguarda l’articolo 10, il 22 marzo 2006, per quanto riguarda gli articoli 5 e 6, il 22 marzo 2004, per quanto riguarda le altre disposizioni, il 22 marzo 2002”.

⁶³ Per la delega al Governo per il recepimento di tale decisione quadro cfr. art. 52 della l. 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009, *GURI* 146, 25 giugno 2010 – *S.O.* n. 138). Il decreto

Ed è interessante notare, proprio con riguardo a quest'ultimo atto, come la trasposizione della direttiva 2010/64/UE potrà avere "ripercussioni" positive anche sulla posizione della vittima. L'art. 5 della citata decisione quadro 2001/220, in tema di "garanzie nella comunicazione", si limita genericamente a stabilire che "[c]iascuno Stato membro adotta le misure necessarie per ridurre al massimo le difficoltà di comunicazione per quanto riguarda la comprensione o la partecipazione della vittima in qualità di testimone o parte in causa nelle fasi più importanti del procedimento penale, *allo stesso modo in cui misure analoghe sono adottate nei confronti dell'imputato*" (corsivo aggiunto). La genericità della previsione (ovvero l'assenza di indicazioni precise quanto alla tipologia di misure) e il necessario rinvio alle legislazioni nazionali trovano presumibilmente spiegazione nell'assenza, nel 2001 (anno in cui la decisione quadro è stata adottata), di norme minime comuni sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali quali quelle oggi contenute, invece, nella direttiva in esame: la predisposizione nelle legislazioni nazionali di garanzie *ad hoc* a favore dell'imputato (e, come si è visto, dell'indagato), in attuazione della direttiva 2010/64/UE, sembra, infatti, oggi necessariamente implicare che le stesse garanzie siano fornite anche alle vittime dei reati, conformemente a quanto prescritto dal richiamato art. 5 della decisione quadro del 2001, che pare quindi (attraverso l'adozione della direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali) riempirsi di più specifico contenuto e poter trovare un recepimento più completo ed effettivo, oltre che armonizzato nei diversi ordinamenti degli Stati membri.

Infine, occorre ancora evidenziare, come già accennato (*supra*, par. 1), la rilevanza della direttiva nella prospettiva non soltanto del rafforzamento dei diritti dei singoli, ma anche della cooperazione giudiziaria e, in particolare, del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (non solo dei mandati d'arresto, ma di qualunque decisione di cui sia richiesta l'esecuzione) adottate nei diversi Stati membri. Infatti, l'elaborazione di norme minime comuni a tutela dei singoli comporta la riduzione dei motivi ostativi al riconoscimento ed esecuzione di tali decisioni, che spesso, dai legislatori nazionali, sono individuati – anche in assenza di esplicite previsioni in tal senso nelle decisioni quadro che siffatto riconoscimento disciplinano – nella violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, *sub specie* dei diritti della difesa degli indagati/imputati (garantiti nell'ordinamento di esecuzione)⁶⁴. Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali quanto

legislativo delegato dovrebbe essere adottato entro un anno dall'entrata in vigore di tale legge, avvenuta il 10 luglio 2010.

⁶⁴ Pur in assenza, come detto, nelle decisioni quadro che disciplinano il reciproco riconoscimento delle decisioni penali (*pré-sentencielles*, *sentencielles* e di controllo post-penale) di norme *ad hoc* che espressamente individuino nella violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato "richiedente" un motivo di rifiuto dell'esecuzione della decisione da esso adottata, nel senso che, implicitamente o comunque alla luce di una lettura sistematica delle decisioni quadro stesse, è possibile per lo Stato di esecuzione negare il riconoscimento in base a siffatto motivo sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo*, cit. Per una conferma di tale impostazione cfr., per tutte, le legislazioni nazionali di attuazione della decisione quadro sul mandato

alla garanzia di tali diritti dovrebbe, infatti, aumentare la fiducia nell'ordinamento straniero da cui la decisione "riconoscenda" proviene, facilitandone la circolazione nello spazio giudiziario europeo. Del resto, è noto che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali è strumento certo dotato di finalità proprie, ma è anche complementare e funzionale al principio del reciproco riconoscimento⁶⁵, nell'ottica di rafforzare e migliorare la cooperazione giudiziaria e, al contempo, la tutela dei diritti dei singoli, secondo quanto auspicato già dal Consiglio europeo di Tampere⁶⁶. Il ravvicinamento, infatti, riducendo il grado di "differenza" tra le legislazioni degli Stati membri, contribuisce ad aumentare la fiducia reciproca tra gli stessi⁶⁷: esso facilita la rinuncia all'esercizio delle prerogative

d'arresto, rispetto alle quali la stessa Commissione ha ammesso l'invocabilità di siffatto motivo, seppur solo "eccezionalmente" (cfr. relazione della Commissione a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, COM(2005)63 def., 23 febbraio 2005, p. 5 s. e relazione della Commissione a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta per tener conto della trasposizione della decisione quadro in Italia, ultimo Stato membro che ha proceduto al recepimento), COM(2006)8 def., 24 gennaio 2006, p. 5).

⁶⁵ Sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali, le sue finalità autonome e la sua funzionalità, nonché complementarietà, rispetto al reciproco riconoscimento sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., p. 165 ss.

⁶⁶ Nel senso infatti che "[i]l rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli" cfr. punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, cit.

⁶⁷ Si ricordi che la fiducia reciproca tra Stati membri (e, conseguentemente, l'operatività del reciproco riconoscimento, oltre che, in prima battuta, lo stesso ravvicinamento delle legislazioni) potrà essere rafforzata, così contribuendo allo sviluppo di una "cultura giudiziaria europea", non solo con l'elaborazione di norme minime comuni, ma anche ricorrendo alle c.d. "misure di accompagnamento pratiche", quali, ad esempio, la creazione di una "rete europea di formazione delle autorità giudiziarie" e di "meccanismi di valutazione" circa l'attuazione negli Stati membri della normativa elaborata in seno all'Unione europea. Su tali misure cfr., per tutti, S. DE BIOLLEY, *Panorama des mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle dans l'espace européen de justice pénale*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (sous la direction de), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, 2005, p. 175 ss. In particolare sui meccanismi di valutazione cfr. programma dell'Aja, cit., punto 3.2; programma di Stoccolma, cit., punto 1.2.5, nonché già comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, cit., p. 8 s.; e raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sulla qualità della giustizia penale e l'armonizzazione della legislazione penale negli Stati membri (A6-0036/2005), p. 4, dove si ritiene che l'instaurazione del meccanismo di valutazione reciproca in parola dovrebbe anticipare, nella misura del possibile, il meccanismo di cui all'art. III-260 del Trattato-Costituzione, oggi art. 70 TFUE. Quest'ultimo articolo prevede che "il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono a una valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell'Unione [in tema di cooperazione giudiziaria], in particolare al fine di favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco". Tali meccanismi potrebbero essere ispirati (come suggerito, con riferimento al reciproco riconosci-

sovrane (nella convinzione che l'attività giudiziaria straniera sia equivalente a quella posta in essere sul territorio nazionale e creando quindi fiducia nell'adeguatezza della normativa straniera e nella correttezza della sua applicazione) e semplifica la libera circolazione delle decisioni penali in virtù del principio in parola⁶⁸. E proprio in questo senso si esprimono il 3°, 4° e 9° “considerando” della direttiva in esame⁶⁹, sostanzialmente esplicitando quanto sancito a livello primario dallo stesso art. 82, par. 2, TFUE, che, della direttiva, come detto, costituisce la base giuridica e che prescrive il ricorso a misure di ravvicinamento se ed in quanto necessario, e quindi appunto funzionale, a “facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie”.

mento delle decisioni penali, dalla misura n. 24 del programma di misure, cit.) a quanto previsto dall'azione comune del 5 dicembre 1997 che istituisce, appunto, un meccanismo (benché settoriale) di valutazione dell'applicazione e dell'attuazione a livello nazionale degli impegni internazionali in materia di lotta alla criminalità organizzata (GUCE L 344, 15 dicembre 1997, p. 7 ss.).

⁶⁸ Quanto affermato nel testo è efficacemente espresso da A. WEYEMBERGH, *op. cit.*, p. 147, dove si legge infatti che “[l]e rapprochement des législations matérielles et procédurales [est] un élément essentiel à [l']instauration d'un climat de confiance]: sans rapprochement pas de confiance mutuelle; sans confiance mutuelle pas de reconnaissance effective et pas d'espace pénal européen”. Si noti che, se anche la Corte di giustizia ha per lo più affermato che il riconoscimento reciproco, benché nella forma del *ne bis in idem*, è possibile anche in assenza di una preventiva armonizzazione delle legislazioni nazionali (cfr., per tutte, sentenza dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187 e 385/01, *Procedimento penale a carico di H. Gözütok e Procedimento penale a carico di K. Brügge*, Raccolta, p. I-1345 ss., punto 32), essa, chiamata a pronunciarsi sulla validità della decisione quadro sul mandato d'arresto, dove tra l'altro veniva in rilievo il principio non ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*, ma (proprio e) piuttosto dell'effettivo riconoscimento ed esecuzione di decisioni straniere, ha sottolineato la funzionalità del (e quindi necessità di un almeno parziale previo) ravvicinamento delle legislazioni rispetto all'operatività del principio in parola (nella declinazione in cui rileva: cfr. sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *v.z.w. Advocaten voor de Wereld c. Ministerraad*, Raccolta, p. I-3633 ss., punto 29). Da ultimo, analogamente, ovvero nel senso della necessità di “un certo livello di ravvicinamento delle legislazioni per promuovere un'interpretazione comune delle questioni da parte di giudici e pubblici ministeri consentendo in tal modo che il principio di riconoscimento reciproco sia applicato correttamente tenuto conto delle differenze negli ordinamenti giuridici e nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri” cfr. programma di Stoccolma, cit., punto 3.3.

⁶⁹ Secondo tali “considerando” “(3) [l']attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale presuppone che gli Stati membri ripongano fiducia reciproca nei rispettivi sistemi di giustizia penale. La portata del reciproco riconoscimento è strettamente vincolata a numerosi parametri, inclusi i meccanismi di protezione dei diritti degli indagati o degli imputati e le norme minime comuni necessarie ad agevolare l'applicazione del suddetto principio. (4) Il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale può realizzarsi efficacemente soltanto in uno spirito di *affidamento*, nel quale non solo le autorità giudiziarie, ma tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale considerano le decisioni delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri equivalenti alle proprie. Ciò presuppone *affidamento* non solo nell'adeguatezza delle normative degli altri Stati membri, bensì anche nella corretta applicazione di tali normative. (...) (9) Le norme minime comuni dovrebbero incrementare l'*affidamento* nei sistemi di giustizia penale di tutti gli Stati membri, che a sua volta dovrebbe generare una più efficace cooperazione giudiziaria in un clima di fiducia reciproca. Tali norme minime comuni si dovrebbero stabilire nell'ambito dell'interpretazione e della traduzione nei procedimenti penali” (corsivi aggiunti: v. *supra*, nota 37).

6. Di rafforzamento della tutela giudiziaria dei diritti dei singoli non si può, però, parlare solo quale conseguenza dell'elaborazione di norme minime comuni che, come visto, implica un aumento della fiducia reciproca tra Stati membri (in parte, comunque, già necessariamente presupposta per consentire lo stesso ravvicinamento), fiducia che facilita, a sua volta, il reciproco riconoscimento delle decisioni penali.

Tale rafforzamento, infatti, come ricordato (*supra*, par. 1) deriva anche, e seppur su di un piano, evidentemente, differente, dal menzionato superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro (anch'esso, peraltro, in un certo modo conseguenza dell'aumento di fiducia tra Stati e della volontà di instaurare forme più integrate di cooperazione, con abbandono del metodo intergovernativo) e, quindi, dall'estensione dei meccanismi di tutela giurisdizionale classici del pilastro "comunitario" anche a tutte le misure elaborate dalle istituzioni nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Rispetto a queste nuove misure, di cui la direttiva 2010/64/UE costituisce la prima concretizzazione, i singoli potranno avvalersi, infatti, di strumenti di protezione che non potevano invece impiegare, come noto, con riguardo alla normativa adottata in attuazione del titolo VI TUE pre-Lisbona: si pensi, innanzitutto, al ricorso per annullamento, all'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione e all'azione in carenza, ma anche alla tutela che può derivare loro da un rinvio pregiudiziale (esperibile senza più i condizionamenti di cui all'art. 35 TUE pre-Lisbona)⁷⁰ e a quella, benché più indiretta, che essi possono comunque trarre dalla procedura di infrazione.

Ancora, e per concludere, il superamento della distinzione tra primo e terzo pilastro e la possibilità (*rectius*, necessità) di disciplinare anche la materia della cooperazione di polizia e giudiziaria penale attraverso gli atti tipici dell'ex primo pilastro, specie regolamenti e direttive, comporta un rafforzamento della tutela giudiziaria dei diritti dei singoli nella misura in cui essi possono beneficiare degli effetti che tali atti, diversamente da quelli tipici dell'ex terzo pilastro di cui all'art. 34 TUE pre-Lisbona, sono in grado di produrre nella loro sfera giuridica.

Il riferimento è, evidentemente, in primo luogo alla diretta applicabilità dei regolamenti, ma anche all'effetto diretto eventualmente riconducibile alle direttive, o meglio, a quelle disposizioni delle direttive (*i*) che abbiano un contenuto chiaro, preciso ed incondizionato o (*ii*) che sanciscano un obbligo di non fare o

⁷⁰ Si ricorda che, trattandosi di materia ricompresa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il rinvio pregiudiziale potrà anche essere trattato con la procedura d'urgenza (in vigore, come noto, dal 1° marzo 2008), laddove sussistano le condizioni di cui all'art. 23 *bis* Statuto della Corte di giustizia e dell'art. 104 *ter* del suo regolamento di procedura, o, "in subordine", laddove ricorrano quelle di cui all'art. 104 *bis* del regolamento di procedura, mediante la procedura accelerata, così da soddisfare la prescrizione (introdotta dal Trattato di Lisbona) contenuta nell'ultimo comma dell'art. 267 TFUE, per cui, quando una questione pregiudiziale è "sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile". Su tali procedimenti "alternativi" a quello tradizionale cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 437 ss.

(iii) che riproducano una previsione già contenuta in una norma primaria dotata di efficacia diretta⁷¹. Scaduto, infatti, il termine di trasposizione della direttiva, di fronte alla mancata o non corretta trasposizione da parte dello Stato membro (o alla violazione dell'obbligo di non fare), il singolo potrà non solo avviare un'azione di responsabilità contro lo Stato inadempiente (pur in assenza di pronunce in tal senso, del resto, un'azione siffatta sembrava esperibile anche in caso di pregiudizio derivante dalla mancata o non corretta trasposizione di una decisione quadro, non dipendendo tale azione dall'efficacia diretta della norma che impone un obbligo a carico dello Stato⁷²), ma anche invocare dinanzi ai giudici nazionali (così come alle autorità amministrative) la posizione giuridica soggettiva di vantaggio attribuitagli dalla direttiva, per tale via reagendo all'inadempimento dello Stato⁷³.

Questa opzione non era consentita al singolo rispetto alle decisioni quadro che, pur sostanzialmente corrispondenti alle direttive, per espressa previsione pattizia non erano produttive di effetti diretti (art. 34, par. 2, lett. b) TUE pre-Lisbona). La giurisprudenza aveva cercato di ovviare a tale "preclusione" sancendo l'operatività dell'obbligo di interpretazione conforme anche rispetto alle decisioni quadro⁷⁴, ma, come noto, tale interpretazione non sempre e necessariamente conduce agli stessi risultati, e quindi alla stessa tutela, che discendono invece dall'effetto diretto di una norma.

La protezione giurisdizionale delle posizioni giuridiche individuali prese in considerazione dal diritto dell'Unione è, quindi, senza dubbio rafforzata in presenza di direttive rispetto a cui tale effetto possa essere invocato. E ciò sembra potrà verificarsi con riguardo alla direttiva 2010/64/UE, nel caso in cui, evidentemente, alla scadenza del termine per la sua trasposizione si riscontri l'inadempimento statale: sotto diversi profili, infatti, la direttiva sancisce diritti in modo chiaro, preciso ed incondizionato che lo Stato è tenuto ad assicurare ai singoli (si pensi, per tutti, alla gratuità dell'assistenza e al diritto ad essa in tutte le fasi del procedimento, dall'interrogatorio di polizia al dibattimento, in ogni stato e grado

⁷¹ Sull'effetto diretto delle direttive e sull'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno a quello dell'Unione (su cui *infra*, nel testo) sia consentito rinviare a M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *Unione europea: fonti e adattamento*, in corso di pubblicazione.

⁷² Cfr., per tutte, la prima pronuncia della Corte di giustizia che sancisce il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto (allora) comunitario, proprio in un caso in cui alla disposizione violata della direttiva non poteva riconoscersi effetto diretto: si tratta, come noto, della sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Andrea Francovich e a. c. Italia, Raccolta*, p. I-5357 ss.

⁷³ Con riguardo particolare al nostro ordinamento, si noti come l'esistenza di nuove previsioni dettagliate e l'invocabilità dell'effetto diretto che ad esse possa essere riconosciuto dovrebbero implicare una riduzione delle ipotesi di intervento della nostra Corte costituzionale al fine di eliminare norme interne eventualmente contrarie a quelle dell'Unione dotate delle caratteristiche in parola. Infatti, come noto, in presenza di norme dell'Unione aventi effetto diretto o diretta applicabilità, è compito del giudice comune disapplicare la norma interna contrastante, senza ricorrere ad un controllo accentratore di costituzionalità da parte della Consulta.

⁷⁴ Cfr. Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino, Raccolta*, p. I-5285 ss.

di giudizio, comprensivo, come detto, dell'eventuale irrogazione della pena) e anche sotto questo profilo, dunque, l'adozione di tale normativa, aumentando la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli, rappresenta un nuovo e significativo tassello nel processo di integrazione europea.

Abstract

Procedural Guarantees in EU Law: The Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings

On 20th October 2010 the European Parliament and the Council adopted the first legislative instrument in the field of the former third pillar of the EU, specifically in the area of judicial cooperation in criminal matters: this instrument is directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. The directive also represents the first measure adopted on the basis of the Roadmap, outlined by the Council and defined by the European Council within the Stockholm Program, which indicates the fields where the Institutions shall intervene, on the basis of a step-by-step approach, to strengthen the procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings.

This study analyzes the legislative procedure which led to the adoption of the directive, it examines its purposes and scope of application; it also investigates in detail the rights conferred by the directive, whose respect shall be ensured by the Member States through appropriate implementing measures to be adopted by 27th October 2013.

The harmonization of criminal legislations achieved by the directive will help to strengthen the mutual trust between Member States and will therefore simplify the recognition of criminal decisions issued by the competent national authorities, so that the process of European integration will be further implemented. Therefore, individuals' rights will be reinforced not only through the application of specific provisions set forth by the directive, but also thanks to the fact that the distinction between first and third pillar has been set aside by the Lisbon Treaty, which has extended the traditional judicial remedies provided by Community law also to judicial cooperation in criminal matters. Moreover, the directive contains many provisions which are likely to produce direct effect: after the deadline for implementation, in case of inactivity or incorrect transposition by the national legislators, the individuals will have, for the first time in the field of criminal cooperation, a new instrument to invoke in order to gain the protection offered by EU law.

Competenza giurisdizionale e luogo di esecuzione dei contratti di fornitura di beni mobili o di servizi nello spazio giudiziario europeo fra prospettive e retrospettive

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Locus solutionis* e giurisdizione nello spazio giudiziario europeo: la Convenzione di Bruxelles del 1968 ed il regolamento (CE) n. 44/2001. – 3. Valutazioni giuridiche e questioni aperte. – 4. Prospettive e conclusioni.

1. Il luogo di esecuzione dei contratti costituisce uno fra i più importanti e problematici titoli di giurisdizione speciali nel c.d. “spazio giudiziario europeo”. L’inserimento nella disciplina internazionale-processualistica comunitaria di questa alternativa al foro generale del convenuto, è stato, infatti, accompagnato sin dagli esordi della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale¹ da un

¹ Cfr. la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 299, 31 dicembre 1972, p. 32 ss., resa esecutiva in Italia con l. 21 giugno 1971 n. 804, *GURI* 254, 8 ottobre 1971. L’importanza della Convenzione quale momento fondamentale della storia dell’integrazione europea è generalmente ripetuta, atteso il suo ruolo nel potenziamento della tutela giuridica delle persone e nel rafforzamento del mercato unico europeo. La letteratura al riguardo è troppo vasta per essere qui esaustivamente richiamata. Sia per ciò consentito fare riferimento, per tutti, a M. WESER, *Convention Communautaire sur la Compétence Judiciaire et l’Exécution des Décisions*, Paris, 1975; L. COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, 1983; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, 1985; P. BYRNE, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin, 1990; F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l’esecuzione delle sentenze*, Milano, 1995; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 1995; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Paris, 1996; L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999; F. SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000.

notevole dibattito in dottrina² ed in giurisprudenza³, indice inequivocabile della rilevanza della fattispecie e della difficoltà di fare sintesi fra i principi sottostanti alla norma ed i molti contrapposti interessi che sul suo terreno si scontrano.

I contrasti più evidenti, di cui si darà conto in questo lavoro, non paiono appianati dalla nuova formulazione dell'art. 5, 1° comma del regolamento

² In questa sede non è possibile elencare con pretesa di completezza i numerosissimi contributi dedicati dalla dottrina all'argomento. Per specifici riferimenti sia consentito il rinvio alle note che seguono in questo lavoro, limitandomi, in linea generale, a richiamare G. A. L. DROZ, *Deldum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interpretant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968)*, in *Recueil Dalloz*, 1977, p. 351 ss.; A. GIARDINA, *The European Court and the Brussels Convention on Jurisdiction and Judgments*, in *ICLQ*, 1978, p. 263 ss.; R. LUZZATTO, *Luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, II, Milano, 1979, p. 824 ss.; F. POCAR, *Linee di tendenza della Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 778 ss.; M. A. LUPOI, *La competenza in materia contrattuale nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1263 ss.; E. TICHADOU, *Conventions internationales unifiant le droit matériel et détermination du lieu d'exécution au sens de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles*, in *RTDE*, 1995, p. 87 ss.; P. VLAS, *The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments*, in *NILR*, 1995, p. 413 ss.; H. J. RUHL, *Individuazione del giudice competente a risolvere una controversia in materia di compravendita tra operatori comunitari*, in *DCSI*, 1998, p. 343 ss.

³ Le difficoltà interpretative della disposizione che regola il c.d. "forum contractus" tanto nella Convenzione di Bruxelles del 1968 quanto nel successivo regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1 ss., che l'ha sostituita, si rispecchiano nei numerosi interventi interpretativi della Corte di giustizia. Anche in questo caso, per ragioni di sintesi, sia consentito rinviare alle più specifiche citazioni contenute nelle note che seguono, e limitare in questa sede il richiamo alle ben note sentenze del: 6 ottobre 1976, causa 12/76, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, *Raccolta*, p. 1473; 6 ottobre 1976, causa 14/76, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, *ivi*, p. 1497; 26 maggio 1982, causa 133/81, *Roger Ivenel c. Helmut Schwab*, *ivi*, p. 1891; 15 gennaio 1987, causa 266/85, *Hassan Shenavai c. Klaus Kreischer*, *ivi*, p. 239; 15 febbraio 1989, causa 32/88, *Société Six Constructions Ltd c. Paul Humbert*, *ivi*, p. 341; 13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox IBC Ltd c. Hendrick Geels*, *ivi*, p. I-4075; 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, *ivi*, p. I-2913; 9 gennaio 1997, causa C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten c. Cross Medical Ltd*, *ivi*, p. I-57; 28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE Groupe Concorde e a. c. il Comandante della nave "Suhadivarno Panjan" e a.*, *ivi*, p. I-6307; 5 ottobre 1999, causa C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, *ivi*, p. I-6747; 19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) e Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & Co. KG (Plafog)*, *ivi*, p. I-1699; 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Andrew Owusu c. N.B. Jackson, che opera con il nome commerciale "Villa Holidays Bal-Inn Villas" e a.*, *ivi*, p. I-1383. Si vedano inoltre le più recenti sentenze del 25 febbraio 2010, causa C-381/08, *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl*, e dell'11 marzo 2010, causa C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, entrambe non ancora pubblicate in *Raccolta*, parzialmente anticipate dalle sentenze del 3 maggio 2007, causa C-386/05, *Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH*, *Raccolta*, p. I-3699; del 23 aprile 2009, causa C-533/07, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, *ivi*, p. I-3327; e del 9 luglio 2009, causa C-204/08, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, *ivi*, p. I-6073.

44/2001⁴, posto che alcune recenti pronunce della Corte UE, pur muovendo dalla condivisa aspirazione ad una effettiva semplificazione dei criteri di ripartizione giurisdizionale nelle controversie transnazionali, aprono nuovi interrogativi e perplessità sulla norma, rinnovando l'esigenza di ulteriori correzioni o precisazioni interpretative⁵.

L'intera materia si muove dunque ancor oggi fra prospettive e retrospettive, e merita, pur nella sua prolungata sedimentazione, rinnovata attenzione. L'analisi, che si condurrà partendo da una sintetica riepilogazione dei passaggi essenziali attraverso i quali si è snodata la vicenda del *forum loci executionis*, intende dar conto dell'attuale evoluzione interpretativa per effettuare alcune valutazioni sulla prospettiva internazional-processualistica della materia contrattuale nello spazio giudiziario europeo.

2. L'art. 5, 1° comma della Convenzione di Bruxelles del 1968 prevedeva, con disposizione uniforme per tutti i contratti, un foro speciale alternativo al domicilio del convenuto⁶, individuato nel luogo ove "l'obbligazione è stata o deve essere eseguita".

La norma, pur ispirata dall'intenzione di consentire il giudizio in un luogo ragionevolmente più vicino ai fatti di causa e per ciò stesso più vantaggioso per l'economia e l'efficacia del processo (c.d. "principio di prossimità")⁷, a causa

⁴ La Commissione europea ha recentemente presentato una proposta di revisione del regolamento finalizzata a migliorare la procedura di riconoscimento ed esecuzione di una decisione assunta in un altro Stato membro (c.d. "*exequatur*"), rendere più agevole l'accesso alla giurisdizione nelle controversie che vedano convenuto un soggetto appartenente ad uno Stato terzo, disciplinare con maggior rigore gli accordi di scelta del foro e migliorare il rapporto fra arbitrato e procedimento giudiziario. La proposta del 14 dicembre 2010, COM(2010)748 def. (annullata e sostituita da quella del 3 gennaio 2011, COM(2010)748 def./2).

⁵ Mi riferisco alle già citate sentenze della Corte di giustizia *Car Trim* e *Wood Floor Solutions*, nonché alle parziali anticipazioni contenute nelle pronunce *Color Drack*, *Falco Privatstiftung* e *Rehder*. Su analoghe questioni e con ampi richiami all'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale si veda altresì Corte di Cassazione, ordinanza 5 ottobre 2009 n. 21191, in *RDIPP*, 2010, p. 150. Per un primo commento alle sentenze *Car Trim* e *Wood Floor Solutions* si veda P. FRANZINA, *Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della Corte di giustizia*, *ivi*, p. 655 ss.

⁶ La Convenzione, al pari dell'attuale regolamento 44/2001, muoveva dal riconoscimento, quale titolo generale di giurisdizione, del c.d. "foro del convenuto", in ossequio al principio "*actor sequitur forum rei*" ed alla generale tendenza del diritto processuale – specialmente in ambito internazionale – a favorire la parte chiamata suo malgrado a difendersi in giudizio. Le ragioni del privilegio, non sempre condivise, affondano le loro radici nella tutela dei valori fondamentali dell'uguaglianza e dell'equità. L'art. 5, 1° comma costituisce dunque un complemento "funzionale" della regola generale, finalizzato ad offrire all'attore la possibilità di radicare la causa in un luogo ove l'accertamento dei fatti che ne costituiscono l'oggetto sia più semplice ed economico. Per una ampia ricostruzione in chiave storico-evolutiva dell'istituto si rinvia a M. DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino, 1999, pp. 17-25 e note 1-6.

⁷ Cfr. la relazione di P. JENARD, *Report on the Convention on Jurisdiction and the enforcement of Judgements in civil and commercial matters*, *GUCEL* 59, 5 marzo 1979, p. 1 ss.

della mancanza di una definizione del luogo di adempimento del contratto ha determinato più volte l'intervento interpretativo della Corte di giustizia.

Nelle note sentenze *Tessili* e *De Bloos*, il giudice comunitario ha precisato che l'obbligazione dedotta in giudizio è quella posta a fondamento dell'azione⁸ ed ha individuato la competenza attraverso il ricorso ad un meccanismo astratto fondato sul c.d. "metodo conflittuale". In sostanza, secondo la Corte, nel sistema delle competenze speciali dettate dalla Convenzione ed in assenza di una chiara volontà delle parti al riguardo, spettava al giudice adito "accertare se il luogo in cui l'obbligazione è stata o deve essere eseguita rientri nei limiti della sua competenza territoriale". Per far ciò egli doveva "prima determinare in conformità al proprio diritto internazionale privato la legge da applicare al rapporto giuridico in esame, e successivamente definire, sulla base di tale legge, il luogo d'adempimento dell'obbligazione contrattuale controversa"⁹.

Il meccanismo, invero piuttosto macchinoso, ha suscitato accese critiche in dottrina¹⁰, in larga misura condivise dagli Avvocati generali che di volta in volta si sono trovati a dover presentare le proprie conclusioni in procedimenti interpretativi pregiudiziali sulla norma in questione¹¹. È stato in particolare osservato come l'orientamento della sentenza *De Bloos* fosse potenzialmente foriero di una eccessiva ed ingiustificata dispersione delle competenze¹² a seconda del luogo di adempimento di ciascuna singola obbligazione dedotta in giudizio, in tendenziale contrasto con le finalità del testo convenzionale¹³. Gli svantaggi

⁸ Cfr. sentenza *De Bloos*, cit., punti 10-11. Com'è noto, l'impostazione ha dato il via al *dépeçage* del processo civile europeo, suddividendo potenzialmente le azioni in funzione delle singole obbligazioni contrattualmente previste.

⁹ Cfr. sentenza *Tessili*, cit., punto 13.

¹⁰ Cfr. nota 2.

¹¹ Si vedano in particolare le conclusioni degli Avvocati generali Lenz dell'8 marzo 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, Raccolta, p. I-2913; Te-sauro del 26 settembre 1996, causa C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, *ivi*, p. I-911; Ruiz-Jarabo Colomer del 16 marzo 1999, causa C-440/97, *GIE Groupe Concorde e a. c. il Comandante della nave "Suhadiwarno Panjan" e a.*, *ivi*, p. I-6307; Leger del 16 marzo 1999, causa C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, *ivi*, p. I-6747.

¹² Cfr., *ex pluribus*, M. A. LUPOI, *La competenza*, cit., p. 1268; J. HILL, *Jurisdiction in matters relating to a contract under the Brussels Convention*, in *ICLQ*, 1995, p. 603; M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 332 e *passim*; S. M. CARBONE, *op. cit.*, p. 74 ss.

¹³ La Convenzione era dichiaratamente orientata a facilitare la circolazione delle decisioni attraverso la creazione di un sistema di regole giurisdizionali certe ed uniformi. Nella stessa sentenza *De Bloos*, cit., punti 8-9, la Corte di giustizia ha rilevato: "come risulta dal preambolo della Convenzione, questa mira a determinare la competenza degli organi giurisdizionali degli Stati contraenti nell'ordinamento internazionale, a facilitare il riconoscimento delle rispettive decisioni giudiziarie e ad instaurare un procedimento rapido, inteso a garantire l'esecuzione delle decisioni. Tali obiettivi comportano la necessità di evitare, nei limiti del possibile, la molteplicità dei criteri di competenza giudiziaria relativamente al medesimo contratto". L'assunto è stato segnalato come punto di possibile incoerenza rispetto alla decisione di ammettere il possibile *dépeçage* del processo. Cfr. G. A. L. DROZ, *Rapport de synthèse du colloque sur la Convention de Bruxelles des 11 et 12 mars 1991*, in *Court de justice des Communautés européennes, Compétence judiciaire et*

derivanti dal possibile *dépeçage* del processo, accentuati dall'accoglimento di una nozione ampia di litispendenza in sede comunitaria, hanno poi spinto i commentatori ad evidenziare l'ulteriore rischio dell'incentivazione della litigiosità¹⁴, a motivo della diversità fra norme di conflitto e discipline sostanziali¹⁵ nei diversi Stati membri (c.d. *forum running*) e del contestuale respingimento di ogni tentativo di concedere ingresso nel sistema convenzionale per via normativa o giurisprudenziale al c.d. *forum non conveniens*¹⁶.

La tendenziale prevalenza del foro del venditore è stata così segnalata e stigmatizzata quale inevitabile effetto sovversivo rispetto al generale privilegio di giurisdizione accordato al convenuto dalla regola *actor sequitur forum rei*¹⁷, così come accenti negativi si sono registrati circa la divaricazione fra il luogo del litigio e quello dell'adempimento¹⁸. Quanto poi al meccanismo di applicazione

execution des jugements en Europe. Actes du colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen. Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991, London-Dublin-Edimburgh-Brussels, 1993, p. 268; M. A. LUPOI, La competenza, cit., p. 1268.

¹⁴ Cfr., *ex pluribus*, G. BROGGINI, *La Convenzione parallela di Lugano nella prospettiva di un giurista svizzero*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 573, secondo cui: "il pericolo delle competenze facoltative è di permettere all'attore di portare la controversia giudiziaria al suo domicilio e di prevenire in tal modo l'apertura del processo altrove, di introdurre la lite per primo e di far valere, quindi, la litispendenza dell'art. 21. In tal modo si capovolge la regola *actor sequitur forum rei*, si obbliga il convenuto a spostarsi dal suo domicilio di Amburgo al domicilio dell'attore a Messina, ma soprattutto si passa dal *forum shopping* tipico delle competenze facoltative a *forum running* come conseguenza diretta della litispendenza: *prior tempore, prior iure*. Invece di ridurre i procedimenti giudiziari una simile regola non fa che provarli (...)".

¹⁵ Si pensi alla nota differenza esistente nei diversi ordinamenti degli Stati membri in ordine alla natura dell'obbligazione di pagamento, talora ritenuta "*portable*" (ad es. Danimarca, Grecia, Irlanda, Italia, Olanda, Regno Unito), talora "*querable*" (ad es. Germania, Francia, Austria, Belgio, Spagna, Lussemburgo, ecc.). Come meglio si chiarirà in seguito, questo aspetto, inizialmente giudicato di estrema pericolosità dalla dottrina, ha perso via via importanza in funzione dell'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975, e, con specifico riguardo alla compravendita internazionale di merci, con l'adesione della maggior parte degli Stati CE alla Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, resa esecutiva in Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765.

¹⁶ La giurisprudenza della Corte ha sempre escluso che il *forum non conveniens* potesse far parte anche solo per via interpretativa del sistema comunitario di diritto processuale, a motivo dell'incertezza che questo può generare, giudicata in contrasto con il principio di prevedibilità posto a fondamento della Convenzione. Cfr., *ex pluribus*, le sentenze della Corte di giustizia *GIE Groupe Concorde*, cit., e *Owusu*, cit., punti 31 e 35. Per valutazioni ed ulteriori citazioni al riguardo si rinvia a M. A. LUPOI, *Convenzione di Bruxelles ed esercizio discrezionale della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 997 ss.; I. QUEIROLO, *Forum non conveniens e Convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile?*, in *RDIPP*, 1996, p. 763 ss.; N. BOSCHIERO, *Forum Solutionis e norme uniformi sulla vendita: alcune riflessioni a margine della sentenza Custom Made Commercial LTD c. Stawa Metalbau GmbH*, in *Collisio Legum – Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, pp. 69-71.

¹⁷ Cfr. N. BOSCHIERO, *op. ult. cit.*, pp. 69-70.

¹⁸ Cfr. P. VLAS, *op. cit.*, p. 341, ove osserva: "the use of criteria other than that of the place of performance, where that confers jurisdiction on a court which has no connection with the case,

della norma convenzionale, è stata infine sottolineata l'eccessiva difficoltà riscontrata nella pratica giudiziaria nell'utilizzo della formula *Tessili*, ove di fatto il giudice adito viene costretto ad uno sforzo notevole nella disamina dei profili anche di merito della vicenda litigiosa per pervenire unicamente ad un giudizio sulla competenza, che potrebbe peraltro portarlo a spogliarsi del caso in favore di una giurisdizione straniera.

In questo composito quadro, diverse voci si sono sollevate invocando un atteggiamento della Corte più risoluto, volto a portare per via esegetica all'adozione del foro della prestazione caratteristica quale unico criterio attributivo della giurisdizione per tutte le controversie legate al contratto¹⁹. È stato segnalato²⁰, infatti, come la sua scelta avrebbe potuto garantire la coincidenza di *forum* e *ius* secondo il principio dell'unica verità che dovrebbe connotare la coerenza giurisprudenziale, offrendo un utile contributo alla semplificazione delle contro-

might jeopardize the possibility of foreseeing which court will have jurisdiction and, for that reason, be incompatible with the aim of the Convention". Cfr. altresì sul punto A. E. VON OVERBECK, *Interpretation traditionnelle de l'article 5.1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano: le coup de grace?*, in A. BORRÁS, A. BUCHER, T. STRUYCKEN, M. VERWILGHEN (eds.), *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, 1996, p. 296 ss.; A. MARKUS, *La compétence en matière contractuelle selon le règlement 44/2001 "Bruxelles I" et la Convention de Lugano recise à la suite de l'arrêt CJCE Color Drack*, in A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE, G. P. ROMANO (dirs.), *La Convention de Lugano. Passé, présente et devenir*, Schulthess, 2007, p. 23 ss.

¹⁹ Cfr. G. A. L. DROZ, *L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat*, in *Recueil Dalloz*, 1977, p. 287 ss., nonché, dello stesso autore, *Delendum est*, cit., p. 351 ss. V. anche L. FORLATI, *Luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *RDIPP*, 1976, p. 61; L. MARI, "Locus solutionis" e giurisdizione nell'ambito comunitario: problemi interpretativi, in *DCSI*, 1987, p. 454 ss.; R. LUZZATTO, *Luogo di esecuzione*, cit., p. 824 ss.; F. SALERNO, *L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del forum destinatae solutionis*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, pp. 583 e 625-626, ove vengono segnalate le criticità interpretative della nozione di "prestazione caratteristica". Si vedano al riguardo W. WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, in *Rev. cr. DIP*, 1990, p. 659 ss.; M. FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative della Convenzione di Roma*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1993, p. 21 ss.; U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *RDIPP*, 1993, p. 513 ss., nonché la sentenza *Shenavai*, cit., ove la Corte esclude di poter utilizzare il criterio della prestazione caratteristica al fine di qualificare il luogo dell'adempimento dell'obbligazione contrattuale per tutte le tipologie di contratti perché ciò darebbe origine ad "incertezze circa la competenza giurisdizionale, incertezze che la Convenzione ha precisamente lo scopo di ridurre" (punto 17).

²⁰ Cfr. F. POCAR, *L'applicazione giudiziale in Italia della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 661 ss.; F. SALERNO, *L'incidenza del diritto applicabile*, cit., p. 109; M. A. LUPOI, *La competenza*, cit., p. 1263 ss. I diversi autori si sono ispirati alle sentenze della Corte di giustizia in materia di lavoro nelle cause *Ivenel*, cit., punti 15-19; *H. Shenevai*, cit., punto 16; *Mulox*, cit., punti 15 e 17; nonché alla sentenza del 22 marzo 1983, causa 34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, *Raccolta*, p. 987, punto 14, in materia di rapporti fra associazione ed associati.

versie transnazionali²¹, e sottolineato, come ulteriore vantaggio, la tendenziale concentrazione delle diverse domande davanti ad un solo giudice vicino ai fatti controversi²², con riduzione del rischio di contrasto fra giudicati. Infine, quale pacifico corollario dell'aspetto appena evidenziato, il ricorso al foro della prestazione caratteristica avrebbe, secondo i sostenitori della tesi, semplificato l'identificazione del *forum solutionis*, non più legato alla fattispecie concreta ma individuato una volta per tutte in funzione del tipo negoziale.

Il notevole *pressing* della dottrina e degli Avvocati generali non ha tuttavia indotto la Corte, in vigenza della Convenzione, ad un mutamento radicale della propria posizione tradizionale. Se infatti si eccettuano le pronunce in materia di lavoro²³, ove peraltro è stato anticipato un semplice effetto dell'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980²⁴, il tenore delle sentenze rese sull'art. 5, 1° comma negli anni '80-'90 non mostra cedimenti verso una soluzione pretoria della questione. Nelle sentenze *Shenavai*²⁵, *Custom Made*²⁶, *Groupe Concorde*²⁷, *Leathertex Divisione Sintetici S.p.A.*²⁸ e *Besix*²⁹ la Corte ha infatti costantemente ribadito la propria interpretazione del *locus executionis*, affermando che in mancanza di specifiche esigenze, quali quelle legate alle peculiarità della materia giuslavoristica, non pareva né indicato né opportuno identificare l'obbligazione caratteristica e centralizzare nel suo luogo di esecuzione le controversie relative a tutte le obbligazioni contrattualmente previste³⁰. In altre parole il giudice

²¹ Se infatti è vero che la coincidenza delle norme sui conflitti di giurisdizione e di legge non può essere considerata una priorità assoluta del sistema di diritto internazionale privato comunitario, è pur vero che ha il vantaggio di facilitare notevolmente il lavoro dei giudici, che non si vedono costretti ad assumere decisioni in base a norme che non conoscono.

²² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Lenz nella causa *Custom Made*, cit., punto 80, e dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *GIE Groupe Concorde*, cit., punto 58.

²³ Cfr. le sentenze *Ivenel*, *Shenevai*, *Mulox*, *Six Constructions* e *Rutten*, citate.

²⁴ Cfr. R. CLERICI, *Forum destinatae solutionis e Convenzione di Roma del 19 Giugno 1980 al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *RDIPP*, 1997, p. 896, ove l'autrice osserva: "il tanto proclamato coraggio dei giudici di Lussemburgo nell'enucleare una nozione autonoma per i contratti di lavoro si riduce, a ben vedere, nell'utilizzazione della norma di conflitto contenuta nell'art. 6 par. 2 della Convenzione di Roma del 1980 (...)".

²⁵ Cfr. sentenza *Shenavai*, cit., punto 17. Le pronunce della Corte sul punto sono assai più numerose di quelle sinteticamente indicate. Sia comunque consentito, per ragioni di praticità, fare esclusivo riferimento a quelle più note e commentate, rinviando ai numerosi contributi della dottrina già citati in precedenza per ulteriori richiami ed approfondimenti.

²⁶ Cfr. sentenza *Custom Made*, cit., punti 23-25.

²⁷ Cfr. sentenza *GIE Groupe Concorde*, cit., punti 18-22, ove si accenna, fra l'altro, all'opportunità che la modifica all'impostazione Tessili avvenga per via normativa in occasione della revisione della Convenzione (punto 21).

²⁸ Cfr. sentenza *Leathertex Divisione Sintetici SpA*, cit., punto 36.

²⁹ Cfr. sentenza *Besix*, cit., punto 40. Da notare che in questa sentenza la Corte ha ribadito l'impostazione *Tessili* pur essendo già stato pubblicato il regolamento 44/2001 ed immediatamente prima della sua entrata in vigore, avvenuta il 1° marzo 2002.

³⁰ La Corte ha motivato questo rifiuto con la difficoltà, nello stato di evoluzione della Convenzione, di utilizzare il criterio della prestazione caratteristica per risolvere tutte le questioni collegate all'applicazione dell'art. 5, 1° comma della Convenzione, sia per il rischio di mettere in discus-

comunitario, pur prendendo atto dell'intensa discussione sviluppatasi intorno alla possibilità di porre l'elemento caratteristico del contratto al centro della interpretazione della norma (anche nella prospettiva della riforma allora in cantiere) e pur avendo in parte manifestato qualche simpatia al riguardo³¹, ha comunque ritenuto inopportuno forzare i tempi per via giurisprudenziale, rimettendo ogni possibile sviluppo ad una modifica normativa del dell'art. 5 della Convenzione.

L'intensità del dibattito sviluppatosi attorno alla disciplina in vista della revisione della Convenzione, pur non avendo condotto all'accoglimento delle ipotesi più estreme che ne propugnavano l'abolizione³², ha comunque determinato alcune importanti modifiche nel corrispondente articolo del regolamento 44/2001. Com'è noto, infatti, la nuova disposizione, pur mantenendo inalterato per la generalità dei contratti il c.d. "metodo analitico-conflittuale" precedente³³, ha introdotto una definizione autonoma del luogo di adempimento per la compravendita di beni mobili o la prestazione di servizi. A norma dell'art. 5, n. 1, lett. b) questo sarà, per la prima tipologia contrattuale, il luogo "in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere

sione il principio della certezza del diritto, fondamento della normativa in commento, sia per le difficoltà interpretative collegate al concetto stesso della prestazione caratteristica senza fare riferimento alla legge applicabile al contratto. Cfr. sentenza *GIE Groupe Concorde*, cit., punti 23-27.

³¹ Cfr. la sentenza *MSG*, cit., ove la Corte esclude che le parti possano determinare la competenza giurisdizionale derogando ai vincoli formali di cui all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles mediante la semplice indicazione di un luogo di esecuzione che non ha alcun collegamento con il contratto, ancorché ciò sia consentito dalla legge applicabile al rapporto, in quanto l'art. 5, 1° comma si fonda sul luogo di esecuzione effettiva dell'obbligazione a causa del suo collegamento diretto con il giudice che deve conoscere la controversia (punti 31-32). Sul punto si veda altresì la sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 1980, causa 56/79, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salintri*, *Raccolta*, p. 89.

³² Cfr. G. A. L. DROZ, *Delendum est*, cit. Per una più ampia disamina del dibattito relativo alla modifica dell'art. 5 della Convenzione si vedano F. SALERNO, *La discutibile modifica del foro del contratto nella proposta di una nuova convenzione di esecuzione*, in *RDI*, 1999, p. 484 ss., e, dello stesso autore, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001 (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, Padova, 2006, p. 138. Nonché P. BIAVATI, *Le prospettive di riforma della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1201 ss.; J. P. BERAUDO, *Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *JDI*, 2001, p. 1033 ss.; E. MERLIN, *Novità sui criteri di giurisdizione nel Regolamento CE "Bruxelles"*, in *Int'l Lis*, 2002/2003, p. 40 ss.; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2006, p. 86; C. SILVESTRI, *Brevi note in tema di proroga di competenza e "forum contractus" nel passaggio dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 al regolamento 44/2001*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2188 ss.; P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006, p. 36 e *passim*.

³³ La disciplina di cui al 1° comma dell'art. 5 rimane altresì applicabile alle c.d. "figure ibride" collocate a cavaliere delle lett. a) e b) e per le obbligazioni accessorie ma distinte dai due contratti di cui alla lett. b). Per ulteriori osservazioni circa la sopravvivenza parziale nel nuovo regolamento del c.d. "metodo analitico-conflittuale" si rinvia a F. SALERNO, *I criteri comunitari di giurisdizione in materia contrattuale*, in N. BOSCHIERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti*, Napoli, 2008, p. 229.

consegnati in base al contratto” (1° trattino); per la seconda, quello in cui i servizi “sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto” (2° trattino)³⁴. La Commissione europea, nella propria relazione introduttiva alla proposta di regolamento³⁵, ha chiaramente affermato che la definizione contenuta nell’inciso dedicato dalla nuova disposizione a queste categorie contrattuali è fondata su di un criterio puramente fattuale e si applica a prescindere dalla natura dell’obbligazione controversa anche quando la domanda riguarda più obbligazioni³⁶.

L’impostazione ha fortemente influenzato l’orientamento giurisprudenziale successivo, ove la Corte, con la sentenza *Color Drack*³⁷, ha rotto gli indugi riconoscendo nel luogo di consegna un criterio di collegamento autonomo, tendenzialmente applicabile a tutte le domande fondate su uno stesso rapporto³⁸. Le successive pronunce sulla materia³⁹ costituiscono un “completamento” del pensiero della Corte sul *locus executionis* nella materia contrattuale. Per quanto specificamente riguarda la compravendita di beni mobili, la recente sentenza *Car Trim* ha infatti specificato che i termini “consegna” e “luogo di consegna” devono essere interpretati come “consegna fisica” dei beni all’acquirente, e non, come peraltro previsto dall’art. 31 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili⁴⁰, come “consegna al primo

³⁴ Il nuovo art. 5, n. 1 del regolamento, dunque, oggi è così formulato: “la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: 1) a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l’obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; b) ai fini dell’applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell’obbligazione dedotta in giudizio è: – nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto; – nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto; c) la lettera a) si applica nei casi in cui non è applicabile la lettera b)”.

³⁵ Cfr. COM(1999)348 def., del 14 luglio 1999.

³⁶ *Ibidem*, sezione 2 – Competenze speciali, p. 14. L’indicazione ha quindi precisato che anche le obbligazioni di pagamento del corrispettivo, secondo la proposta, dovevano seguire il foro della consegna delle merci.

³⁷ Cfr. sentenza *Color Drack*, cit. Con riferimento al nuovo orientamento della Corte sia consentito rinviare a A. DE FRANCESCHI, *Compravendita internazionale di beni mobili con pluralità di luoghi di consegna*, in *Int’l Lis*, 2007, fasc. 3-4, p. 123 ss.; A. GARDELLA, *The ECJ in Search of Legal Certainty for Jurisdiction in Contract: The Color Drack Decision*, in *YPIL*, 2007, p. 439 ss.; L. IDOT, *Premières précisions sur les nouvelles règles de compétence en matière contractuelle*, in *Europe*, 2007, n. 196, p. 24 ss.; J. S. QUEGUINER, *Simplification et centralisation de la compétence territoriale interne: première interprétation communautaire de l’article 5, paragraphe 1, b) du règlement “Bruxelles I”*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2007, p. 73 ss.; A. MARKUS, *op. cit.*, p. 23 ss.

³⁸ Cfr. sentenza *Color Drack*, cit., punti 26 e 39. La nuova interpretazione ha quindi definitivamente superato la giurisprudenza *De Bloos*.

³⁹ Cfr. nota 5.

⁴⁰ Secondo cui: “If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver consists: (a) if the contract of sale involves carriage of the goods – in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer; (b) if, in cases not within the preceding subparagraph, the contract relates to specific goods, or unidentified goods to be drawn from a specific stock or to be manufactured or produced, and at the time of the conclusion of the contract the parties knew that the goods were at, or were to be manufactured or produced at, a parti-

vettore”⁴¹. Secondo la Corte, infatti, il criterio “risponde meglio alla genesi, agli obiettivi e al sistema del regolamento”, offrendo al contempo un alto grado di prevedibilità per la facilità con cui si può individuare a priori tale luogo, ed un maggiore rispetto del principio di prossimità, atteso che i beni oggetto della controversia “devono trovarsi in tale luogo dopo l’esecuzione di tale contratto”⁴².

Parallelamente, in materia di servizi, la Corte con la sentenza *Wood Floor Solutions* ha stabilito che “qualora le disposizioni del contratto non consentano di stabilire il luogo di fornitura principale (...) occorre, in via subordinata, prendere in considerazione il luogo in cui l’agente ha effettivamente svolto, in misura prevalente, la propria attività in esecuzione del contratto, a condizione che la fornitura dei servizi in tale luogo non sia contraria alla volontà delle parti quale risultante dalle disposizioni del contratto”⁴³.

3. L’evoluzione giurisprudenziale descritta, pur aderente alle indicazioni fornite dalla Commissione europea sulla genesi del regolamento 44/2001, rischiano di riaccendere vecchie conflittualità e dare origine a nuovi problemi. La diversità delle materie e la – per certi aspetti sorprendente – divaricazione dei risultati concreti cui il nuovo criterio interpretativo conduce impongono una trattazione separata delle due tipologie contrattuali.

Per quanto riguarda i contratti di compravendita di beni mobili pare anzitutto necessario evidenziare la difficoltà di conciliare il c.d. “metodo pragmatico” con il dato letterale della norma nei casi in cui difetti totalmente l’adempimento del venditore. In questa situazione, descritta dalla norma come il caso in cui i beni “avrebbero dovuto essere consegnati”, il silenzio contrattuale sul luogo di consegna difficilmente consente di ricorrere ad un criterio “fattuale”, se non arbitrariamente supponendo che l’adempimento dell’obbligazione del venditore debba avvenire sempre e comunque al domicilio dell’acquirente. Sicché, quantomeno

cular place – in placing the goods at the buyer’s disposal at that place; (c) in other cases – in placing the goods at the buyer’s disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract”.

⁴¹ Cfr. sentenza *Car Trim*, cit., punto 60.

⁴² *Ibidem*, punto 61. La Corte aggiunge in coda una ulteriore osservazione: “l’obiettivo fondamentale di un contratto di compravendita di beni è il trasferimento degli stessi dal venditore all’acquirente, operazione che si conclude soltanto quando detti beni giungono alla loro destinazione finale”. L’affermazione sembra palesare un approccio sostanziale più consono alle tradizioni giuridiche che negano all’accordo effetti traslativi (come, ad esempio, accade nell’ordinamento tedesco, ove peraltro pendeva il giudizio che ha dato origine al rinvio pregiudiziale). La soluzione non è tuttavia generalmente condivisa, dato che, com’è noto, in altri ordinamenti, come ad esempio quello italiano, i contratti di compravendita determinano l’acquisto della proprietà in capo all’acquirente per effetto del semplice “consenso fra le parti legittimamente manifestato” (cfr. art. 1376 c.c.; fanno eccezione i beni determinati solo nel genere *ex art. 1378 c.c.*).

⁴³ Cfr. sentenza *Wood Floor Solutions*, cit., punto 40. La peculiarità dell’oggetto del contratto fa peraltro sì che, a differenza della compravendita di beni, il luogo di esecuzione materiale dell’obbligazione caratteristica possa non essere comunque identificabile. In questo caso la Corte ammette, come criterio residuale, il domicilio del prestatore, che, a seconda della parte che assume l’iniziativa, potrà coincidere con la regola generale *ex art. 2* o diventare *forum actoris* (punto 42).

per una parte della norma, il metodo indicato dalla Corte mostra limiti difficilmente superabili, mettendo in seria discussione la sua applicabilità (necessariamente omogenea) all'intera disposizione.

Nel caso in cui la consegna della merce sia al contrario avvenuta di fatto in un luogo determinato, gli effetti del metodo pragmatico comunque non garantiscono con assoluta certezza il raggiungimento dell'obiettivo di prossimità e prevedibilità che la Corte ha utilizzato come criterio selettivo delle diverse possibili interpretazioni della fattispecie. Infatti, sempre più frequentemente lo schema contrattuale sfugge al semplicistico dualismo delle sedi delle parti contraenti a causa delle triangolazioni produttive e della moltiplicazione dei luoghi di adempimento.

Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alle molte ipotesi in cui la merce venga recapitata in luoghi ove non è destinata a sostare se non per brevi periodi, come avviene nel caso delle piattaforme distributive delle centrali d'acquisto⁴⁴ o dei *broker* commerciali con appoggio temporaneo presso magazzini/depositi esterni⁴⁵, ovvero ancora nei contratti di borsa merci⁴⁶. Analoghe difficoltà potrebbero porsi nelle controversie in cui ad essere in discussione non è un difetto o una mancanza di qualità della merce, ma un vizio nella formazione del consenso o una nullità del contratto, che poco o nulla hanno a che vedere con il luogo ove i beni vengono recapitati⁴⁷, ovvero ancora nei casi in cui il bene oggetto dello scambio sia già stato consumato⁴⁸ o sia oggetto di evizione. In tutte queste situazioni, al di là della oggettiva difficoltà a localizzare il luogo della consegna fra le parti secondo la logica fattuale/quantitativa, l'applicazione del metodo pragmatico andrebbe nella direzione opposta ai vantaggi istruttori inseguiti dalla Corte, mettendo in discussione l'utilità stessa del titolo di giurisdizione speciale previsto dal regolamento.

Ove poi il luogo materiale della consegna non sia delocalizzato rispetto alla sede dell'acquirente, il criterio fattuale rischia di condurre alla cancellazione per

⁴⁴ È il tipico caso dei rapporti con la Grande distribuzione organizzata (GDO), in cui il venditore è chiamato a consegnare la merce nei diversi punti vendita europei della catena distributiva, pur avendo stipulato un contratto con un soggetto commissionario giuridicamente differente che si interpone fra fornitore e destinatario finale della consegna.

⁴⁵ Come le operazioni di compravendita di derrate alimentari o prodotti petroliferi.

⁴⁶ Si tratta di prassi ben note nel commercio internazionale. In alcuni specifici ambiti la recente crisi economica ha connotato queste fattispecie con fenomeni imprevisi e per certi aspetti drammatici, come l'occupazione di aree portuali e spazi attrezzati con merci in eccedenza rispetto alle richieste del mercato. Per un esempio nel settore auto si veda *The Guardian, Growing stocks of unsold cars around the world*, 16 gennaio 2009, reperibile *on line* all'indirizzo www.guardian.co.uk.

⁴⁷ Così C. SILVESTRI, *Il "forum contractus" nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 tra prospettive e retrospettive*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 432, con riferimento alle ipotesi di modifica dell'art. 5, 1° comma.

⁴⁸ Si pensi al caso della esternalizzazione produttiva in cui al subfornitore si chieda di effettuare direttamente la consegna al cliente finale. Sul punto sia consentito rinviare, per più specifici richiami normativi, di dottrina e giurisprudenza, al nostro *Incidenza del diritto comunitario nei rapporti commerciali fra imprese del settore alimentare*, in G. COSCIA (a cura di), *I rapporti commerciali nel settore alimentare*, Alessandria, 2010, p. 77 ss.

via esegetica del foro speciale di questi contratti, ovvero alla creazione di un *forum emptoris* altrettanto avversato rispetto a quello del venditore. Infatti, a seconda che l'azione sia intentata dal venditore (ad es. recupero crediti) o dall'acquirente (ad es. rimedio edilizio) si avrà come effetto finale la coincidenza del *forum contractus* con il foro generale del convenuto ovvero la contraria ipotesi del privilegio di giurisdizione accordato all'attore. Il che, pur se ispirato dal già richiamato principio di prevedibilità, non pare comunque conforme allo spirito della norma, nemmeno nella sua novellata formulazione⁴⁹.

Nel novero delle criticità deve poi essere segnalata la tendenziale separazione fra *forum* e *ius* sotto un duplice ordine di profili: per un verso, l'interpretazione in questione determinerebbe una inspiegabile diversità di criterio a seconda che si debba statuire in materia di giurisdizione, ovvero sulla legge applicabile, ove l'art. 31 della Convenzione di Vienna, in assenza di pattuizione sul punto, prevede che la consegna della merce debba essere intesa come consegna "al primo vettore"⁵⁰. Per altro verso, nel caso in cui la Convenzione non possa essere applicata⁵¹ o si verta in materie non disciplinate in modo uniforme⁵², troverà necessaria applicazione l'art. 4 del nuovo regolamento (CE) n. 593/2008⁵³, ove viene stabilito *a priori* che il rapporto sia regolato dalla legge ove il venditore ha la propria residenza abituale. Con il risultato evidente che, per queste fattispecie, il giudice ritenuto competente (tendenzialmente, quello della sede dell'acquirente) dovrà sempre applicare una normativa diversa dalla propria.

⁴⁹ Accade così che l'asserito equilibrio fra prevedibilità e prossimità venga in un gran numero di fattispecie messo in discussione, perché inesistente o comunque fortemente inclinato in favore della prima, senza che a ciò debba necessariamente corrispondere un vantaggio sul piano sostanziale nel processo.

⁵⁰ Cfr. nota 42.

⁵¹ Attualmente sono parte della Convenzione i seguenti Paesi UE: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Rep. Ceca, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Lituania, Lussemburgo, Olanda, Finlandia, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia. Non hanno ancora aderito, invece, Estonia, Irlanda, Lettonia, Malta, Portogallo e Regno Unito.

⁵² Com'è noto, la Convenzione di Vienna non regola tutti i possibili aspetti dei contratti internazionali di compravendita di beni mobili, ma solo i più significativi. Vi sono pertanto diverse patologie contrattuali che, non trovando disciplina nel testo convenzionale, dovranno essere risolte sulla base della legge altrimenti applicabile al contratto.

⁵³ Cfr. il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), *GUUE* L 177, 4 luglio 2008, p. 6 ss., che ha sostituito la Convenzione di Roma del 1980, il cui art. 4, con significativa novità rispetto al precedente testo convenzionale, determina la legge applicabile per i contratti di compravendita e di servizi in quella del Paese ove il venditore o il prestatore hanno la residenza abituale. Per commenti sulla nuova disciplina si rinvia a F. POCAR, *La trasformazione della Convenzione in Regolamento: da norma flessibile a norma rigida?*, in G. CARELLA, D. DAMASCELLI (a cura di), *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento "Roma I". Atti del Convegno (Bari, 23-24 marzo 2007)*, Milano, 2008; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008; T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *RDI*, 2009, p. 49 ss.; N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria sulla legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009.

Infine, l'ormai consolidata concentrazione delle azioni in un unico foro e la sua tendenziale collocazione presso il domicilio dell'acquirente incentivano comportamenti abusivi di quest'ultimo in misura significativamente superiore a quanto non succedesse con la precedente interpretazione. Gli studi effettuati dalla stessa Commissione al riguardo⁵⁴ ed alcune emblematiche vicende giudiziarie⁵⁵ hanno dimostrato, infatti, che l'incidenza del costo delle procedure di recupero in Paesi stranieri può assumere dimensioni tali da scoraggiare chi vanta crediti di modesta entità ad avviare le relative azioni giudiziarie, con il risultato di premiare se non l'inadempienza totale, quantomeno la prassi di trattenere una parte del dovuto, specialmente in Paesi in cui la regolamentazione delle spese legali non è rigidamente ancorata al principio della soccombenza. Il che appare un ulteriore elemento di incoerenza con i notevoli sforzi compiuti dall'Unione per garantire una più puntuale ed efficace riscossione dei crediti commerciali ed una riduzione dei relativi costi⁵⁶, ed, in particolare, con

⁵⁴ Cfr. la comunicazione della Commissione europea al Consiglio ed al Parlamento europeo, Verso una maggiore efficienza nell'ottenimento e nell'esecuzione delle decisioni nell'ambito dell'Unione europea, *GUCE* C 33, 31 gennaio 1998, p. 3, par. 38, in cui, basandosi su di uno studio appositamente commissionato (European Payment Habits Survey – Aprile 1997 – Intrum Justitia), l'esecutivo comunitario ha stimato la proporzione dei ritardi intenzionali nei pagamenti commerciali nel 35% delle transazioni. Nella relazione introduttiva della proposta di regolamento per la creazione di una procedura europea di ingiunzione (cfr. COM(2004)173 def., del 19 marzo 2004), la Commissione ha ulteriormente indicato che dalle risposte degli Stati membri ad uno specifico questionario emerge come i crediti non contestati e non saldati nell'UE si aggirano intorno al 50%, percentuale che sale all'80% ove si analizzi il dato fra le sole procedure monitorie giudiziali (cfr. p. 5, par. 2.1.1). Le cifre indicano quindi una preoccupante tendenza all'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, che potrebbe essere rafforzata dalla sensazione di impunità derivante da un aumento dei costi e delle difficoltà legati alle procedure monitorie.

⁵⁵ È noto che i costi della lite costituiscono uno dei maggiori deterrenti all'avvio delle procedure giudiziali. A tal riguardo, pare emblematica la vicenda descritta da T. C. HARTLEY, 'Libel Tourism' and Conflict of Laws, in *ICLQ*, 2010, p. 25 ss., ove una parte, rinunciando a difendersi per l'impossibilità di sostenere i costi di assistenza legale in Inghilterra, è stata condannata a risarcire 30.000 sterline per responsabilità extracontrattuale e 105.000 sterline per spese di procedura (cfr. p. 31).

⁵⁶ Negli ultimi anni il legislatore europeo ha compiuto molti sforzi per migliorare la situazione dei crediti commerciali, ritenendo che il mancato pagamento delle prestazioni o delle forniture costituisca uno dei maggiori rischi per la sopravvivenza stessa delle imprese. I provvedimenti al riguardo sono numerosi. Sia consentito, per sinteticità, fare esclusivo riferimento alla direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, *GUCE* L 200, 8 agosto 2000, p. 35 ss., recepita in Italia con d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, *GURI* 249, 23 ottobre 2002; al regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, *GUUE* L 143, 30 aprile 2004, p. 15 ss.; infine, al regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, *ivi* L 399, 30 dicembre 2006, p. 1 ss.

le finalità sottese alla recente introduzione di uno strumento europeo di ingiunzione di pagamento⁵⁷.

Sicché, volendo trarre un primo, approssimativo, bilancio degli effetti del nuovo orientamento giurisprudenziale sulla materia di cui ci si occupa, pare legittimo nutrire qualche perplessità sull'effettivo miglioramento dell'efficacia del foro dei contratti. L'adozione del "criterio fattuale" non sembra, infatti, aver nettamente semplificato le problematiche processuali preesistenti, quantomeno per un considerevole numero di fattispecie "complesse" riconducibili alla compravendita per le quali il luogo di destinazione finale della merce potrebbe essere un elemento di ulteriore divaricazione del processo dal cuore della controversia. L'approccio pragmatico, inoltre, non solo sacrifica buona parte dell'autonomia del foro della compravendita ed espone le piccole imprese ad un inaspettato quanto indesiderabile aumento dei costi, ma non pare nemmeno facilitare l'opera dei giudici, attesa la diversità delle soluzioni adottate a livello sostanziale e processuale nella legislazione dell'Unione europea e convenzionale.

Nei contratti di fornitura di servizi la situazione è più complessa. La Corte ha sottolineato come le due fattispecie (compravendita di beni, prestazione di servizi) "hanno la stessa genesi, perseguono la stessa finalità ed occupano la stessa posizione nel sistema istituito" dal regolamento 44/2001, sicché le soluzioni e le motivazioni indicate nelle sentenze *Color Drack* e *Car Trim* hanno trovato ampia eco anche nei casi *Rehder* e *Wood Floor Solutions*. Secondo la Corte, infatti, l'applicazione del principio di prossimità alla prestazione di servizi impone di individuare il giudice nel luogo di esecuzione materiale preva-

⁵⁷ L'argomento è troppo esteso per poter essere qui affrontato efficacemente. Nondimeno, preme sottolineare come il 6° "considerando" del regolamento 1896/2006, cit., sottolinei l'importanza primaria di un "recupero rapido ed efficace [dei propri crediti] per gli operatori economici dell'Unione, in quanto i ritardi di pagamento costituiscono una delle principali cause di insolvenza che minaccia la sopravvivenza delle aziende, in particolare delle piccole e medie imprese". Conformemente, l'art. 1 di tale regolamento sancisce che lo strumento è volto a "semplificare, accelerare e ridurre i costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere (...)" ed "assicurare la libera circolazione in tutti gli Stati membri dell'ingiunzione di pagamento europea". A fronte di ciò, e considerato che il regolamento appena ricordato rinvia al regolamento 44/2001 per i criteri di determinazione della competenza giurisdizionale, è singolare notare come l'impostazione seguita dalla Corte nelle recenti sentenze citate rischi di frustrare uno dei potenziali effetti economici più favorevoli dello strumento, ossia il contenimento dei costi attraverso l'accesso ad una procedura monitoria europea da attivare presso la sede del creditore. Per maggiori approfondimenti sulla disciplina in discussione si rinvia, *ex pluribus*, a O. PORCHIA, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento: il regolamento comunitario n. 1896/2006*, in B. CAPPONI (opera diretta da), *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2009, II ed., p. 55 ss.; M. A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in www.judicium.it (reperibile on line); F. SEATZU, *Il procedimento d'ingiunzione di pagamento nel regolamento comunitario n. 1896/2006*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un "ordine comunitario" del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2008, p. 131 ss.; A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano, 2009.

lente dell'attività, ove, di regola, è più facile accertare l'inadempimento, le sue cause e le sue conseguenze economiche⁵⁸.

Nondimeno anche per questi contratti la crescente complessità degli scambi commerciali nell'economia moderna può riservare sorprese. Può anzitutto darsi – al pari della situazione precedente – che il luogo di effettuazione materiale della prestazione prevalente non agevoli affatto l'attività istruttoria del giudice. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle molteplici forme di lavorazioni conto terzi su prodotti che vengono spediti altrove (verniciature, confezionamento, stampaggi, finiture specialistiche, ecc.), ovvero ai molti servizi di elaborazione dati, di connettività nelle telecomunicazioni e/o relativi all'*information technology*⁵⁹, che possono esplicare i loro effetti a notevole distanza dal luogo di creazione dei contenuti in oggetto. In queste ipotesi il luogo dell'esecuzione dell'attività può, ancora una volta, non coincidere con la sede ove è più facile ed immediato accertare l'inadempimento, stimarne le cause e quantificare le conseguenze dannose.

V'è poi il caso, per certi aspetti ancor più problematico, in cui non soltanto il *forum executionis* non offre alcuna semplificazione dell'attività istruttoria, ma non coincide nemmeno con la sede di una delle parti in causa, perché il servizio viene effettuato in un Paese terzo con trasferimento occasionale del prestatore, come accade nelle fattispecie analizzate dalla Corte di giustizia relative ai contratti di trasporto aereo⁶⁰ o di agenzia. In queste ed altre situazioni, allo svantaggio istruttorio si somma una certa arbitrarietà nell'indicazione del foro in funzione della prestazione prevalente⁶¹ nonché la scissione tra *forum* e *ius* ai sensi dell'art. 4 del regolamento 593/2008, aggravata dall'assenza, per la generalità

⁵⁸ Cfr. sentenza *Rehder*, cit., punto 36. Si veda altresì il punto 33 della sentenza *Wood Floor Solutions*, cit.

⁵⁹ Le tipologie di contratti connesse a queste ipotesi sono moltissime per effetto della globalizzazione e della c.d. "*net economy*". Vi rientrano, ad esempio, i servizi di *hosting*, le connessioni via rete o satellite, la realizzazione di contenuti o *lay out* di siti web, o la semplice esternalizzazione di *call center* o *customer care*, ecc.

⁶⁰ Si pensi al caso in cui il trasporto aereo non venga effettuato perché il velivolo sia fermo in altro aeroporto per un guasto. In una situazione di questo tipo, anche laddove il contenzioso veda coinvolti esclusivamente *tour operator* e vettore, è prevedibile che la causa si sviluppi intorno alla c.d. "imputabilità dell'inadempimento" e, quindi, alla natura del guasto, alla sua prevedibilità/evitabilità, alla diligenza del prestatore nel cercare di ovviare all'impedimento, ecc. Tutte problematiche che richiedono un accertamento nel luogo ove il guasto si è verificato, diverso da quello ove il servizio avrebbe dovuto essere effettuato. Com'è noto, il trasporto aereo è stato da lungo tempo disciplinato a livello internazionale dapprima con la Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 (resa esecutiva in Italia con l. 19 maggio 1932 n. 841, *GURI* 171, 26 luglio 1932), successivamente sottoposta a revisione con la Convenzione di Montreal del 29 maggio 1999 (resa esecutiva in Italia con l. 10 gennaio 2004 n. 12, *ivi* 20, 26 gennaio 2004), cui hanno aderito gli Stati membri della CE. La Corte non ha mostrato alcuna perplessità nel classificare questo tipo di contratti come prestazione di servizi e nel ricondurli all'ipotesi di cui all'art. 5, n. 1 del regolamento 44/2001 (cfr. sentenza del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *The Queen, ex parte International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association c. Department for Transport*, *Raccolta*, p. I-403 ss.; sentenza *Rehder*, cit.).

⁶¹ Cfr. sul punto P. FRANZINA, *Struttura e funzionamento*, cit., p. 674, ove l'autore si domanda al riguardo se "conti di più il luogo in cui sono stabiliti i clienti grazie ai quali l'agente ha conse-

dei contratti, di una convenzione di diritto uniforme analoga a quella di Vienna per la compravendita⁶². Le ricadute del metodo pragmatico paiono, dunque, significative anche per queste fattispecie.

4. Le criticità rilevate pongono il problema della individuazione di una possibile alternativa all'attuale interpretazione dell'art. 5, n. 1, lett. b) del regolamento 44/2001 che garantisca un miglior temperamento delle contrapposte esigenze nel quadro di un processo più efficiente e meno costoso. Le valutazioni al riguardo possono essere condotte avendo riguardo alle soluzioni che in astratto sembrerebbero preferibili, ovvero ai possibili sviluppi giurisprudenziali che nel prossimo futuro è lecito attendersi sulla materia di cui ci si occupa.

Sotto il primo punto di vista, occorre prendere atto che una soluzione dogmaticamente e pragmaticamente perfetta non sembrerebbe esistere: le diverse ipotesi che negli ultimi quaranta anni si sono confrontate scoprono ora un fianco, ora l'altro a critiche tecniche e problemi pratici, lasciando il commentatore perennemente insoddisfatto. In una situazione di questo tipo, e considerando le importanti ricadute economiche dei meccanismi processuali in materia commerciale, pare giuoco forza assumere una impostazione che miri non tanto a ricercare una (impossibile) perfezione assoluta sul piano teorico, quanto piuttosto a fornire ai giudici ed alle parti un criterio che salvaguardi anzitutto la linearità del processo, garantendo al contempo, per riprendere una delle indicazioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999⁶³, il diritto ad un agevole accesso alla giurisdizione. Ciò anche in quanto non pare corretto utilizzare il diritto processuale quale strumento di politica giudiziaria, ossia trasformarlo in una sorta di ostacolo per le parti che contribuisca a disincentivare la lite. Questo effetto dovrebbe semmai essere ottenuto limando le differenze nel diritto sostanziale ed offrendo così maggiore certezza circa l'esito del giudizio e le conseguenze della possibile soccombenza di una parte contro l'altra.

guito le provvigioni di maggior consistenza, o il luogo (eventualmente diverso) in cui l'agente ha speso la maggior parte dei suoi sforzi per la promozione degli affari del preponente (...)"

⁶² Nel caso del trasporto aereo, come si diceva, opera la citata Convenzione di Montreal. Appare tuttavia significativo che in questo caso l'art. 33, 1° comma per le azioni di risarcimento danni intentate contro le compagnie aeree abbia indicato il foro del domicilio del vettore, o, in alternativa, della sede principale della sua attività, del luogo in cui egli possiede l'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto o nel luogo di destinazione, purché sito nel territorio di uno Stato contraente. La Convenzione è stata sottoscritta anche dalla CE: cfr. regolamento (CE) n. 889/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 maggio 2002, che modifica il regolamento (CE) n. 2027/97 sulla responsabilità del vettore aereo in caso di incidenti, *GUUE* L 140, 30 maggio 2002. La Corte ha comunque ricondotto le ipotesi di negato imbarco alla disciplina dell'art. 5, n. 1 del regolamento 44/2001 nella sentenza *Rehder*, cit. Sul punto si vedano G. CONTALDI, *Il contratto internazionale di trasporto di persone*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 359 ss.; G. SERRANÒ, *Cancellazione del volo e giurisdizione in materia di trasporto aereo: il caso Air Baltic*, in *RDIPP*, 2010, p. 77 ss.

⁶³ Cfr. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999.

Gli obiettivi indicati, che per comodità si potrebbero definire come “effettività” del sistema processuale transnazionale, poggiano sulla opportunità di far convergere, nei limiti del possibile, i criteri interpretativi ed applicativi del foro e della legge che regola il rapporto, come peraltro suggerito dagli stessi considerando introduttivi del regolamento 593/2008⁶⁴, di modo da eliminare, per quanto possibile, le incoerenze evidenziate in precedenza e consentire al giudice una più agevole trattazione della causa in fatto ed in diritto. La soluzione, peraltro, dovrebbe garantire anche il mantenimento di una certa autonomia del foro dei contratti, evitando, nei limiti del possibile, interpretazioni abroganti come quelle attualmente offerte dalla Corte.

Nell’ambito della compravendita questo intento parrebbe raggiungibile solo attraverso un ripensamento della più recente giurisprudenza dell’Unione, poiché la sintesi fra legge applicabile e titolo di giurisdizione sembrerebbe raggiungibile unicamente utilizzando il criterio indicato nell’art. 31 della Convenzione di Vienna, ove viene privilegiata l’impostazione giuridica della “consegna al vettore”.

La scelta porterebbe una pluralità di vantaggi, peraltro già ben evidenziati dalla dottrina⁶⁵. Consentirebbe, anzitutto, un effettivo bilanciamento dei principi di prevedibilità e certezza del diritto tanto in ambito processuale quanto sostanziale; garantirebbe uniformità nella soluzione, superando le perplessità circa l’impiego di criteri diversi per la scelta del giudice e della legge regolatrice; andrebbe incontro alle critiche manifestatesi in passato nei confronti del c.d. “metodo conflittuale” senza peraltro sbilanciarsi verso eccessi di praticità; infine, la tendenziale coincidenza del luogo di consegna al primo vettore quantomeno con una sede produttiva del venditore consentirebbe di ovviare al problema della deliberata insolvenza dell’acquirente, con effetti benefici sul corretto funzionamento del mercato interno.

Né pare che il rischio di ripristinare il c.d. “*forum venditoris*” possa costituire di per sé elemento sufficiente a mettere in discussione la validità di questa soluzione. Al di là del fatto che ciò non è sempre stato giudicato come negativo

⁶⁴ Cfr. il 7° “considerando”, ove si evidenzia la stretta interconnessione fra il diritto applicabile ai contratti e la materia processuale, ed il 17° “considerando”, ove, con specifico riferimento all’oggetto che qui interessa, si afferma che “(...) è opportuno dare alle nozioni di ‘prestazione di servizi’ e di ‘vendita di beni’ la stessa interpretazione utilizzata nell’applicazione dell’articolo 5 del regolamento (CE) 44/2001, nella misura in cui la vendita di beni e la prestazione di servizi sono contemplati da detto regolamento (...)”.

⁶⁵ Cfr. F. SALERNO, *I criteri comunitari*, cit., p. 237, secondo cui “in termini di certezza del diritto la formula convenzionale è la migliore sintesi praticabile tra gli interessi in giuoco delle parti, e, quindi, correlativamente, dell’attore e del convenuto. La sua trasposizione nella qualificazione del luogo di consegna di cui all’art. 5.1 del regolamento n. 44 ne favorisce una applicazione uniforme nello spazio giudiziario europeo, di gran lunga maggiore rispetto non solo al metodo conflittuale, ma soprattutto al metodo ‘pragmatico’ (...)”.

privilegio di giurisdizione⁶⁶, l'obiezione può trovare risposta⁶⁷ nella valorizzazione del c.d. "effetto utile", consentendo l'art. 5, n. 1 all'attore la scelta di un foro a lui più conveniente, in ciò favorito dalla chiarezza della disposizione convenzionale che meglio asseconda il principio di prevedibilità. Sicché, in definitiva, nella scelta fra un parziale vantaggio istruttorio nei soli casi in cui effettivamente foro dell'acquirente ed oggetto della controversia coincidano ed una sicura maggiore linearità del "sistema-processo" (inteso come sommatoria delle regole giurisdizionali e del diritto che dovrà in esso essere applicato), quest'ultima soluzione sembrerebbe comunque offrire maggiori vantaggi rispetto a quella preferita dalla Corte nella sua più recente giurisprudenza.

Per i contratti di prestazione di servizi, la situazione appare decisamente più complessa. L'assenza di convenzioni di diritto uniforme largamente diffuse⁶⁸ che possano svolgere una azione positiva – come accade nell'ambito della compravendita – non sembrerebbe lasciar intravedere strade alternative altrettanto praticabili che garantiscano risultati più stabili rispetto all'interpretazione fattuale dell'art. 5, n. 1, lett. b), secondo trattino, offerta dalla Corte. Il dato positivo della norma, peraltro, non può essere in questo caso facilmente piegato ad interpretazioni "giuridiche" che meglio soddisfino l'esigenza di coerenza complessiva del sistema, poiché non esiste una espressione equivalente alla "consegna" che consenta doppie letture. Non pare, in altre parole, allo stato possibile individuare soluzioni che, analogamente a quanto avviene in alcune discipline convenzionali⁶⁹, tendano a stabilizzare la scelta del foro (magari optando per la sede del prestatore caratteristico) ed evitare così le incertezze applicative che il luogo d'esecuzione può in alcuni casi determinare.

Sicché, sembrerebbe necessario arrendersi all'evidenza, quantomeno allo stato attuale di elaborazione della disciplina positiva delle diverse tipologie di contratti classificabili come "servizi", che l'interpretazione corrente della norma, concepita in modo omogeneo rispetto alla compravendita e guidata da analoghi intendimenti, produca effetti in parte insoddisfacenti ed in parte contraddittori.

⁶⁶ Cfr. R. CLERICI, *op. cit.*, p. 896, ove l'autrice afferma che "il tanto deprecato foro dell'attore-venditore nelle controversie relative al pagamento del prezzo della merce non sembra riconducibile con assoluta certezza alla categoria dei c.d. 'privilegi di giurisdizione': almeno, non più di quanto possa risultare il foro dell'attore-acquirente nelle cause relative all'accertamento dei vizi della merce presso di lui consegnata". Si veda altresì A. HUERT, *La Ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual*, in *Competencia Judicial y Ejecución de Sentencias in Europa*, Navarra, 1994, p. 73; P. BIAVATI, *Le prospettive*, cit., p. 1220 ed ivi gli ulteriori richiami.

⁶⁷ Cfr. F. SALERNO, *op. ult. cit.*, p. 237.

⁶⁸ Fa eccezione, come già evidenziato in precedenza, il caso del trasporto aereo, ove la citata Convenzione di Montreal ha disciplinato buona parte degli aspetti sostanziali del contratto ed alcuni profili processuali. Nondimeno, appare significativo rilevare come in questo caso la scelta del foro competente non sia ricaduta sul luogo di espletamento del servizio, ma, nei casi contemplati, presso la sede del prestatore. Sul punto si rinvia alle note 60 e 62.

⁶⁹ Cfr. la Convenzione di Montreal che stabilizza la giurisdizione accordando un privilegio generale al prestatore caratteristico. Si veda, sul punto, la nota 62.

In alcuni casi, infatti, il foro dell'esecuzione materiale potrebbe non offrire agevolazioni probatorie rispetto alla sede di una delle parti contraenti. Nelle altre, più frequenti, ipotesi, l'interpretazione fattuale corrente condurrà ad una soluzione sorprendentemente opposta alla compravendita, favorendo il prestatore (presso la cui sede, di regola, viene espletato il servizio) rispetto al committente/acquirente⁷⁰. Anche sotto questo punto di vista, dunque, l'attuale assetto interpretativo della norma sembrerebbe suggerire ulteriori possibili evoluzioni della materia⁷¹.

Occorre tuttavia ammettere come, allo stato, non paia ragionevolmente ipotizzabile una radicale modifica del metodo pragmatico, pur a fronte del palesarsi delle difficoltà applicative evidenziate. In quest'ottica parrebbe comunque auspicabile che, quantomeno, la Corte valorizzi in futuro l'elemento "volontà delle parti", di cui si sottolinea l'importanza anche nelle più recenti sentenze citate, attribuendo nell'ambito della tradizionale lettura del combinato disposto degli articoli 5 e 23 del regolamento maggior valore alle prassi commerciali internazionali. Pare, infatti, questo il solo elemento capace di superare di volta in volta le rigidità imposte dall'attuale chiave di lettura della norma in commento, adattando le scelte giurisdizionali al concreto atteggiarsi del rapporto.

La giurisprudenza comunitaria in passato ha adottato al riguardo un atteggiamento formalistico⁷², preoccupata soprattutto di impedire l'aggiramento delle condizioni legate alla proroga volontaria di competenza attraverso indicazioni contrattuali sul luogo di esecuzione. Il mutato contesto normativo sembrerebbe tuttavia legittimare oggi una interpretazione più flessibile dell'art. 23, 1° comma, lett. c) del regolamento, partendo dal rilievo già riconosciuto agli usi commerciali internazionali⁷³, e, per i contratti di compravendita, estendendolo anche agli

⁷⁰ Nel caso della compravendita, l'applicazione del criterio "fattuale" privilegia di fatto l'acquirente, come dimostrato in precedenza, perché colloca il foro speciale *ex art. 5, n. 1* del regolamento 44/2001, cit., tendenzialmente presso la sua sede. Applicando l'analogo criterio alla prestazione di servizi si genera, invece, l'effetto opposto, perché di regola l'attività viene compiuta presso la sede del prestatore. Il che pare in evidente contraddizione con l'omogeneità di trattamento accordata ai due contratti dalla norma (peraltro analoga a quanto previsto nell'ambito del regolamento 593/2008, cit.) e con la stessa interpretazione delle due discipline offerta dalla Corte nella sentenza *Rehder*, cit., punto 36.

⁷¹ Quantomeno nel senso dell'auspicabile opera di uniformazione della disciplina sostanziale delle tipologie contrattuali più diffuse.

⁷² Cfr., *ex pluribus*, le sentenze *Zelger*, cit., punti 4 e 5, e *MSG*, cit., punti 31, 33 e 34, ove la Corte ha escluso che il ricorso all'indicazione di un luogo specifico di consegna potesse valere anche come presunzione della volontà delle parti di attribuire al giudice di quel luogo la giurisdizione esclusiva sul contratto.

⁷³ Nella sentenza *MSG*, cit., punto 19, la Corte aveva già chiaramente affermato: "si può presumere l'esistenza di un accordo di volontà tra i contraenti su una clausola attributiva di competenza quando esistono al riguardo usi commerciali nel ramo del commercio internazionale interessato, usi che le medesime parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere".

incoterms codificati dalla Camera di commercio internazionale, in controtendenza rispetto alla giurisprudenza interna⁷⁴.

Come è stato, infatti, giustamente osservato⁷⁵, un approccio meno rigido in materia consentirebbe di andare incontro ai rapporti che più frequentemente cadono sotto la disciplina della norma in commento, di regola caratterizzati da una scarsa regolamentazione e da un più ampio ricorso alle integrazioni della disciplina commerciale, garantendo al contempo quella flessibilità che la norma, per le ragioni esposte, oggi non può più offrire.

In un caso come nell'altro, l'art. 5, n. 1 mantiene, ad oltre quarant'anni dalla sua prima stesura, inalterata problematicità sì da far prevedere in futuro ulteriori evoluzioni interpretative e giurisprudenziali.

Abstract

Jurisdiction and Place of Performance in Sales of Goods or Provisions of Services in European Judicial Area: Prospects and Retrospectives

This article focuses on “place of performance” as a ground of jurisdiction in sale of goods contracts and provision of services in the European Judicial Area when the place of performance is not stated in the contract. In its first part this article summarizes the traditional opinion of scholars and the viewpoint of the European Court of Justice with regard to the conflict of laws methodology used to determine the place of performance of obligations in interpreting Article 5.1 of the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. The paper outlines the negative opinions expressed in the past on this linking factor and the attitude of the ECJ.

In the second part the Author analyzes the more recent decisions on the last version of Article 5.1(b) Reg. EC 44/2001. Accordingly, this rule must be interpreted autonomously and linked to the physical /geographical place of performance (i.e. the place of

⁷⁴ È noto che la giurisprudenza delle Corti nazionali si è espressa tendenzialmente in senso contrario, limitando l'effetto degli *incoterms* al solo passaggio del rischio nell'ambito dei contratti fra soggetti con sedi in Stati diversi. Si vedano, al riguardo, Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} chambre, 18 marzo 1998, *Société Franco-Africaine de distribution textile c. More and More Textilfabrik GmbH*; Gerechtshof's Hertogenbosch, 24 luglio 1997, *La Metallifera S.p.A. c. Bressers Metaal BV*; Hof Van Beroep, 22 gennaio 2007, *B.V.B.A. I.T.M. c. S.A. Montanier*, tutte reperibili *on line* all'indirizzo www.unilex.info, nonché Cass. civ., SS.UU., 27 settembre 2006, n. 20887, in *RDIPP*, 2007, p. 759 ss.

⁷⁵ Cfr. P. FRANZINA, *op. ult. cit.*, spec. pp. 678-679, il quale giustamente osserva che “se l'obiettivo è quello di corrispondere, nella determinazione del *locus solutionis*, alle aspettative delle parti, non si vede per quale ragione ci si debba limitare alle aspettative che le parti abbiano provveduto a ‘formalizzare’ nel contratto, là dove altri indizi potrebbero dar conto in termini non meno chiari di come le parti hanno inteso regolare i propri interessi”.

delivery of the goods to the purchaser at their final destination or the place where the provider of services has carried out most part of his activities). The analysis underlines the difficulties that this factual approach could determine when put into practice, especially in small business matters. As a conclusion the Author provides alternative readings of the discussed rule deemed closer to the heart of the matter.

La fiscalità diretta nelle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Una riflessione sul principio di non restrizione delle libertà fondamentali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rilevanza fiscale delle norme europee relative alle libertà fondamentali. – 3. Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. – 4. Il principio di non restrizione delle libertà fondamentali e divieto di restrizione discriminatoria. – 5. Le restrizioni relative alla coesistenza di diversi ordinamenti tributari nell'Unione europea.

1. In materia fiscale il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea non contiene quelle innovazioni necessarie a dare un nuovo impulso alla politica portata avanti dalla Commissione europea per il settore della fiscalità, che, nella fase storica attuale, versa in una situazione di grave *impasse*. Ai risultati certamente non ottimali raggiunti in materia quando i Membri dell'Unione erano solo 15, si sono aggiunti, infatti, ulteriori elementi di complessità dovuti all'allargamento a ben 27 Stati, che la rigidità del dispositivo dell'art. 113 TFUE non contribuirà certo a superare¹. Tale disposizione prevede, infatti, vincoli giuridici particolarmente gravosi per l'adozione degli atti d'armonizzazione fiscale e cioè, quale modalità di votazione, l'unanimità dei consensi e, come oggetto di armonizzazione, la fiscalità indiretta. Non è stata inserita alcuna disposizione per la regolamentazione del settore delle imposte dirette e più specificamente per il regime fiscale delle imprese. Né sono stati introdotti dal Trattato di Lisbona i criteri relativi alla tassazione dei profitti delle società operanti in più Stati, nell'ambito o meno di un gruppo, ovvero i criteri da seguire per le principali

¹ Il testo di tale disposizione è così mutato: “Il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria ad assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza”.

categorie di redditi (dividendi, interessi, *royalties*) o per la tassazione dei redditi da lavoro, specialmente dipendente, svolto in uno Stato estero o ancora per impedire casi di doppia imposizione nell'ambito dell'Unione.

Se è vero che la Commissione ha aggirato abbastanza agevolmente la mancanza di una base giuridica per l'armonizzazione delle imposte dirette, proponendo in questa materia l'adozione degli atti sulla base di norme di carattere generale quale l'art. 115 TFUE (già art. 94 TCE), è anche vero che quest'ultima disposizione prevede, quale sistema di votazione, pur sempre l'unanimità dei consensi, assai difficilmente raggiunta quando gli Stati membri erano solo 15. Le proposte avanzate dalla Commissione, infatti, sono state bloccate di frequente da un singolo Paese, più spesso da uno piccolo che da uno grande, a causa di gelosie nazionali verso un altro membro o per egoismi nazionalistici. E solo di rado il rifiuto opposto da uno Stato a una misura di armonizzazione fiscale è da ricollegare a rilievi di natura tecnica sui contenuti delle singole proposte. Il che ha determinato un sostanziale immobilismo del Consiglio, che ha varato fino ad oggi un numero davvero esiguo di direttive armonizzatrici nel settore della fiscalità diretta. Si tratta in particolare di cinque direttive, di cui due varate nel 1990, adottate sulla base dell'art. 100 TCEE (ora art. 115 TFUE)², che hanno fatto seguito a una direttiva risalente al 1977 relativa alla cooperazione amministrativa³. Si aggiunge una Convenzione⁴, che ha trovato il suo fondamento giuridico nell'art. 220 TCEE, ora abrogato dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Non ha avuto alcun seguito invece la proposta presentata nello stesso periodo dalla Commissione concernente la contabilizzazione delle perdite subite dalle stabili organizzazioni e dalle affiliate in altri Stati membri⁵. Il contrasto sorto

² Vedi la direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, *GUCE* L 225, 20 agosto 1990, p. 6 ss.; la direttiva 90/434/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi, *ivi*, p. 1 ss., più volte modificata e in ultimo dalla direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri, *GUUE* L 310, 25 novembre 2009, p. 34 ss.

³ Vedi la direttiva 77/799/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1977, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette, *GUCE* L 336, 27 dicembre 1977, p. 15 ss., modificata da ultimo nel 2004.

⁴ Vedi la Convenzione, del 23 luglio 1990, 90/436/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, *GUCE* L 225, 20 agosto 1990, p. 10 ss.

⁵ Vedi la proposta di direttiva COM(1990)595 def., *GUCE* C 53, 28 febbraio 1991, p. 30. Vedi O. RUDING, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Bruxelles, 1992. Per le proposte successive, vedi la comunicazione della Commissione, del 23 ottobre 2001, al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali, Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società, COM(2001)582 def.; la comunicazione della Commissione, del

tra gli Stati per tale proposta ha prodotto un nuovo periodo di stallo durato fino al 1997, quando il Consiglio ha varato un “pacchetto fiscale” sulla base di un approccio più globale verso la materia fiscale, che mirava ad inserire la politica fiscale della Comunità nel contesto delle altre politiche comunitarie nel rispetto del principio di sussidiarietà⁶.

Una strategia di tal tipo, tuttavia, non ha impedito l’esplosione di nuove tensioni tra gli Stati membri, e solo nel 2003 sono state adottate altre due direttive⁷. Tre anni dopo la stessa Commissione ha indicato nuove linee guida per un processo d’integrazione e di armonizzazione fiscale, che tuttavia non hanno avuto alcun seguito⁸. E solo di recente sembra riaccendersi l’attenzione per le problematiche fiscali, che sono analizzate nel più ampio contesto di una *Nuova strategia per il mercato unico* indicata nel Rapporto Monti⁹.

24 novembre 2003, al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società: risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere, COM(2003)726 def.; la comunicazione della Commissione, del 23 dicembre 2005, al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, Lotta contro gli ostacoli connessi alla tassazione delle società incontrati dalle piccole e medie imprese nel mercato interno. Descrizione di un eventuale regime pilota basato sul criterio della tassazione dello Stato di residenza, COM(2005)702 def. In dottrina vedi ampiamente P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005, p. 11 ss.

⁶ Tale approccio fu chiamato globale anche perché mirava a presentare contemporaneamente più proposte in modo che, nella globalità, ciascuno degli Stati potesse, almeno teoricamente, guadagnarvi qualcosa.

⁷ Vedi la direttiva 2003/48/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, *GUUEL* 157, 26 giugno 2003, p. 38 ss., e la direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi, *ivi*, p. 49 ss.

⁸ Vedi la comunicazione della Commissione, del 19 dicembre 2006, al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere, COM(2006)824 def., adottata in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty’s Inspector of Taxes) (Marks & Spencer)*, *Raccolta*, p. I-10837 ss.; vedi in dottrina S. PALMASI, *Imposizione transfrontaliera dei redditi e linee recenti di politica fiscale della Commissione Europea. Bruxelles, 24 novembre 2003, Com(2003)726 definitivo*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 167 ss.

⁹ Vedi M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico*, Rapporto al Presidente della Commissione europea, 9 maggio 2010. Tale Rapporto è stato elaborato su incarico del 20 novembre 2009 del Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso. Per la materia fiscale le raccomandazioni sono dirette a: “proseguire i lavori per eliminare le barriere all’interno del mercato unico, modernizzare le norme sulla fatturazione elettronica, aggiornare le norme relative alla compensazione transfrontaliera, introdurre un sistema vincolante per la composizione delle controversie riguardante la doppia imposizione subita da privati e riesaminare la direttiva sulla tassazione del risparmio; lavorare a una definizione comune delle basi imponibili relative alle imprese e proseguire l’attività del gruppo ‘codice di condotta’ in materia di tassazione delle imprese; riformare le norme che disciplinano l’IVA in modo favorevole al mercato; sviluppare il settore dell’imposizione ambientale nel contesto più ampio delle politiche fiscali e studiare i suoi effetti sulla crescita e l’occupazione; accordarsi sull’istituzione, su iniziativa della Commissione, di un gruppo per la politica fiscale presieduto dal Commissario per la fiscalità e composto da rap-

A causa di tale immobilismo le disposizioni tributarie degli Stati membri, potenzialmente incompatibili con l'ordinamento europeo, con sempre maggiore frequenza sono divenute oggetto di lite dinanzi alla Corte di giustizia, la quale ha finito per assumere un ruolo centrale, e talvolta perfino "creativo", nel coordinamento fiscale tra gli Stati membri, anche se nei limiti dei suoi poteri di organo giurisdizionale, avente funzioni di mero accertamento dell'incompatibilità delle discipline nazionali con le regole del mercato interno. E proprio il ruolo assunto dalla Corte – unico organo in questo momento in grado di portare avanti un processo d'integrazione fiscale – offre lo spunto per talune riflessioni riguardo alle pronunce di questi ultimi dieci anni, in cui sono stati affrontati temi particolarmente sensibili per la materia della fiscalità diretta, come la tassazione dei dividendi in uscita o la tassazione dei redditi da lavoro o ancora la deduzione delle perdite dei costi ovvero il trattamento di alcune componenti negative del reddito.

In particolare, appare interessante esaminare i tratti salienti delle regole, che i giudici di Lussemburgo sono soliti applicare quando sono chiamati a verificare la compatibilità delle norme tributarie degli Stati membri con le libertà fondamentali garantite dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Si tratta sostanzialmente del divieto di restrizione delle libertà fondamentali previsto dagli articoli 49, 56 e 63 TFUE e del principio di non discriminazione, la cui base testuale è negli articoli 18 e 45 TFUE. Se quest'ultimo principio è stato di frequente oggetto di approfondito esame da parte della dottrina, le sue implicazioni in ambito fiscale non sono state valutate sempre con la dovuta attenzione dagli stessi studiosi, i quali, peraltro, non hanno manifestato particolare sensibilità neanche per le problematiche connesse al divieto di restrizione. E ciò non appare comprensibile ove si pensi alla crescente rilevanza che quest'ultimo principio sta assumendo per la materia della fiscalità diretta, grazie alla Corte di giustizia.

2. Al fine di comprendere appieno la rilevanza per la fiscalità diretta dei principi su menzionati giova ricordare, anche se brevemente, le tappe dell'evoluzione giurisprudenziale, attraverso le quali è stata affermata l'incidenza fiscale delle libertà fondamentali. In verità i progressi in tale campo hanno seguito un percorso lento e non sempre agevole, che rispecchia le difficoltà incontrate dalla stessa Unione europea nel portare avanti un'integrazione tra gli Stati membri in materia fiscale. Fino al 1986 i giudici europei hanno dato applicazione essenzialmente alla libera circolazione delle merci, prevista oggi dagli articoli 28-37 TFUE, messa in pericolo costantemente dalle disposizioni degli Stati membri, vietando ogni tentativo di ripristinare, direttamente o indirettamente, le abolite frontiere doganali e le distorsioni fiscali della concorrenza. In questo campo l'intervento dei giudici, vista la presenza di una specifica base giuridica, non ha

presentanti dei ministeri delle finanze degli Stati membri, che rappresenterebbe un'istanza di dibattito strategico e approfondito sulle questioni di politica fiscale”.

presentato particolari difficoltà, risultando per giunta di grande efficacia, sebbene l'esame dei casi specifici abbia richiesto, spesso, non poco impegno a causa della notevole fantasia mostrata dagli Stati membri nel tentare di alzare nuove barriere.

Attraverso un'interpretazione più dinamica delle disposizioni del Trattato e dei compiti stessi perseguiti dall'Unione, la Corte di giustizia, in seguito alla cosiddetta sentenza *Avoir fiscal*¹⁰, ha dato una tutela, sul piano fiscale anche alle altre libertà, capisaldi della costruzione del mercato interno, che trovano puntuale regolamentazione nel TFUE, agli articoli 45-48 (libera circolazione dei lavoratori subordinati), 49-55 e 56-62 (libera circolazione dei lavoratori autonomi rispettivamente sotto il profilo della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi) e 63-66 (capitali e pagamenti)¹¹. Trattasi, in tutti i casi, di norme direttamente applicabili all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, e quindi destinate a prevalere sulle singole norme nazionali comprese naturalmente quelle tributarie.

Nel caso specifico della libera circolazione dei lavoratori trovano tutela l'accesso e lo svolgimento, da parte dei cittadini dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, di un'attività salariata e cioè di un'attività subordinata per la quale si riceve una retribuzione¹². Al riguardo non rilevano la produttività, più o meno elevata, e la natura giuridica del vincolo, che lega il lavoratore al datore di lavoro¹³. Ne consegue che sono assimilate al lavoro subordinato tutta una serie di attività svolte dal contribuente europeo¹⁴, al quale deve essere riconosciuta, tra l'altro, una parità di trattamento fiscale con i lavoratori nazionali¹⁵.

¹⁰ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione c. Francia*, *Raccolta*, p. 273 ss.

¹¹ Tradizionalmente la Corte, partendo dall'assunto che la disciplina delle imposte dirette è di competenza degli Stati membri, ha, tuttavia, affermato che tale competenza deve essere esercitata nel pieno rispetto delle norme europee, tra cui quelle relative alle libertà fondamentali. Tale principio è stato affermato per la prima volta dalla Corte nella sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-246/89, *Commissione c. Regno Unito*, *Raccolta*, p. I-4585 ss.

¹² La giurisprudenza in materia è copiosa. In particolare vedi le sentenze della Corte di giustizia del 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Michel Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, *Raccolta*, p. I-7573 ss. e dell'11 settembre 2008, causa C-228/07, *Jörn Petersen c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich*, *ivi*, p. I-6989 ss.

¹³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 1982, causa 53/81, *D.M. Levin c. Segretario di Stato per la giustizia*, *Raccolta*, p. 1035 ss.

¹⁴ Si tratta in particolare di attività relative al tirocinio professionale (vedi la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, causa 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, *Raccolta*, p. 2121 ss.); di attività di studio, dopo aver abbandonato il lavoro subordinato (vedi la sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1988, causa 39/86, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, *ivi*, p. 3161 ss.); di attività prestata da sportivi professionisti (vedi la sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e a. c. Jean-Marc Bosman e a. (Bosman)*, *ivi*, p. I-4921 ss.).

¹⁵ La libera circolazione dei lavoratori è stata ulteriormente disciplinata in talune direttive e regolamenti, adottati per controllare le condizioni di entrata, di residenza e del regime dei lavoratori e delle loro famiglie. Vedi Guardia di Finanza. Scuola di Polizia Tributaria (a cura di), *Libertà*

La libertà di stabilimento invece garantisce l'esercizio, alle stesse modalità stabilite dalle leggi dello Stato di stabilimento per i propri cittadini, di un'attività economicamente rilevante e cioè finalizzata alla produzione di beni allo scopo di trarne vantaggi patrimoniali. Essa si estende alla costituzione e alla gestione di imprese industriali, artigianali, commerciali o agricole o anche di società¹⁶. Anche tale libertà tende ad assicurare il beneficio della parità di trattamento tra soggetti – siano essi persone fisiche o giuridiche ai sensi dell'art. 54 TFUE – che si stabiliscono in un determinato Stato e soggetti, che in tale Stato dimorino. Per poter godere di un siffatto beneficio una società, tuttavia, deve assicurare un insediamento stabile e continuativo nello Stato membro ospite. Ne consegue che la tutela europea non viene offerta per le costruzioni di puro artificio e cioè realizzate al solo fine di ottenere risparmi fiscali¹⁷.

L'applicazione delle norme europee sul diritto di stabilimento alle disposizioni legislative nazionali ha consentito alla Corte di giustizia di imporre, nel corso degli anni, una serie di obblighi negativi agli Stati membri, che hanno prodotto ampi e profondi mutamenti nelle legislazioni nazionali. Basti ricordare, tra le tante pronunce, le sentenze dove il giudice europeo ha imposto ai Paesi dell'Unione di trattare i redditi conseguiti all'estero dai residenti conformemente al modo in cui è stata determinata la base imponibile sul piano nazionale. Qualora quest'ultima sia ripartita in modo tale da includere i redditi di origine straniera, considerandoli ad esempio imponibili, lo Stato di residenza non deve discriminare tra redditi di origine nazionale e redditi provenienti dall'estero. Né lo Stato membro può operare alcuna discriminazione a danno dei lavoratori autonomi non residenti, anche se quest'ultimi hanno avuto la possibilità, della quale non hanno fatto uso, di scegliere di essere trattati come lavoratori autonomi residenti¹⁸.

economiche del Trattato UE ed imposizione diretta degli Stati. Il divieto di discriminazione: riflessi fiscali, Lido di Ostia, 2002, p. 3 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2005, II ed., p. 69 ss.

¹⁶ Vedi G. MELIS, *Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2004, p. 13 ss.

¹⁷ Il livello minimo di presenza fisica nello Stato membro ospite va verificato sul piano oggettivo: vedi la sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, *Raccolta*, p. I-7995 ss., e l'ordinanza della Corte di giustizia del 23 aprile 2008, causa C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, *ivi*, p. I-2875 ss.

¹⁸ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 2010, causa C-440/08, *F. Gielen c. Staatssecretaris van Financiën*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. In tale causa si esamina la compatibilità con l'art. 43 TCE di una disposizione olandese che consentiva una deduzione dell'imposta ad un contribuente autonomo, che aveva prestato un numero minimo di ore lavorative. La misura di tale deduzione dipendeva dai profitti e veniva calcolata mediante una scala decrescente contenuta dalla legge. La Corte ha stabilito che tale normativa utilizzava il criterio orario in modo da impedire ai contribuenti non residenti di contabilizzare le ore di lavoro effettuato in un altro Stato membro e quindi operava a scapito di essi.

Lo stesso Stato non può imporre poi a una società, ubicata nel suo territorio, di pagare un contributo per la formazione professionale dei propri lavoratori subordinati, se l'importo è calcolato sulla base dei suoi oneri salariati comprensivi di quelli riguardanti una sua succursale stabilita in un altro Stato membro. Un siffatto divieto, però, viene meno se la normativa nazionale consente, nel caso specifico, di detrarre gli importi dei contributi versati per la succursale ovvero se è possibile, in concreto, far frequentare ai dipendenti di quest'ultima i corsi professionali organizzati¹⁹.

In questi ultimi anni è stata riconosciuta una parità di trattamento fiscale anche tra stabili organizzazioni e società figlie con riguardo, prima, al credito d'imposta sui dividendi nella citata sentenza *Avoir fiscal*, poi agli interessi sui crediti tributari²⁰, alle aliquote d'imposta sulla base imponibile²¹ e ai dividendi esteri²², parità di trattamento che deve essere garantita indipendentemente dalla forma giuridica assunta dallo stabilimento secondario²³.

L'art. 49 TFUE, oltre ad assicurare la disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, impone anche la neutralità degli ordinamenti nazionali nei riguardi delle diverse forme in cui la stessa libertà è solita estrinsecarsi. Il che ha consentito alla stessa Corte di estendere la tutela accordata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche alle norme discriminatorie adottate dallo Stato di provenienza. Così uno Stato membro, tra l'altro, non può negare al contribuente europeo di dedurre dal proprio reddito imponibile i contributi versati a enti pensionistici stranieri²⁴.

¹⁹ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Kereskedelmi kft c. Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály (CIBA)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁰ Vedi la sentenza del 13 luglio 1993, causa C-330/91, *The Queen c. Inland Revenue Commissioners, ex parte: Commerzbank AG (Commerzbank)*, *Raccolta*, p. I-4017 ss.

²¹ Vedi la sentenza del 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc c. Elliniko Dimosio (Stato ellenico)*, *Raccolta*, p. I-2651 ss.

²² Vedi la sentenza del 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, *Raccolta*, p. I-6161 ss.

²³ Vedi la sentenza del 23 febbraio 2006, causa C-253/03, *CLT-UFA SA c. Finanzamt Köln-West*, *Raccolta*, p. I-1831 ss.

²⁴ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, *Raccolta*, p. I-11049 ss. In tale occasione la Corte ha fatto valere anche nei confronti dei soggetti, che esercitavano un'attività di impresa in uno Stato diverso da quello di residenza, l'incompatibilità con gli articoli 43 e 49 TCE (oggi 49 e 56 TFUE) di una normativa polacca, che consentiva lo scomputo dei contributi e dei premi assicurativi solo nel caso in cui fossero versati in conformità alle legge di quello Stato. Nel 2001 la Commissione aveva adottato una Comunicazione al riguardo e nel 2003 aveva intrapreso un procedimento di infrazione nei confronti di alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, che non vi si erano adeguati (vedi il comunicato stampa IP/04/1283 del 22 ottobre 2004). In dottrina vedi S. DORIGO, *La Corte di Giustizia tra primato del diritto comunitario in ambito fiscale e tentazioni regressive da parte delle Corti costituzionali nazionali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2010, p. 483 ss.

Il divieto imposto allo Stato di origine di ostacolare lo stabilimento in uscita ha portato i giudici europei ad affrontare, dal 1998 in poi, anche le questioni attinenti al riconoscimento delle perdite e dei costi all'interno dei gruppi di imprese²⁵. Va subito detto che l'orientamento in materia si è mostrato non univoco. La Corte, infatti, nel 1997, nella sentenza *Futura* relativa al caso di stabili organizzazioni, ha ritenuto compatibile con il Trattato comunitario, sulla base del principio di territorialità, la negoziazione della compensazione o il riporto delle perdite di fonte estera²⁶. Un anno dopo la stessa Corte ha sancito invece, nella sentenza *ICI*, l'incompatibilità con i dettami europei, del regime di consortium relief, con cui il Regno Unito limitava la deduzione delle perdite delle società figlie residenti dagli utili della capogruppo residente, quando quest'ultima controlla anche le società figlie estere, ribadendo tale ordine di idee, tre anni dopo nella sentenza *AMID*²⁷.

Un orientamento analogo è stato seguito in tema di costi, nella sentenza *Bosal Holding*²⁸, dove è stata ritenuta incompatibile con il diritto di stabilimento una normativa nazionale che vieta la deduzione da parte della società madre residente degli interessi passivi derivanti dai prestiti contratti per finanziare società figlie residenti in altri Paesi. Alcuni anni dopo la stessa Corte, nella sentenza *Marks & Spencer*²⁹, si è pronunciata in favore della compensazione delle perdite transfrontaliere dei gruppi a parità di condizioni rispetto a quanto previsto dalle disposizioni tributarie nazionali. Di recente tuttavia i giudici di Lussemburgo sembrano seguire, di nuovo, un orientamento più rigoroso con ricadute particolarmente pesanti per i gruppi transazionali, che, invano, hanno confidato nella sua giurisprudenza per vedersi riconosciuta definitivamente la possibilità di includere i redditi e soprattutto le perdite delle controllate non

²⁵ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Raccolta, p. I-4695 ss. e del 18 novembre 1999, causa C-200/98, *X AB e Y AB c. Riksskatteverket*, *ivi*, p. I-8261 ss.

²⁶ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations SA e Singer c. Administration des contributions*, Raccolta, p. I-2471 ss.

²⁷ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, causa C-141/99, *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) c. Belgische Staat*, Raccolta, p. I-11619 ss., dove sono esaminate alcune norme belghe, che limitavano la possibilità di deducibilità delle perdite conseguite dalle società belghe, le quali ricevevano profitti da una stabile organizzazione in un Paese estero facente parte dell'Unione europea.

²⁸ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën*, Raccolta, p. I-9409 ss. e del 23 febbraio 2006, causa C-471/04, *Finanzamt Offenbach am Main-Land c. Keller Holding GmbH*, *ivi*, p. I-2107 ss. In tali sentenze la Corte ha affermato l'incompatibilità con il diritto di stabilimento di alcune normative tributarie nazionali che vietavano la deduzione da parte della società madre residente degli oneri finanziari qualora si ricollegassero a dividendi di imposte provenienti da una società indirettamente controllata stabilita in un altro Stato. Soluzione analoga è stata adottata dalla Corte in altre sentenze: vedi la sentenza del 29 marzo 2007, causa C-347/04, *Rewe Zentralfinanz eG c. Finanzamt Köln-Mitte (Rewe)*, *ivi*, p. I-2647 ss.

²⁹ Sentenza *Marks & Spencer*, *cit.*

residenti ai fini della determinazione dell'imponibile consolidato. Nell'ambito del consolidato è stata esclusa, infatti, l'equiparazione tra controllate estere e stabili organizzazioni³⁰. Le prime, così, rimangono soggette, in linea di principio, alla competenza fiscale dello Stato membro della casa madre. Le società controllate, con personalità giuridica autonoma, sono invece interamente soggette a imposizione nello Stato membro in cui esse hanno sede³¹.

Per quanto riguarda poi la libera circolazione dei servizi, essa salvaguarda lo svolgimento da parte di un cittadino dell'Unione di una attività propria in uno Stato diverso da quello di appartenenza, o meglio l'esercizio da parte di tale soggetto di un'attività senza carattere di continuità in favore di un beneficiario situato in qualsiasi altro Stato membro.

Sebbene l'art. 57, 3° comma, TFUE citi solo la libera prestazione dei servizi attiva, la libera prestazione dei servizi comprende anche la libertà dei destinatari dei servizi di recarsi in un altro Stato, nel quale è stabilito il prestatore al fine di fruire dei servizi. Così un contribuente può detrarre dal proprio imponibile, ad esempio, anche le spese sostenute per i corsi di istruzione universitaria frequentati all'estero, sempre però che tali corsi siano finanziati interamente o principalmente da fondi pubblici³².

Di particolare interesse è l'applicazione di tale libertà alle norme nazionali relative alla deducibilità in capo al beneficiario dei servizi delle relative spese sopportate. In questi casi la giurisprudenza della Corte muove dalla considerazione secondo cui il diritto europeo conferisce diritti non solo al prestatore ma anche al destinatario dei servizi. Al riguardo sono chiare le affermazioni della Corte nella sentenza *Gerritse*³³, in cui ha ritenuto incompatibili con le normative

³⁰ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010, causa C-337/08, *X Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën (X Holding BV)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui si riforma l'orientamento espresso nella sentenza *Marks & Spencer*. In tale sentenza si esamina la compatibilità con il Trattato della legislazione dei Paesi Bassi, che vietava l'ingresso nel perimetro di consolidamento di società controllate non residenti e, in definitiva, di far concorrere al reddito imponibile delle società capogruppo le perdite dichiarate da società controllate con sede all'estero. La Corte ha stabilito che una siffatta disposizione è illegittima alla luce dell'esigenza di ripartire il potere impositivo tra gli Stati membri. Vedi anche la sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI) c. Stato belga (SGI)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³¹ Secondo i giudici di Lussemburgo (sentenza *X Holding BV*, cit., punto 31), "la possibilità di includere nell'entità fiscale unica controllate non residenti finirebbe con il lasciare la libertà di scegliere il regime fiscale applicabile alle perdite di tale controllata ed il luogo di imputazione delle stesse".

³² Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1984, cause riunite C-286/82 e 26/83, *Graziana Luisi e Giuseppe Carbone c. Ministero del tesoro (Luisi e Carbone)*, *Raccolta*, p. 377 ss. Vedi anche la sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2010, causa C-56/09, *Emiliano Zanotti c. Agenzia delle Entrate – Ufficio Roma 2 (Zanotti)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Arnoud Gerritse c. Finanzamt Neukölln-Nord (Gerritse)*, *Raccolta*, p. I-5933 ss. In tema di trattamento di alcuni componenti negativi di reddito vedi anche la sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 2006, causa C-346/04, *Robert Hans Conijn c. Finanzamt Hamburg-Nord*, *ivi*, p. I-6137.

europee alcune disposizioni tributarie nazionali, che consentono la deduzione delle spese connesse alla produzione dei redditi da prestazioni artistiche soltanto ai residenti. Questi ultimi, infatti, si trovano in una situazione comparabile ai soggetti non residenti indipendentemente dal fatto che il reddito sia totalmente o parzialmente prodotto nello Stato della fonte.

Affermazioni ancor più articolate si desumono dalla sentenza *Scorpio*³⁴, in cui la Corte, dopo aver ribadito i principi esposti nella citata sentenza *Gerritse*, ha analizzato la fase della procedura impositiva in cui si deve tenere conto delle spese professionali sostenute da un prestatore di servizi. In tale occasione il giudice europeo ha sostenuto che, nel caso di specie, non era rilevante il criterio impositivo adottato cioè se l'imposta era stata applicata attraverso la ritenuta alla fonte o attraverso il sistema della dichiarazione. L'incompatibilità con i dettami europei della norma nazionale andava ricercata, invece, nel diverso trattamento fiscale di situazioni comparabili da essa operato. Le disposizioni di tale normativa, infatti, non consentivano "al destinatario di servizi, debitore del compenso versato ad un prestatore di servizi non residente di dedurre, nel procedere alla ritenuta dell'imposta alla fonte, le spese professionali che tale prestatore gli ha comunicato e che sono direttamente connesse alla prestazione ricevuta, mentre un prestatore di servizi residente era soggetto all'imposta soltanto sui suoi redditi netti, cioè quelli calcolati deducendo le spese professionali"³⁵.

Considerazioni analoghe sono state avanzate in materia di prestazioni assicurative o di previdenza complementare. In tali materie, infatti, sono ritenute di ostacolo alla libera circolazione dei servizi le normative tributarie nazionali che rendono la prestazione dei servizi tra soggetti appartenenti a diversi Stati membri più onerosa o difficile rispetto alla prestazione di servizi puramente interna allo Stato nazionale³⁶.

Diverso è il caso della libera circolazione dei capitali, le cui disposizioni, più volte modificate nel corso degli anni, hanno trovato applicazione in tema d'imposte dirette solo alla fine degli anni '90. La preclusione mostrata dalla giurisprudenza europea verso il ricorso a queste disposizioni è stata determinata innanzitutto dalla necessità di dare attuazione all'art. 67 TCEE, cui si è provveduto solo nel 1988 con la direttiva 88/361/CEE³⁷, che ha previsto all'art. 1 la soppressione delle restrizioni ai movimenti di capitale effettuati tra persone resi-

³⁴ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2006, causa C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH c. Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel (Scorpio)*, Raccolta, p. I-9461. Vedi anche la sentenza del 15 febbraio 2007, causa C-345/04, *Centro Equestre da Lezíria Grande Lda c. Bundesamt für Finanzen*, *ivi*, p. I-1425 ss., dove sono applicati i medesimi principi-guida alle società.

³⁵ Vedi la sentenza *Scorpio*, cit., punto 49.

³⁶ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione c. Danimarca*, Raccolta, p. I-1163.

³⁷ Direttiva 88/361/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1988, per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, *GUCE* L 178, 8 luglio 1988, p. 5 ss.

denti negli Stati membri³⁸. Per di più lo stesso tenore del citato art. 67 TCEE legittimava un'interpretazione restrittiva del suo disposto in quanto limitava la soppressione delle restrizioni ai movimenti di capitale a quanto necessario per il buon funzionamento del mercato comune. Solo dopo aver riconosciuto alla disposizione in discorso un'efficacia diretta nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri, la Corte ha iniziato ad applicarla alle norme tributarie nazionali, elaborando una copiosa giurisprudenza³⁹.

In questa fase storica sono oggetto di tutela tanto i movimenti di capitale quanto i pagamenti tra Stati membri e Paesi terzi⁴⁰. Sono vietate, perciò, quelle misure di carattere fiscale che, in qualche modo, operano discriminazioni pregiudicando o rendendo più complesso il trasferimento dei valori finanziari o monetari. In particolare sono vietate quelle disposizioni fiscali adottate dagli Stati membri che ostacolano le operazioni finanziarie dirette a realizzare investimenti, come l'acquisto di immobili nonché di titoli di borsa, di valuta o ancora le operazioni di conto corrente effettuate presso enti finanziari. Si tratta, infatti, di operazioni finanziarie che, ai sensi della nomenclatura contenuta nell'allegato I della citata direttiva 88/361/CEE, rientrano nella nozione di "movimento di capitali" cui all'art. 63 TFUE⁴¹.

Con un approccio simile a quello sviluppato per le altre libertà fondamentali, tale divieto si è esteso anche a quelle misure fiscali che tendono a restringere o a impedire le suddette transazioni. Di conseguenza sono stati imposti nuovi obblighi negativi agli Stati membri, che hanno toccato materie di particolare rilevanza per il settore della fiscalità diretta, tra cui la tassazione dei dividendi in entrata e in uscita.

³⁸ Vedi F. CARUSO, *Art. 71*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea: commentario*, I, Milano, p. 527 ss.; E. ADOBATI, G. CAPECCHI, N. PARISI, A. SANTINI, M. C. STATELLA, *Il mercato interno e la politica commerciale comune*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale, Il diritto sostanziale*, Milano, 2010, III ed., p. 183 ss.

³⁹ S. GIANONCELLI, *Esercizio non economico delle libertà comunitarie e circolazione di capitali: il caso Barbier (nota a Corte di giustizia delle Comunità Europee, sez. V, 11 dicembre 2003, C-364/01)*, in *TributImpresa*, 2005, n. 3 (www.tributimpresa.it, reperibile *on line*).

⁴⁰ In questa fase storica è del tutto privo di significato operare una distinzione tra le due categorie. Nel passato una siffatta distinzione trovava una giustificazione nella diversa disciplina cui ciascuna di esse era sottoposta. A partire dal 1° gennaio 1994 le disposizioni europee in materia sono state sostituite con norme che prevedono un regime di liberalizzazione molto più accentuato e formulato in termini non dissimili da quelli usati per le altre libertà di circolazione.

⁴¹ Per giurisprudenza costante la nomenclatura contenuta nell'allegato I della direttiva 88/361/CEE conserva un valore indicativo. Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 2006, causa C-513/2003, *Eredi di M. E. A. van Hilten-van der Heijden c. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, *Raccolta*, p. I-1957 ss. In precedenza la Corte aveva già valutato i movimenti di capitale come operazioni finanziarie, che riguardano la collocazione o l'investimento dell'importo considerato: vedi sentenza *Luisi e Carbone*, cit., p. 377 ss.

Di recente è stata affrontata anche la questione delle donazioni. Al riguardo la Corte ha sostenuto, nella sentenza *Hein Persche*⁴², che gli Stati membri non possono concedere il beneficio della deduzione fiscale solo alle elargizioni effettuate a favore degli enti riconosciuti d'interesse generale stabiliti sul territorio nazionale, senza prevedere i requisiti necessari per le donazioni a favore di enti stabiliti in altri Stati membri. Allo Stato membro del donatore invece rimane, per evitare elusioni, il controllo, nei casi di specie, sulle condizioni imposte dalla normativa interna per l'erogazione delle donazioni e per gli enti che ricevono donazioni.

L'ambito di applicazione, certamente ampio, attribuito alle norme sui movimenti di capitale ha portato conseguenze di particolare rilievo. Non di rado, infatti, si sono presentati casi in cui le norme tributarie nazionali si sono poste in conflitto contemporaneamente con le disposizioni concernenti i movimenti di capitale e con quelle di altre libertà, in particolare con la disciplina riguardante la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi.

In linea di principio le norme nazionali eventualmente incompatibili dovrebbero essere valutate in base ad un unico parametro di legittimità, soprattutto in ragione della diversa disciplina riservata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea alle varie libertà fondamentali. In realtà, la giurisprudenza al riguardo è ondivaga. In un primo momento i giudici europei hanno sostenuto che "l'art. 67 non vieta le restrizioni che non riguardano i movimenti di capitale ma che sono la conseguenza indiretta di restrizioni di altre libertà"⁴³; in seguito non hanno esitato a esaminare congiuntamente i profili di compatibilità delle misure fiscali nazionali sia con le norme sullo stabilimento (o con quelle sulla prestazione di servizi), sia con quelle relative ai capitali.

Nella attuale fase storica la Corte, invece, sembra preferire dare la priorità alle norme sul diritto di stabilimento considerando inutile applicare le disposizioni sul capitale quando una legge nazionale risulti già incompatibile con le prime.

Nello specifico la libertà di stabilimento è applicata dalla Corte quando l'acquisizione di una partecipazione nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro consente di influire sulle decisioni e attività di essa. Viceversa se l'acquisizione non conferisce un controllo sulla società si applicano le norme relative alla libera circolazione dei capitali.

L'applicazione di siffatti criteri semplifica ragionevolmente l'esame di legittimità delle norme tributarie nazionali con i dettami europei. Ne sono esempi le

⁴² Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 27 gennaio 2009, causa C-318/07, *Hein Persche c. Finanzamt Lüdenscheid*, Raccolta, p. I-359 ss. Vedi anche la sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer c. Finanzamt München für Körperschaften*, *ivi*, p. I-8203 ss. Vedi S. DORIGO, *La potestà degli Stati in materia di imposte dirette ed i limiti derivanti dal diritto comunitario secondo la sentenza Hein Persche della Corte di Giustizia*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2009, p. 961 ss.

⁴³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Hanns-Martin Bachmann c. Stato belga (Bachmann)*, Raccolta, p. I-249 ss.

sentenze *Rewe*⁴⁴ e *SGI*⁴⁵, in cui si sono applicate le norme sullo stabilimento ad alcune disposizioni tributarie rispettivamente della Germania e del Belgio, benché fossero state evocate nei casi di specie anche le norme sui movimenti di capitali.

Non mancano tuttavia casi in cui la Corte di giustizia ha esaminato le disposizioni tributarie interne alla luce di entrambe le norme evocate con la conseguenza di un maggiore aggravio per la Corte. Si prenda, ad esempio, la sentenza *FII*⁴⁶, in cui i giudici di Lussemburgo hanno verificato la compatibilità della normativa nazionale con quella europea, sotto i profili sia della libertà di capitali sia del diritto di stabilimento. Alcune società, che avevano percepito dividendi dalle società residenti, infatti, non detenevano una partecipazione nei capitali di queste ultime tale da consentire l'applicazione delle norme relative allo stabilimento.

L'applicazione delle norme riguardanti le libertà fondamentali è soggetta a determinati limiti previsti dallo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. L'art. 36, infatti, prevede restrizioni alla libera circolazione dei beni per motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico o archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale⁴⁷; gli articoli 45 e 52 statuiscono restrizioni alla libera circolazione di persone e alla libertà di prestazioni di servizi per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica; gli articoli 51 e 62 precisano che le disposizioni relative alle libertà in oggetto non riguardano le attività che implicano l'esercizio di poteri pubblici.

Le ultime due disposizioni restrittive delle libertà di movimento sono previste negli articoli 64 e 65 TFUE. Quest'ultima disposizione consente agli Stati membri di applicare le norme della loro legislazione tributaria allorché i contribuenti si trovino in situazioni oggettivamente non comparabili quanto al luogo

⁴⁴ Vedi la sentenza *Rewe*, cit., in cui si esamina una normativa nazionale, che limitava la possibilità di una società madre stabilita in Germania di dedurre fiscalmente le perdite derivanti dall'ammortamento sul valore delle partecipazioni nelle società da essa controllate stabilite in altri Stati membri.

⁴⁵ Vedi la sentenza *SGI*, cit., in cui si esamina una norma nazionale che consentiva di assoggettare ad imposizione in capo alla società residente un beneficio straordinario o senza contropartita qualora tale beneficio fosse stato concesso ad una società stabilita in un altro Stato membro nei confronti della quale la società residente fosse collegata da vincoli di interdipendenza. Viceversa una società residente non è soggetta a tale tassazione su un beneficio di analoga natura qualora fosse stato concesso ad un'altra società residente, rispetto alla quale la prima fosse collegata da vincoli di interdipendenza. In questo caso la Corte ha sancito la legittimità della norma belga, in quanto diretta, da un lato, a tutelare la ripartizione equilibrata del potere impositivo degli Stati membri e, dall'altro, a prevenire l'elusione fiscale senza eccedere quanto necessario a raggiungere gli obiettivi perseguiti.

⁴⁶ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, Raccolta, p. I-11753 ss.

⁴⁷ Tuttavia gli eventuali divieti o restrizioni adottati dagli Stati non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.

di residenza o al luogo di collocamento del loro capitale⁴⁸. Gli stessi Stati poi possono prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della normativa fiscale e di controllo delle istituzioni finanziarie; per stabilire le procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitale a scopo di informazione amministrativa o statistica; per garantire l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza⁴⁹. In ogni caso, tuttavia, tali misure e procedure non devono costituire un mezzo per introdurre forme di discriminazione arbitraria o comunque una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali⁵⁰.

Può trovare applicazione anche in materia fiscale la fattispecie derogatoria della libera circolazione di capitali cui al citato art. 65 TFUE che consente alla legislazione nazionale di applicare ai Paesi terzi le restrizioni preesistenti alla data del 31 dicembre 1993⁵¹. Va osservato che le deroghe nei confronti dei movimenti di capitali provenienti da questi Paesi o ad essi diretti sono tuttavia applicate in modo meno rigoroso visto il diverso contesto giuridico in cui si collocano rispetto a quelli che hanno luogo in seno all'Unione. Così la Corte non ha escluso "che uno Stato membro possa dimostrare che una limitazione dei movimenti di capitali a destinazione di Paesi terzi o in provenienza da essi sia giustificata da un determinato motivo" quale l'efficacia di controlli fiscali "in circostanze in cui tale motivo non potrebbe costituire una giustificazione valida per una restrizione ai movimenti di capitale tra Stati membri"⁵².

A tali limiti vanno aggiunte poi ulteriori cause giustificative "non scritte" ammesse dalla Corte, per la cui applicazione i giudici europei, tuttavia, seguono un orientamento particolarmente restrittivo. Basti pensare che dalla sentenza *Wielockx*⁵³ il principio della coerenza del sistema fiscale non è mai stato preso in considerazione dalla Corte, sebbene le difese degli Stati lo abbiano invocato di frequente. A tale principio i giudici di Lussemburgo attribuiscono rilievo,

⁴⁸ Vedi art. 65, par. 1, lett. a), TFUE.

⁴⁹ Vedi art. 65, par. 1, lett. b), TFUE.

⁵⁰ Sul punto vedi le sentenze della Corte di giustizia del 23 febbraio 1995, cause riunite C-358 e 416/93, *Procedimenti penali contro Aldo Bordessa e a.*, *Raccolta*, p. I-361 ss.; del 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M. Verkooijen*, *ivi*, p. I-4071 ss. e del 19 gennaio 2006, causa C-265/04, *Margaretha Bouanich c. Skatteverket*, *ivi*, p. I-923 ss.

⁵¹ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 24 maggio 2007, causa C-157/05, *Winfried L. Holböck c. Finanzamt Salzburg-Land*, *Raccolta*, p. I-4051 ss.

⁵² Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-101/05, *Skatteverket c. A*, *Raccolta*, p. I-11531 ss.

⁵³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia dell'11 agosto 1995, causa C-80/94, *G.H.E.J. Wielockx c. Inspecteur der directe belastingen (Wielockx)*, *Raccolta*, p. I-2493 ss., in cui la Corte ha ristretto la portata della coerenza del sistema fiscale quale causa di giustificazione rispetto al principio di non discriminazione precisando che essa deve mostrare un carattere strutturale e sistematico, relativo cioè ad un intero complesso impositivo e non riguardare solo una singola fattispecie. In precedenza nella sentenza *Bachmann*, *cit.*, la stessa Corte aveva affermato che una deroga al Trattato è ammissibile se risulta necessaria per salvaguardare il nesso diretto tra deducibilità dei contributi versati e l'assoggettamento ad imposta delle somme dovute a titolo di prestazione previdenziale dalle imprese assicurative. Sul punto vedi A. MONDINI, *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.*, 2007, n. 3, p. 57 ss.

infatti, solo se sussiste un collegamento diretto tra la fattispecie discriminata e la fattispecie tassata⁵⁴. E non sembra avere una più frequente applicazione il principio di territorialità⁵⁵, funzionale a garantire la tassazione in uno Stato membro del reddito ivi prodotto da un soggetto non residente; principio che sembra non costituire per la giurisprudenza europea una causa giustificativa autonoma e distinta alla coerenza del sistema fiscale⁵⁶.

La stessa Corte poi, pur riconoscendo l'esigenza di contrastare fenomeni di elusione e di evasione fiscale⁵⁷ come cause imperative atte a giustificare restrizioni delle libertà fondamentali previste nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha affermato che siffatte disposizioni non devono essere generali e assolute ma proporzionali e specificamente in grado di conseguire le finalità antiabuso⁵⁸. Orbene un orientamento così rigoroso ha prodotto nel tempo effetti positivi attribuendo maggiore forza ed efficacia all'attività svolta dalla Corte in materia di fiscalità diretta.

3. Il ruolo di supplenza del legislatore europeo assunto dalla Corte di giustizia ha consentito di individuare, come si è visto, un complesso di obblighi negativi da opporre agli Stati membri, che ha finito per aprire una breccia nel loro potere impositivo, ritenuto, da sempre, un corollario non comprimibile della sovranità statale. Le dimensioni reali di tale breccia non sono ancora ben valutabili in quanto dipendono, in gran parte, dall'attività futura della stessa Corte e in particolare dalla portata dei due principi utilizzati per valorizzare le libertà

⁵⁴ Ciò, nonostante, nella sentenza *Commissione c. Danimarca*, cit., la Corte abbia negato che le restrizioni in oggetto potessero trovare una giustificazione nella coerenza del sistema fiscale anche se il regime di diritto interno applicabile prevedeva proprio quella simmetria richiesta e apprezzata nel sentenza *Bachmann*. Elemento significativo è la mancanza di proporzionalità del mezzo al fine.

⁵⁵ La Corte di giustizia appare orientata ad escludere che la tutela del principio di territorialità costituisca una causa di giustificazione autonoma rispetto alla coerenza del sistema fiscale nazionale. In particolare vedi la sentenza del 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo (N)*, *Raccolta*, p. I-7409 ss., dove si afferma che “non sarebbe più garantita una tassazione coerente qualora il trasferimento all'estero rendesse impossibile l'imposizione fiscale sui redditi intervenuti durante il soggiorno nello Stato d'origine”. In dottrina vedi G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004.

⁵⁶ La Corte, se in alcune sentenze riconosce che la salvaguardia della ripartizione delle competenze tra gli Stati membri può costituire in astratto un obiettivo tale da giustificare una limitazione delle libertà fondamentali garantite dal TFUE (vedi in particolare la sentenza del 15 maggio 2008, causa C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG c. Finanzamt Heilbronn*, *Raccolta*, p. I-3601 ss.), nella sentenza *N*, cit., afferma che “una tassazione coerente non sarebbe garantita qualora il trasferimento all'estero rendesse impossibile l'imposizione fiscale sui redditi intervenuti durante il soggiorno nello Stato di origine”, facendo così coincidere gli obiettivi della coerenza impositiva e quelli della ripartizione della tassazione in base al principio di territorialità.

⁵⁷ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steinfurt*, *Raccolta*, p. I-11779 ss.

⁵⁸ *Ibidem*; vedi anche la sentenza del 18 giugno 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, *Raccolta*, p. I-6373 ss., punto 55 ss.; in dottrina, C. DE PIETRO, *Compatibilità comunitaria di exit tax su partecipazioni rilevanti*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1377 ss.

fondamentali e cioè del divieto di restrizione delle libertà fondamentali e del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità.

Quest'ultimo principio è stato invocato nelle prime sentenze del 2000, in cui la Corte ha imposto agli Stati membri il trattamento fiscale nazionale del contribuente europeo, che esercita le libertà fondamentali⁵⁹. Si tratta di un principio che, nella sua accezione più comune, vieta, sulla base di una comparazione tra due o più rapporti, le discriminazioni fiscali c.d. sostanziali e cioè valutazioni diverse di situazioni tributarie analoghe o il trattamento fiscale uguale di situazioni difformi, a meno che vi siano motivi di giustificazione⁶⁰.

Il contribuente dell'Unione non è oggetto invece di discriminazione se la disparità di trattamento è giustificata da una diversa situazione tributaria all'interno del Paese ospitante. Per contro lo stesso contribuente è oggetto di discriminazioni qualora sia sottoposto a un trattamento fiscale meno favorevole rispetto a quello di un altro contribuente a esso assimilabile, trattamento che può derivare dall'applicazione di disposizioni più gravose, di ordine sia sostanziale che procedurale oppure dalla mancata applicazione di norme più favorevoli di natura generalmente agevolativa⁶¹.

Tali discriminazioni assumono la forma di discriminazioni dirette, quando la norma nazionale stabilisce un trattamento discriminatorio fondato direttamente sull'elemento che la norma europea antidiscriminatoria assume a proprio oggetto di tutela. In materia fiscale una discriminazione di tal genere non trova applicazione nei confronti delle persone fisiche giacché i sistemi fiscali nazionali sono per lo più imperniati sul concetto non già di cittadinanza ma di residenza fiscale.

Non altrettanto accade per le persone giuridiche per le quali talvolta la discriminazione si fonda sulla sede, che ai sensi dell'art. 54 TFUE, determina, al pari della cittadinanza per le persone fisiche, il collegamento tra le società e l'ordinamento giuridico di uno Stato.

Di frequente la norma nazionale discriminatoria, invece, assume la sede della società solo come uno dei possibili elementi qualificanti la residenza fiscale. In

⁵⁹ In tali sentenze i giudici europei partono tradizionalmente dall'assunto che le libertà fondamentali costituiscono vere e proprie specificazioni del principio di non discriminazione. Di conseguenza, nell'esaminare la compatibilità di una disposizione fiscale nazionale, essi valutano anzitutto se quest'ultima crei una discriminazione alle predette libertà. Tra le tante in particolare vedi la sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 1993, causa C-112/91, *Hans Werner c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, *Raccolta*, p. I-429 ss.; del 12 aprile 1994, causa C-1/93, *Halliburton Services BV c. Staatssecretaris van Financiën*, *ivi*, p. I-1137 ss.; del 13 aprile 2000, causa C-251/98, *C. Baars c. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, *ivi*, p. I-2787 ss.; del 6 maggio 2000, causa C-87/99, *Patrick Zurstrassen c. Administration des contributions directes (Zurstrassen)*, *ivi*, p. I-3337 ss.

⁶⁰ Vedi E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni 'a rovescio'*, in *DUE*, 1996, p. 351 ss.; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998; G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1151 ss.

⁶¹ Vedi F. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel coordinamento della tassazione delle società*, in *TributImpresa*, 2004, n. 1 (www.tributimpresa.it, reperibile on line).

tale contesto quindi diventa determinante il concetto di discriminazione indiretta⁶², che si ha quando le disposizioni nazionali disciplinano in modo discriminatorio due o più situazioni sulla base di un elemento diverso da quello oggetto di tutela della norma europea, come è, nell'ambito fiscale, la residenza o il domicilio fiscale.

In linea generale un diverso trattamento in base alla residenza non è considerato dalla Corte in contrasto con il dettato europeo poiché tra i residenti e i non residenti sussistono situazioni obiettive diverse⁶³ per quanto attiene sia la fonte dei redditi sia la personalità dell'imposizione⁶⁴. Al riguardo basti ricordare che il reddito percepito nel territorio da un non residente può costituire solo una parte del suo reddito complessivo concentrato nel suo luogo di residenza. Ed è quindi in quest'ultimo Stato membro che è possibile ricostruire e valutare meglio la sua capacità contributiva complessiva e operare quelle deduzioni degli oneri eventualmente previsti dalla legislazione nazionale.

La questione che i giudici europei devono affrontare, allorché sono chiamati a pronunciarsi in merito agli effetti discriminatori di una disposizione nazionale, è innanzi tutto quella di stabilire in quali circostanze la posizione del contribuente residente sia da considerare assimilabile a quella del soggetto non residente. Al riguardo non è possibile evincere dalla giurisprudenza europea uno schema di comparazione univoco o quantomeno ricorrente. I giudici europei tendono a seguire, infatti, un approccio tipicamente casistico e cioè propongono formule di valutazione che cambiano in ragione del caso di specie.

Per le persone fisiche, la giurisprudenza si rifà a quell'orientamento dottrinale secondo cui in materia si deve applicare il criterio della comparazione complessiva, ossia si deve assumere come termine di confronto l'intera posizione economica e giuridica del soggetto. Dalla sentenza *Schumacker* del 1995 i giudici europei, infatti, ritengono assimilabili le due posizioni – residente e non residente – laddove il non residente non consegue redditi significativi nello Stato di residenza, venendosi a trovare in una situazione del tutto assimilabile a quella del soggetto residente. E solo in questo caso la Corte di giustizia, dopo aver valutato in termini di discriminazione il diverso trattamento operato dalla norma

⁶² La nozione di discriminazione indiretta costituisce un'elaborazione puramente giurisprudenziale. La Corte è ricorsa a tale nozione per la prima volta nella sentenza del 12 dicembre 1974, causa 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, *Raccolta*, p. 153 ss., che non è atinente alla materia fiscale. Per quanto riguarda la materia fiscale, tale nozione è stata spesso evocata dalla Corte in numerose sentenze.

⁶³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2004, causa C-169/03, *Florian W. Wallentin c. Riksskatteverket (Wallentin)*, *Raccolta*, p. I-6443 ss.

⁶⁴ A tali criteri si ispirano solitamente i sistemi nazionali per stabilire la tassazione dei redditi delle persone fisiche. Questi ultimi, a fronte dell'imponibilità dei redditi prodotti su base mondiale, consentono, infatti, al solo residente la deduzione di determinati oneri. Vedi ampiamente K. LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples*, in *CDE*, 1991, p. 3 ss.; P. GARRONE, *La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale*, in *RTDE*, 1994, p. 425 ss.

nazionale, impone che la tassazione del contribuente non residente non sia “peggiore” rispetto a quella del residente⁶⁵.

Espressione di tale orientamento è la sentenza *Zurstrassen*⁶⁶, in cui un cittadino belga residente in Lussemburgo, dove percepiva la quasi totalità dei suoi redditi, non poteva beneficiare dell'imposizione congiunta risiedendo il proprio coniuge in Belgio. In tale caso la Corte, dopo aver verificato l'identità sostanziale tra la posizione di tale soggetto con quella dei cittadini belgi residenti, ne ha stabilito la parità di trattamento fiscale, affermando che una normativa nazionale, come quella lussemburghese, che subordinava il beneficio dello *splitting* alla condizione che entrambi i coniugi fossero fisicamente residenti nello Stato in oggetto, è da considerarsi discriminatoria e quindi incompatibile con le norme europee sul diritto di stabilimento.

Il raffronto tra le posizioni delle società residenti e non residenti sembra seguire invece criteri ben più ampi ma difficilmente catalogabili. In una prima fase la giurisprudenza europea sembrava orientata a seguire il metodo della comparazione limitata che assume come termine di paragone tra le posizioni dei soggetti residenti e non residenti un aspetto singolo e specifico del rapporto giuridico. Nelle decisioni relative ai casi *Avoir fiscal*⁶⁷ e *Commerzbank*⁶⁸, infatti, la comparazione è stata limitata alla specifica valutazione del criterio impositivo. In altre sentenze⁶⁹, il giudizio sulla comparazione delle situazioni prese in esame viene effettuato, invece, seguendo il metodo della comparazione complessiva. Di certo è che i criteri di giudizio seguiti dai giudici europei in materia non attengono né al tipo di attività svolta dalle società né alla loro forma sociale o giuridica. In particolare la giurisprudenza europea è giunta ad assimilare, come si è già detto, le posizioni delle stabili organizzazioni a quelle delle società figlie imponendo nei loro confronti un egual trattamento fiscale. Così nella sentenza *Metallgesellschaft*⁷⁰, la Corte ha affrontato e risolto tale questione pronunciandosi a favore della parità di trattamento tra le società controllate con sede nel Regno Unito di società madri non residenti in tale Stato e le controllate inglesi di società capogruppo residenti, le quali, in base alla legislazione nazionale, erano esonerate dal pagamento anticipato dell'imposta sulle società, al momento della distribuzione di utili⁷¹.

⁶⁵ Vedi in generale: P. PISTONE, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, p. 1471 ss.; Guardia di Finanza. Scuola di Polizia Tributaria (a cura di), *op. cit.*, p. 6 ss.; M. C. FREGNI, *La residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 11 ss.

⁶⁶ Vedi la sentenza *Zurstrassen*, cit.

⁶⁷ Vedi sentenza *Commissione c. Francia*, cit., p. 273 ss.

⁶⁸ Vedi sentenza *Commerzbank*, cit.

⁶⁹ Vedi sentenza *Wielockx*, cit.

⁷⁰ Vedi la sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001, cause riunite C-397 e 410/98, *Metallgesellschaft Ltd e a., Hoechst AG e Hoechst (UK) Ltd c. Commissioners of Inland Revenue e HM Attorney General*, *Raccolta*, p. I-1727 ss.

⁷¹ Tali società erano assoggettate al pagamento anticipato dell'imposta sulle società quando distribuivano i dividendi alla capogruppo.

4. Se si amplia poi la sfera dell'indagine alle pronunzie più recenti della Corte di giustizia, oggetto di rinvio *ex art. 267 TFUE*, si riscontra un approccio diverso in tema di fiscalità diretta. I giudici europei, quando sono chiamati a stabilire la compatibilità delle normative tributarie degli Stati membri con le libertà fondamentali regolate nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, fanno ricorso, con sempre maggiore frequenza, al divieto di restrizione delle libertà fondamentali. Si tratta di un principio richiamato dalla Corte, per la prima volta, nella famosa sentenza *Dassonville*⁷², che, in tema di circolazione delle merci, ha inserito, tra le misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative, “ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari”.

Orbene tale principio presenta strette correlazioni con il divieto di discriminazione cui si è già fatto cenno in precedenza. Ambedue i principi mostrano, infatti, un carattere strumentale al raggiungimento delle finalità del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in particolare alla realizzazione di un'economia integrata “in cui i fattori produttivi, come pure i prodotti, possano circolare liberamente senza distorsione, provocando così un'allocazione più efficiente di risorse e una migliore divisione del lavoro”⁷³. Sia il principio di non discriminazione sia il divieto di restrizione delle libertà fondamentali sono soggetti agli stessi limiti previsti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e alle cause giustificative “non scritte” individuate dalla Corte.

Rispetto al principio di non discriminazione, il divieto di restrizione delle libertà fondamentali, prevedendo la soppressione di qualsiasi ostacolo a prescindere dai loro effetti discriminatori, presenta un ambito applicativo di ben più ampio respiro. Al riguardo vale richiamare la sentenza *Lenz*⁷⁴, in cui emergono con chiarezza le potenzialità del principio *de quo*. Quando è stata chiamata ad esaminare la compatibilità con le norme europee sui movimenti di capitale delle disposizioni tributarie austriache, che prevedevano una tassazione ridotta, attraverso il sistema dell'esenzione o dell'imposta sostitutiva, per i soli dividendi di fonte interna, la Corte ha dato una lettura della nozione di restrizione in termini non solo di “ostacolo” all'esercizio delle libertà fondamentali, elaborata nella citata pronuncia *Dassonville*, ma anche di “dissuasione”, che ancor meglio

⁷² Vedi la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974, causa C-8/74, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, *Raccolta*, p. 837 ss.

⁷³ Vedi le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 30 giugno 1993, cause riunite C-92 e 326/92, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*, *Raccolta*, p. I-5145 ss.

⁷⁴ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Anneliese Lenz c. Finanzlandesdirektion für Tirol*, *Raccolta*, p. 7063 ss. Del resto lo stesso l'art. 59, par. 1, TFUE vieta ogni discriminazione in base alla forma giuridica assunta dallo stabilimento secondario allorché consente agli operatori economici la possibilità di scegliere liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro e tale libera scelta non può, né deve, essere limitata da disposizioni discriminatorie.

spiega gli effetti negativi prodotti in generale sul mercato interno dalle disposizioni tributarie degli Stati membri in contrasto con le libertà fondamentali⁷⁵.

Ancora più efficaci sono le affermazioni dell'Avvocato generale Bot pronunciate nelle sue conclusioni del 9 luglio 2009 relative al caso *Glaxo*. Dopo aver affermato che “in forza del divieto di misure discriminatorie il contribuente proveniente da un altro Stato membro non deve costituire oggetto di un trattamento di misure discriminatorie da parte dello Stato membro di accoglienza”, precisa come il divieto di ostacolare la libertà di circolazione si traduca “nel divieto di misure fiscali di uno Stato membro che *dissuadano* dall'investire i loro capitali in società stabilite all'estero” e più specificamente “nel divieto per lo Stato membro di origine di ostacolare la libertà dei suoi cittadini” e cioè “di porre (...) ostacoli all'uscita”⁷⁶.

Il nuovo approccio seguito dalla Corte nell'ambito della fiscalità comporta conseguenze particolarmente importanti. Il procedimento di comparazione tra situazioni interne e situazioni transazionali finisce per perdere la propria rilevanza con ricadute positive per l'attività giudiziaria⁷⁷. Viceversa vengono attentamente soppesati gli effetti prodotti dalla normativa fiscale sull'esercizio delle libertà fondamentali con la conseguenza di attribuire un maggior spessore alla stessa nozione di mercato interno, che tende a identificarsi con l'intero campo d'azione dell'Unione o meglio con lo spazio di libertà e di opportunità per tutti i contribuenti europei⁷⁸. Si tratta di una nozione che affianca alla concezione mercantile, a cui si ispirava fin dall'origine il Trattato di Roma, una concezione sociale maturata in virtù della sensibilità mostrata dagli Stati membri per tutte

⁷⁵ Una lettura di tal tipo è confermata in numerose sentenze di questi ultimi anni: per tutte, vedi la sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG c. Finanzamt München II (Glaxo)*, *Raccolta*, p. I-8591 ss.

⁷⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 9 luglio 2009, causa C-182/08, *Glaxo*, *Raccolta*, p. I-8591 ss., punto 47 (corsivo aggiunto). Nella sentenza *Glaxo* citata sopra si esamina la compatibilità di una normativa tedesca che al momento della distribuzione dei dividendi da parte di una società residente, riservava il vantaggio del credito d'imposta ai soli azionisti residenti escludendone quelli che risiedevano in un altro Stato membro.

⁷⁷ Vedi C. SACCHETTO, *Le libertà fondamentali ed i sistemi fiscali nazionali attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di imposte dirette*, in V. UCKMAR (a cura di), *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle corti e nella nuova legislatura*, Padova, 2007, p. 43 ss. L'autore sostiene che “il termine restrizione secondo l'interpretazione della Corte diviene concetto più ampio rispetto alla discriminazione, poiché prescinde dall'analisi comparativa delle situazioni di residente e non residente e valorizza semplicemente la presenza di ostacoli alla espansione transfrontaliera dell'attività dei soggetti di imposta”.

⁷⁸ Si tratta di una nozione più ampia di quella prevista nell'art. 26, par. 2, TFUE, che si limita a recitare: “il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati”. Tale nozione, in seguito ad un processo iniziato negli anni '70, è stata oggetto, infatti, di un progressivo allargamento dovuto, prima, alle modifiche introdotte nel Trattato di Roma dall'Atto unico europeo e dal Libro bianco sul mercato interno e poi a quelle imposte dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam. Nella fase storica attuale la nozione di mercato interno più rispondente alla realtà sembra quella che emerge dalla lettura combinata degli articoli 3, par. 3, TUE e 67 TFUE.

quelle attività strettamente legate ai valori fondamentali dell'uomo. Nella fase storica attuale l'Unione, così, sembra maggiormente orientata a far proprio l'antico principio *omnium rerum mensura homo*, principio e cultura economica che, nell'intendere il mercato, ad un tempo, fine e mezzo, controbilancia i valori economici con i diritti sociali fondamentali⁷⁹. È inevitabile che in un tale contesto prendano corpo esigenze diverse da quelle del passato, alle quali l'Unione deve dare risposte adeguate. In particolare, entra in crisi il concetto di residenza, quale tradizionalmente espresso dagli ordinamenti tributari nazionali, a fronte di una concezione più europea dello stesso, che premi l'effettivo inserimento del contribuente europeo nel contesto economico-sociale dello Stato ospitante⁸⁰. Nell'ambito dell'imposizione societaria poi sembra prevalere l'esigenza di un sistema fiscale che garantisca eguale concorrenzialità interna indipendentemente dalla localizzazione dell'investimento, rispetto a quella di contrastare le eventuali maggiori imposizioni sui prodotti o sui soggetti in un Paese membro e quindi le tendenze protezionistiche dei Paesi membri. Esigenze queste che si coniugano meglio con il divieto di restrizione delle libertà di circolazione⁸¹.

E in effetti il passaggio dall'approccio proprio della non discriminazione a quello della non restrizione va ricercato e colto principalmente in quelle sentenze della Corte che riguardano l'eliminazione degli ostacoli fiscali posti dallo Stato di origine, fra cui le *exit taxes*.

È interessante notare, tuttavia, che in giurisprudenza le due nozioni – di discriminazione e di restrizione – sono generalmente affiancate e talvolta si giustappongono fino a fondersi in un *unicum*, confluendo nella nozione di restrizione discriminatoria⁸². In questi casi il giudice europeo utilizza, per definire gli effetti prodotti dalle normative nazionali restrittive delle libertà fondamentali, un ampio ventaglio di termini, ai quali non corrispondono nozioni specifiche; termini, che, anzi, sono riconducibili comunque al concetto stesso di “dissuasione”⁸³.

⁷⁹ Tale nozione è stata elaborata con riferimento al concetto di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva sul quale è imperniato il Trattato di Lisbona. L'aver inserito tale concetto quale obiettivo nell'art. 3, par. 3, TFUE, costituisce un elemento di continuità con il Trattato Costituzione (art. I-3, par. 3).

⁸⁰ Vedi in tal senso C. SACCHETTO, *op. cit.*, p. 50. Vedi anche S. DORIGO, *La Corte di Giustizia e la “tassa sul lusso” della regione Sardegna: rilevanza comunitaria dei controlimiti e ulteriore compressione della sovranità fiscale dello Stato*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 85 ss.

⁸¹ E ciò diversamente dal principio di non discriminazione, che appare invece più utile alla preservazione della *Capital Import Neutrality*.

⁸² Per la nozione di divieto di restrizione delle libertà fondamentali vedi G. MELIS, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in E. DELLA VALLE, L. PERRONE, C. SACCHETTO, V. UCKMAR (a cura di), *La mobilità transazionale del lavoro dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, p. 1 ss.

⁸³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal BV e Denkavit France SARL c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Raccolta, p. I-11949 ss., in cui si fa esplicito riferimento al principio di restrizione discriminatoria. In tale sentenza la Corte, al fine di stabilire l'effetto dissuasivo o meglio svantaggioso sull'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato di alcune disposizioni francesi, che stabilivano un trattamento fiscale diverso sui dividendi versati da affiliate francesi a secondo del

Prima facie si potrebbe essere indotti a ritenere che la Corte, nel settore della fiscalità diretta, intenda ridimensionare la portata del principio del divieto di restrizione delle libertà di circolazione.

Quanto appena detto troverebbe una conferma nelle affermazioni dell'Avvocato generale Geelhoed, esposte nelle conclusioni riguardanti la causa *Test Claimants*, secondo cui “nel campo delle imposte dirette non vi sono differenze di ordine pratico tra restrizione e discriminazione”⁸⁴.

A ben guardare il ricorso alla nozione di restrizione discriminatoria trova una giustificazione nella circostanza che le norme tributarie nazionali restrittive delle libertà fondamentali si traducono facilmente in misure discriminatorie dirette o indirette, essendo la competenza tributaria degli Stati membri basata, ancora oggi, sui criteri della residenza o dell'origine dei redditi.

Accanto a siffatte norme restrittive, si rilevano poi, negli ordinamenti interni degli Stati membri, altre disposizioni tributarie che, sebbene prive di ogni contenuto discriminatorio nei casi di specie, pongono reali ostacoli per i contribuenti europei impegnati in operazioni transfrontaliere. Si tratta di disposizioni tributarie che possono generare, tra l'altro, casi di evasione e di incertezze sulle norme da applicare, i cui effetti dissuasivi sono da ricollegare prevalentemente alla coesistenza nell'Unione di più sistemi fiscali separati.

Tenendo ciò ben presente si può sostenere che la discriminazione, nelle sentenze concernenti la fiscalità diretta, rappresenta una *species* rispetto al *genus* delle libertà fondamentali, e cioè solo una forma di quelle restrizioni previste dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nei singoli articoli relativi alle libertà fondamentali⁸⁵. In tali casi, grazie agli effetti dissuasivi, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, si carica di una maggiore rilevanza, che, tra l'altro, apre la strada a una lettura più ambiziosa dello stesso divieto di restrizione, attraverso la quale si valuta prevalentemente l'incidenza delle disposizioni tributarie nazionali sull'esercizio delle libertà fondamentali e, più in generale, sul mercato interno⁸⁶.

luogo di residenza delle società madri, ha verificato innanzitutto la compatibilità delle posizioni tra le società in causa.

⁸⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 23 febbraio 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue (Test Claimants)*, *Raccolta*, p. I-11673 ss., punto 36, dove si rileva che le restrizioni di tal tipo costituiscono “quasi restrizioni” che possono venire eliminate solo dal legislatore comunitario, mediante la messa in atto di una soluzione coerente applicabile all'intera Unione europea, vale a dire attraverso un regime fiscale a livello europeo. La Corte ha accolto tale ordine di idee: vedi sentenza del 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants*, *ivi*, p. I-11673 ss.

⁸⁵ Vedi in tal senso G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori*, cit., p. 1151 ss.

⁸⁶ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 1999, causa C-18/95, *F.C. Terhoeve c. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland*, *Raccolta*, p. I-345 ss., punto 40 s., dove la Corte afferma che “il cittadino di uno Stato membro potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro in cui risiede per svolgere una attività lavorativa subordinata, ai sensi del Trattato, nel territorio di uno Stato membro se gli venisse imposto il pagamento di contributi previdenziali più onerosi di quelli che avrebbe dovuto pagare qualora mantenesse la residenza nello stesso Stato membro durante tutto l'anno, senza per questo fruire di prestazioni

Una lettura in tal senso si rende tanto più necessaria ove si consideri che il ricorso al principio di divieto di restrizione discriminatoria, talvolta, pone alla Corte questioni di non facile soluzione, in particolare riguardo al raffronto tra le situazioni delle due categorie di contribuenti europei e cioè dei residenti e dei non residenti.

Si prenda ad esempio la sentenza *Wallentin*⁸⁷, in cui si esamina il caso di un cittadino tedesco, che aveva percepito, quando risiedeva in Svezia per motivi di studio, una retribuzione in qualità di praticante presso una chiesa, che rappresentava il suo unico reddito imponibile, dal quale, tuttavia, non era concessa alcuna deduzione alla base, diritto che viceversa era riconosciuto dalle disposizioni tributarie svedesi ai cittadini residenti. Ebbene la Corte, con un'interpretazione estensiva della nozione di "lavoratore", ha sancito l'incompatibilità della legislazione nazionale con l'art. 39 TCE (ora art. 45 TFUE) affermando che il non residente – il quale percepisce la parte essenziale dei propri redditi in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede abitualmente – viene discriminato in quanto la sua situazione familiare non viene presa in considerazione né dallo Stato di residenza né da quello dell'occupazione. Ad un siffatta discriminazione poi si aggiunge – secondo il giudice europeo – un ulteriore danno per tale cittadino, quello cioè di non godere del beneficio relativo all'abbattimento alla base, che persegue una finalità sociale consentendo di garantire al contribuente un minimo vitale esente da qualunque imposta sul reddito⁸⁸.

Situazione ancor più complessa si presenta nella sentenza *Alpha*, in cui si discute il caso di una società finlandese alla quale era stato imposto, ai sensi delle disposizioni tributarie del suo Stato di appartenenza, di prelevare un'impo-

previdenziali supplementari a compensazione di tale maggiorazione. Ne deriva che una disciplina nazionale come quella di cui trattasi nel processo a quo costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori vietato in linea di principio dall'art. 39 del Trattato. Di conseguenza non è necessario interrogarsi sull'esistenza di una discriminazione indiretta fondata sulla cittadinanza". Vedi anche la sentenza *CIBA*, cit. Del resto la Corte in precedenza aveva già dichiarato che l'art. 48 TCE, al pari dell'art. 30 TCE, vieta non soltanto "le discriminazioni, ma anche gli ostacoli per la libera circolazione dei lavoratori, se non possono essere giustificate da esigenze imperiose" (sentenza *Bosman*, cit., punto 45). Di recente lo stesso Avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni del 17 dicembre 2009, causa C-96/08, *CIBA*, cit., ha osservato che la "tesi alternativa [alla teoria dell'Avvocato generale Geelhoed su riportata] è che, qualora gli oneri cumulativi risultanti da doppie imposizioni costituiscano restrizioni che limitano l'attività transfrontaliera, la Corte deve applicare, per analogia, la propria giurisprudenza sulle libertà fondamentali". Ancora più esplicite sono le recenti affermazioni della Corte in materia extrafiscale: vedi la sentenza del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung*, *ivi*, p. I-1721 ss. Dinanzi al quesito se sono da ritenere restrittive delle libertà di circolazione alcune disposizioni che subordinano l'apertura e la gestione di un istituto di cura al rilascio di una preventiva autorizzazione amministrativa fondata su una valutazione della necessità di assistenza sanitaria della popolazione, il giudice europeo ha affermato che il principio di restrizione può essere applicato anche nei casi in cui non vi sia un addebito di discriminazione in base alla cittadinanza.

⁸⁷ Vedi sentenza *Wallentin*, cit.

⁸⁸ *Ibidem*, punto 38 s.

sta alla fonte sui dividendi da essa versati alla sua controllante, la *Nordic Fund SICAV*, società di diritto lussemburghese non residente. Viceversa un siffatto prelievo non sarebbe stato necessario, in base alla stessa legislazione, se la controllante dell'*Alpha* fosse stata una società residente in Finlandia.

In tale fattispecie alla violazione della libertà di stabilimento, derivante dalla discriminazione operata nei confronti delle società non residenti, si aggiungeva anche il profilo della violazione della libera circolazione dei capitali ostacolata dalla normativa nazionale su menzionata.

In particolare si presentava di difficile formulazione lo stesso giudizio di comparabilità delle situazioni rispetto alle quali si riteneva esserci un effetto discriminatorio. Nell'ordinamento finlandese non esisteva, infatti, nessun soggetto giuridico paragonabile ad una SICAV, quale era appunto la società controllante dell'*Alpha*.

Orbene la Corte, per attivare nel caso specifico il divieto di restrizione discriminatoria, è stata costretta ad assimilare la *Nordic Fund SICAV* alle società per azioni o ai fondi d'investimento regolati dalla legislazione finlandese.

5. Il ricorso al divieto di restrizione, inteso nella sua più ampia accezione, può consentire poi alla Corte di dare risposte efficaci anche a quelle distorsioni dell'attività economica causate dalla coesistenza fianco a fianco di più sistemi fiscali diversi, che rappresentano attualmente la questione più complessa da affrontare per attuare una reale integrazione dei mercati europei.

Si guardi, ad esempio, alla materia delle imposte di successione dove l'orientamento della Corte appare, finora, improntato alla massima prudenza. Com'è noto il diritto europeo, al suo stato attuale di sviluppo, non prescrive criteri generali con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno dell'Unione europea. Ne discende che gli Stati membri godono ancora di una notevole autonomia in questo settore e pertanto non sono obbligati ad adattare il proprio sistema fiscale ai vari sistemi di tassazione degli altri Stati membri. Il trasferimento della residenza da parte di un cittadino europeo in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva in precedenza può così non essere neutro sotto il profilo fiscale e può essere, a seconda dei casi, più o meno favorevole. Come conseguenza è possibile pagare una doppia imposta di successione sulle eredità costituite da capitali di credito quando lo Stato dov'è il deposito è diverso da quello in cui il beneficiario risiede e le due legislazioni adottano criteri fiscali diversi. In tale senso si è pronunciata la Corte nella recente sentenza *Block*⁸⁹, che riguarda una cittadina tedesca, unica erede di una persona residente in Germania. Il contenzioso aperto dall'erede contro l'ufficio tributario tedesco ruota intorno al fatto che una parte dell'eredità era depositata in Spagna, un'altra in Germania – entrambe sotto forma di capitale di credito. Pagata l'imposta di successione dovuta alla Spagna, Paese nel quale si applica il criterio fiscale della

⁸⁹ Vedi la sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2009, causa C-67/08, *Margarete Block c. Finanzamt Kaufbeuren*, Raccolta, p. I-883 ss.

residenza del debitore, l'ufficio tributario tedesco ha autorizzato la detrazione del debito fiscale spagnolo a titolo di passivo ereditario. L'erede attendeva invece il riconoscimento dell'imposta di successione spagnola a titolo di credito d'imposta, in modo tale da ottenere un rimborso sull'imposta di successione dovuta alla Germania per il restante capitale ereditato in quest'ultimo Paese. Di qui il ricorso in Cassazione, su cui è intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia, che ha negato il contrasto della normativa tedesca con la libera circolazione dei capitali regolata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a causa dei limiti a cui è soggetto l'ordinamento dell'Unione in questa fase storica. Ben altra pronuncia si sarebbe avuta se il giudice europeo, ricorrendo al principio del divieto di restrizioni nella sua più ampia accezione, avesse valutato gli effetti che una siffatta normativa produce sul mercato interno e in particolare sull'esercizio delle libertà fondamentali.

Meriterebbe una più attenta valutazione poi l'orientamento seguito finora dalla giurisprudenza europea di attribuire una tutela solo alle situazioni che implicano l'esercizio delle libertà per finalità prettamente economiche, evitando accuratamente di prendere posizione sul valore assoluto di esse. Un siffatto orientamento, tuttavia, mal si inquadra con l'art. 21 TFUE, che, dopo Maastricht, persegue finalità di ben più ampio respiro, quali la tutela in assoluto del diritto di ogni cittadino dell'Unione di muoversi e soggiornare liberamente nel territorio degli altri Stati membri. La Corte tuttavia sembra restia a seguire un siffatto ordine di idee, come sta a dimostrare, in ultima analisi, la sentenza *Barbier*⁹⁰. Nel caso di specie il signor Barbier, cittadino olandese, aveva trasferito la propria residenza in Belgio dove non svolgeva alcuna attività lavorativa, continuando invece a esercitare la propria professione nei Paesi Bassi, dove aveva acquistato alcuni beni immobili dai quali traeva un reddito. In seguito al suo decesso tali beni sono stati trasferiti agli eredi, gravati da un obbligo incondizionato di cessione. In occasione della stima di tali immobili, l'amministrazione fiscale olandese ha rifiutato di detrarre dal valore di essi l'obbligo di cessione sulla base della normativa nazionale sulle successioni del 1956, che distingueva le imposte a secondo del luogo di residenza del *de cuius*.

Ebbene tale normativa, che operava una distinzione tra contribuenti in ragione del luogo di residenza, è stata giudicata dal giudice comunitario una discriminazione dissimulata e come tale incompatibile con il diritto comunitario nonostante che il trasferimento della residenza in Belgio di Barbier non fosse motivato da scopi economici o professionali. Il che non significa, tuttavia, un riconoscimento da parte della Corte del "valore assoluto delle libertà fondamentali" e quindi il superamento dell'indirizzo secondo cui è necessario, ai fini di concedere la tutela europea, l'esercizio delle libertà per finalità economiche. Al riguardo va considerato che il giudice ha analizzato la vertenza sulla scorta delle

⁹⁰ Vedi la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2003, causa C-364/01, *Eredi del sig. H. Barbier c. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, Raccolta, p. I-15013 ss.

sole disposizioni in tema di circolazione di capitali, anche se nel caso di specie erano state evocate le norme relative alla libera circolazione dei lavoratori e alla libertà di stabilimento. Di conseguenza le affermazioni del giudice circa l'accesso da parte dei cittadini europei ai diritti conferiti dalla direttiva 88/361/CEE⁹¹, per la quale è priva di rilievo la sussistenza di elementi transfrontalieri ulteriori rispetto alla residenza, non possono assumere un significato più ampio di quello che in concreto possiedono e, segnatamente, essere estese anche all'applicazione delle altre libertà.

Di recente però la stessa Corte sembra dare segnali di maggiore apertura. Nella citata sentenza *Zanotti*, infatti, la normativa nazionale, che esclude dal diritto alla detrazione le spese sostenute per la frequenza dei corsi di istruzione universitaria all'estero, è stata ritenuta incompatibile, sia con l'art. 56 sia con l'art. 21 TFUE. Analogamente anni addietro la Commissione, nell'avviare la procedura di infrazione nel caso *de Laysterie du Saillan*, contro la *exit tax* tedesca, aveva ritenuto quest'ultima contraria non solo agli attuali articoli 45 e 49 ma anche all'art. 21 TFUE⁹².

Un orientamento diretto ad assicurare una tutela europea all'esercizio delle libertà fondamentali indipendentemente dalla loro finalità produrrebbe conseguenze particolarmente rilevanti negli ordinamenti degli Stati membri in quanto potrebbe contribuire a risolvere anche le questioni relative alla discriminazione a rovescio. Si tratta di discriminazioni che si verificano quando la norma nazionale eventualmente discriminatoria distingue tra cittadini residenti e non residenti piuttosto che tra cittadini e stranieri. Ebbene a siffatta discriminazione, finora, è stata negata generalmente una tutela europea⁹³. E ciò è poco compren-

⁹¹ Gli investimenti immobiliari, effettuati sul territorio nazionale dai non residenti, così come la successione relativa a tali beni immobili, sono considerati movimenti di capitale ai sensi dell'elenco allegato alla direttiva 88/361/CEE.

⁹² Vedi la sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2004, causa C-9/02, *Hughes de Lastryrie du Saillan c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Raccolta, p. I-2409 ss. Vedi in dottrina J. SCHWARZ, *Personal Taxation under the European Court of Justice Microscope*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2004, p. 550 ss.

⁹³ Vale ricordare che in Italia l'art. 6, lett. d), della l. 7 luglio 2009, n. 88, *GURI* 161, 14 luglio 2009 (legge comunitaria 2008) ha disposto la modifica della l. 4 febbraio 2005 con l'introduzione dell'art. 14 *bis* intitolato "Parità di trattamento". Tale disposizione specifica: "1. Le norme italiane di recepimento di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti e stabiliti nel territorio nazionale e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani. 2. Nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alle condizioni e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel proprio territorio nazionale". In questi ultimi anni è possibile intravedere al riguardo qualche segnale di apertura da parte dei giudici europei: vedi la sentenza della Corte di giustizia del 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, Raccolta, p. I-1683 ss., punto 29. Un'apertura proviene anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: vedi la sentenza del 23 luglio 2002, *Janosevic c. Sweden*. Anche in materia di merci la posizione della Corte di giustizia si è modificata nel tempo facendo rientrare nell'ambito europeo anche situazioni di carattere puramente interno: vedi la sentenza

sibile ove si pensi che le disparità di trattamento, operate da questa forma di discriminazione, contrastano sia con il concetto di mercato interno, adottato dal Trattato di Lisbona, sia con lo stesso principio di non discriminazione, sia con le norme sulla concorrenza⁹⁴.

Per trovare soluzioni adeguate alle restrizioni delle libertà fondamentali causate dalla coesistenza di più ordinamenti tributari nell'Unione non si può fare affidamento, tuttavia, solo sull'attività della Corte di giustizia, il cui intervento, essendo legato a casi singoli, è, per sua stessa natura, frammentario e privo di organicità.

All'integrazione fiscale "negativa" si dovrebbe affiancare necessariamente un'integrazione "positiva", che porti all'adozione di atti mirati di armonizzazione fiscale, diretti ad adeguare le normative nazionali a un modello comune di tributo o, al limite, di coordinamento o di ravvicinamento fiscale⁹⁵. Al riguardo indicazioni interessanti si ritrovano nel già citato Rapporto Monti, in cui si raccomandano interventi specifici nel settore delle imposte sulle società⁹⁶.

La strada da percorrere per giungere a risultati di tal genere è, tuttavia, lunga ed irta di difficoltà, visto che si è persa l'occasione con il Trattato di Lisbona di mettere mano al dispositivo dell'art. 113 TFUE per eliminare del tutto o, quantomeno, per rendere meno gravosi i limiti ivi previsti per l'adozione degli atti in materia di fiscalità. Del resto sembra altrettanto difficile che un'integrazione fiscale tra gli Stati membri possa essere indotta, in attesa di norme cogenti, solo da atti di *soft law*, i quali, seppure di grande utilità, non rappresentano la soluzione del problema. Si tratta infatti di atti giuridicamente non vincolanti, per la cui attuazione è indispensabile una precisa volontà politica degli Stati membri, di cui, nella fase storica attuale, non si ha alcun sentore⁹⁷.

dell'8 settembre 2004, causa C-72/03, *Carbonati Apuani Srl c. Comune di Carrara*, Raccolta, p. I-8027 ss., dove si esamina una tassa istituita dal comune di Massa Carrara sui marmi estratti nel suo territorio e originata dal loro trasporto oltre i confini comunali. In tale occasione la Corte ha sancito che tale tributo costituisce una tassa di effetto equivalente, vietata dall'art. 23 TCE (ora art. 28 TFUE), sebbene essa gravi anche su merci la cui destinazione finale si trova all'interno dello Stato interessato. Per la libera circolazione dei servizi vedi anche la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, Raccolta, p. I-6279 ss.

⁹⁴ Vedi F. TESAURO, *op. cit.*; C. ATTARDI, *Il ruolo della Corte europea nel processo tributario: manuale, con massimario*, Milano, 2008.

⁹⁵ Tali atti potrebbero essere adottati sulla base dell'art. 115 TFUE o anche dell'art. 352 TFUE per i quali tuttavia è richiesta pur sempre l'unanimità dei consensi.

⁹⁶ Il coordinamento fiscale viene ritenuto più adatto a salvaguardare la sovranità fiscale nazionale in un contesto di progressione dell'integrazione del mercato. Nel settore delle imposte sulle società si raccomanda di rafforzare il "codice di condotta" adottato nel 1997 e di istituire un nuovo gruppo di studio per la politica fiscale.

⁹⁷ Rientrano nella *soft law* norme quali le raccomandazioni, i pareri, le comunicazioni, note interpretative ovvero atti atipici quali i codici di condotta, o gli accordi politici. In particolare rientrano in tale categoria anche taluni atti adottati in questi ultimi anni dalla Commissione, i quali individuano i comportamenti che gli Stati membri devono tenere in determinate materie sanzionandone l'inosservanza. Si vengono a creare, in tal modo, una serie di veri e propri doveri giuridici

Appare più probabile allo stato attuale del diritto dell'Unione europea che l'attività della Corte di giustizia nel settore della fiscalità diretta rappresenti un valido stimolo per ciascuno Stato membro a pianificare interventi in ambito nazionale tesi a superare le barriere frapposte dalla diversità del proprio sistema fiscale con quello di altri Stati membri.

Abstract

Direct Taxation in the EU Court of Justice Ruling. Debate Concerning the Principle of Non-restriction of Fundamental Freedom

The article focuses on the judgments of the Court of Justice over the last ten years, that have dealt with matters that affect the field of direct taxation, such as the taxation of outbound dividends, taxation of work income and even the deduction of losses or costs when dealing with certain issues of negative income. Particular focus is paid to the rules that the courts of Luxembourg apply, when checking tax law compatibility within Member States with the fundamental freedoms guaranteed by the TFEU. This is essentially the principle of non-restriction of fundamental freedoms (Articles 49, 56 and 63 TFEU) and the principle of non-discrimination (Articles 18 and 45 TFEU).

In jurisprudence, the two concepts of discrimination and restriction are generally placed side by side, merging within the definition of discriminatory restriction.

Such principle is justified by the fact that national tax rules that restrict fundamental freedoms fall into one category or the other – into direct or indirect discriminatory measures, as, even today, the tax jurisdiction of Member States is based on the criteria of residence or origin of income.

ci per i membri dell'Unione. Al riguardo vedi in particolare le linee guida tracciate dalla 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 ss., o la raccomandazione 2007/879/CE della Commissione, del 17 dicembre 2007, relativa ai mercati rilevanti dei prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *GUUE* L 344, 28 dicembre 2007, p. 65 ss. Con il Trattato di Lisbona tuttavia il ricorso a tali atti appare limitato. L'art. 2 TFUE sembra correlare, infatti, la competenza normativa (esclusiva o concorrente) e gli atti vincolanti. Questa lettura potrebbe essere poi confermata dall'art. 296 TFUE secondo il quale il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi stabiliti dal Trattato. Rimarrebbe la possibilità di adottare atti di *soft law* del tipo su indicato nei settori in cui l'Unione ha competenza per azioni di sostegno, di coordinamento o di completamento. In tal senso vedi ampiamente G. DE MINICO, *La soft law: nostalgie e anticipazioni*, in F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008.

The principle of non-discriminatory restriction does not, however, remove restrictions resulting from the inevitable coexistence of separate tax systems.

In accordance with the principle that the current state of European law establishes the responsibility of the Member States relating to direct taxation, direct taxes within the EU, in fact, are managed by National tax regimes that coexist with their differences and peculiarities. So some of the disadvantages that affect companies involved in cross-border transactions can be a direct and inevitable consequence of the juxtaposition of such systems.

Again, these rules, however, constitute obstacles to the free movement of factors of production in the EU, as they produce deterrent effects. However, for these rules to be removed, European courts could apply the principle of non-restriction of fundamental freedom, understood in its broadest sense.

The Court of Justice, however, adheres to a different approach. To eliminate distortions in economic activity caused by various tax systems coexisting alongside each other, European judges maintain intervention of European legislature to be required, hence promoting a process of harmonization.

Adopting measures of tax harmonization, however, is not always possible. Article 113 TFEU provides, even today, for the implementation of such particularly rigorous legal agreement constraints, such as voting procedures, consensus unanimity and indirect taxation as a harmonizing instrument.

It seems more likely in the current state of EU law that the activities of the Court of Justice in the field of direct taxation represent an effective stimulus for each Member State to work on a national action plan aimed at overcoming the barriers stemming from the diverse Member States' tax systems.

La sentenza sul caso *Küçükdeveci*: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto normativo. – 3. Le questioni pregiudiziali. – 4. Il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro. – 5. La “disapplicazione” del diritto nazionale in contrasto con il diritto dell’Unione. – 6. Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali.

1. La sentenza resa dalla Grande sezione della Corte di giustizia europea in data 19 gennaio 2010, nel caso *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*¹, presenta un profilo di indubbio interesse, consistente nell’applicazione, per la prima volta da quando il Trattato di Lisbona è entrato in vigore (1° dicembre 2009), della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel suo valore finalmente vincolante. Come è noto, ai sensi dell’art. 6, par. 1, TUE, nel testo oggi vigente: “L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. Proprio l’equiparazione tra la Carta ed i Trattati permette alle disposizioni contenute nella prima – a prescindere da una loro appartenenza alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, a norme contenute nei principali trattati internazionali in materia di diritti umani o a principi già enucleati nei Trattati –

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG (Küçükdeveci)*, causa C-555/07, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Tra i vari commenti relativi alla sentenza *Küçükdeveci* ricordiamo N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso Küçükdeveci*, in *RDI*, 2010, p. 443 ss; M. MARCHEGIANI, *Sul principio generale di non discriminazione in base all’età nell’ordinamento comunitario*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2010, p. 603 ss; C. MURPHY, *Politique sociale – Arrêt «Küçükdeveci»*, in *RDUE*, 2010, p. 379 ss.; L. RONCHETTI, *Del caso Küçükdeveci ovvero dell’efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo di quello antidiscriminatorio?*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2737 ss. Considerazioni rilevanti per i temi trattati nel presente lavoro, anche se anteriormente alla sentenza in commento, si trovano in G. CAGGIANO, *Principio di non discriminazione e parità di trattamento in materia di occupazione*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 3 (www.sudineuropa.net, reperibile on line).

di dispiegare un effetto vincolante nei confronti degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione europea, che dovranno pertanto rispettarne il dettato nell'applicazione del diritto dell'Unione. Inoltre, l'equiparazione ai Trattati colloca la Carta all'apice delle fonti di questo diritto. Orbene, nel caso in questione, il diritto fondamentale che viene in gioco è quello a non subire discriminazioni in base all'età. Prima di soffermarci su quanto disposto dalla Corte, è peraltro opportuno esaminare brevemente l'oggetto della causa e lo svolgimento dei fatti.

2. Trattasi di rinvio pregiudiziale (sulla base dell'allora art. 234 TCE, oggi art. 267 TFUE) operato da un Tribunale d'appello tedesco (il Landesarbeitsgericht di Düsseldorf), a seguito di un'azione proposta dalla Sig.ra Küçükdeveci, la quale era stata licenziata in data 19 dicembre 2006, ma con effetti decorrenti dal 31 gennaio 2007, per via della normativa tedesca in materia di preavviso legale in caso di licenziamento, dalla ditta Swedex presso cui lavorava dal 1996, allorché aveva 18 anni. Il punto sollevato dalla ricorrente riguardava appunto la conformità al diritto dell'Unione della disposizione, contenuta nell'art. 622, n. 2, 2° comma, del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*, di seguito *Bgb*), in base alla quale “nel calcolo della durata dell'impiego non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore”. Quanto al contesto normativo pertinente nel diritto dell'Unione, a rilevare nel caso di specie è particolarmente la direttiva 2000/78/CE², la quale stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Di particolare interesse, tra i “considerando” della direttiva, vi è il venticinquesimo, il quale afferma: “Il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione. Tuttavia, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri. È quindi essenziale distinguere tra le disparità di trattamento che sono giustificate, in particolare, da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale, e le discriminazioni che devono essere vietate”.

Il contenuto di tale “considerando” viene, infatti, così precisato da talune norme della direttiva: ai sensi dell'art. 2 della stessa, si definisce come “principio di parità di trattamento” l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi enunciati nell'art. 1, ovvero sia la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali; sempre l'art. 2, par. 2, afferma che si ha una discriminazione diretta quando, sulla base di uno dei predetti motivi, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga; ancora, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva in oggetto, fatto salvo il caso del summenzionato art. 2, par. 2, gli Stati mem-

² Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE* L 303, 2 dicembre 2000, p. 16 ss.

bri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Tale punto è precisato nel prosieguo dello stesso articolo, dove si precisa che le suddette disparità di trattamento possono comprendere, in particolare, la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi; la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione; la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento. La direttiva è stata trasposta nell'ordinamento tedesco (la Germania si è avvalsa della facoltà prevista dalla direttiva di disporre di tre anni supplementari per l'attuazione della stessa) per mezzo della legge generale 14 agosto 2006 sulla parità di trattamento.

3. A fronte dell'azione della ricorrente e sulla base del summenzionato quadro normativo, il giudice di rinvio ha inteso sottoporre alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali di carattere interpretativo³. In base alla prima, egli chiede alla Corte se una normativa nazionale quale quella contestata – la quale, nel calcolare i termini di preavviso di licenziamento in base alla durata dell'impiego non tenga però conto dei periodi di lavoro svolti dal lavoratore prima del compimento del venticinquesimo anno d'età – non configuri una violazione del divieto di discriminazione in base all'età vietato dal diritto primario della (allora) Comunità europea o dalla direttiva 2000/78/CE; e se sussista una ragione giustificativa per tale discriminazione contro i lavoratori più giovani per il fatto che al datore di lavoro sia riconosciuto un interesse economico ad una gestione flessibile del personale e se pure sia giustificato che ai giovani lavoratori non venga accordata la tutela dei diritti quesiti e delle aspettative perché, ad esempio, si presume una loro maggiore mobilità e flessibilità professionale e personale in ragione dell'età o dei minori obblighi loro incombenti. In base alla seconda questione, qualora la risposta alla prima indicasse una violazione del diritto dell'Unione, il giudice di rinvio chiede sostanzialmente se, per potere disapplicare le disposizioni incompatibili col diritto europeo in una controversia tra privati, esso debba procedere autonomamente oppure, al fine di garantire la tutela del legittimo affidamento dei destinatari delle norme, debba sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte affinché quest'ultima confermi l'incompatibilità di tale disposizione con il diritto dell'Unione.

³ Sentenza *Küçükdeveci*, cit., punto 17.

4. La Corte, da parte sua, chiarisce anzitutto che la direttiva 2000/78/CE non è costitutiva essa stessa del principio di parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro, il quale trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma si limita a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni, fondate su diversi motivi tra cui anche l'età, nelle suddette materie⁴. Peraltro, lo stesso principio è riconosciuto dalla Corte quale principio generale del diritto dell'Unione (ma su questo punto si veda già la precedente sentenza *Mangold*, del 22 novembre 2005⁵), cui la direttiva 2000/78/CE dà attuazione, o come dice la Corte, “espressione concreta”⁶; esso, inoltre – è questo il punto che più ci interessa – è affermato dall'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare su (...) l'età (...)”), che, la Corte ricorda⁷, ai sensi dell'art. 6, n.1, TUE ha lo stesso valore

⁴ *Ibidem*, punto 20. È interessante notare che l'Avvocato generale Bot, nelle proprie conclusioni del 7 luglio 2009, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 33 s., ritiene che la direttiva 2000/78/CE sia di per sé idonea a costituire il parametro normativo di riferimento rispetto al quale la Corte potrà rispondere alla prima questione postale, mentre il principio generale di non discriminazione, “[i]n quanto strettamente collegato alla direttiva 2000/78, la quale ha l'obiettivo principale di agevolarne l'attuazione, (...) dovrà essere preso in considerazione (...) quando si tratterà di stabilire se e a quali condizioni possa essere invocata la direttiva 2000/78 nell'ambito di una controversia tra privati”. Quanto al rapporto tra direttive e principi generali, ma anche tra questi ultimi e la Carta dei diritti fondamentali, e con considerazioni a partire dalla stessa sentenza in commento, si veda M. MARCHEGIANI, *op. cit.*

⁵ Nella sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm (Mangold)*, *Raccolta*, p. I-9981 ss., la Corte di giustizia affermò (punto 74): “la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro. Infatti, tale direttiva, ai sensi del suo art. 1, ha il solo obiettivo di ‘stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali’, dal momento che il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai ‘considerando’ 1 e 4 della detta direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”, e quindi (punto 75): “Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario”. Si noti, peraltro, che a differenza del caso *Kücükdeveci*, la medesima direttiva, la 2000/78/CE, non era stata ancora recepita dall'ordinamento tedesco e che il termine per l'adeguamento non era ancora scaduto essendosi la Repubblica Federale di Germania giovata della deroga prevista dalla direttiva medesima. La Corte disse infatti nella sentenza *Mangold*, cit., punto 76: “il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età”. Pertanto, la Corte (punto 78) affermò: “È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto”. Acute osservazioni sul caso *Mangold* si trovano in R. MASTROIANNI, *Efficacia “orizzontale” del principio di uguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, p. 442 ss. Per considerazioni critiche sul medesimo caso (anche a fronte di giurisprudenza successiva) si veda G. CAGGIANO, *op. cit.*

⁶ Sentenza *Kücükdeveci*, cit., punto 21.

⁷ *Ibidem*, punto 22.

giuridico dei Trattati. Si noti che, trattandosi di controversia tra privati, la direttiva 2000/78/CE, non essendo produttiva di effetti diretti orizzontali – come, di regola, ogni direttiva – viene in gioco proprio in quanto si limita a dare precisazione ad un principio generale del diritto dell’Unione, questo sì avente effetto diretto orizzontale (come si evince, in sostanza, dalla precedente sentenza *Mangold*, nel qual caso, tuttavia, un ulteriore problema si poneva per via del fatto che, come si è detto⁸, il termine per la trasposizione della direttiva nell’ordinamento interno non era ancora scaduto).

Naturalmente, continua la Corte, affinché il principio di non discriminazione venga in gioco nel caso di specie, è necessario che questo rientri nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Orbene, nella controversia in oggetto, che si verta in una materia rientrante nel diritto dell’Unione lo si deve proprio alla direttiva 2000/78/CE ed alla circostanza che il termine per la sua corretta attuazione sia scaduto. Infatti, l’art. 622, n. 2, *Bgb*, contiene disposizioni che incidono direttamente sulle condizioni di licenziamento, materia rientrante nell’ambito del diritto dell’Unione e disciplinata, d’altro canto, dalla stessa direttiva in questione; peraltro, l’incompatibilità di tale norma con il dettato della direttiva 2000/78/CE è determinato dal fatto che “il presunto comportamento discriminatorio adottato nella presente fattispecie in base alla normativa nazionale controversa ha avuto luogo successivamente alla data limite del termine impartito allo Stato membro per trasporre la direttiva 2000/78, termine che, per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, è scaduto il 2 dicembre 2006 (...). In tale data, la direttiva ha avuto l’effetto di far entrare nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella fattispecie, le condizioni di licenziamento”⁹.

Pertanto, la Corte afferma che “è in base al principio generale di diritto dell’Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all’età, come specificato dalla direttiva 2000/78, che va esaminato se il diritto dell’Unione osti ad una

⁸ Si veda la nota 5.

⁹ Sentenza *Küçükdeveci*, cit., punto 24 s. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 194, proprio con riferimento alla sentenza *Küçükdeveci*, così riassume e chiarisce il punto: “In definitiva, una direttiva, anche se sprovvista di effetto diretto, alla scadenza del termine stabilito e pur se non trasposta entro tale termine, entra sotto tale profilo a far parte del diritto dell’Unione e dunque condiziona la normativa nazionale che disciplina la stessa materia”. Può altresì ricordarsi quanto sostenuto a riguardo dall’Avvocato generale Bot nelle proprie conclusioni (punti 31 e 32: “Si osserva che i fatti all’origine della controversia nella causa principale sono avvenuti dopo la scadenza del termine di cui ha beneficiato la Repubblica federale di Germania per trasporre tale direttiva, ossia dopo il 2 dicembre 2006. [... A] mio parere non vi è alcun dubbio che la normativa nazionale in esame rientri nell’ambito di applicazione della detta direttiva. Ricordo, in proposito, che ai sensi dell’art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, essa ‘si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, (...) per quanto attiene (...) all’occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione’. Dato che l’art. 622 del BGB costituisce una disposizione che disciplina una delle condizioni nelle quali può avvenire un licenziamento, esso deve considerarsi rientrante nella sfera di applicazione di tale direttiva”.

normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale”¹⁰. Rileva a questo punto il fatto che, ai sensi della summenzionata direttiva, come peraltro già ricordato, il principio di parità di trattamento richiede l’assenza di una discriminazione, sia diretta che indiretta, basata su uno dei motivi elencati all’art. 1 dello stesso atto. Poiché¹¹ l’art. 622, n. 2, 2° comma, *Bgb* contiene un trattamento meno favorevole per i dipendenti entrati in servizio prima dei venticinque anni di età, tale normativa nazionale crea una disparità di trattamento tra persone aventi la medesima anzianità di servizio a seconda dell’età in cui esse sono state assunte.

L’Avvocato generale, d’altra parte – ricorda la Corte – ha altresì evidenziato come tale normativa tratti in modo più sfavorevole i giovani lavoratori, nella misura in cui essi possono essere esclusi dal beneficio di un aumento progressivo dei termini di preavviso di licenziamento in funzione della durata del rapporto di lavoro, malgrado un’anzianità di servizio nell’impresa di diversi anni, rispetto a lavoratori più anziani i quali abbiano un’anzianità di servizio equiparabile. È per questo che la normativa nazionale di cui sopra contiene una disparità di trattamento fondata sul criterio dell’età¹².

Naturalmente occorre accertare se tale disparità di trattamento costituisca una discriminazione vietata dalla direttiva 2000/78/CE nonché dal principio generale del diritto dell’Unione cui la direttiva dà espressione concreta. Per far ciò è necessario dimostrare, ai sensi dell’art. 6, n. 1, 1° comma, della direttiva, che tale disparità non trovi una giustificazione, ragionevole e oggettiva, per il diritto nazionale, in una finalità legittima, tra cui rientrano giustificati obiettivi di politica del lavoro, mercato del lavoro, formazione professionale, e che i mezzi per il conseguimento di tale finalità non siano appropriati e necessari. Giacché – come evidenziato dal giudice *a quo* – la norma del *Bgb* in questione risponde a finalità rientranti in una politica in materia di occupazione e mercato del lavoro (legata a una maggiore flessibilità nella gestione del personale, date le caratteristiche proprie dei giovani lavoratori), cioè a quelle riconosciute in linea di principio legittime dall’art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78/CE, è sull’adeguatezza e necessità dei mezzi che occorre interrogarsi. Orbene, la Corte ravvisa¹³ che il provvedimento di cui trattasi non è appropriato per il conseguimento della finalità di cui sopra, dato che esso si applica a tutti i dipendenti assunti dall’impresa prima del venticinquesimo anno di età, ma indipendentemente dalla loro età al momento del licenziamento. Ancora¹⁴, rispetto all’obiettivo perseguito dal legislatore tedesco nell’adottare la normativa nazionale in oggetto, e cioè rafforzare la tutela dei lavoratori in funzione del tempo trascorso nell’impresa, il fatto che l’allungamento del termine di preavviso sia ritardato per i dipendenti assunti prima dei venticinque anni d’età, a prescindere dalla loro anzianità di servizio, rende inidonea la normativa a realizzare questa finalità.

¹⁰ Sentenza *Küçükdeveci*, cit., punto 27.

¹¹ *Ibidem*, punto 29.

¹² *Ibidem*, punto 30 s.

¹³ *Ibidem*, punto 40.

¹⁴ *Ibidem*, punto 41.

Infine¹⁵, come peraltro rilevato dal giudice di rinvio, la suddetta normativa nazionale incide sui giovani dipendenti in modo diseguale, svantaggiando coloro i quali iniziano presto a lavorare, rispetto a coloro i quali lo facciano più tardi, dopo una lunga formazione professionale. Pertanto il diritto dell'Unione, per quanto concerne il principio di non discriminazione in base all'età come espresso in concreto dalla direttiva 2000/78/CE, va interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale quale quella di cui alla causa principale.

5. Quanto alla seconda questione, la Corte è chiamata a chiarire se il giudice di rinvio, in una controversia tra privati quale quella in oggetto, per poter disapplicare una normativa nazionale in contrasto col diritto dell'Unione debba previamente, per garantire il legittimo affidamento, adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale affinché essa dichiari l'incompatibilità col diritto dell'Unione. Dell'argomentazione della Corte – la quale ricorda l'inidoneità di una direttiva a creare obblighi nei confronti di un singolo¹⁶ e l'obbligo, incombente ad ogni organo, ivi inclusi quelli giurisdizionali, degli Stati membri, di adottare tutti i provvedimenti atti a raggiungere il risultato prescritto dalla direttiva¹⁷ – giova considerare i seguenti passaggi: nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale deve procedere quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, ricorrendo all'interpretazione conforme del diritto nazionale nella misura in cui esso permetta allo stesso di assicurare, nel contesto delle proprie competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione nella risoluzione del caso di specie¹⁸. Peraltro, nella causa principale, come evidenziato dal giudice del rinvio, la normativa contestata, ovvero sia l'art. 622, n. 2, 2° comma, *Bgb*, non si presta ad un'interpretazione conforme, trattandosi di norma chiara e precisa. Pertanto, dato che la direttiva 2000/78/CE si limita solo a dare espressione concreta ad un principio – quale la parità di trattamento in materia di occupazione di lavoro – e non a sancirlo, e che il principio di non discriminazione in base all'età è già di per sé un principio generale del diritto dell'Unione, è compito del

¹⁵ *Ibidem*, punto 42.

¹⁶ *Ibidem*, punto 46.

¹⁷ *Ibidem*, punto 47.

¹⁸ È noto che l'obbligo di interpretazione conforme è stato ricavato in via giurisprudenziale dalla Corte, in base all'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE. Come spiega U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 272 s.: “Tale obbligo (...) acquista una notevole rilevanza pratica quando la direttiva – non trasposta (o non correttamente trasposta) nell'ordinamento interno – sia inidonea a produrre effetti diretti o non sia comunque invocabile riguardo ai rapporti tra privati. L'interpretazione conforme del diritto nazionale conduce, infatti, a piegare tale diritto, così da adattarlo (nei limiti del possibile) alle prescrizioni della direttiva; formalmente, peraltro, il giudice non applica la direttiva, ma il diritto interno e questo, evidentemente, crea diritti e obblighi corrispondenti nei rapporti tra i privati e a prescindere dal contenuto, più o meno ‘completo’, della direttiva e della esistenza di un obbligo incondizionato”. Peraltro, come ribadito dalla stessa Corte, tale obbligo sussiste solamente a partire dalla scadenza del termine prescritto per dare attuazione alla direttiva e, ad ogni modo, non può spingersi sino al punto di comportare un'interpretazione *contra legem* del diritto statale, cosa che avverrebbe qualora la contraddizione tra il dettato della direttiva e le norme interne fosse di tipo insanabile.

giudice nazionale assicurare la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai singoli disapplicando, ove necessario, ogni disposizione di legge nazionale a ciò contraria¹⁹.

La seconda questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale sembra nascere dal fatto che, in forza del diritto nazionale, il giudice del rinvio non può disapplicare una norma vigente della legislazione nazionale in assenza di una previa dichiarazione di incostituzionalità da parte della propria Corte costituzionale²⁰. Ma per il diritto dell'Unione europea, la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale incompatibile e non interpretabile in senso conforme, la debba disapplicare, senza che gli sia né imposto né vietato di sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale. Questa resta una facoltà, che non diventa obbligo solo per il fatto che il diritto interno prescriva la previa pronuncia da parte della Corte costituzionale onde poter disapplicare una norma contrastante con la Costituzione. L'obbligo di disapplicare una norma confliggente con il diritto dell'Unione, infatti, sorge in forza del principio del primato di tale diritto²¹. È dalla sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978²², d'altra parte, che la Corte afferma che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme europee disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante del diritto interno, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale, e quanto affermato dalla Corte nel caso di specie non fa che confermare tale posizione²³.

6. A margine delle presenti considerazioni, va sottolineato come la novità rappresentata dalla sentenza in oggetto, ovverosia il riferimento al valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, occupa sì uno spazio marginale nella ricostruzione operata dalla Corte; peraltro, ciò non ne ridimensiona l'importanza, a prescindere dal caso concreto, nella misura in cui inaugura un nuovo orientamento giurisprudenziale fondato sulla nuova disciplina in materia di diritti fondamentali predisposta dal sistema "post Lisbona". Si viene così a stabilire un punto fermo sul valore della Carta quale ulteriore parametro di riferimento nella tutela dei diritti fondamentali in seno al diritto dell'Unione, dopo la lunga fase d'incertezza successiva alla proclamazione, a Nizza, della medesima Carta nella sua prima versione.

Un'osservazione ulteriore può esser svolta sulla scorta delle "spiegazioni" che accompagnano i diritti sanciti nella Carta e di cui si deve tener conto nell'applica-

¹⁹ Sentenza *Küçükdeveci*, cit., punto 50 s.

²⁰ *Ibidem*, punto 52.

²¹ *Ibidem*, punto 54.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal (Simmenthal)*, Raccolta, p. 629 ss.

²³ La sentenza *Simmenthal* è richiamata anche dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni *Küçükdeveci*, cit., punto 55.

zione della stessa. Per quanto concerne l'art. 21, par. 1, il quale come si è detto sancisce il principio di non discriminazione fondata, *inter alia*, sull'età, la relativa spiegazione sancisce che esso si ispira, tra le varie fonti, anche all'art. 13 TCE (ora art. 19 TFUE), ovverosia l'articolo in forza del quale fu emanata la direttiva 2000/78/CE. È quindi interessante notare che la medesima spiegazione afferma che “non v'è contraddizione né incompatibilità fra il par. 1 [dell'art. 21] e l'art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che ha campo d'applicazione e finalità diversi: l'art. 19 conferisce all'Unione la facoltà di adottare atti legislativi, compresa l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, per combattere alcune forme di discriminazione di cui l'articolo stesso riporta un elenco completo (...). La disposizione dell'art. 21, par. 1, invece, non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione in questi settori d'intervento degli Stati membri o nei rapporti fra privati né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi. Essa infatti tratta soltanto delle discriminazioni ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione stessi nell'esercizio delle competenze conferite ai sensi dei trattati e ad opera degli Stati membri soltanto quando danno attuazione al diritto dell'Unione”.

Come si vede, la Carta dei diritti fondamentali può facilmente esplicitare un ruolo in qualche misura sussidiario rispetto ad altri rimedi già predisposti dai Trattati – è il caso dell'art. 19 – o da un principio generale del diritto dell'Unione, come avviene, appunto, nel caso di specie, nel quale l'art. 21 della Carta viene chiamato a “dare un rinforzo” agli elementi consueti – tradizioni costituzionali comuni, trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo – in base ai quali la giurisprudenza della Corte ha valutato la sussistenza di un principio generale in materia di diritti fondamentali²⁴.

Ciò, peraltro, non impedisce di guardare oltre: la sentenza *Küçükdeveci* ci consente, infatti, di intravedere le potenzialità che l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali potrà dispiegare nella giurisprudenza europea allorché si tratterà di far valere diritti riconosciuti ai singoli da norme di diritto, anche derivato,

²⁴ D'altra parte, è stato rilevato (C. MURPHY, *op. cit.*, p. 383): “En invoquant la Charte, la Cour renforce la légitimité du principe, modérant les critiques avancées à la suite de l'arrêt Mangold qui contestaient l'existence d'un tel principe dans les traditions constitutionnelles des États membres et les instruments nationaux, ces derniers n'établissant guère de manière claire l'existence d'un tel principe”. Anche l'Avvocato generale Bot, conclusioni *Küçükdeveci*, cit., punto 77, e facendo riferimento alla precedente sentenza *Mangold*, afferma: “(...) per quanto riguarda, anzitutto, l'esistenza medesima del principio di non discriminazione fondata sull'età in quanto principio generale del diritto comunitario, sono incline a pensare che l'evidenziazione di un tale principio da parte della Corte corrisponda all'evoluzione di tale diritto quale risulta, da una parte, dall'iscrizione dell'età come criterio di discriminazione vietato ai sensi dell'art. 13, n. 1, CE [ora art. 19 TFUE] e, dall'altra, dall'aver sancito il divieto di discriminazioni fondate sull'età come un diritto fondamentale, come risulta dall'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [non ancora giuridicamente vincolante all'epoca delle conclusioni dell'Avvocato generale] (...). Effettivamente, il ragionamento della Corte sarebbe stato sicuramente più convincente se si fosse basato su tali elementi, al di là dei soli strumenti internazionali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri i quali, nella maggior parte dei casi, non identificano uno specifico divieto di discriminazione in ragione dell'età (...)”.

dell'Unione²⁵. Ed invero, tali potenzialità sembrano aver trovato una progressiva concretizzazione, la cui portata ed incisività è destinata a crescere, nella giurisprudenza della Corte²⁶ successiva alla sentenza qui commentata, almeno per quanto riguarda il frequente riferimento – anche se spesso solo in via incidentale – a norme contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di cui si ricorda sovente l'oramai acquisito valore di strumento giuridico obbligatorio.

Abstract

The Judgment on the Case *Küçükdeveci*: The European Court of Justice Applies the European Charter of Fundamental Rights in Its Binding Force

Through a commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union on the case *Küçükdeveci*, this paper focuses on the perspectives opened up by the attribution of binding force to the European Charter of Fundamental Rights by the Treaty of Lisbon and as applied by the Court. In particular, the Author underlines that the European Charter of Fundamental Rights constitutes a subsidiary instrument to identify the emergence of a general principle of European Union law and to expand the guarantees for individuals to have their rights protected by European Union law.

²⁵ In questo senso, si rinvia altresì alle considerazioni effettuate dall'Avvocato generale Bot, *ibidem*, punto 90. Per ulteriori e puntuali osservazioni in merito, si rinvia al commento a cura di N. LAZZERINI, *op. cit.*

²⁶ Tra le altre, possono menzionarsi la sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, *Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi e Dler Jamal c. Bundesrepublik Deutschland*, cause riunite C-175, 176, 178 e 179/08, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui viene in gioco l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in materia di diritto d'asilo; la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo del 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA, Filomena Califano c. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA e Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA*, cause riunite C-317 a 320/08, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui si fa menzione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, in materia di tutela giurisdizionale effettiva; la sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 2010, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios e Principado de Asturias*, cause riunite C-570 e 571/07, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui si afferma che l'importanza dell'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità è confermata oltre che dall'art. 168, n. 1, TFUE, anche dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a' termini dei quali, in particolare, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione europea è garantito un livello elevato di protezione della salute umana; ancora, la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, *Commissione c. Germania*, causa C-271/08, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui si fa riferimento all'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, in materia di diritto di contrattazione collettiva; da ultimo, si può ricordare la sentenza del 22 dicembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, causa C-208/09, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in cui la Carta viene menzionata per quanto concerne l'art. 7, relativo al rispetto della vita privata e della vita familiare, e l'art. 20, relativo al diritto all'uguaglianza.

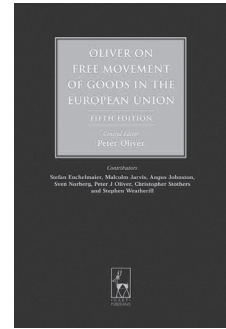


Recensioni

Peter Oliver (General Editor)

Free Movement of Goods

Oxford-Portland, Hart Publishing,
2010, V ed., pp. XCIII-534



Il *Free Movement of Goods* di Peter Oliver, giunto alla sua V edizione, costituisce per gli studiosi del diritto del mercato interno europeo e dei professionisti che praticano in questo settore del diritto dell'Unione, un vero e proprio "classico", un testo indispensabile di riferimento, da tenere sempre a portata di mano.

Nato come un'opera di un unico autore, il testo di Oliver si è trasformato, a partire dalla IV edizione, in un volume a più voci, per tenere conto della mole sempre più imponente della giurisprudenza della Corte di giustizia e della grande articolazione che la materia veniva assumendo col passare del tempo. All'edizione in commento hanno contribuito sei diversi autori, tutti esperti della materia e noti anche al di qua della Manica (in particolare Stephen Weatherill, professore di Diritto europeo all'Università di Oxford). Come spesso si riscontra nella dottrina britannica, l'estrazione prevalente non è accademica, ma la maggior parte degli autori vanta anche un'esperienza di docenza universitaria. Lo stesso Oliver è prima di tutto noto per essere uno dei membri "storici" del Servizio giuridico della Commissione europea, ora *legal advisor* della stessa istituzione, oltre che professore alla ULB di Bruxelles.

L'impronta di Oliver come *General Editor* è comunque ben presente anche in questa edizione. Non soltanto Oliver ha riservato a sé alcune parti fondamentali del libro, in particolare l'Introduzione (cap. 1) e soprattutto il cap. 6, relativo alla definizione in termini generali della nozione di misura d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa, che, come egli stesso ammette, costituisce la vera "crux" dell'intera opera (p. 84). Egli ha altresì svolto un'attenta opera di coordinamento editoriale (p. V), in modo da evitare ripetizioni o lacune ma anche prese di posizione divergenti in merito ai numerosi problemi affrontati nei vari capitoli.

Come nelle precedenti edizioni e nonostante il titolo, il volume non copre, se non brevemente nell'Introduzione, l'intera materia della libera circolazione delle merci ma è dedicato in misura di gran lunga prevalente allo studio del divieto di misure d'effetto equivalente a una restrizione quantitativa oggetto degli attuali articoli 34-36 TFUE (già articoli 28-30 TCE).

La scelta è del tutto giustificata. Nonostante siano passati tanti anni dalle prime sentenze in materia e in particolare dai *leading cases* del calibro di

*Dassonville*¹, *Cassis de Dijon*² e *Keck*³, la Corte di giustizia continua ad occuparsi molto frequentemente di tale divieto: secondo i dati di Oliver sarebbero un centinaio le nuove pronunce che si sono aggiunte a quelle già recensite nelle edizioni precedenti (p. VI). L'esame della più recente giurisprudenza mostra peraltro che l'evoluzione del pensiero della Corte non è ancora terminata. In particolare la tendenza ad ampliare la portata della nozione di misura d'effetto equivalente, lungi dall'essersi arrestata, è continuata anche in questi anni, forse sotto l'influsso della giurisprudenza anch'essa espansiva sviluppatasi a proposito delle altre libertà di circolazione, specialmente quella avente ad oggetto la libera prestazione dei servizi.

Un'importante manifestazione in questa direzione si è avuta con la ormai consolidata giurisprudenza che ha portato ad includere nel campo d'applicazione del divieto anche le normative nazionali che vietano o limitano l'uso di determinati prodotti – sentenze sul caso *Commissione c. Italia (rimorchi per motoveicoli)*⁴ e sul caso *Mickelsson (moto d'acqua)*⁵, p. 125 e ss. Una manifestazione analoga, ma dai contorni ancora incerti, ha riguardato inoltre le misure d'effetto equivalente all'esportazione con l'esplicita estensione della portata del divieto di cui all'art. 35 anche alle misure che comportano una mera discriminazione di fatto a danno delle correnti d'esportazione (sentenza sul caso *Gysbrechts*⁶: p. 139 ss.).

Il volume è suddiviso in 13 capitoli di varia lunghezza, completati dagli indici (alfabetico e numerico) dei casi, immancabili nella pubblicistica destinata ai mercati di *common law*, e da una bibliografia nella quale purtroppo non figurano citazioni di opere in lingua italiana.

Dopo il già richiamato cap. 1, dedicato all'Introduzione, seguono alcuni capitoli riguardanti il campo d'applicazione degli articoli 34-36 TFUE: il cap. 2 su "Scope: Subject Matter" di Malcom Jarvis, il cap. 3 su "Scope: Territory" di Oliver, il cap. 4 su "Scope: Personal Bound" di Jarvis. Il cap. 5, anch'esso di Jarvis, dedicato alle "Quantitative Restrictions" conduce al fondamentale cap. 6 "Measures of equivalent effect I: General" di cui, come si è già detto, è autore lo stesso Oliver, seguito da un ulteriore capitolo dedicato al medesimo problema ma di carattere più analitico e descrittivo, il 7, intitolato "Measures of equivalent effect II: Specific Measures", scritto da Jarvis. Altro capitolo molto importante è l'8, rubricato "Article 36: General", di Stefan Enchelmeier, forse un po' sotto-dimensionato e descrittivo in rapporto alla complessità del tema trattato. Ad esso si aggiunge il nuovo e molto chiaro cap. 9 su "Article 36: Intellectual Property" di Christopher Stothers. Seguono il cap. 10, su "Other Exceptions" di Angus

¹ Sentenza dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, *Raccolta*, p. 837.

² Sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe*, *Raccolta*, p. 649.

³ Corte di giustizia, sentenza del 24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 269/91, *Keck*, *Raccolta*, p. I-6097.

⁴ Sentenza del 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-519.

⁵ Sentenza del 4 giugno 2009, causa C-142/05, *Mickelsson*, *Raccolta*, p. I-4273.

⁶ Sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-205/07, *Gysbrechts*, *Raccolta*, p. I-9947.

Johnston; il cap. 11, su “Agriculture and Fisheries” di Oliver; il cap. 12 su “State Monopolies of a Commercial Character” di Johnston. Chiudono la trattazione l’ammirevole cap. 13 su “Union legislation Relating to the Free Movement of Goods”, di Weatherill, che per la sua ampiezza meriterebbe quasi un volume a sé, e infine il cap. 14 su “The European Economic Area” di Sven Norberg, già giudice della Corte EFTA.

Spunti di grande interesse sono, come è ovvio, presenti in tutti i capitoli. Ad esempio nel cap. 4 Jarvis si sofferma sul problema (p. 68 s.) del se il divieto di misure d’effetto equivalente abbia come destinatari soltanto gli Stati membri o sia invece opponibile *ex se* anche ai comportamenti degli individui. L’autore mette bene in evidenza come la prima delle due soluzioni proposte, alla quale finora la Corte sembra restare fedele, venga messa sempre di più in crisi da sentenze come quelle sui casi *Angonese*⁷, *Bosmann*⁸, *Viking*⁹ e *Laval*¹⁰ dove la Corte, trattando di libera circolazione dei lavoratori, di stabilimento o di servizi, mostra invece di favorire la seconda soluzione.

Nel centrale cap. 6, Oliver si produce in un’attenta ricostruzione delle numerose tappe che hanno caratterizzato l’evoluzione della giurisprudenza della Corte sulla definizione di misura d’effetto equivalente.

In particolare, per quanto riguarda l’applicazione di tale nozione al caso delle normative nazionali indistintamente applicabili che, ciò nonostante, possono avere l’effetto di restringere l’importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri, l’autore si sofferma a lungo sulle difficoltà in cui è incorsa la Corte soprattutto a partire dalla sentenza *Keck*. Come è noto in quell’occasione è stata tracciata la distinzione tra normative relative ai prodotti, vietate senza necessità di dimostrarne il carattere discriminatorio, e normative relative alla vendita dei prodotti, vietate soltanto se sostanzialmente discriminatorie, in quanto comportanti per i prodotti importati maggiori ostacoli all’accesso al mercato rispetto ai prodotti nazionali corrispondenti. Oliver dà atto dei problemi di classificazione che tale distinzione causa e anche della sua insufficienza. I citati casi delle normative che vietano o limitano l’uso dei prodotti non sono infatti inquadrabili né nell’una né nell’altra delle due categorie *Keck* e hanno richiesto l’indicazione (in verità molto lacunosa) da parte della Corte di quello che potrebbe sembrare un terzo test per valutare se l’art. 34 è violato o meno (p. 125 ss.).

Oliver riporta le critiche sollevate al riguardo dalla dottrina e da numerosi avvocati generali (p. 122 ss.). Egli descrive con puntualità le varie proposte avanzate per arrivare ad una diversa e più unitaria impostazione, ma le respinge tutte in quanto non praticabili ovvero perché troppo influenzate dall’esigenza di allineare la giurisprudenza sull’art. 34 su quella avente ad oggetto gli ostacoli relativi alle altre libertà di circolazione. In proposito si segnala come l’autore dichiarò ripetutamente (pp. 10 ss., 124, 132, 139) e, a mio parere, giustamente,

⁷ Sentenza del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*, *Raccolta*, p. I-4139.

⁸ Sentenza del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, *Raccolta*, p. I-4921.

⁹ Sentenza dell’11 dicembre 2007, causa C-438/07, *Viking*, *Raccolta*, p. I-10779.

¹⁰ Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, *Raccolta*, p. I-11767.

che l'allineamento auspicato da molti non può e non deve essere totale: ciascuna libertà di circolazione risponde infatti a caratteristiche e finalità proprie. In particolare, secondo Oliver, quando si tratta di merci non sono in gioco quei valori costituzionali che sono invece spesso coinvolti nei casi riguardanti la circolazione delle persone. Egli ammette così implicitamente che la portata della libertà di circolazione delle merci potrebbe essere meno ampia di quella delle persone.

Nel complesso Oliver difende l'attuale giurisprudenza della Corte che avrebbe raggiunto "a very high degree of legal certainty and stability" (p. 132). Questa conclusione, in verità, appare alquanto ottimistica, considerato che, volendo riassumere il test (o meglio i test) che la Corte applica per decidere se si è in presenza di una misura d'effetto equivalente, lo stesso Oliver è costretto a ricorrere a più di mezza pagina di definizioni complesse e articolate (p. 133). In realtà, a mio avviso, in questo campo si può parlare di certezza del diritto e di stabilità solo nel senso che ormai per una normativa nazionale che rilevi anche solo indirettamente per la produzione e la commercializzazione dei prodotti le possibilità di non essere considerata come misura d'effetto equivalente e di sfuggire *a priori* dal campo d'applicazione dell'art. 34 sono scarsissime. Da questo punto di vista, i tentativi di arginare l'interpretazione eccessivamente ampia dell'art. 34 (v. sentenza sul caso *Keck*) hanno prodotto risultati irrilevanti e quasi dannosi, considerata la confusione che hanno portato con sé.

Al giorno d'oggi, in effetti, più che stabilire se la normativa in esame è una misura d'effetto equivalente oppure no, l'importante è dimostrare che essa è giustificata da un interesse di ordine generale e proporzionata rispetto a un tale interesse. In questo contesto appare alquanto artificiale la scelta di Oliver di non affrontare nello stesso cap. 6 anche il tema delle giustificazioni ammesse dalla giurisprudenza e di rinviarne l'esame al successivo cap. 8. Una lettura congiunta delle due questioni avrebbe infatti offerto un quadro più realistico dell'attuale giurisprudenza dove spesso ad una definizione molto inclusiva di ciò che costituisce una misura d'effetto equivalente si accompagna un ampliamento del novero dei motivi in grado di giustificare una misura del genere e, talvolta, persino un'attenuazione del test di proporzionalità applicato dalla Corte.

Il tema delle giustificazioni, come si è detto, è oggetto del cap. 8, a cura di Enchelmeier. Dal titolo "*Article 36: General*" si comprende subito che l'impostazione dell'autore, coincidente con quella dello stesso Oliver (a p. 218 ci viene detto infatti che corrisponde alla tesi sostenuta sin dalla prima edizione del volume), è di considerare ormai superata ogni distinzione tra le "esigenze imperative" che erano comparse per la prima volta nella sentenza sul caso *Cassis de Dijon* e sembravano riservate alle sole normative indistintamente applicabili, da un lato, e gli altri motivi di interesse generale previsti nell'elencazione tassativa contenuta nell'art. 36 TFUE, dall'altro. Conseguentemente le esigenze imperative sarebbero al giorno d'oggi, invocabili, secondo l'autore, anche nel caso di misure discriminatorie.

La tesi dell'inesistenza o quantomeno del superamento della distinzione è invero abbastanza diffusa in dottrina. Essa è confortata peraltro dalla constatazione che attualmente la Corte elenca spesso le esigenze imperative e i motivi di

cui all'art. 36 le une accanto agli altri (p. 216 ss.). Sarebbe stato tuttavia interessante domandarsi se tale prassi della Corte sia il frutto di un cosciente ripensamento o non dipenda piuttosto dalla circostanza che le fattispecie esaminate si riferivano, per lo più, a casi di normative indistintamente applicabili. Se così fosse (come sembra), la mancata distinzione tra esigenze imperative e motivi *ex art. 36* da parte della giurisprudenza recente potrebbe spiegarsi in termini di mera economia redazionale. Il che dimostrerebbe che anche sotto questo profilo l'attuale giurisprudenza non è così consolidata ma è ancora oggi in cerca di soluzioni definitive su questioni di principio molto delicate.

Luigi Daniele

Maria Caterina Baruffi (a cura di)

Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo

Padova, Cedam, 2010, pp. IX-182



Il presente volume contiene le relazioni svolte in due convegni tenutisi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona il 7 novembre 2008 e il 30 ottobre 2009 su due temi distinti, "Identità europea e cittadinanza dell'Unione", il primo, "La diversità culturale nel processo di integrazione europea", il secondo. Peraltro, come nota giustamente la curatrice, un filo ideale collega le due tematiche, nelle quali emerge il ruolo centrale che ha ormai assunto il cittadino nel processo d'integrazione europea. Tale processo, infatti, superata l'originaria impostazione economico-mercantile (e la conseguente identificazione della persona con la figura "produttiva" del lavoratore, subordinato o autonomo), sempre più rivela un progetto di più ampio respiro, anche sociale e culturale, incentrato sulla partecipazione del cittadino, sull'arricchimento e la garanzia dei diritti umani fondamentali, sulla costruzione di una coscienza europea, che, peraltro, non sia il frutto di una improbabile omologazione unitaria, ma nasca dal fecondo contributo di varie culture e civiltà.

La prima sezione è dedicata alla cittadinanza, tra mercato comune e spazio giudiziario. Essa si apre con la relazione di Paolo Mengozzi, il quale, grazie anche alla lunga esperienza e all'alta responsabilità presso la Corte di giustizia dell'Unione, guida con mano sicura il lettore nell'esame dell'apporto dato dalla stessa Corte alla definizione della cittadinanza europea. Da tale esame risulta l'intento della giurisprudenza di spingere l'Unione verso una identità caratterizzata "dalla centralità della tutela dei diritti dei singoli e da una funzionalizzazione a questa della realizzazione di un'economia di mercato". Il successivo scritto, di Paolo Ponzano, tende in maniera sintetica a individuare gli elementi costitutivi dell'identità europea e si sofferma più da vicino sulla cittadinanza dell'Unione. L'ampio studio di Ruggiero Cafari Panico ha per oggetto il delicato tema del federalismo fiscale, nell'ottica del diritto dell'Unione europea. Il lavoro ripercorre gli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia, orientata, in origine, a considerare la materia nel solo quadro degli aiuti di Stato e modificata

con la sentenza *Azzorre* del 6 settembre 2006, sino alla recente pronuncia del 17 novembre 2009, relativa alla “tassa di lusso” istituita dalla Regione Sardegna, pronunciata a seguito del primo rinvio pregiudiziale effettuato dalla nostra Corte costituzionale. Un problema fondamentale – come rileva l’autore – consiste nella precisazione delle situazioni puramente interne, che restano al di là della competenza della Corte di giustizia e dello stesso diritto dell’Unione europea: si tratta, infatti, di sapere se le differenze di trattamento fiscale tra soggetti appartenenti a enti substatali diversi assumano rilevanza ai fini dell’applicazione di tale diritto, o restino di competenza esclusiva statale. Il problema investe la stessa definizione del riparto di competenze tra l’Unione, gli Stati membri e gli enti territoriali substatali (in specie quelli dotati di potestà legislativa) in materia fiscale. Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, per i profili relativi alla responsabilità genitoriale, è l’oggetto principale dello studio di Maria Caterina Baruffi. Tale regolamento – fondato, per i suddetti profili, sul principio dell’interesse superiore del minore – è analizzato riguardo alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni straniere, con particolare attenzione ai provvedimenti in materia di visita e in materia di ritorno del minore, in caso di trasferimento illecito. Lo studio mette in luce anche gli importanti contributi che sono stati offerti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La tematica oggetto del volume richiedeva anche un esame di carattere politologico, sociale, culturale. Esso è svolto, in prevalenza, nella seconda sezione, concernente il cittadino di fronte alla diversità culturale. Così Pier Virgilio Dastoli analizza gli sviluppi dell’integrazione europea nella garanzia dei “beni pubblici” – originariamente il carbone e l’acciaio, nella CECA, ma al fine di salvaguardare la pace – sino al Trattato di Lisbona. Un contributo di carattere filosofico, ricco pure di riferimenti letterari (il sogno di Atossa nei “Persiani” di Eschilo), è fornito poi da Stefano Fuselli. Isolde Quadranti dedica uno scritto alla libertà di espressione e al diritto all’informazione, visti come strumenti per garantire la diversità culturale ed esaminati alla luce della giurisprudenza, sia della Corte di giustizia dell’Unione che della Corte europea dei diritti dell’uomo. L’ultimo studio, di Delia Ferri, è rivolto alla partecipazione dell’Unione europea alla Convenzione dell’UNESCO del 2005 sulla protezione e promozione delle espressioni culturali – nella quale, com’è noto, la diversità culturale è proclamata patrimonio comune dell’umanità –, al ruolo di tale Convenzione nel diritto dell’Unione, al suo impatto sulla politica culturale europea.

Ugo Villani

Libri ricevuti

Giorgio Badiali, *Il diritto di pace di Alberico Gentili*, Fagnano Alto, Il Sirente, 2010, pp. X-243.

Michele Buquicchio (a cura di), *Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale. Riferimenti alla normativa pugliese*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 230.

Andrea Caligiuri, Giuseppe Cataldi, Nicola Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sopranazionali*, Padova, Cedam, 2010, pp. XVII-674.

Sergio M. Carbone, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milano, Giuffrè, 2010, II ed., pp. XXIII-642.

Maria Clelia Ciciriello, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, IV ed., pp. XX-400.

Giuseppe Coscia (a cura di), *I rapporti commerciali nel settore alimentare*, Alessandria, Editrice Taro, 2010, pp. XV-272.

Giuseppe de Vergottini, *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 59.

Marco Di Ruzza, Francesco Sordini, Lorenzo Trapassi, *Il diritto delle minoranze nella nuova Europa. I principi del Trattato di Lisbona ed i loro riflessi sul modello dell'autonomia altoatesina*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, pp. X-87.

Daniele Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XXXII-857.

Giulia Maria Gallotta, *Oltre le colonne d'Ercole? La costituzione europea fra analisi storica e prospettive future*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 275.

Giancarlo Guarino, Ilaria D'Anna (eds.), *International Conflicts and Human Rights: Caucasus, Balkans, Middle East and Horn of Africa. Napoli Colloquium 2-4 July 2009*, Napoli, Satura Editrice, 2010, 2 volumi, pp. LXXXI-998.

Les paradigmes démocratiques et les droits de l'homme dans le bassin de la Méditerranée. Recherche dirigée par Claudio Zanghì et Lina Panella, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 543.

Aldo Ligustro, Giorgio Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XLIV-997.

Marilù Marletta, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XVII-401.

Luigi Moccia (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, FrancoAngeli, 2010, pp. 227.

Annamaria Nifo (a cura di), *L'internazionalizzazione delle piccole e medie imprese. Aspetti economici e giuridici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 276.

Piero Pennetta (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, Bari, Cacucci, 2010, pp. VIII-354.

Oreste Pollicino, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sopranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XI-571.

Cristina Schepisi (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XVIII-317.

Monica Spatti, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. XV-363.

Simone Vezzani, *Gli accordi delle organizzazioni del Gruppo della Banca mondiale*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XV-446.

Ugo Villani, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 124.

Claudio Zanghì, Lina Panella (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 491.

Paolo Zuddas, *L'influenza del diritto dell'Unione europea sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni*, Padova, Cedam, 2010, pp. XVI-326.

Elenco delle abbreviazioni

Cass. pen. – Cassazione penale
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità Internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Comp. L. Rev. – Competition Law Review
Corr. giur. – Il Corriere giuridico
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DG – Diritto e giustizia
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. pen. proc. – Diritto penale e processo
Dir. prat. trib. – Diritto e pratica tributaria
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell'Unione Europea
EBLR – European Business Law Review
ECJ – European Competition Journal
ECLR – European Competition Law Review
ELJ – European Law Journal: Review of European Law in Context
EPL – European Public Law
EuR – Europarecht
Foro it. – Il foro italiano
Giur. cost. – Giurisprudenza costituzionale
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
Giust. amm. – Giustizia amministrativa
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
JDI – Journal du droit international
J. trib. – Journal des tribunaux
JWT – Journal of World Trade
Max Pl. YUNL – Max Planck Yearbook of United Nations Law
NILR – Netherlands International Law Review
QG – Questione giustizia

Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale dell’Unione europea
Rass. trib. – Rassegna tributaria
RCADI – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye
CCGI – Rivista della cooperazione giuridica internazionale
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé
Rev. SC – Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. dir. fin. – Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
Riv. dir. trib. – Rivista di diritto tributario
Riv. trim. dir. proc. civ. – Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
W. Comp. – World Competition
YPIL – Yearbook of Private International Law
ZaöRV – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario di Diritto internazionale nella LUISS “Guido Carli” di Roma

Paolo FOIS

docente di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Sassari

Giandonato CAGGIANO

associato di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di “Roma TRE”

Patrizia DE PASQUALE

ordinario di Diritto dell’Unione europea nella LUM “Jean Monnet” di Casamassima

Chiara AMALFITANO

ricercatore di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Milano

Vito RUBINO

ricercatore di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi del Piemonte orientale “Amedeo Avogadro”

Elsa MILANESI

ricercatore di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Milano

Luigi IANNUZZI

dottorando in Diritto internazionale e dell’Unione europea dell’Università degli studi di Roma “La Sapienza”

Radicata nel futuro



**BANCA
POPOLARE
DI BARI**



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





La decisione di pubblicare *Studi sull'integrazione europea* nel 2006 fu dovuta all'interesse per una tematica che rappresenta la novità più interessante espressa nella seconda metà del secolo scorso, sotto il profilo giuridico-istituzionale, politico-economico e sociale. La rivista è stata fondata con l'intento di divenire uno strumento in grado di ampliare il dibattito scientifico su tale processo. La circostanza che sia nata per iniziativa di due studiosi del diritto europeo non ha costituito una limitazione del suo campo d'analisi, in quanto la specificità del processo di integrazione europea rende necessario collegare i profili giuridici con quelli basati su altri saperi scientifici. Sin dal titolo la testata evidenzia la possibilità, colta più volte nei fascicoli pubblicati in questi anni, di ospitare interventi e contributi di illustri studiosi italiani e stranieri appartenenti anche alle altre discipline che studiano l'integrazione europea; in questi anni, inoltre, nella rivista hanno trovato fiduciosa accoglienza anche molti giovani studiosi.

Nel momento in cui *Studi sull'integrazione europea* inizia il sesto anno di pubblicazione intendo ringraziare i numerosi autori che hanno fornito il loro contributo scientifico, nonché la Direzione e il Comitato di redazione per l'impegno profuso, la passione e l'entusiasmo. Ringrazio inoltre gli illustri componenti del Comitato scientifico, che hanno accolto il cortese invito a sostenere la rivista con il loro apporto scientifico.

Il rinnovato impegno di noi tutti è testimoniato dall'avvio di una *Collana di Studi sull'integrazione europea* i cui primi volumi sono stati pubblicati nel 2010 e dall'apertura del sito internet dedicato (www.studisullintegrazioneeuropea.eu), sul quale sono consultabili le prime tre annate della rivista in *full text*, gli indici e gli abstract dei successivi fascicoli e gli indici dei volumi pubblicati nella Collana.

Nicola Cacucci



CACUCCI EDITORE
BARI

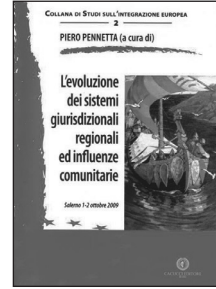


CACUCCI EDITORE
BARI

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)

L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie

Salerno 1-2 ottobre 2009



PENNETTA Piero (a cura di)

358 Pagine
prezzo: 30,00 €

Sommario:

PRIMA SESSIONE:

Alberto Oddenino, La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage della Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA): peculiarità e influenze alla luce dell'integrazione giuridica europea. Sara Pugliese, L'influenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea sul Tribunale della Comunità di Sviluppo dell'Africa australe. Caterina Tuosto, L'evoluzione del sistema di risoluzione delle controversie del Mercosur e "influenze" comunitarie. Francesco Cherubini, La Corte caraibica di giustizia.

SECONDA SESSIONE:

Andrea Torino, La Corte di Giustizia del Common Market for Eastern and Southern Africa. Michele Messina, I modelli di integrazione economica in Europa ed in Africa: l'esperienza della UE e dell'ECOWAS a confronto. Concetta Piscitelli, La East African Court of Justice. Daniele Gallo, I limiti del dialogo tra tribunali regionali: Corte EFTA, Corte UE ed esaurimento del diritto di marchio.

TERZA SESSIONE:

Ivan Ingravallo, La Corte Centroamericana de Justicia. Daniele Amoroso, L'influenza dei precedenti della Corte di giustizia europea nella giurisprudenza della Corte dell'Unione Economica e Monetaria dell'Ovest-Africano (UEMOA). Marco Fasciglione, L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali e influenze comunitarie: la Corte di Giustizia della Comunità Economica e Monetaria dell'Africa Centrale (CEMAC). Nicola Napoletano, L'incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Simone Marinai, La Corte di giustizia e la sua interazione con gli organismi giurisdizionali dei sistemi economici regionali dell'America latina. Roberto Virzo, Le procedure di rinvio pregiudiziale ai tribunali internazionali regionali. Angela Del Vecchio, Relazione di sintesi.

I diritti sociali tra Stato sovrano e Stato integrato nell'Unione europea

STRAZIUSO Emilia



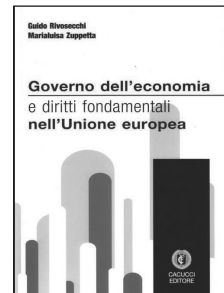
206 Pagine
prezzo: 20,00 €

Sommario:

L'emersione dei diritti sociali nello Stato sovrano: dallo Stato liberale allo Stato costituzionale. I diritti sociali nella Costituzione italiana. La difficile ascesa dei diritti sociali nell'ordinamento comunitario: dalle origini alla Carta di Nizza. Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona e oltre. Un modello sociale ancora da definire.

Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea

RIVOSACCHI Guido - ZUPPETTA Marialuisa
(a cura di)



228 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:

Relazioni: Le gouvernement économique de l'Europe - Françoise Frayssé. La tutela del mercato, della concorrenza e dei consumatori nei processi legislativi. Alcune considerazioni - Nicola Lupo. Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti - Andrea Pertici. Sulla economia politica del costituzionalismo "multilivelli" - Michele Carducci. Comunicazioni. La regolazione del mercato intero: dalle Agenzie alle reti europee e (possibile) ritorno - Marialuisa Zuppetta. La garanzia dei diritti sociali in Europa affidata alla Corte di Giustizia dell'UE - Francesca Angelini. L'Unione europea tra tecnocrazia e "modello sociale" - Gaetano Bucci.

Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali

URICCHIO Antonio (a cura di)



480 Pagine
prezzo: 38,00 €

Sommario:

PARTE I:

Pirateria e sicurezza nei mari. Antonio Tajani. Il contrasto alla pirateria marittima: l'impegno delle istituzioni comunitarie e internazionali. Corrado Petrocelli. Briganti e avventurieri: incursioni nei mari degli antichi. Sebastiano Tafaro. Roma e la pirateria. Francesco Mastroberti. La pirateria nella storia del Mezzogiorno. Giovanni Guimero. Operazione antipirateria dell'Unione Europea ATALANTA. Periodo di guida italiana della Forza marittima - EUNAVFOR - in mare. Umberto Leanza. La pirateria marittima: diritto consuetudinario, diritto convenzionale e norme nazionali. Nicolò Carniero. La pirateria nei mari: un'analisi geopolitica. Antonio Leandro. L'azione delle organizzazioni internazionali in materia di pirateria marittima. Daniela Caterino. Note minime in tema di responsabilità ciclistica del vettore marittimo nell'abbandono del carico per fatti di pirateria. Francesco Moliterni. Assicurazione marittima ed assicurabilità del rischio pirateria. Sergio Prete. La pirateria quale evento esonerativo della responsabilità del vettore marittimo.

PARTE II:

Pirateria e contraffazione. Pasquale Giuncato - Bruno Notarnicola. Frode e contraffazione nel settore agroalimentare: aspetti merceologici. Daniele Pisanello. Agro-pirateria: analisi del problema e proposte di soluzioni nell'ottica della legislazione alimentare. Caterina Coco. La contraffazione nella black economy. Ciro Ciavarella. La normativa a tutela della proprietà industriale.

PARTE III:

La pirateria informatica. Gaetano Dammacco. Pirateria informatica e rischio democratico. Ugo Patroni Griffi. Noterelle sulla pirateria informatica. Paolo De Felice. La sistematica dei reati connessi alla pirateria informatica. Giuseppina Pizzolante. La competenza giurisdizionale in materia di criminalità informatica transnazionale. Antonio Uricchio. Pirateria informatica e prospettive di tassazione della rete. Francesco Perchinunno. Le patologie dell'informazione: profili costituzionali. Camillo Sacchetto. L'intermediario in internet: nuove frontiere e nuove responsabilità. Otello Carrieri. Pirateria informatica e open source.

PARTE IV:

La pirateria ambientale. Ferdinando Parente. La "pirateria ambientale" da traffico illecito dei rifiuti: tecniche risarcitorie e sottosistemi normativi. Annamaria Bonomo. Problematiche ambientali e gestione dei rifiuti in ambito portuale. Vito Felice Uricchio. Il traffico illegale dei rifiuti e l'intensificazione dei controlli ambientali. Nicola Selvaggi. Profili penali del traffico dei rifiuti. Nicola Candido. Attività d'indagine sui rifiuti transfrontalieri.

Diritti umani, conflitti di legge e conflitti di civilizzazione

CARELLA Gabriella



134 Pagine
prezzo: 15,00 €

Sommario:

Abbreviazioni – La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i conflitti di legge nei giudizi statali – La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i conflitti di legge nell'arbitrato commerciale internazionale – La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il diritto di famiglia islamico e i conflitti di civilizzazione – Giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Rivista di diritto privato

1 anno XVI - gennaio/marzo 2011

Pubblicazione trimestrale
diretta da Giorgio De Nova



160 Pagine
prezzo: 35,00 €

Sommario:

SAGGI E PARERI

La tutela del figlio disabile tra nuove “fiducie” e/o “affidamenti fiduciari”, trust e clausole testamentarie tradizionali di *Giuseppe Tucci*; Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili di *Andrea Fusaro*; Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto) di *Francesco Gambino*; La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza di *Laura Cerroni e Giulia Zanchi*; L'azione di classe come azione collettiva risarcitoria di gruppo per la tutela di diritti omogenei. Una class action all'italiana di *Paolo Gentile*.

DIFESE E DECISIONI

Uso indebito del cognome maritale da parte della donna divorziata e lesione dell'“identità familiare” (Trib. Milano 15 gennaio 2010) di *Michele Sesta*; Sentenza R.G.A.C. n. 776/2000 – Tribunale di Bari – Sezione distaccata di Altamura in composizione monocratica – Giudice dr. Pietro Errede di *Viviana Patrocinio e Alberto Russi*

In copertina **François Boucher** (Parigi 1703-1770)

Ratto d'Europa, 1732-1734 – olio su tela, cm 234 x 277 – Londra, Wallace Collection

A François Boucher, uno dei più grandi interpreti del *rococo* europeo, infaticabile regista di scene mitologiche rivisitate in chiave di sensualità e di grazia, si deve una delle più affascinanti e complesse messe in scene del mito di Europa – la giovane figlia di Agenore sedotta da Giove nelle sembianze di un placido toro – nel dipinto di questo soggetto conservato nella Wallace Collection di Londra.

Il mito ovidiano è qui rappresentato nel momento iniziale, quando il re degli dei, mimetizzato tra il bestiame di Agenore, presentatosi alla fanciulla e alle compagne che giocavano con lei sulla spiaggia, viene vezzeggiato e inghirlandato di fiori dalle giovani donne, ignare della reale identità del pacifico bovino. Europa, rappresentata come un'incantevole giovinetta dalle chiome bionde intrecciate e dall'incarnato chiarissimo, coperta solo da un succinto drappo di lucido raso color corallo che le lascia scoperti il seno e le gambe, è addirittura seduta, con evidente divertimento, sul dorso del toro, mentre tutt'intorno le sue compagne, seminude, partecipano al gioco. Nella parte alta del dipinto, su una grande nuvola scura (quasi un annuncio del dramma che sta per compiersi) si distinguono un'aquila, simbolo dello stesso Giove, acquattata tra i corruschi bagliori dei fulmini, e tre puttini alati di cui uno, armato di freccia e di fionda, è identificabile come Eros. Lo stesso Eros è riconoscibile anche in basso, in primo piano, mentre sta per scoccare la freccia che legherà l'ingenua Europa al re degli dei.

La scena si svolge in un pittoresco paesaggio marino, animato da rupi, cascate e da una folta vegetazione costituita da palme, pioppi, cipressi, e improntato al più vivace e brillante gusto *rococo*, ma nello stesso tempo memore dei luminismi e delle preziosità cromatiche della pittura veneta rinascimentale e barocca.

Il dipinto costituisce il *pendant* di un altro, di identiche dimensioni e conservato anch'esso nella Wallace Collection di Londra, che raffigura *Mercurio che affida alle Ninfe Bacco neonato* (di entrambi sopravvivono i bozzetti, rispettivamente nel Musée de Picardie ad Amiens e in collezione privata a New York). Essi furono eseguiti tra il 1732 e il 1734, insieme ad altri sei anch'essi di soggetto mitologico, per lo scultore parigino François Derbais.

Per quel che riguarda il *Ratto d'Europa*, tradotto in stampa da Pierre Aveline (1748) e in seguito da Edme Bovinet, è noto che nel 1779 esso si trovava nel Cabinet Basan, da cui passò nella collezione Watelet, venduta nel 1786, e di qui in quella di Paul Périer. Pervenuto, nel 1843, nella collezione di Lord Hertford a Parigi, passò infine in quella di sir Richard Wallace a Londra.

Il tema iconografico del *Ratto d'Europa* fu ripreso da Boucher, in una versione non molto dissimile, in una tela del Museo del Louvre (olio su tela, cm 160,5 x 193,5): la prima, in ordine di esecuzione, di sette tele, in gran parte perdute, che componevano la serie *Gli amori degli dei*, da servire per la realizzazione di altrettanti arazzi eseguiti dalla Manifattura di Beauvais a partire dal 1750.

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. 1/2011, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2011, 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 2011).



ISBN 978-88-6611-034-7



9 788866 110347

€ 22,00